53/92

CG Saaknommer: 281/91

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak van:

RICHARD MTHOMBENI NDUNA — Appellant no 1

LUCKY NDAMANA — Appellant no 2

en

DIE STAAT — Respondent

CORAM: BOTHA, VAN DEN HEEVER ARR et VAN COLLER WAR

AANGEHOOR: 9 MAART 1992

GELEWER: 30 MAART 1992

UITSPRAAK

VAN DEN HEEVER AR

Mnr Ebrahim Shaik het met die hulp van twee handlangers namens sy werkgewer, Sasko, op Maandae, Woensdae en Vrydae brood afgelewer by verskeie winkeltjies in die area bekend as Rantjiesvlakte in die Kliprivier distrik van Natal. Hy was nie net bestuurder van die broodtrok nie, maar moes ook betaling vir die afgelewerde ware invorder van die winkeliers. Sy laaste afleweringspunt op die Driefonteinpad, 'n kronkelende grondpad wat uit die Ladysmith-Newcastle pad loop, was by Simelane se winkel. Daar het hy altyd teruggedraai.

Op Vrydag, 19 Desember 1986, het hy oudergewoonte dié afleweringsroete gevolg. Nadat die laaste brood afgelewer is, het die helpers (volgens die getuienis van een van hulle) hul leë kratte in die trok reggepak. Mnr Shaik het vanuit Simelane se winkel by die trok aangekom en gesê dat hulle nou gaan ry. Die helpers het uitgeklim en was besig om die trok se deure toe te maak. Skote het geknal, Mnr Shaik geval, sy

handlangers geskrik en gevlug. Waar hy geval het, het mnr Shaik gesterf.

Christopher Sibisi, toe ongeveer 16 jaar oud, het die dag pos gaan haal by die derde laaste winkel op oorledene se roete: Mabulalehleka s'n, waar hy vir ongeveer 'n halfuur op die stoep vertoef het. Hy het drie persone daar sien sit, ook op die stoep, met een bottel Lemon Twist koeldrank by hulle maar drie glase. Een se gelaatskleur was lig. Hy het gesien dat dié persoon die perseel verlaat en stap in die teenoorgestelde rigting as dié waarin die broodtrok aangekom het. Brood is afgelewer, die trok het verder gery na die volgende winkeltjie (van Mkhize) en toe gestop by Simelane s'n. Wat van die twee maats van die persoon wat lig van kleur is op daardie stadium geword het, weet Sibisi nie. Sibisi het in dieselfde rigting as die broodtrok geloop, op pad na die sportgronde naby die skool vlak by Simelane se winkel. Hy het twee van

die drie mans wat vroeër op Mabulalehleka se stoep koeldrank gedrink het, gesien langs die stilstaande trok en dat 'n Indiër aanstap vanaf die deur van die winkel. Hy het 'n skoot gehoor en gesien dat die Indiër val. Een van die twee langs die trok het daarin geklim, die ander het iets van die grond af opgetel. Sibisi het aangestap huis toe. Hy het gesien, nadat hy agter Simelane se winkel verby gekom het, dat die twee persone wat by die trok gestaan het, wegloop van die toneel en agter 'n koppie verdwyn. 'n Derde persoon het inmiddels by hulle aangesluit. Een van die drie was die persoon met die ligte gelaatskleur wat vroeër op Mabulalehleka se stoep saam met twee maats ook tyd verwyl het waar hulle een Lemon Twist gedeel het.

Die polisie is ontbied, foto's is geneem, opmetings gedoen, 'n sketsplan opgestel. Die motief vir die moord was roof. Sy vuurwapen wat oorledene altyd openlik in 'n pistoolsak aan sy linkersy gedra het, 'n

.38 Special Astra rewolwer, nr R295603, was weg, so ook al die kontantgeld uit die seil banksak waarin oorledene dit wat hy ingevorder het, gesit het. Die leë sak het naby die lyk in die stof gelê. Daar is geskat dat daar meer as R2 000,00 daarin moes gewees het te oordeel na die vrag brood wat die dag afgelewer sou gewees het. 'n Koeëlpunt, bewysstuk 2a, is op die grond gevind. Daar was 'n merk op die muur van 'n aangrensende geboutjie veroorsaak, volgens die mening van adjudant-offisier Du Plessis, deur 'n opslag koeël.

'n Nadoodse ondersoek is dieselfde dag nog op oorledene uitgevoer. Daaruit het geblyk dat hy twee keer in die gesig geskiet is. Een koeël het 'n vleiswond veroorsaak. Dit is onder die regter neusgat in en by die regter wang net voor die oorlob uit. Die tweede was dodelik: dit is by die linker wang in, het die klein harsing, breinstam en medulla beskadig, en beide 'n fraktuur van die tweede nekwerwel veroorsaak en

die rugmurg beskadig. Die koeëlpunt wat hierdie wond veroorsaak het, bewysstuk 2b, het vasgesteek in die werwel. Dit is verwyder en oorhandig aan adjudant-offisier Du Plessis.

Persone is as verdagtes gearresteer maar weer vrygelaat, volgens die saakdossier wat vroeg in Augustus 1988 aan adjudant-offisier Nkabinde oorhandig is. Hy het toe die ondersoek van die saak oorgeneem, wat tot op daardie stadium min opgelewer het.

Jabulane Wilson Biyela is op 9 Augustus 1988 deur Nkabinde en konstabel Zondo gearresteer, amper twee jaar na die voorval. Hoe die polisie by Biyela uitgekom het, weet ons nie, maar daarna het gebeure betreklik vinnig op mekaar gevolg wat gelei het tot die verhoor, in Natal, van drie persone weens die moord op en berowing van die oorledene op 19 Desember 1986 en onwettige besit van vuurwapens en ammunisie. Die drie persone was Biyela as beskuldigde no 1 en die huidige

appellante as beskuldigdes 2 en 3. Ek verwys na hulle geriefshalwe volgens hul hoedanigheid by die verhoor.

