

175/94

Saaknommer: 241/92, 368/92, 525/94

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen:

JAMES MOKOENA

1ste Appellant

JOSEPH TSHABALALA

2de Appellant

IAN DUBE

3de Appellant

en

DIE STAAT

Respondent

Coram: VAN HEERDEN, F H GROSSKOPF et

VAN DEN HEEVER ARR

Verhoordatum: 8 November 1994

Leweringsdatum: 25 November 1994

UITSpraak

F H GROSSKOPF AR:

Die appellante het in die rondgaande hof te Potchefstroom voor **M J Strydom R** en twee assessore tereggestaan op twee aanklagte van moord en een van roof met verswarende omstandighede. Die eerste appellant het skuldig gepleit op die aanklag van roof maar onskuldig op die twee aanklagte van moord. Die tweede en derde appellante het op al die aanklagte onskuldig gepleit.

'n Bejaarde egpaar is op 'n Sondagoggend in September 1991 in hulle huis op 'n plaas naby Fochville beroof en vermoor. Die man ("die eerste oorledene") is dood as gevolg van 'n steekwond in die hart, terwyl sy eggenote ("die tweede oorledene") aan versmoring dood is. Die rowers is na die aanval daar weg in die eerste oorledene se motorkar, terwyl hulle ook twee vuurwapens, 'n onbekende hoeveelheid kontant, 'n polshorlosie en 'n ring gevat het.

Die eerste appellant is skuldig bevind aan die moord op die

tweede oorledene (aanklag 2) en aan roof met verswarende omstandighede (aanklag 3). Die hof *a quo* het hom op beide daardie aanklagte ter dood veroordeel. Hy appelleer teen sy skuldigbevinding aan moord, asook teen beide die doodvonnisse wat hom opgelê is. Die tweede en derde appellante is albei slegs op die aanklag van roof (aanklag 3) skuldig bevind. Die tweede appellant is die doodvonnis vir die roof opgelê terwyl die derde appellant tot 15 jaar tronkstraf gevonnis is. Die tweede en derde appellante appelleer slegs teen die vonnisse wat hulle onderskeidelik opgelê is. Die derde appellant appelleer met verlof van die hof *a quo*. In die geval van die ander twee appellante word verlof om te appelleer nie geverg nie.

Die feit dat die twee oorledenes vermoor en beroof is, is nie in geskil nie. Geeneen van die appellante het tydens die verhoor getuig nie, altans nie met betrekking tot die pleging van die misdade nie. Dit blyk egter uit hulle onderskeie pleitverduidelikings in die landdroshof en in die hof *a quo*, en uit hulle verklarings aan landdroste, dat hulle al drie

ten tye van die pleging van die misdade op die toneel teenwoordig was, maar verder pak elkeen die skuld op die ander.

Die eerste appellant appelleer in die eerste plek teen sy skuldigbevinding aan die moord op die tweede oorledene. Die hof *a quo* het myns insiens egter tereg bevind dat dit uit sy eie erkennings blyk dat hy 'n mededader by hierdie moord was. Die eerste appellant het 'n verklaring voor 'n landdros afgelê. Die toelaatbaarheid van daardie verklaring was nooit in geskil nie. Die relevante deel daarvan lui soos volg:

"Ek was saam met my twee vriende, naamlik Mpomde en ek is nie seker wat die ander een se naam is nie. Ons het vanaf Evaton met die voet geloop. Ons het op Saterdag opgedaag by die ander sinkhuisie. Op Sondag oggend het ons vir die blanke man, die eienaar van die plek by 'n plaas waar hy die trekker parkeer, gaan wag. Die blanke man het so 7 - 8 vm uitgekom.

Na hy uitgegaan het, het ons die huis binnegegaan. In die huis het ons 'n ou blanke vrou gekry. Ons het die blanke vrou gegryp en haar gesê dat as sy raas gaan ons haar skiet, maar ons het nie 'n skietyster gehad nie. Die ou vrou het

toe geskreeu. Ek het toe haar bene gevat, my een vriend aan die arms en my ander vriend het haar mond toegedruk. Ons het haar toe na die toilet geneem. Op daardie stadium het die ou vrou vorentoe en agtertoe beweeg. Ons het gesien dat sy wou baklei en een van my vriende, die een wat se naam ek nie ken nie, het 'n tou in die hande gekry. Met die kabel het hy die ou vrou se hande vasgemaak. Ons het toe die man wat se naam ek nie ken nie by die ou vrou gelos.

