

MATHEWS MBATHA Appellant No 1
MSHIYENE MIYA Appellant No 2
ZACHARIA SONDLANE Appellant No 3
ERNEST NZUNZWA Appellant No 4
SAMUEL MPHILENI SHEZI Appellant No 5
JACKSON SOLLY Appellant No 6
ERIC NKOSI Appellant No 7

en

DIE STAAT Respondent

JOUBERT AR.

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

APPELAFDELING

In die saak tussen:

<u>MATHEWS MBATHA</u>		Appellant No 1
<u>MSHIYENI MIYA</u>		Appellant No 2
<u>ZACHARIA SONDLANE</u>		Appellant No 3
<u>ERNEST NZUNZWA</u>		Appellant No 4
<u>SAMUEL MPHILENI SHEZI</u>		Appellant No 5
<u>JACKSON SOLLY</u>		Appellant No 6
<u>ERIC NKOSI</u>		Appellant No 7

en

DIE STAAT Respondent

Coram: JANSSEN, JOUBERT, SMALBERGER ARR et

BOSHOFF, NESTADT Wn ARR.

Datum van Verhoor: 13 November 1986

Datum van Uitspraak: 27 November 1986

U I T S P R A A K

JOUBERT AR :

/Appellante

Appellante nos 1 tot 7 is as beskuldigdes
nos 1 tot 7 respektiewelik in die Witwatersrandse
Plaaslike Afdeling voor McCREATH R en twee assessore
op twee aanklagte aangekla. Die eerste aanklag is dat
hulle op 16 Februarie 1984 die oorledene Carlos Alberto
Gomes Cesar in die distrik Westonaria vermoor het. Die
tweede aanklag is dat hulle op dieselfde datum en plek
die oorledene met verswarende omstandighede beroof het.
Hulle het almal onskuldig gepleit. Hulle is verhoor.
Slegs appellante nos 4, 5 en 6 is skuldig bevind aan
moord en omdat geen versagtende omstandighede bevind
is nie, is hulle die verpligte doodvonnisse opgelê.

/Die

Die ander appellante is onskuldig bevind en ontslaan

op die moord-aanklag. Wat die tweede aanklag betref,

is al die appellante, behalwe appellant no 6, skuldig

bevind aan poging om te roof met verswarende omstandighede

waarvoor hulle gevangenisstrawwe opgelê is. Appellant

no 6 is skuldig bevind aan roof met verswarende omstan-

dighede waarvoor hy gevangenisstraf opgelê is. Met

verlof van die verhoorregter kom die appellante tans in

hoër beroep na hierdie Hof soos volg:

1. Appellante nos 1 tot 5 inklusief en appellant no 7

appelleer teen hul skuldigbevindings aan poging tot

roof met verswarende omstandighede terwyl appellant no 6

/teen

teen sy skuldigbevinding aan roof met verswarende
omstandighede appelleer. Daar is geen appelle teen
hul opgelegde vonnisse in hierdie verband nie.

2. Appellante nos 4, 5 en 6 appelleer teen hul skuldig=
bevindings aan moord sonder versagtende omstandighede
en hul opgelegde doodvonnisse.

Die onbetwiste feite is dat die oorledene,
n Portugees, die bestuurder was van die Madeira Fish
and Chips-winkel in Dovetonstraat, Westonaria, wat
naby n mynkampong en n treinspoor geleë is. Die
klante van die winkel is hoofsaaklik swartpersone.
Die ingang van die winkel kan deur n roldeur afgesluit
word. Vanaf die ingang word n klein voorportaal betree
van waar een persoon op n keer deur n rotasiedeur toegang

/tot

tot die binnekant van die winkel kan verkry. Die

aand van 16 Februarie 1984 is die lyk van die oorledene

op die vloer in die binnekant van die winkel gevind.

In die voorportaal was 'n bloedplas van waar . bloed=

spatsels tot by die lyk van die oorledene gevind is.

Volgens die nadoodse ondersoek wat op 21 Februarie 1984

op die lyk van die oorledene deur 'n distriksgeneesheer

gedoen is, het die oorledene drie skietwonde van voor

opgedoen. Een koeël het sy linkervoorarm deurboor.

'n Tweede koeël se ingang was aan die regterborskas

en dit het deur die sternum en regterlong gegaan tot

waar dit onder die vel by 'n rugwerwel tot stilstand

gekom het. 'n Derde koeël het die linkerborskas

deurboor. Enige van die twee skietwonde in die

/borskas

borskas kon die oorledene se dood veroorsaak het.

Die Staat het geen ooggetuies geroep om te getuig hoe die oorledene op 16 Februarie 1984 vermoor is nie. Gevolglik het die Staat se saak oor die pleeg van die moord en die roof hoofsaaklik op die skriftelike bekentenisse wat die sewe appellante aan kaptein Thoms (die bevelvoerder van Westonaria se speurtak) as vrederegter afgelê het asook op die uitwysings wat hulle by die toneel van die misdaad aan kaptein Thoms gemaak het, berus. In die verhoorhof het die verdediging die toelaatbaarheid van die bekentenisse en die uitwysings (wat deureengestrenge met die bekentenisse was) betwis

op

op grond daarvan dat die polisie te Westonaria fisiese marteling en mishandeling van en dreigemente teenoor die appellante sou toegepas het. Verder is daar 'n beroep gedoen op sekere onreëlmatighede wat by die afneem van die bekentenisse asook by die uitwysings sou gebeur het. Daar is ook aangevoer dat tydens die uitwysings die appellante gedwing is om op die toneel van die misdaad vir die neem van foto's te poseer. Gesien die noue verband tussen die aflê van die bekentenisse en die uitwysings was die bewyslas op die Staat om ho redelike twyfel aan te toon dat die bekentenisse en die uitwysings vrywillig en ongedwonge sonder onbehoorlike beïnvloeding deur die appellante

/gemaak

gemaak is. Dit het 'n verhoor binne 'n verhoor geverg
waarna dit eenparig deur die verhoorhof bevind is dat die
Staat hom van hierdie bewyslas gekwythet sodat die beken=
tenisse en getuienis oor die uitwysings toelaatbaar is.