Die verhoor het begin op 7 November 1989 en maar hortend en stotend gevorder. Beskuldigdes, wat op borg uit was, het nie altyd betyds kon opdaag nie. Mense het siek geword. Daar was een saamgestelde binneverhoor oor die toelaatbaarheid van die verklarings wat elke beskuldigde kort na sy inhegtenisneming gemaak het. Die verhoorhof het besluit dat die verklarings waarskynlik nie vrywilliglik gedoen is nie en derhalwe ontoelaatbaar was. Die aanklaer het daarna getuienis aangevoer van sekere uitwysings deur elke beskuldigde gedoen, sonder om getuienis te lei van wat elkeen in die loop van daardie uitwysing gesê het.

Op 6 November 1990, d.w.s. voor die uitspraak van hierdie Hof in S v SHEEHAMA 1991 (2) SA 869, het die verhoorhof -

1. No 1 onskuldig bevind en ontslaan op alle

aanklagtes.

2. No's 2 en 3 skuldig bevind aan moord en aan roof met verswarende omstandighede.

3. No 3 verder skuldig bevind op twee aanklagte van onwettige besit van wapens en ammunisie.

Die volgende dag is no's 2 en 3 elk ter dood veroordeel vir die moord en gevonnis tot 10 jaar gevangenisstraf vir die roof. No 3 is ook gevonnis tot 18 maande gevangenisstraf vir elk van die aanklagtes onder die Wapenwet, egter samelopend te wees met die vonnis vir roof.

Die kennisgewing van appèl is gerig teen die skuldigbevindings op alle klagte en ook die vonnisse op die moord en roof aanklagtes.

Die vrae wat aandag verg in die lig van die SHEEHAMA uitspraak, supra, kan so saamgevat word:

1. Kom die uitwysings deur elke beskuldigde neer op buite-geregtelike erkennings?

2. Indien wel, het hulle ongedwonge en vrywillig geskied?

3. Indien nie, watter afleidings kan as noodwendiges gemaak word van wat oorbly van die Staat se saak, met inagneming ook van leuens deur die beskuldigdes vertel?

Die voorverhoor kronologie van belang t.o.v. die verklarings en derhalwe ook die uitwysings is die volgende:

19 Des 1986 het die voorval plaasgevind en is die nadoodse ondersoek op oorledene gedoen.

18 Feb 1987 het konstabel Wepener van die Ladysmith polisie die sketsplan en sleutel daartoe onderteken wat hy opgestel het na aanleiding van wat hy gesien het en vertel is op die toneel op 19 Desember 1986.

9 Aug 1988 is no 1 gearresteer deur speurders Nkabinde en Zondo. Hy het volgens 'n

sogenoemde "waarskuwingsverklaring" aan Nkabinde gesê "I wish to make a statement before Court". Hy is desondanks geneem na landdros Van Rooyen en het 'n verklaring gemaak, die inhoud waarvan nie deel van die oorkonde voor ons uitmaak nie.

10 Aug 1988 is no 2, Nduna, gearresteer deur onder andere Nkabinde. Hy het dieselfde dag 'n verklaring aan landdros J Potgieter gemaak, bewysstuk L.

11 Aug 1988 het Nkabinde no 2 oorhandig aan luitenant Appelgryn. Hulle het, met konstabel Wepener ook by, uitgery met die Driefontein grondpad tot by Simelane se winkel. Sekere uitwysings is gedoen en foto's geneem.

12 Aug 1988 het no 1 ook daar uitwysings gedoen aan ander lede van die mag nl. konstabel

Fredericks en luitenant Nel. Daarna is no's 1 en 2 voor die landdroshof gebring en hul saak uitgestel deur landdros Meggersee na 24 Augustus.

24 Aug 1988 is die saak weer deur Mnr Meggersee uitgestel, na 5 September.

29 Aug 1988 is no 3 in die vroeë oggend gearresteer deur Nkabinde en andere. Hy is ingeneem na die polisiestasie, vandaar weer terug na sy tuiste waar 'n vuurwapen, bewysstuk 3, die .38 Special Astra rewolwer no R295603, in 'n beeskraal begrawe gevind is. Hy het dieselfde dag 'n verklaring gemaak aan landdros Meggersee, bewysstuk M.

31 Aug 1988 is no 3 saam met speurder-adjudant-offisier De Bruyn en kaptein Robbertse uit op die Driefontein grondpad en het

uitwysings gedoen.

1 Sept 1988 is no 3 alleen voor landdros Meggersee gebring sodat hy gevoeg kon word in die saak teen no's 1 en 2. Die aansoek is toegestaan en die saak uitgestel na 5 September.

5 Sept 1988 het al drie toe voor mnr Meggersee verskyn en is klagtes van moord en roof aan hulle gestel ingevolge a 119 van die Strafproseswet 51 van 1977. Al drie het onskuldig gepleit. Al drie is ondervra. Elkeen het beweer dat sy verklaring aan 'n landdros voorafgegaan is deur aanranding deur die polisie. Die verrigtinge is op band gelê en daardie oorkonde is bewysstuk H.

5 Sept 1988 het Nkabinde sekere Zwane by die bushalte in Illingsweg gevind, volgens Nkabinde.

7 Sept 1988 het Zwane 'n .38 Smith en Wesson rewolwer no 37112, bewysstuk 1, na Nkabinde gebring by die polisiekantoor en dit aan hom oorhandig.