Op daardie stadium het die ou vrou 'n doek in haar mond gehad. Die man het dit binne-in die ou vrou se mond gedruk. Ons het toe by die vertrek waar hulle die TV kyk gaan wag vir die blanke man. Ons het daar vir 'n lang tyd gewag. Die man wie se naam ek nie ken nie het by die ander plek waar ons ander 2 gewag het, gekom. Ons het hom gevra waarom het hy die vrou alleen daar gelos. Die man het gesê dat hy het gesien die ou vrou kry nie meer asem nie. Ons het toe daar gaan kyk. Ons het gesien sy is net bewusteloos.

Ons het toe vir die ou man gewag."

In sy pleitverduideliking in die hof *a quo* het die eerste appellant onder andere die volgende gesê:

"Op 8 September 1991 om ongeveer 07h30 het ons die gemelde opstal binne gegaan en Maria Martina Olivier daar

binne aangetref.

Ons het aan haar gesê om doodstil te bly, maar sy het haar nie aan ons gesteur nie en hard begin skreeu. In 'n poging om haar stil te kry het ons 'n vadoek in haar mond gedruk en 'n das om haar kop gebind om die vadoek binne te hou. Ek het nie besef dat dit gevaarlik kan wees en dat iemand as gevolg van versmoring daarvan kan sterf nie. Ek aanvaar egter dat sy as gevolg van die lap in haar mond versmoor het en plaas dit nie in geskil nie.

Ek ontken egter dat ek op daardie oomblik voorsien het dat sy as gevolg van die lap in haar mond kon versmoor en pleit derhalwe dat ek geen opset tot haar doodsveroorsaking gehad het nie."

Hierdie pleitverduideliking van die eerste appellant is terloops in stryd met sy vroeëre pleitverduideliking in die landdroshof toe hy beweer het dat hy nie self die tweede oorledene aangerand het nie, maar dat sy deur een van die ander twee na 'n toilet geneem is waar sy aangehou is.

Die distriksgeneesheer wat die lykskouing op die tweede oorledene uitgevoer het, het gevind dat 'n lap, wat soos 'n wors gedraai was, styf in haar mondholtte en tot diep agter in haar keel ingedruk was

sodat daar 'n volledige afsluiting van die lugweë was, en sy nie deur haar mond of neus kon asemhaal nie. Daar was 'n das om haar mond vasgebind om te verseker dat die lap in die mondholtte sou bly. Kneusings aan beide haar lippe, asook aan die mondvloer, tong en keel was volgens die distriksgeneesheer se getuienis veroorsaak deur die geweld waarmee die lap in haar mond ingedruk was. Tydens die lykskouing is daar verder 'n fraktuur van die hioëedbeen, asook spierbloeding aan die regterkant van haar nek gevind. Volgens die getuienis van die distriksgeneesheer word dergelike aanduidings van geweld oor die nekarea gewoonlik met verwurgings geassosieer. Dit dui in ieder geval daarop dat verdere geweld toegepas is. Dit is verder gemene saak dat die tweede oorledene se hande met 'n stuk elektriese koord vasgebind was. Die eerste appellant se erkenning met betrekking tot die aanval op die tweede oorledene word dus in wesenlike opsigte deur hierdie stawende getuienis van die distriksgeneesheer bevestig.

Na my mening blyk dit duidelik uit die eerste appellant se eie erkennings dat hy doelbewus meegehelp het om die lap in die tweede oorledene se mond te druk. Dit is egter namens hom betoog dat die verontskuldigende gedeeltes van sy pleitverduideliking in die hof *a quo* in sy guns in aanmerking geneem moet word. (Sien S v Cloete 1994(1) SASV 420(A) op 428b-g.) Dit is myns insiens ondenkbaar dat die eerste appellant, soos hy in sy pleitverduideliking voorgee, nie voorsien het dat die opgerolde lap in die tweede oorledene se mond haar dood tot gevolg kon hê nie, veral waar hy die lap in haar mond help indruk het. (Vgl R v Lewis 1958(3) SA 107(A) op 109E.) Maar as die eerste appellant nog enigsins oor die intrede van die dood kon getwyfel het, was daardie twyfel finaal uit die weg geruim toe die eerste appellant se meeloper hom kom meedeel het dat die tweede oorledene nie meer asem kry nie, en die eerste appellant self waargeneem het dat sy "bewusteloos" was. Tog doen die eerste appellant niks op daardie stadium om te probeer

verhoed dat die dood wel intree nie. Die eerste appellant se verontskuldigende bewerings in sy pleitverduideliking, en veral sy ontkenning dat hy voorsien het dat die tweede oorledene as gevolg van die lap in haar mond kon versmoor , moet dus as vals verwerp word. Dit is insiggewend dat hy nie enige dergelike verontskuldigende bewerings in sy vroeëre verklaring aan die landdros gemaak het nie.