Adv. Berlowitz wat namens appellante nos 4 en 5
in hierdie Hof verskyn het, het nie in die verhoorhof
opgetree nie. Hy het getrag om buite sy skriftelike
betoogshoofde aan te voer dat die polisie die appellante
fisies aangerand het en hulle sodoende gedwing het om
skriftelike bekentenisse af te lê en uitwysings te doen.
Die verhoorhof het die relevante getuienis oor hierdie

/aangeleentheid

aangeleentheid baie deeglik ondersoek. Dit het ook
baie sterk geloofwaardigheidsbevindings teen die appellante
en ten gunste van die betrokke polisie getuies gemaak.
Die Staat het ook dokumentêre getuienis aangebied van
inskrywings in die voorvalleboek van Brixton se aanklag=
kantoor toe appellante nos 6 en 7 op 19 Junie 1984 aan
speurder-adjudant Steyn, die ondersoekbeampte, oorhandig
is en hulle weer dieselfde middag terugbesorg is sonder
dat hulle enige klagtes van beweerde aanrandings laat
aanteken het. Getuienis oor die tydsduur van 'n reis
per motor vanaf Brixton se aanklagkantoor na Westonaria
se polisiestasie en vanaf laasgenoemde terug na Brixton
se aanklagkantoor is voor die verhoorhof geplaas.

/Verder

Verder is die tydstippe toe kaptein Thoms die skriftelike bekentenisse geneem het en die uitwysings waargeneem het ook opgeteken en as getuienis voorgelê. Dieselfde soort dokumentêre getuienis is aangebied wat die ander appellante betref. Die verhoorhof het na my oordeel tereg bevind dat hierdie dokumentêre getuienis die getuienis van die betrokke polisie getuies ondersteun dat daar geen aanrandings deur hulle op die appellante gepleeg is nie. Adv.

Berlowitz was nie in staat om aan te toon in watter opsigte die verhoorhof fouteer het of misgetas het in sy bevinding dat die Staat bo redelike twyfel bewys het dat die appellante nie fisies aangerand is soos hulle beweer het nie. Daar is geen meriete hoegenaamd in hierdie betoog van adv.

/Berlowitz

Berlowitz nie. Ek is derhalwe van oordeel dat dit geen doel sou dien om die betrokke getuienis in besonderhede of by wyse van opsomming aan te stip nie.

Adv. Munks wat namens appellante nos 1,2,3,6 en 7 verskyn het, het betoog dat daar deur die betrokke polisie onbehoorlike invloed (wat geen verband hou met direkte fisiese aanranding nie) op die appellante uitgeoefen is om hul skriftelike bekentenisse te maak en uitwysings te doen. Hierdie betoog gaan egter nie op nie omdat daar in die onderhawige geval geen feite-basis gevind kan word om te dien vir die afleiding van 'n dergelike onbehoorlike beïnvloeding nie. Die blote feit dat verdagte persone in aanhouding deur die polisie

/die

die stap neem om skriftelike bekentenisse te maak is op sigself 'n neutrale faktor en kan nie sonder meer dien as grondslag vir 'n afleiding van 'n derglike onbehoorlike beïnvloeding nie. Bekentenisse wat verdagte persone in aanhouding deur die polisie maak, kan vrywillig of onvrywillig gemaak word afhangende die omstandighede van die betrokke geval.

Die swaartepunt van die aanval namens die appellante in hierdie Hof is juis gerig teen die buitengewone omstandighede wat betrekking het op die afneem van die bekentenisse en die plaasvind van die uitwysings.

/Die

Die buitengewone omstandighede het onbevredigende
aspekte wat meebring dat daar onreëlmatighede is wat
die bekentenisse en die uitwysings ontoelaatbaar as
getuienis maak - aldus die betoog deur adv. Munks
waarmee adv. Berlowitz hom vereenselwig het. Same=
vattend kom die onreëlmatighede in hooftrekke op die
volgende neer. Soos reeds vermeld, is kaptein Thoms
die bevelvoerder van Westonaria se speurtak onder wie
se bevel die ondersoek in die onderhawige geval plaas=
gevind het. Hy was aktief betrokke by daardie ondersoek
waarvan hy persoonlik kennis gedra het. Hy was op hoogte
daarvan hoe die ondersoek verloop het sodat hy nie 'n
onpartydige en onafhanklike persoon was nie. Sy

/en

en ondersoekbeampte Steyn se kantore is langs mekaar op die eerste verdieping van die polisiestasie te Westonaria geleë. Hulle was albei aktief betrokke by die ondersoek in die onderhawige geval. Dit is eienaardig dat al sewe appellante spontaan bereid was om voor kaptein Thoms bekentenisse af te lê en uitwysings te doen. Bowendien is die uitwysings deur die polisie geprogrammeer. Die tolk Mthani wat as sodanig opgetree het by die afneem van al die appellante se bekentenisse asook by hul uitwysings is 'n speurder-sersant wat te Westonaria gestasioneer is. Ofskoon die fotograaf Streicher 'n speurdersersant van die vinger-afdrukkantoor te Randfontein is, het hy op 16 Februarie

1984 die misdaadtoneel besoek en daar foto's geneem.