Alexander R, het nie breedvoerige redes gegee nie wáárom bevind is dat die beskuldigdes se verklarings nie toelaatbare getuienis beskou is nie. Hy het slegs één faktor uitgelig, wat gemenesaak was: dat no 2 deur Nkabinde aan 'n verwarmer in sy kantoor geboei was. Die redes wat Nkabinde vir dié optrede gegee het, het die hof totaal onaanvaarbaar gevind. Nkabinde se kollega Myeza het nog nooit daarvan gehoor dat gevangenes op dié wyse aangehou word nie en kon nie glo dat so iets by die polisiestasie gebeur het nie. Dat die beskuldigdes oordryf het, dat hulle hul verhale met leuens opgetooi het en dat in geval van no 2 daar onomstootlike bewys was dat hy nie vir die twee dae wat hy beweer, aangehou is nie,

> "was not sufficient in our mind to put ourselves at ease that there had not been duress of a very unseemly kind exerted on the accused by the investigating officer"

d.w.s Nkabinde.

Dat die bevinding geregverdig was op ander gronde ook, blyk uit die oorkonde.

Nkabinde en Myeza het no 1 gearresteer by die Ladysmith Buiteklub waar hy gewerk het en daarna in Nkabinde se kantoor ondervra. No 1 het in die verhoorhof in breë trekke herhaal wat hy met die a 119-verrigtinge aan landdros Meggersee vertel het: Nkabinde het hom vertel waaroor die ondervraging gaan, dat die polisie die hele storie ken, dat no 1 hulle nie vir dwase moet hou nie maar met die hele sak patats moet uitkom. Hy is in sy maag met die vuis geslaan en deur sy gesig geklap. Dit het geduur totdat hy gebieg het (my woord, nie no 1 s'n nie) waarna hy aangesê is om sy verklaring aan 'n landdros te herhaal en verbied is om

te klik oor die behandeling wat hom daartoe oorreed het. Bowendien is hy gewaarsku dat die verklaring wat hy maak weer by die polisie sal uitkom - wat ook gebeur het. Hy en die verklaring is gelyktydig aan Nkabinde oorhandig.

Die aanklaer het hom in kruisverhoor uitgelok om die erns van die aanranding op hom te vergroot: het hulle jou geskop? het jy opgegooi? No 1 het die versoeking weerstaan. Al waaroor dalk beskou sou kon word dat hy in 'n mate klei getrap het, is oor die vraag wáárom hy aan landdros Van Rooyen gesê het dat hy geen vorige verklarings afgelê het nie en dat "die polisie het my gesê van al my regte. Ek het toe besluit om voor die landdros gebring te word sodat ek alles voor die landdros kan sê". (Bewysstuk K1.) Sy houding was dat dit in opdrag van Nkabinde gesê is; en dat hy nie landdros Van Rooyen geglo het nie toe dié vertel dat hy 'n landdros is en dat no 1 niks het om te vrees nie en met vrymoedigheid kan praat. No 1 sê dat hy verwag het

om in die ope hof te praat en agterdogtig was dat die man op kantoor sonder baadjie aan, dalk ook 'n speurder kon wees of kop in een mus met die polisie.

Nkabinde se getuienis kom daarop neer dat toe hy en Zondo vir no 1 om ongeveer 8 vm by die gholfbaan gearresteer het, het no 1 feitlik onmiddellik gebieg. Nkabinde het hom daar vertel dat hy 'n saak ondersoek waar 'n Indiër geskiet en van geld beroof is en dat Nkabinde inligting gekry het dat no 1 betrokke was by daardie voorval. Nadat Nkabinde hom gewaarsku het dat dit 'n ernstige geval is, dat alles wat hy sê neergeskryf sal word en as getuienis teen hom in die hof sou dien, "he then made a report to me". Nkabinde het inderdaad daardie verslag in sy sakboek neergeskryf maar nie no 1 se handtekening daarby gekry nie. Hy het no 1 kantoor toe geneem en weer gewaarsku waarop no 1 sy vorige rapport herhaal het. Nkabinde getuig:

> "I then explained to him that a statement made to a magistrate carried more weight than the

> statement made to me because the magistrate does not know anything about the case."

Alexander R het met 'n halfdosyn realistiese vrae die vrot in die appel blootgelê. Nkabinde het geweet dat wat no 1 aan hom vertel, nie toelaatbare getuienis sou wees nie. Dat hy no 1 'n keuse gebied het om dit aan 'n landdros te herhaal "so as to make him relaxed in the office" lei tot een van slegs twee afleidings: Nkabinde is of ongelooflik dom of hy jok en het boonop no 1 mislei. Nkabinde het onvermydelik erken dat volgens sy waarskuwingsverklaring, bewysstuk K2, no 1 gesê het "I wish to make a statement <u>before</u> <u>court</u>" (my beklemtoning). No 1 het geweier toe Nkabinde vra of hy kon neerskryf wat no 1 hom mondelings vertel het, sê Nkabinde, en hy vermoed dit was omdat hy hom 'n keuse gebied het. Hy het no 1 nie vertel dat sy rapport aan Nkabinde nie toelaatbaar sou wees nie.

No 2 is voor sonop op 10 Augustus 1988 by sy

huis gearresteer deur Nkabinde en andere. Hy het getuig dat Nkabinde hom aangesê het om te vlug sodat die polisie hom kon skiet; hom by die polisiekantoor gewurg het met die rubber halsband wat no 2 se nek versier het, en hom toe ondervra het na aanleiding van inligting tot sy (Nkabinde se) beskikking. Nkabinde het hom geklap. Toe hy koes, word hy aan die verwarmer vasgeboei waarna hy nie regop kon staan nie. Daar is hy aangerand, later daar alleen gelaat vir ongeveer twee uur, toe weer aangerand en het eers die volgende dag 'n verklaring gemaak na verdere dreigemente van geweld.