Na my oordeel is die eerste appellant tereg aan moord op die tweede oorledene skuldig bevind, en wel met minstens *dolus eventualis* as vorm van opset.

Die volgende vraag is of die doodvonnis vir hierdie moord die enigste gepaste vonnis vir die eerste appellant is. Die strafverswarende faktore spreek vir sigself. Die moord is gepleeg in die loop van 'n beplande rooftog met twee ou mense as die weerlose slagoffers van drie jong mans wat as 'n bende opgetree het. Die eerste appellant het vroeër op die oorledenes se plaas gewerk en het goed geweet dat daar twee ou mense in die huis woon. Die tweede oorledene

was 'n 71-jarige vrou. Sy is in haar huis oorval, gewelddadig onderwerp, waarskynlik verwurg, en op wrede wyse laat versmoor nadat die opgerolde lap met geweld diep in haar mondholtte ingedruk was. Volgens getuienis van die distriksgeneesheer moes sy geweldig gely het terwyl sy stelselmatig weens 'n gebrek aan suurstof versmoor het. Selfs nadat die eerste appellant verneem het dat sy nie meer asem kry nie, het hy hom nie bedink nie, maar op gevoellose wyse sy rug op haar gedraai en die eerste oorledene gaan voorlê.

Daar is aan die ander kant ook sekere strafversagtende faktore wat in hierdie verband in aanmerking geneem moet word. Volgens die eerste appellant se pleitverduideliking in die hof *a quo* het hulle vooraf besluit om geen wapens te gebruik nie, en het hulle ook geen wapens met hulle saamgeneem nie. Hierdie bewerings word in sy guns in aanmerking geneem; so ook sy bewering in sy verklaring aan die landdros dat hy nie vooraf beplan het om iemand dood te maak nie.

Verder is dit wel so dat die vorm van opset *dolus eventualis* en nie *dolus directus* was nie, maar soos reeds bevind, het die eerste appellant die dood van die tweede oorledene nie slegs as 'n vae moontlikheid nie, maar inderdaad as haas onvermydelik voorsien. (S v Mabizela and Another 1991(2) SASV 129(A) op 132d-e; S v Khundulu and Another 1991(1) SASV 470(A) op 480d.)

Die eerste appellant se bewering in sy pleitverduideliking in die hof *a quo* dat hy baie jammer is oor wat gebeur het, is dubbelsinnig. Sy pogings in sy pleitverduideliking in die hof *a quo* om homself te verontskuldig, is moeilik te versoen met egte berou aan sy kant. Daarbenewens het die eerste appellant ook nie self getuig dat hy berou oor sy daade het nie.

Na my oordeel weeg die strafversagende faktore glad nie op teen die strafverswarende faktore wat reeds genoem is nie.

Die eerste appellant was ongeveer 27 jaar oud toe die misdade gepleeg is. Sy persoonlike omstandighede is eerder

strafverswarend as strafversagting. As strafversagting is aangevoer dat hy geen skoolopleiding gehad het nie, en dat hy vanuit 'n minder bevoorregte sosio-ekonomiese agtergrond kom. Dit wil egter nie sê dat hy onintelligent of sonder lewenservaring was nie, en dat hy nie besef het dat sy optrede misdadig en uiters laakbaar was nie. Strafverswarend aan die ander kant is die feit dat die eerste appellant drie vorige veroordelings het, nl vir huisbraak met die opset om te steel en diefstal in 1985, gewone aanranding in 1985, en vir verkragting in 1986, waarvoor hy drie jaar gevangenisstraf opgelê is.

Dit is namens die eerste appellant betoog dat rehabilitasie een van die hoofogmerke by straftoemeting is en dat sy moontlike hervorming nie uit die oog verloor moet word nie. Dit lyk egter nie asof die agtien maande gevangenisstraf wat hy vir die verkragting uitgedien het, enige rehabiliterende effek op hom gehad het nie. Na my mening is die moord, en die omstandighede waaronder dit gepleeg is, in ieder geval van so 'n ernstige aard dat die moontlikheid van rehabilitasie nie

kan opweeg teen oorwegings van afskrikking en vergelding by straftoemeting nie. Waar bejaarde en weerlose persone in die veiligheid van hulle eie huise, dikwels op afgeleë plase, beroof en vermoor word, vereis die gemeenskapsbelang afskrikking en vergelding by straftoemeting. (Sien S v Khundulu, supra, op 479h en 482f; S v Makie 1991(2) SASV 139(A) op 143g-i; S v Shabalala and Others 1991(2) SASV 478(A) op 483c-e; S v Tloome 1992(3) SA 568(A) op 577l; S v Khiba 1993(2) SASV 1(A) op 4c-i.)