Hy is gebruik by die uitwysings deur al die appellante.

Die polisiestasie te Westonaria is langs die landdroshof

geleë. Daar moes in die omstandighede eerder van 'n

landdros as 'n onpartydige persoon gebruik gemaak gewees

het om die bekentenisse af te neem.

Kaptein Thoms het verduidelik dat hy te Westonaria

aan die hoof van 'n span van 20 speurders staan. Vir elke

saak wat by hulle aangemeld word, word 'n dossier geopen.

Hy werk gemiddeld met 400 na 450 sake se dossiere per

maand. Ernstige misdade word onder sy persoonlike

toesig ondersoek en hy gee in die dossiere opdragte

/aan

aan die ondersoekbeampte wat gedoen moet word. Gewoonlik was adjudant-offisier Steyn die ondersoekbeampte in ernstige misdade. Elke maand kom die dossiere na hom sodat hy kennis kan neem hoe die ondersoeke verloop. Die aand van 16 Februarie 1984 het hy sowel as Steyn die misdaad= toneel besoek. Die amptelike fotograaf Streicher is ontbied om foto's te neem. Hy het Steyn as ondersoek= beampte in hierdie saak aangewys. Behalwe vir wat hulle op die misdaadtoneel gesien het, die verslag van die nadoodse ondersoek op die lyk van die oorledene en die ballistiese verslae het die polisie geen inligting oor die pleeg van die moord en die roof gehad nie. Trouens volgens Steyn het die ondersoek basies tot stilstand

/gekom

gekom en is die dossier van die saak op 'n stadium deur kaptein Thoms as onopgespoor afgesluit. Ongeveer 'n maand na die nadoodse ondersoek plaasgevind het, het 'n baie belangrike deurbraak plaasgevind toe majoor Kruger (die tak bevelvoerder van die moord-en roofafdeling te Krugersdorp) vir kaptein Thoms gebel het dat hy gearresterde persone het wat moontlik betrokke is by misdaad in Westonaria gepleeg. Hy het toe opdrag aan Steyn gegee om te gaan ondersoek instel. In kruisondervraging het kaptein Thoms hom hieroor soos volg uitgelaat (band 2 p 169-170):

"Toe die beskuldigdes na my toe gebring was u Edele was dit op daardie stadium die enigste

/inligting

inligting waarvan ek bewus gewees het wat bestaan het om die saak behoorlik op te los. Ek het nie geweet wat verder sou uitkom tydens ondersoek nie, maar ek was tevrede dat hierdie verklarings wat aan my gemaak was betrekking het op die saak wat by ons van toepassing was."

In kruisondervraging is dit aan kaptein Thoms gestel dat hy die appellante eerder na 'n landdros moes geneem het om hul verklarings af te lê. Hierop het hy soos volg geantwoord:

"Ek is 'n offisier, ek is 'n vrederegter. Daar is nêrens in die wet, behalwe die kritiek wat in die howe uitkom dat ek nie 'n verklaring mag vat nie. Ek is 'n mede ondersoekbeampte in die saak en ek het dit as my plig beskou toe die man na my toe gebring was om die verklaring te neem of die uitwysings te laat doen."

(Band 2 bl. 178).

Hy het ook daarop gewys dat „daar is nie 'n verbod op

die neem van 'n verklaring deur my as offisier nie".

(Band 2 bl. 201).

In hierdie Hof is namens die appellante aangevoer dat die verhoorhof fouteer het om te bevind dat die Staat hom van die bewyslas, soos neergelê in art. 217(1)(a) van die Strafproseswet No 51 van 1977, 'n redelike twyfel gekwyt het as sou die appellante hul bekentenisse vrywillig en ongedwonge sonder onbehoorlike beïnvloeding gedoen het omdat daar onreëlmatighede was o.a. deurdat kaptein Thoms die bevelvoerder was van Westonaria se speurtak onder wie se bevel die ondersoek in die onderhawige saak plaasgevind het.

/Dit

Dit is onteenseglik so dat 217(1)(a) aan kaptein Thoms as 'n vrederegter 'n wye en onbeperkte statutêre bevoegdheid verleen om bekentenisse af te neem wat op die pleeg van 'n misdaad betrekking het. Geen hof het die bevoegdheid om 'n vrederegter sy statutêre bevoegdheid te ontnem of te ontsê nie. Dit kan derhalwe nooit gesê word dat die uitoefening deur kaptein Thoms van sy statutêre bevoegdheid om bekentenisse af te neem per se onreëlmstig is nie. In S v Mbele 1981(2) SA 738(A) het KOTZÉ AR hom op bl 743 C-G soos volg uitgelaat:

/"Alhoewel

"Alhoewel daar aanvaar kan word dat Van der Linde ex officio op die tersaaklike tyd 'n vrederegter vir die doeleindes van art 217 van Wet 51 van 1977 was, is ek van oordeel dat daar, uit hoofde van onreëlmatighede wat met die aanwysings en meegaande verklarings gepaard gegaan het, redelike twyfel bestaan of die appellant vrywillig opgetree het en dat bew. D nie as getuie aangebied of toegelaat moes gewees het nie. Die onreëlmatighede waarna ek verwys sluit o.a. in die volharding in en verontagsaming deur die polisie, ondanks die herhaalde afkeuring daarvan deur hierdie en ander Howe, van die ongewenste praktyk dat 'n offisier verbonde aan die ondersoekseenheid optree (vgl. S v. Mdluli and Others 1972(2) SA 839(A) te 840H-841C); die gebruikmaking van 'n tolk betrokke in die ondersoek en verbonde aan sodanige eenheid (vgl. S v. Dhlamini and Another 1971(1) SA 807(A) te 815 A; S v. Lebea 1975(4) SA 337(W); Van der Linde se vooraf verkreeë kennis aangaande die tersaaklike plekke wat by die aanwysing van belang was - - - -"

(My emfase).