Die verhaal stem in wese ooreen met wat hy by die a 119-verrigtinge gesê het. Dat hy oordryf is gewis. Ons weet dat hy dieselfde dag 'n verklaring aan landdros Potgieter gemaak het, bewysstuk L. Dat hy leuens vertel oor die inhoud van sy verklaring is ook gewis. Hy vertel 'n onmoontlike storie van hoe hy voorgesê sou gewees het wat die inhoud van sy verklaring

aan die landdros moes wees en, nadat hy tesame met sy verklaring weer by Nkabinde afgelewer is, wat hy alles met 'n uitwysing moet aantoon. Hierdie soort van leuens kan na my mening nie juis gewig dra nie by beoordeling van die werklike geskil: of hy onbehoorlik "oorreed" is om te beken. Dit is 'n skaars oortreder wat bereid is om voor die hof wat hom dalk selfs ter dood kan veroordeel, te erken dat die bekentenis uit hom gekul of gewring die waarheid is, ondanks die feit dat ons lank nie meer slegs op grond van die gevaar dat 'n onvrywillige bekentenis vals mag wees, weier om na so iets te luister nie. Dat die belyer al te dikwels self die deur oopmaak vir kruisverhoor oor die meriete van sy bekentenis deur onnodig en byvoorbaat sy onskuld te protesteer, getuig van gebrek aan kennis van die reëls van die bewysleer en menslike swakheid, nie noodwendig dat hy ook leuens vertel oor wáárom hy ooit die verklaring gemaak het nie.

Nkabinde het wat no 2 betref ook nie goed gevaar nie veral toe hy deur die verhoorregter onder hande geneem is. As voorbeeld: volgens hom wou no 2 nie met Nkabinde praat nie maar het onmiddellik daarop aangedring om 'n verklaring aan 'n landdros te maak. Dit was egter eers ongeveer twee uur nadat no 2 ingebring is, dat hy die waarskuwingsverklaring, bewysstuk L2, geteken het waarin hy daarop aandring om aan 'n landdros te vertel. Die tydsverloop tussen sy inbring en hierdie aandrang was nie bevredigend verduidelik nie. Eers toe hy terugkom van die landdros en Nkabinde sy verklaring het, het Nkabinde hom begin ondervra. No 2 sou toe heeltemal gewillig gewees het om vrae te beantwoord. Nkabinde het erken dat hy, toe hy op 'n stadium, hy sê vir slegs 'n paar minute, uit sy kantoor is, vir no 2 geboei het aan die pyp van die ingeboude verwarmer in sy kantoor - glo om te verhoed dat hy ontsnap. No 2 het op die vloer moes sit.

Nkabinde sê dit was normale gebruik om so iets te doen en Zondo het hom gestaaf dat hy ook al so iets aangevang het. Konstabel Myeza, egter, was soos reeds genoem, geskok deur die stelling dat enige polisieman so iets sou doen, wat volgens konstabel Madlala ook ongehoord is en indruis teen staande bevele dat 'n verdagte nooit alleen in 'n kantoor gelaat word nie.

No 3 het ook in wese vertel wat hy by die a 119-verrigtinge aan landdros Meggersee vertel het. Hy het wel leuens verkondig oor hoe hy dit reggekry het om alles haarfyn aan die landdros te vertel wat Nkabinde aan hom sou voorgesê het, en wat die inhoud was van wat aan hom voorgesê sou gewees het; maar dieselfde opmerkings geld t.o.v. dié soort van aandiksel as t.a.v. no 2 se gebreke as getuie. Van meer belang as hierdie tipe onwaarheid is dat, as hy so erg aangerand was as wat hy onder kruisverhoor beweer het, sigbare beserings te wagte sou gewees het, wat hy erken dat hy nie gehad

het nie. Maar Nkabinde het geen redelike verduideliking gehad nie van waarom, nadat no 3 in die skril oggenduurtjies opgeklop is en sy huis deursoek is, hy ongeveer 70 km op 'n grondpad ingebring is na die polisiestasie om dáár ondervra te word na vuurwapens. Volgens Nkabinde het no 3 daar dadelik 'n rapport in dié verband gemaak en is hy weer al die pad teruggeneem na sy huis waar bewysstuk 3 en vyf koeëls gevind is. Dit was in 'n plastiese sak toegedraai en in die beeskraal begrawe. Nadat Nkabinde indringend hieroor ondervra is, het hy omgespring en gesê dat die wapen vroeg gevind is vóór hulle teruggekom het na die polisiekantore, maar dié weergawe het nie lank gehou nie. Konstabel Madlala het die oorspronklike weergawe (waarna Nkabinde in elk geval teruggekeer het), gestaaf. Voeg daarby probleme i.v.m. no 3 se verklaring aan landdros Meggersee, en die verhoorhof se wantroue t.a.v. die vrywilligheid daarvan word duidelik geregverdig. Die landdros het op die

gebruiklike afgerolde vorm antwoorde op standaardvrae ingevul. Hy was tevrede met no 3 se antwoord op vraag 5, dat hy uit sy eie vrye wil kom praat, ondanks wat daarna gebeur het, wat so aangeteken is:

> "Have you any wounds or injuries? If so, how did you sustain them?
> Yes, my right ear is slightly deaf I have some pain with it as I was slapped several times on my face and one put his elbow in my chest (no visible swellings or abrasions observed).
> When did this take place? Today 7:30 am to 8:00 am.
> Has this, or did this influence you in any manner to make this statement?
> No, the police explained to me I may make a statement before them or before a Magistrate my choice was to make one here.
> When were you arrested?
> This morning about 5:00 am."