In die lig van die voorgaande is die doodvonnis na my oordeel die enigste gepaste vonnis vir die moord wat die eerste appellant op die tweede oorledene gepleeg het.

Vervolgens is daar die appèlle van al drie die appellante teen die vonnisse wat hulle vir die roof opgelê is. Die eerste en tweede appellante is elk die doodvonnis opgelê, en die derde appellant 15 jaar gevangenisstraf.

Die strafverswarende faktore in die geval van die roof kan

kortliks genoem word. Dit is gemene saak dat die drie appellante inderdaad roof in teenstelling tot blote diefstal beoog het. Die rooftog is vooraf beplan. Hulle het twee bejaarde mense, wat nie weerstand teen 'n aanval van drie jong mans sou kon bied nie, as slagoffers uitgekies.

Die hof *a quo* het beslis dat die dood van die oorledenes 'n verdere strafverswarende faktor is wat nie weggedink kan word by die bepaling van 'n gepaste vonnis vir die roof nie. Die hof *a quo* was wel bedag op die gevaar van die sogenaamde verdubbeling van vonnisse, want in die geval van die eerste appellant, wat ook vir die moord op die tweede oorledene gevonniss is, is die dood van die tweede oorledene weggedink toe hy vir die roof gevonniss is. (Vgl S v Tloome, supra, op 578A-G.) Na my mening moet die dood van die eerste oorledene eweneens buite rekening gelaat word by die bepaling van 'n gepaste vonnis vir die roof, en wel in die geval van al drie die appellante - nie omdat daar 'n gevaar van 'n verdubbeling van vonnis bestaan nie, maar

omdat die appellante, elkeen op sy eie weergawe, nie die dood van die eerste oorledene voorsien het nie, geen deel daaraan gehad het nie, en eintlik geen geweld tydens die rooftog verwag het nie. Om dieselfde redes kan die dood van die tweede oorledene nie as strafverswarende faktor in aanmerking geneem word by vonnisoplegging vir die roof in die geval van die tweede en derde appellante nie.

In hierdie verband moet daar kortliks na sekere relevante bevindings van die hof *a quo* verwys word. Die hof *a quo* het bevind dat die drie appellante beoog het om die rooftog "met die mins moontlike geweld" uit te voer. Die appellante het geweet dat hulle slagoffers twee weerlose ou mense was wat volgens die eerste appellant "maklik sou skrik indien ons hulle sou dreig". Die appellante was ongewapen, en die hof *a quo* het bevind dat hulle nie vooraf beplan het om die oorledenes te dood nie, maar dat die doodslag op die ingewing van die oomblik plaasgevind het. Die hof *a quo* het verder bevind dat dit nie bewys is dat daar gemeenskaplike oogmerk by die doodslag van die eerste

oorledene was nie, of dat enige van die drie appellante vir die dood van die eerste oorledene aanspreeklik gehou kan word nie. Volgens die hof *a quo* is dit ook nie bewys dat enige van die drie appellante voorsien het dat die eerste oorledene doodgemaak sou word nie. In die lig van al hierdie bevindings kan elkeen van die drie appellante met reg aanvoer dat hy eintlik geen vorm van geweld verwag het nie, en dat die doodslag van die eerste oorledene, wat onverwags en sonder sy toedoen ingetree het, hom nie toegereken kan word wanneer hy vir die roof gevonniss moet word nie.

Die tweede en derde appellante is onskuldig bevind aan die moord op die tweede oorledene. Die tweede oorledene is inderdaad vroeër as die eerste oorledene doodgemaak. Die tweede en derde appellante kan dus met nog meer regverdiging aanvoer dat haar dood, of enige geweld teenoor haar, nie deur hulle voorsien was nie, en dat dit nie as strafverswarende faktor in aanmerking geneem moet word by die bepaling van 'n gepaste vonnis vir die roof in hulle geval nie.

In die besondere omstandighede van hierdie saak is ek dus van oordeel dat die doodslag van beide oorledenes nie as 'n strafverswarende faktor by die oplegging van vonnis vir die roof in aanmerking geneem moet word nie. Wat wel strafverswarend is, is dat die eerste appellant ondanks die dood van die eerste oorledene, en die tweede appellant ondanks die dood van beide oorledenes, nogtans ongestoord met die rooftog voortgegaan het. Die posisie van die derde respondent verskil van dié van die ander twee, soos ek hieronder sal aantoon.