/uit

Uit die voorgaande is dit duidelik dat die onderstreepte woorde te ver gaan en dat daar geen juridiese grondslag bestaan om die vermelde besware as onreëlmatighede te bestempel nie.

Die wetgewer ontsê nie 'n offisier wat aan 'n ondersoek= eenheid verbonde is die bevoegdheid om bekentenisse af te neem nie. Regtens is hy bevoeg om dit te doen en die howe kan hom nie dit ontnem nie. Die howe het geen bevoegdheid om toelaatbaarheidsvereistes vir bekentenisse deur offisiere as vrederegters afgeneem te stel wat nie deur art 217 (1)(a) voorgeskryf is nie. Bogenoemde dictum is blykbaar met instemming sonder enige kritiese ontleding aangehaal in S v. Magwaza 1985(3) SA 29 (A) op bl. 37 G-I. Na my oordeel is die korrekte benadering van hierdie

/aangeleentheid

aangeleentheid uiteengesit deur HEFER Wn AR in S v.

Khoza en Andere 1984(1)SA 57(A) op bl. 59 E-60A soos

volg:

"Die 'onreëlmatighede' wat te berde gebring is, sluit in die afneem van bekentenisse deur vrederegters in die persone van polisieoffisiere en, in een geval, deur die ondersoekbeampte, die gebruik van polisiemanne as tolke en die optrede van landdroste (wat ek later meer breedvoerig sal beskryf) by die afneem daarvan. Ons is verwys na 'n aantal gewysdes waarin sulke 'onreëlmatighede' veroordeel is en bekentenisse, in die lig daarvan, ontoelaatbaar bevind is. Dit moet egter steeds beklemtoon word dat die primêre vraag by die beoordeling van die toelaatbaarheid van enige bekentenis is of dit volgens die voorskrifte van art 217(1) van die Strafproseswet 51 van 1977 gemaak is, dws vrywillig, ongedwonge en sonder onbehoorlike beïnvloeding. (S v Radebe and Another 1968 (4) SA 410 (A) op 419 A-B.) Die veroordeling deur die Howe van praktyke soos dié

/waarna

waarna so pas verwys is, moet nie gesien word as die daarstelling van toelaatbaarheidsvereistes ander as of benewens dié van art 217(1) nie. Telkens wanneer 'n bekentenis in die lig daarvan uitgesluit is, is immers duidelik aangedui dat dit geskied het omdat dit, in die omstandighede van die bepaalde saak, twyfel laat ontstaan het of die bekentenis vrywillig gemaak is (vgl S v Mbele 1981 (2) SA 738 (A) op 743 C-G; S v Mofokeng and Another 1968 (4) SA 852 (W) op 858 A-B), aangesien so 'n 'onreëlmatigheid' slegs een van die faktore is wat, saam met al die ander beskikbare inligting, gebruik word om te oordeel of die bekentenis in ooreenstemming met die vereistes van art 217 (1) gemaak is (S v Mahlala and Others 1967 (2) SA 401 (W) op 404 A-B; S v Mazibuko and Others 1978 (4) SA 563 (A) op 568 G-H). "

In die lig van die voorgaande is dit gerade

om die modus operandi van kaptein Thoms by die afneem

/van

van die bekentenisse en uitvoer van die uitwysings in

hoof trekke na te gaan. Hy het elke appellant

afsonderlik in sy kantoor ^{te woord gestaan} met behulp van die tolk Mthani

wat geensins aan die ondersoek van die saak deelgeneem

het nie en ook nie die misdaadtoneel die aand van

16 Februarie 1984 besoek het nie. Mthani het bevestig

dat kaptein Thoms aan elke appellant gevra het of hy 'n

verklaring voor 'n landdros wou maak en dat elke appellant

gewillig en bereid was om 'n verklaring aan kaptein Thoms

te maak. In kruisondervraging het kaptein Thoms ver-

duidelik dat hy basies nie 'n beskuldigde ondervra nie.

Hy vra 'n beskuldigde wat na hom gebring word of hy iets

wil sê van die misdaad waarvan hy verdink word.

/As

As 'n beskuldige bevestigend antwoord dan gaan hy voort om 'n verklaring af te neem. As 'n beskuldigde ontkennend sou antwoord dan word geen verklaring afgeneem nie. Indien 'n beskuldigde verklaar dat hy by die misdaadtoneel wil gaan uitwys dan neem hy hom daarheen. Die beskuldigde moet dan die roete aandui wat hulle in die motorvoertuig ry terwyl die fotograaf Streicher in sy eie motorvoertuig hulle volg. By die misdaadtoneel het hy 'n beskuldigde in die teenwoordigheid van Streicher gewaarsku dat hy nie verplig is om iets te sê of te doen nie. Elke appellant was gewaarsku dat indien hy uitwysings doen Streicher dit sou fotografeer en dat dit as getuienis teen die betrokke appellant gebruik kon word.