Dat hy nie met meer as die daaropvolgende formele vrae hierop ingegaan het nie, toon 'n gebrek aan gesonde nuuskierigheid, veral waar no 3 in antwoord op die vraag of die aanranding hom beïnvloed het om die verklaring af te lê, vertel het dat hy geen keuse gegun is nie behalwe t.a.v. die vraag, teenoor wie hy gaan praat, nie <u>of</u> hy

gaan praat nie. (Nkabinde het terloops erken i.v.m. no 3 se handtekening, om 13h00 aangebring op die sogenaamde waarskuwingsverklaring, bewysstuk M3, waarin no 3 sy begeerte sou uitgespreek het om 'n verklaring aan 'n landdros te maak, dat dit voorafgegaan is deur vreemde raad wat hy wat Nkabinde is aan no 3 gegee het oor so 'n verklaring: dit sou "beter klink" as een wat gemaak is aan 'n polisieman.)

Mnr Meggersee het nie no 3 se weergawe van hierdie beperkte keuse wat Nkabinde hom gebied het, vreemd gevind nie. Sy houding verleen geloofwaardigheid aan no 3 se getuienis dat hy vermoed het dat die persoon met wie hy gesels, 'n polisieman is. Mnr Meggersee sê na aanleiding van no 3 se klagte dat hy half doof is a.g.v. geweld op hom toegepas,

> "I looked at his ear, upon that, but I did not observe any swellings or abrasions ... I couldn't observe any injuries or anything like that. If I would have observed any blood or something on his ear, then may be that would have led me to have him possibly referred to

the District Surgeon".

Kortom, aanvarende dat die Staat nie gebind is deur die verhoorhof se bevinding dat die verklarings nie vrywillig gemaak is nie, hou sy advokaat se betoog dat daardie bevinding verkeerd is nie steek nie, vanweë wat die staatsgetuies self vertel het eerder as die beskuldigdes se oordrewe bewerings van erge aanrandings.

Die uitwysings wat kronologies gevolg het op die verklarings het so kort op die hakke van elk gekom, dat daar geen rede is om te vermoed dat die beweegredes waarin elke verklaring sy oorsprong gevind het, inmiddels verdwyn het nie. (Nkabinde het erken dat hy hier ook nie die beskuldigdes vertel het dat uitwysings wat hulle doen as getuienis teen hulle gebruik kan word nie.) Anders gestel, niks in die oorkonde laat vermoed dat indien geen ontoelaatbare verklarings gemaak is nie, die betrokke uitwysings desnietemin sou plaasgevind

het. Daardeur word geen kritiek uitgespreek teen diegene wat die uitwysings behartig het nie. Net soos in SHEEHAMA se saak was hulle nie bewus van die voorgeskiedenis nie.

Dat die verhoorhof elke uitwysing beskou het as 'n versweë verklaring d.m.v. lyftaal gemaak, blyk maar te duidelik uit sy redes. Daar is inderdaad gesteun op òf die inhoud van die verklarings van no's 2 en 3 waaroor kruisverhoor met die binneverhoor veroorloof geword het vanweë protestasies van polisie-afrigting, òf heelwat verbeeldingskrag, by die uitleg van wat alles in elke uitwysing (sonder gepaardgaande woorde) te vinde sou wees. En SHEEHAMA se saak, supra, maak duidelik beide dat elk van hierdie lyftaal-bekentenisse saam met die bekentenis self waarin die uitwysing sy oorsprong gevind het ontoelaatbaar is waar daar geen besliste skeiding tussen hulle is nie, en dat dit in elk geval weinig oortuigingskrag inhou onder omstandighede soos

wat ons hier het. Kyk bl 882B-C van bedoelde uitspraak.

Ek kom dan by beoordeling van die meriete waar eers die bekentenisse en nou die uitwysings uitgeskakel is.

Mev Malinga het op die betrokke dag diens gedoen in haar vader, mnr Mabulalehleka, se winkel. Sy het vertel dat 'n wit man 'n liter Lemon Twist gekoop het en drie glase geleen het om die koeldrank op haar stoep te drink; maar verduidelik dat sy met die byvoeglike naamwoord bedoel om 'n inboorling met 'n ligte gelaatskleur te beskryf. Sy het no 3 in die hof uitgewys as die betrokke persoon. Sy het vroeër 'n uitkenningsparade bygewoon. Of sy toe 'n verkeerde persoon of niemand nie uitgeken het, is onduidelik uit haar antwoord op die aanklaer se vraag daaroor:

> "There was a person who looked similar to a person who had come, but that was not the same person, because the person who had been in the shop was not present at the identification

parade."

Wat hierdie laaste stelling betref, was sy reg. No 1 het getuig dat no 3 nie op die uitkenningsparades wat gehou is, was nie. Hy was blykbaar toe nog nie gearresteer nie. Volgens mev Malinga was no 3 op die betrokke dag geklee in 'n roomkleur of wit bosbaadjie met 'n wit hoed op sy kop.

Christopher Sibisi se bydrae tot die getuienis is reeds vroeër opgesom. Daarby kan gevoeg word dat hy vir ongeveer 'n halfuur op Mabulalehleka se stoep was en die drie wat Lemon Twist gedrink het net 'n paar tree van hom af. Volgens hom het een 'n pet opgehad, een 'n klapmus en die derde, die man met die ligte velkleur, was kaalkop. Hy het 'n uitkenningsparade bygewoon maar kon niemand uitwys nie, d.w.s. ook nie no's 1 en 2 nie. No 3, sê hy, is die man met die ligte vel wat hy op 19 Desember 1986 gesien het wegstap van Mabulalehleka se winkel. No's 1 en 2 soos hy hulle in die hof gesien

het, ken hy nie.