Die strafversagende faktore wat vir al drie die appellante in die geval van die roof geld, is reeds in ander konteks hierbo genoem, nl dat hulle ongewapend op die rooftog gegaan het, en in die verwagting dat daar nie veel geweld nodig sou wees om die twee ou mense te oorrompel nie. Soos reeds gemeld, moet dit aanvaar word dat hulle nie die moontlikheid dat die oorledenes in die loop van die rooftog gedood kon word, vooraf voorsien het nie.

Die eerste appellant was die man wat die plaas en die omstandighede aldaar geken het, en wat die rooftog geïnisieer het. Die tweede en derde appellante het in daardie opsig 'n mindere rol as die eerste appellant gespeel. Die tweede appellant het wel volgens sy eie erkenning saam met die eerste appellant in die huis ingegaan. Hy was destyds 27 jaar oud en het een vorige veroordeling vir poging tot diefstal gehad.

In die lig van die strafversagtende en strafverswarende faktore, en met inagneming van die hoofogmerke by straftoemeting, is ek van oordeel dat die doodvonnis nie die enigste gepaste vonnis vir die eerste en tweede appellante vir die roof is nie. Wat die roof betref, het die eerste en tweede appellante in baie opsigte 'n gelyke rol gespeel. Na my mening moet die vonnis vir roof in beide hulle gevalle na 15 jaar tronkstraf verminder word.

Die derde appellant was destyds slegs 22 jaar oud. Hy was heelwat jonger as die ander twee en waarskynlik onder hulle invloed. Hy

was 'n eerste oortreder en hy het 'n mindere rol by die uitvoering van die roof gespeel. Hy het nie die huis van die oorledenes binnegegaan nie, maar buite wag gehou. Hy het dus nie enige handeling ter uitvoering van die roof in die huis self verrig nie. Hy het trouens eers na die tyd gehoor dat daar mense op die plaas doodgemaak is. Volgens sy verklaring het sy deel van die buit slegs R20 bedra. Die hof *a quo* het hom ook 'n ligter vonnis as die ander twee vir die roof opgelê. Waar die ander twee se vonnisse vir die roof nou na 15 jaar gevangenisstraf elk verminder word, sal dit na my mening heeltemal onvanpas wees om die derde appellant se vonnis onveranderd op 15 jaar te laat. In die lig van die mindere rol wat hy gespeel het, en gesien sy persoonlike omstandighede, is ek van mening dat 'n vonnis van 15 jaar gevangenisstraf in ieder geval buitengewoon swaar is. Die derde appellant se vonnis vir die roof moet na my oordeel na 10 jaar gevangenisstraf verminder word.

Die eerste appellant se advokaat het hom op die bepalings

van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 200 van 1993, beroep en aangevoer dat die doodvonnis onkonstitusioneel is. Die afhandeling van die appèl teen die doodvonnis vir die moord op die tweede oorledene (aanklag 2) moet gevolglik uitgestel word in afwagting van 'n beslissing van die Konstitusionele Hof ten aansien van hierdie vraag.

Die volgende bevele word gemaak:

1. **Eerste Appellant:**

- 1.1 Die eerste appellant se appèl teen sy skuldigbevinding aan moord op aanklag 2 word van die hand gewys.
- 1.2 Die afhandeling van die eerste appellant se appèl teen die doodvonnis op aanklag 2 word uitgestel tot 'n datum wat deur die griffier in oorleg met die Hoofregter bepaal sal word.
- 1.3 Die eerste appellant se appèl teen die doodvonnis op aanklag 3 word gehandhaaf, en die doodvonnis word tersyde gestel en vervang met 'n vonnis van 15 jaar gevangenisstraf.

2. **Tweede Appellant:**

Die tweede appellant se appèl teen die doodvonnis op aanklag 3 word gehandhaaf, en die doodvonnis word tersyde gestel en vervang met 'n vonnis van 15 jaar gevangenisstraf.

3. **Derde Appellant:**

Die derde appellant se appèl teen sy vonnis van 15 jaar gevangenisstraf op aanklag 3 word gehandhaaf, en daardie vonnis word tersyde gestel en vervang met 'n vonnis van 10 jaar gevangenisstraf.

F H GROSSKOPF AR.

Van Heerden AR

Van den Heever AR Stem saam