/Op

Op 19 Junie 1984 het hy afsonderlik van appellante

6 en 7 bekentenisse geneem. Elkeen se bekentenis is

onderbreek om uitwysings te gaan doen. Hy het die

tydstip van vertrek en die tydstip van hervatting van

die bekentenis en wanneer dit voltooi is op elkeen se

bekentenis aangeteken.

Dit het hy ook op 21

Junie 1984 met die bekentenisse van appellante 1 en

2 gedoen. Op 27 Junie 1984 is die prosedure

ietwat gewysig wat appellante 5, 4 en 3 betref omdat

hulle individueel eers geneem is om uitwysings te gaan

doen omdat Streicher ongesteld gevoel het. Daarna het

elkeen na mekaar sy bekentenis. voor kaptein Thoms

afgelê en is die relevante tydstippe daarop aangeteken.

/Na

Na my oordeel het die verhoorhof tereg tot die
beskouing geraak nie alleen dat die appellante se ge=
tuienis tydens die verhoor binne 'n verhoor bo redelike
twyfel as leuenagtig verwerp moes word nie maar ook
"that if regard is had to the background circumstances,
there are not factors which warrant a feeling of un=
easiness as to whether there had been some inducement
of some or other nature prior to the statements being
made". Dit is belangrik om te vermeld dat dit nie
in hierdie Hof gesuggereer is dat die polisie die in=
houd van die bekentenisse gefabriseer het nie. Na my
oordeel het die Staat wel bo redelike twyfel bewys dat

/die

die bekentenisse vrywillig, ongedwonge en sonder on=
 behoorlike beïnvloeding deur die appellante gemaak is
 en dat hulle derhalwe toelaatbaar as getuienis is.
 Dit geld ook vir die uitwysings wat hulle gemaak het.

As daar dan gelet word op die toelaatbare
 getuienis dan volg dit dat appellante nos 1 en 5 in=
 klusief asook appellant no 7 tereg skuldig bevind is
 aan poging tot roof met verswarende omstandighede terwyl
 appellant no 6 tereg skuldig bevind is aan roof met ver=
 swarende omstandighede. Hul alibi's is tereg deur
 die verhoorhof bo redelike twyfel verwerp.

Ek behandel vervolgens die skuldigbevindinge
 van appellante nos 4, 5 en 6 aan moord.

/Volgens

Volgens appellant no 5 se bekentenis het hy saam met die ander appellante vanaf Soweto in appellant no 3 se Kombi na die misdaadtoneel gereis. Op pad daarheen het appellant no 2 aan hom 'n vuurwapen oorhandig. By hul aankoms het hulle uit die Kombi geklim en in twee groepe verdeel. Hulle het gewag totdat die winkel toemaak. Hulle het gegaan met die doel om te roof. Hy skets die verdere gebeure soos volg in sy bekentenis (Bewysstuk K¹) :

"Ek was in die groep wat by die spoor gewag het. Toe ek sien die kafee maak toe, het ek na die groep op die stoep gegaan. Jackson sê toe ek moet gou maak want die kafee gaan toemaak. Ek het vinnig vorentoe beweeg na die deur waar die ander groep my gevolg het.

/Die

Die deur was half toe, ek het onder die deur gekruip en die vuurwapen uit my linkerkant van my hemp gehaal en dit op die Portugees gerig. Ek sê toe, 'do not move, I want money'. Die Portugees het sy hande opgelig en iets in Portugees gesê.

Hy het plus minus 3 passe agteruit getree en sy vuurwapen uitgehaal. Die Portugees het twee skote op my gevuur. Dit was mis.

Jackson het langs my gestaan en sê, 'Slaan Mphileni, slaan Mphileni'.

Ek het toe gesien dat ek in lewensgevaar verkeer. Ek het toe een skoot op hom gevuur, ek weet nie of dit raak was. Ek het 'n tweede skoot gevuur en het hom getref tussen die bors en die maag. Ek het 'n derde skoot op hom gevuur. Ek weet nie waar ek hom getref het. Hy het toe geval. Die Portugees het opgestaan en by die tralies ingehardloop. Ek het weer op hom gevuur. Hy het toe geval binne die winkel.

Jackson het agter hom ingeloop.

Ons is toe terug na die Kombi en het vir Jackson gewag. Ek het gedink dat Jackson sy eie koers gevat het en die drywer gevra om te ry voor ons gevang word.

/Ons

Ons is toe na Zacharia se huis.

Ons het niks gekry by die winkel.

Ek het nie eers geweet dat Jackson die Portugees se wapen gevat het. Die vuurwapen waarmee ek die Portugees geskiet het, het ek aan Miya terug besorg.

Dit is al. Soos ek die winkel gewys het, het dit gebeur."

Na my oordeel het die verhoorhof appellant no 5 tereg

skuldig bevind aan moord met dolus directus as opsetvorm.

Hy het voortgegaan om die derde skoot na die oorledene te

skiet nadat hy laasgenoemde reeds met die tweede skoot

getref het. Wat meer is, hy het voortgegaan om na die

oorledene te skiet selfs nadat die oorledene geval, op=

gestaan en weggehardloop het. Dit was geen geval

waar appellant no 5 in "lewensgevaar" verkeer het ^{nie} aangesien

hy die gewapende aggressor was wat die winkel wederregtelik

/betree.....

betree het..... Wat versagtende omstandighede betref,
 is in hierdie Hof betoog dat appellant no 5 paniekbevange
 was maar daar is geen feite-basis wat daarvoor kan dien nie.
 Sy skuldigbevinding aan moord sonder versagtende omstandig=
 hede en die opgelegde doodvonnis bly staan.