Nhlangana Elphas Zwane, volgens hom 'n aangetroude oom van no 3, het getuig dat hy in 1981 met 'n faksiegeveg 'n rewolwer opgetel het. No 3 was by. Daar was vyf patrone in. In 1986 het no 3 navraag gedoen of hy nog die wapen het. No 3 wou dit leen vir beskerming op 'n reis deur vyandsgebied om by sy skoonouers te gaan kuier. Zwane was traag om dit te gee maar het uiteindelik ingestem en die vuurwapen op 'n Woensdag in Desember, nog voor Kersfees hoewel hy nie die datum ken nie, aan no 3 oorhandig. No 3 het dit die daaropvolgende Maandag teruggegee. Daar was twee patrone kort. No 3 het Zwane vertel dat hy vermoed dat hulle uitgeval het in (en weer uit) sy sak wat 'n skeur in gehad het en so kon weggeraak het. Zwane het getuig dat so iets wel kon gebeur het. Die aanklaer het, voordat hy no 3 onder kruisverhoor geneem het, dit op rekord geplaas "regarding exhibit 1 ... that ... the

magazine part of the exhibit has become loose today and it is separate from the firearm". In 1988, getuig Zwane verder, het adjudant-offisier Nkabinde hom ondervra oor hierdie wapen en hy het dit twee dae later aan Nkabinde by die polisiestasie oorhandig. Dit is bewysstuk 1, die .38 Smith and Wesson no 37712.

Zwane het onder kruisverhoor stellings as sou hy kwade gevoelens jeens no 3 koester vanweë 'n beestransaksie jare terug tussen hulle aangegaan, waar Zwane nie sy kant sou gebring het nie, ontken.

Ballistiese toetse het bewys dat die koeël op 19 Desember 1986 voor Simelane se winkel gevind, bewysstuk 2(a), gevuur is uit hierdie wapen, bewysstuk 1.

In die a 119-verrigtinge, bewysstuk H, het al drie beskuldigdes onskuldig gepleit, maar heelwat by gesê. Ek kom hierop terug. Nie een van hulle het egter homself op enige wyse verbind met die misdaad nie.

Die verhoorhof het staatgemaak op Sibisi se getuienis van die drie mans wat by Mabulalehleka se stoep vertoef het totdat die broodwa daar gekom het, en op die drie beskuldigdes se uitwysings, om al drie beskuldigdes te betrek by die gebeure van 19 Desember 1986 wat gelei het tot oorledene se dood. Volgens daardie uitwysings het al drie beskuldigdes dieselfde roete gevolg langs die Driefonteinpad tot by Mabulalehleka se winkel, maar daarvandaan het hul weë uitmekaar geloop. No's 2 en 3 se uitwysings het hulle gebring tot by die punt waar Sibisi twee mans gesien het waar die broodtrok voor Simelane se winkel gestaan en oorledene sy dood gevind het. Volgens wat no 1 uitgewys het, het hy egter vanaf Mabulalehleka se winkel nie die pad na Simelane s'n geneem nie, maar het hy die koppie naby laasgenoemde geklim. Daar was derhalwe geen getuienis wat no 1 sonder twyfel aandadig gemaak het aan die gebeure voor Simelane se winkel nie.

No 2 is skuldig bevind op die redenasie dat, waar no 1 uit die prent val, dit dan noodwendig 2 en 3 moes gewees het wat by die trok was, wat Sibisi gesien het en wat 'n gemeenskaplike doel gehad het om te moor en te roof.

Die enigste aangevoerde getuienis wat no 2 egter op die toneel geplaas het, was sy uitwysing. Waar dit wegval, bly geen betroubare skakel oor tussen hom en die oortredings nie. Sibisi het wel gesê dat die twee rowers wat hy by die broodtrok gesien het, twee was van die drie wat vroeër saam op Mabulalehleka se stoep was toe hy ook daar gekuier het; maar hoewel hy no 3 in die hof uitgeken het as een van hulle het hy nie 1 of 2 op die parade (waarop ons weet no 3 nie teenwoordig was nie, die ander twee wel) uitgewys nie of hulle in die hof herken nie.

Die appèl van eerste appellant, beskuldigde no 2, moet derhalwe slaag.

No 3 is in 'n ander posisie. Met die a 119-verrigtinge op 5 September 1988 het hy, bo en behalwe wat hy beweer het t.a.v. dwang wat op hom uitgeoefen sou gewees het om te bieg en afrigting wat hy sou ontvang het t.a.v. uitwysings, op die enigste aanklagtes wat op daardie stadium ter sprake was en waarop hy verwag is om te pleit, nl. van die moord en roof op mnr Shaik op 19 Desember 1986, ook beweer:

(a) dat hy in die betrokke tyd elders was;

(b) dat hy die oorledene se vuurwapen wat in die kraal begrawe was, bewysstuk 3, gekoop het van 'n onbekende persoon (wat egter gesê het dat hy van Bergville afkomstig was en geld nodig het om na die tuisland te ry) by die bushalte toe no 3 self ook op pad tuisland toe was.

Wat die alibi betref, was die a 119 oorkonde nie baie duidelik nie. Ek haal aan:

"Die waarheid is hier Edelagbare dat ek nie daar was nie, maar by my werksplek. Terwyl ek

> op diens was, het daar 'n telegram gekom van my huis af. Hierdie telegram was i.v.m. my kind wat siek was by my huis. Ek is toe by my huis op 'n Sondag. Ek het net een week daar gebly. Dit was 'n verlof wat aan my gegee was wat ek gevra het. Ek sou Maandag teruggery het maar daar by ongeveer 5 uur die voormiddag het die polisie by my huis gearriveer. Ek het net flitsligte gesien. Word wakker man dat ons kan loop. Ek vra hulle manne waar gaan ons. Hulle het vir my gesê na Mnambthai."

Dit klink asof hy sy alibi t.a.v. die oortreding en gebeure met sy arrestasie twee jaar later, hier saamsmelt. Hy het egter later, nog steeds met die a 119-verrigtinge gesê:

> "Hulle het vir my gevra waar was ek in 1986 gewees. Ek het vir hulle gesê dat ek daardie jaar my werk verloor het en daarna gegaan het na Beaufort toe. Daarna van Beaufort af was ek na my huis toe. Ek het toe my swaer daar by die huis gekry. My swaer het vir my gesê ons moet saam gaan, hy het vir my werk gekry waar hy werk. En dat ek toe saam met my swaer gegaan het en daar toe begin werk het."

Onsekerheid oor wat hy miskien bedoel met hierdie bewerings is uit die weg geruim met die verklaring wat namens hom opgestel is, hy onderteken en

bevestig het, en wat ingedien is by die pleit-stadium van die verhoor as bewysstuk C. Paragraaf 2 daarvan lui:

> "I plead not guilty to count 1 and 2 for the following reasons.
> 2.1 I know nothing about the commission of the offences.
> 2.2 I was at my place of employment in Grahamstown at the time of commission of the offences.
> 2.3 I was employed as a watch guard at Tony's Construction in Grahamstown."

Die Staat het egter hierdie alibi vernietig nog voordat no 3 dit d.m.v. getuienis kon ondersteun. Getuienis is aangebied wat dit buite twyfel stel dat no 3 wel by Tony's Construction gewerk het maar eers vanaf die middel van 1987; en dat hy uit daardie werk gedros het op 21 Augustus 1988. Toe hy uiteindelik getuig oor die meriete het hy 'n ander alibi probeer voorhou, naamlik dat hy in die betrokke tyd by sekere Hlutha gewerk het. Sy getuienis hieromtrent was egter heeltemal wollerig en vaag en deurspek met "ek kan nie

onthou nie".

Sy verhaal aangaande die vuurwapen wat by die beeskraal begrawe gevind is, het in dié mate verander van wat hy vroeër in die landdroshof gesê het dat die verkoper nou 'n naam gekry het: ene Hlongwane, nog steeds van Bergville. Hy vertel dat die wapen aan hom aangebied is by die bushalte, maar die storie was aan soos probleme daarin uitgewys word. Hy ontken dat daar enige patrone by was, erken dat hy daardeur vir hom 'n kat in die sak gekoop het omdat hy nie kon seker wees dat die ding werk nie, en gee geen aanneemlike verduideliking waarom hy dit onmiddellik begrawe het nie. Indien hy gesê het dat hy dit gedoen het omdat hy geweet het dat hy in besit is van 'n onwettige vuurwapen omdat ongelisensiëer, sou sy optrede dalk verstaanbaar gewees het. Hy hou egter vol dat dit sy heel eerste vuurwapen was, dat hy nie bewus was dat dit onwettig was om so iets te besit nie, en dat hy dit begrawe het

doodeenvoudig omdat hy lus was: dit is sy eiendom en hy kan maak met sy goed soos hy wil. Op sy verhaal is die herkoms van die vyf patrone wat tesame met die vuurwapen gevind is, onverklaar. Dat die verhoorhof sy weergawe van hoe hy aan bewysstuk 3 gekom het, as 'n versinsel verwerp het, was te verwagte.

Die verhoorhof het bevind dat Zwane 'n geloofwaardige getuie was. Daar was geen verpligting op no 3 om te verduidelik waarom Zwane onwaarhede wat hom benadeel sou verkondig nie. Hy het dit egter uit eie beweging gedoen en 'n wolhaarstorie opgedis wat geen logika inhou nie en ook verander en gegroei het soos hy onder kruisverhoor vasgetrek is. Sy verhaal was dat hy jare terug al geld voorsien het om 'n bees by Zwane te koop. Die prys was volgens sy getuienis eers R150,00, toe "R150,00 of R160,00", toe beslis R150,00 waarvoor hy R200,00 aan sy ouma verskaf het en sy vir hom die kooptransaksie beklink het en R50,00 kleingeld

teruggegee het. Hy kon nie daarin slaag om die bees van Zwane te kry nie, hoewel hy dikwels lewering gevra het. Hy het selfs vir Zwane gedagvaar in die kaptein se hof. Van die saak het niks gekom nie omdat nie alleen die kaptein voor wie sy saak moes dien, gesterf het nie, maar ook sy opvolger na hom. Waarom Zwane vir hom kwaadgesind sou wees i.p.v. hy vir Zwane, het duister gebly.

Die direkte getuienis wat no 3 verbind met die moord en roof is besonder karig. Nòg mev Malinga nòg Sibisi het geaarsel om hom in die hof uit te ken as die persoon met die ligte vel wat saam met twee ander persone in die omgewing op die besondere dag en tyd was terwyl Sibisi hom plaas as een van die drie wat hy gesien het weg stap van die trok nadat die oorledene gevel is. Die probleme met Sibisi se getuienis en die verskil tussen hom en mev Malinga is reeds aangemerk. Feit bly egter dat die verhoorhof waargeneem het dat no

3 opmerklik lig van vel is. Baie belangriker is dat no 3 in besit gevind is van oorledene se wapen met ammunisie daarby waarvan hy beroof is nadat hy doodgeskiet is waar dit deeglik versteek was by no 3 se woning. Sy verhaal aangaande hoe hy daaraan gekom het is met goeie rede as leuenagtig verwerp. Zwane was in besit van die moordwapen en het getuig dat hy dit in die relevante tyd aan no 3 geleen het en dat hy dit terug ontvang het minus twee patrone. Ons weet dat twee skote die oorledene getref het. En no 3 het nie slegs ontken dat hy betrokke was by die geweld op oorledene nie, maar 'n vals alibi opgewerp.