Volgens appellant no 6 se bekentenis (Bewys=
 stuk L¹) het die gebeure by die winkel na hul aankoms
 met die Kombi soos volg verloop:

"Ons al sewe het uit die Kombi geklim wat ons
 ver van die winkel gebêre het en na die winkel
 gegaan. Die eienaar van die Kombi, Zacharia,
 het gesê dat ons die winkel moet gaan beroof.
 Ons het toe ingestem.
 Toe ons by die winkel kom het Mphileni 'n vuur=
 wapen uitgehaal en dit op die Witman gerig.

/Die

Die Witman het ook syne uitgehaal. Mphileni het op hom gevuur en die Witman, wie teruggedwing was, het geval waar ek gewys het. Ek het die Witman se vuurwapen gevat. Die Witman het opgestaan en by die ysterhekke ingehardloop terwyl Mphileni weer op hom geskiet het. Ek het nie getel hoeveel nie. Ek het ook hierdie plek uitgewys. Ons het by die deur bly staan. Mphileni het hom agtervolg en ek het gesien toe die Witman neerval. Ek wys hierdie plek ook uit. Ons het toe weggehardloop soos ek uitgewys het. Ons het niks gevat behalwe die vuurwapen. Dit is al wat ek te sê het. Ons was nie gedrink nie. Ons is toe terug na Soweto."

Dit is duidelik uit appellant no 6 se bekentenis dat hy en die ander appellante na die misdaad= toneel gegaan het met 'n gemeenskaplike doel (common purpose) nl. om die winkel te beroof. Dit was eintlik gemene saak

/wat

wat die appellante betref soos dit uit hul onderskeie

bekentenisse blyk. Roof is diefstal wat deur middel van ge-

weld, of bedreiging van geweld, teenoor 'n slagoffer gepleeg

word ten einde die slagoffer minstens tydelik weerloos

te maak deur sy weerstand uit te skakel sodat hy nie in

staat is om sy goed te verdedig nie of sodat hy hom daarby

berus dat sy goed gesteel word (Vgl. S v. Moloto 1982 (1)

SA 844 (A) op bl. 850 B-C). Appellant no 6 het aanskou

hoe appellant no 5 by die betreding van die winkel 'n vuur-

wapen uithaal en dit op die oorledene rig. Adv. Munks

het met 'n beroep op S v. Magwaza (supra) op bl. 41 C-H

aangevoer dat die verhoorhof fouteer het om te bevind dat

appellant no 6 dolus eventualis as opsetvorm gehad het

/omdat

omdat die Staat nie bo redelike twyfel bewys het nie dat appellant no 6 subjektief daarvan bewus was dat appellant no 5 'n gelaaide vuurwapen gehad het toe laasgenoemde die vuurwapen in die winkel te voorskyn gebring het. Volgens die betoog kon appellant no 6 nie, en het hy inderdaad nie, subjektief die moontlikheid voorsien dat die oorledene deur die gebruikmaking van die vuurwapen gedood kon word nie. M.a.w. die verhoorhof het fouteer om te bevind dat appellant no 6 dolus eventualis as opsetvorm gehad het.

Dit verg 'n ondersoek van hierdie Hof se beslissing in S v. Magwaza supra, oor hierdie aangeleentheid. Magwaza en sy vriend Sipho (wat 'n vuurwapen gehad het) het afgespreek

/om

om 'n winkel te beroof. Hulle het saam na die winkel in Durban gegaan. In die winkel het Sipho die winkeleienaar met sy vuurwapen gedreig om sy geld te oorhandig. 'n Skoot is deur Sipho gevuur en die winkeleienaar is noodlottig gewond. 'n Verhoorhof bestaande uit THIRION R en twee assessore van die plaaslike afdeling Durban en Kus het die ongewapende Magwaza o.a. skuldig bevind aan moord. Wat dolus eventualis as sy opsetvorm betref, is bevind dat Magwaza kennis gedra het van die vuurwapen in Sipho se besit, dat hy geweet het dit in die roof gebruik sou word en dat hy voorsien het dat iemand tydens die roof doodgeskiet sou kon word, maar roekeloos ten aansien van so 'n

/moontlikheid

moontlikheid gestaan het. Sodanige roekeloosheid het ook sy versuim om te verseker dat die vuurwapen nie gelaai was nie behels („Nevertheless the accused participated in the robbery reckless whether death resulted. Such recklessness consisted in part in his failure to ensure that the firearm was not loaded and also in his very participation in the robbery attempt when the commission of an act of violence with fatal consequence was a distinct possibility)", (op bl. 40 G). By appèl na hierdie Hof is beslis dat 'n versuim van hierdie aard nie subjektiewe kennis aan die kant van Magwaza dat die vuurwapen gelaai was, kan vervang nie. Omdat die Staat nie bewys het dat

/Magwaza

Magwaza daarvan bewus was dat Sipho se vuurwapen gelaai is nie het hierdie Hof bevind dat Magwaza nie die dood van die winkeleienaar voorsien het nie. Gevolglik is Magwaza se skuldigbevinding aan moord deur hierdie Hof tersyde gestel. Ek mag daarop wys dat hierdie Hof nie rekening gehou het met die beslissing in S v. Nkwenja en n Ander 1985(2) SA 560 (A) om aandag te skenk aan die vraag of Magwaza nie dalk aan strafbare manslag skuldig was nie. Die relevante gedeelte van HOEXTER AR se uitspraak in S v. Magwaza, supra, op bl 41 C-G lees soos volg:

"In my view the conclusions reached by the trial Court that the appellant knew that his confederate (a) was in possession of a firearm

/and

and (b) might use it in execution of the robbery, are unassailable. But robbery is sometimes successfully accomplished by threatening the victim by brandishing an unloaded firearm. The crucial question is whether when the two intruders entered the shop the appellant knew as a fact that his confederate's firearm was loaded. It is not clear to me that the trial Court was prepared to make such a finding against the appellant. The trial Court found that the appellant's recklessness as to whether or not death might ensue in the course of the robbery consisted in part of the appellant's 'failure to ensure that the firearm was not loaded'. Such an omission on the appellant's part might well be censurable but it cannot, I think, serve as a substitute for his actual subjective knowledge. Although in my view it is not improbable that the appellant knew that the firearm in question was loaded, it seems to me that the meagre evidence of Thandi Zungu and Bongani as to what the appellant confided in them, taken together with the rather

/sketchy.....

sketchy observations of Mrs Momplé and Flora Mthimkulu, cannot sustain, as the only reasonable inference, that the appellant knew that the firearm in the possession of his confederate was loaded. If the appellant lacked such knowledge then it must remain a matter for mere speculation whether subjectively the appellant foresaw the possibility of the deceased's death in the execution of the robbery."

Na my mening maak hierdie passasie ^{by implikasie} dit duidelik dat die omstandigheid dat so 'n socius criminis nie subjektief kennis gedra het van die feit dat die dader se vuurwapen gelaai was nie, glad nie tuisgebring moet word onder sy onverskilligheid of the slagoffer gedood kon word of nie. Wat die passasie egter nie duidelik maak nie is of dit 'n

/voorvereiste

voorvereiste vir dolus eventualis as opsetvorm is

dat 'n socius criminis subjektief kennis moes gedra het

van die feit dat die dader se vuurwapen gelaai was. Ons

reg stel subjektiewe kennis aan die kant van 'n socius

criminis dat die dader se vuurwapen gelaai is of dat

sy mes skerp is nie as 'n voorvereiste vir dolus eventualis

as opsetvorm nie. Daar is geen regsnorm of regs=

beginsel wat sodanige subjektiewe kennis as 'n voor=

vereiste vir dolus eventualis stel nie, soos McCREATH R

tereg in die onderhawige saak beslis het na aanleiding

van vermelde passasie :

/"I am

"I am of the view that it was not intended by the learned Judge of Appeal to elevate his statement in this respect from what was required to be proved on the facts of that case to a principle in law that the State is required, in all cases, to prove beyond a reasonable doubt that an accused knew that the firearm in the possession of a confederate was loaded, or to advance evidence which would sustain as the only reasonable inference that an accused did have such knowledge."
(Band 9 bl. 910).

Die feit dat h socius criminis nie subjektief kennis gedra het van die omstandigheid dat die dader se vuurw= wapen gelaai is nie of dat sy mes nie skerp is nie kan wel relevant wees by oorweging van die vraag of die socius criminis die moontlikheid subjektief voorsien het dat die dader se aanwending van die vuurwapen in

/die

die pleeg van die roof op die dood van die slagoffer
mag uitloop, as een van die fasette van dolus eventualis
as opsetvorm. Dit is bloot 'n feite-kwessie en nie 'n
regsreël nie wat relevant is by die oorweging van voor=
sienbaarheid as 'n faset van dolus eventualis. In die
onderhawige geval het die 7 appellante die gemeenskaplike
doel gehad om die winkel te gaan berôof. Roof hou vir
die rowers gevare in nie alleen by die konfrontasie met
die slagoffer wat self gewapen mag wees nie - veral waar
sy winkel naby 'n mynkampong geleë is en sy klante hoof=
saaklik Swart persone is - maar ook om 'n veilige wegkom
van die misdaadtoneel te verseker. Appellante no 6

/het

het op die misdaadtoneel gebly nadat appellant no 5 sy

vuurwapen op die oorledene gerig het en skote afgevuur

het totdat die oorledene ^{finaal}geval het. Hy het toe eers

van die misdaadtoneel weggehardloop. Na my oordeel

het die verhoorhof in die omstandighede tereg bevind

dat hy dolus eventualis as opsetvorm gehad het en dat

hy skuldig aan moord is. Wat versagtende omstandig=

hede betref, het adv. Munks aangevoer dat die verhoor=

hof nie rekening gehou het met die stadium toe appellant

no 6 van die vuurwapen bewus geword het nie. Na my

oordeel is daar geen meriete in hierdie betoog nie en

verloor dit uit die oog dat appellant no 6 op die mis=

daadtoneel gebly het totdat die oorledene finaal geval het.

/In

In die lig van al die aanvaarbare getuienis teen
appellant no 6 het die verhoorhof geen mistasting of
ander onreëlmatigheid begaan nie en sy bevinding dat
daar geen versagtende omstandighede is nie, is nie van
so 'n aard dat dit nie redelik daartoe kon gekom het nie.
Sy skuldigbevinding aan moord sonder versagtende om-
standighede en die opgelegde doodvonnis bly staan.

Appellant no 4 vermeld in sy bekentenis
breedvoerig die beplanning van die roof, hoe appellant
no 6 'n vuurwapen aan appellant no 5 oorhandig het, hul
reis na die misdaadtoneel en wat daar gebeur het. Hy
skets dit soos volg in sy bekentenis (Bewysstuk J¹):

/"Dit

"Dit was gedurende Februarie 1984 toe kom Jackson daar aan. Hy vra my of ek nie geld soek nie. Ek antwoord, 'ja, ek soek geld'.

Ek vra hom waar hy die geld sal kry. Hy sê toe dat daar 'n winkel op Westonaria is wat baie geld het. Ek vra hom toe hoe ons gaan maak om daar te kom. Hy sê dat hy my sal wys hoe om daar te kom.

Ons ry toe na Zacharia se huis waar ons ander mans gekry het. Ons het by Zacharia se huis gepraat oor wat ons gaan doen en hoe ons die winkel gaan beroof.

Jackson wys toe 'n vuurwapen en oorhandig dit toe aan Mphileni. Ons vertrek toe na Westonaria.

Jackson wys toe die kafee uit en sê: 'Dit is die plek'. Zacharia het stadig verby gery om die winkel en ons het gaan parkeer soos ek gewys het.

Ons stap toe almal na die winkel. Dit is die winkel wat ek uitgewys het.

Toe ons daar kom het ons gesien dit is nog oop. Ek was by die groep wie by die hoek van die winkel gestaan het. Jackson het toe na die kafee geloop en sigarette gekoop. Hy kom toe

/vinnig

vinnig na my en sê hulle maak nou toe, ons moet gereed wees. Mphileni het na die kafee gehaas en hy was gevolg deur Jackson, gevolg deur die res van die groep.

Toe ons by die deur kom was die deur halfpad toe. Mphileni en Jackson het onderdeur geklim. Mphileni het die vuurwapen in sy hand gehad. (Hy wys links) en rig dit op die Portugees en sê iets aan hom.

Die Portugees het agteruit getree en sy hande in die lug gehou. Ek hoor toe Mphileni skiet toe op die Portugees. Ek was by die deur en toe hardloop ek weg terug na die Kombi. Later terwyl ek hardloop het ek nog skote gehoor. Ek kan nie sê hoeveel nie.

Wat ek nog gesien het was toe die Portugees geval het na hy geskiet was. Ek het al die plekke uitgewys.

Ek het saamgegaan net om geld te kry maar nie om die man daar dood te maak nie."

Hier het ons die posisie dat appellant no 4 voor sy

vertrek vanaf Soweto na die misdaadtoneel bewus was

/van

van die feit dat appellant no 5 in besit van 'n vuur=
wapen was. Weliswaar vermeld hy nie dat hy bewus
daarvan was dat dit 'n gelaaide vuurwapen was nie, net
soos dit die geval met appellant no 6 is. Ook hier
geld die opmerkings wat ek reeds gemaak het oor die
passasie uit S v. Magwaza, supra, oor sy gebrek aan
subjektiewe kennis van die feit dat die vuurwapen gelaai
was. Hy het hom vereenselwig met die roof op die
oorledene, hy was by die deur van die winkel, hy het
gesien en hoor hoe appellant no 5 die oorledene skiet
en hy het nog skote gehoor toe hy weghardloop. Dit
is insiggewend dat hy die oorledene sien val het nadat

/hy

hy geskiet is. Na my oordeel het die verhoorhof tereg bevind dat hy dolus eventualis as opsetvorm gehad het deurdat hy subjektief die moontlikheid voorsien het dat appellant no 5 die vuurwapen kon gebruik om die oorledene noodlottig te beseer en dat hy hom daarmee versoen het om op die misdaadtoneel by die winkel deur te bly sodat hy selfs gesien het hoe die oorledene val. Deur sy weghardloop het hy hom nie distansieer van die roof nie maar na die Kombi gegaan sodat hy saam met die ander appellante die misdaadtoneel kon verlaat. Na my oordeel het die verhoorhof appellant no 4 tereg skuldig bevind aan moord. Wat versagende omstandighede betref, is dit in die verhoorhof aangevoer

/dat

dat appellant no 4 'n mindere aandeel aan die moord

gehad het. Die verhoorhof het hiermee rekening

gehou maar met inagneming van die feite soos in

sy bekentenis vervat, eenparig bevind dat dit nie sy

morele verwytbaarheid verminder nie. Die bewyslas

was op appellant no 4 om op 'n oorwig van waarskynlikhede

die bestaan van versagtende omstandighede te bewys.

Hierdie Hof se jurisdiksie is beperk wat 'n bevinding van

geen versagtende omstandighede deur 'n verhoorhof betref.

Hier kan daar na my oordeel nie gesê word nie dat die

verhoorhof in sy bevinding van geen versagtende om-

standighede 'n mistasting of ander onreëlmatigheid

begaan het nie. Dit kan ook nie gesê word in die

/lig

lig van die toelaatbare getuienis dat die verhoorhof
 nie redelikerwyse daartoe kon gekom het nie. Dit
 volg dat die opgelegde doodvonnis bly staan.

Die resultaat is soos volg:

1. Die appelle van appellante nos 1, 2, 3, 4, 5 en
 7 teen hul skuldigbevindings aan poging tot roof
 met verswarende omstandighede word afgewys.
2. Die appèl van appellant no 6 teen sy skuldigbe=
 vinding aan roof met verswarende omstandighede
 word afgewys.
3. Die appelle van appellante nos 4, 5 en 6 teen
 hul skuldigbevindings aan moord sonder versag=
 tende omstandighede en hul doodvonnisse word afgewys.

C. P. JOUBERT AR.

JANSEN AR)

SMALBERGER AR)

BOSHOF Wn AR)

Stem saam.