Ek is gedagtig aan die opmerkings vervat in S v MTSWENI 1985 (1) SA 590 (A) 593C-594E waarin gewaarsku word dat daar nie te veel gewig verleen moet word aan 'n beskuldigde se leuenagtigheid nie. Alles hang natuurlik af van die besonderhede van elke saak. Wat immer geld, is dat 'n man nie skuldig bevind word

omdat hy leuens vertel nie, maar slegs wanneer daar voldoende positiewe feite teen hom bewys is wat tesame met sy leuenagtigheid die afleiding van skuld regverdig.

Elkeen van die faktore wat so pas uitgestip is kan miskien afsonderlik by wyse van bespiegeling met onskuld versoen word. Beslissings soos S v SAULS AND OTHERS 1981 (3) SA 172 (A) 182G-183C leer egter dat

> "The State is not obliged to indulge in conjecture and find an answer to every possible inference which ingenuity may suggest any more than the Court is called on to seek speculative explanations for conduct which on the face of it is incriminating."

Dit is nie redelik moontlik nie dat beskuldigde no 3 onskuldig verbind is met beide die vuurwapens wat ook die enigstes was op die toneel voor Simelane se winkel op 19 Desember 1986: dié wat oorledene se eie was en dié wat hom doodgemaak het. Die verhoorhof word nie verwag om teoretiese moontlikhede wat geen aanklank

in die getuienis vind, in no 3 se guns te oorweeg nie. Dat hy oorledene se vuurwapen in die beeskraal begrawe het, dui **prima facie** op 'n skuldbesef. Hy ontken dat hy 'n skuldbesef gehad het en maak derhalwe nie staat daarop nie dat hy geweet het dat besit sonder lisensie onwettig was en hy daarom die item begrawe het. Dit was juis die verweer wat hy met pleitverduideliking opgewerp het in bewysstuk C t.a.v. die betrokke aanklag dat hy dit <u>nie</u> geweet het nie:

> "3.2 I purchased the firearm from an unknown person at the Ladysmith taxi-rank.
>
> 3.2 It was the first time that I had possessed a firearm and I did not know that it was unlawful to possess the same without having a licence to do so."

Hy het ook op geen stadium probeer nie om 'n verduidelking te gee wat vereenselwigbaar sou wees met sy onskuld, van sy besit in die tersaaklike tyd van die moordwapen, waarvan Zwane getuig het: byvoorbeeld, deur te herhaal wat hy aan Zwane sou vertel het, wáárom hy

die rewolwer wou leen en hoe hy patrone daaruit verloor het (of te ontken dat hy dit wel verloor het). No 3 het slegs Zwane se getuienis in geheel ontken. Sy pleit op hierdie aanklag was ook

> "I plead not guilty ... I have no knowledge of this firearm neither did I possess it at any stage."

Die verhoorhof het Zwane geglo. Die Smith en Wesson is nie deur die polisie in sy besit gevind nie, hy het dit self aan Nkabinde kom oorhandig. Daar was geen rede nie waarom hy valslik juis die enigste persoon ter wêreld wat reeds gekoppel was aan oorledene se dood deur sy besit van 'n artikel van oorledene se liggaam verwyder nadat hy geskiet is, (waarvan Zwane geen kennis kon gehad het nie op no 3 se getuienis) sou uitwys as die man aan wie hy, Zwane, sy Smith en Wesson geleen het in Desember 1986: wat natuurlik eers daarna aan ballistiese toetse onderwerp kon word wat getoon het dat dit op 19 Desember 1986 voor Simelane se winkel gevuur

is.

Kortom, die enigste redelike afleiding vereenselwigbaar met die aangevoerde getuienis beoordeel as 'n geheel, en wat deur niks in daardie getuienis weerspreek word nie, is dat no 3 aandadig was aan die moord en roof op die oorledene.

Daar is geen fout te vinde nie met die verhoorhof se bevinding dat die rooftog versigtig beplan is. Die rowers het gewag tot die endpunt van oorledene se afleweringsroete waar die volle bedrag geld vir die dag se verkope reeds ge-in sou wees, voordat hulle toegeslaan het. Hulle was by Mabulalehleka se winkel toe brood daar afgelaai is, en sou die prosedure waargeneem het indien hulle nie reeds vroeër bewus daarvan was nie. Oorledene het twee handlangers gehad, en het sy vuurwapen opsigtelik aan sy lyfband gedra. No 3 het Zwane se vuurwapen geleen en op die toneel gebring om ooglopende redes: die rowers kon nie bekostig om

oorledene enige geleentheid te gee om sy eie te gebruik nie.

Die verhoorhof het bevind dat dit oorweldigend waarskynlik is dat no 3 die persoon is wat oorledene gedood het maar, al sou die (skrale) moontlikheid bestaan dat hy dit aan 'n maat gegee het om die vuilwerk te doen, dan is opset om te dood in die vorm van **dolus eventualis** buite twyfel bewys. Waar no 3 die persoon is wat die vuurwapen bekom het vir 'n besondere doel en dit weer terugbesorg het aan sy eienaar, en self nie aan die hand doen dat hy dit op enige stadium aan enigiemand anders oorhandig het nie, kom dit in die omstandighede van hierdie saak dalk op spekulasie neer om te aanvaar dat daar 'n redelike moontlikheid is dat dit nie hy was wat daardie vuurwapen gebruik het nie. Ek aanvaar egter die bevinding van die verhoorhof dat ondanks die "overwhelming probability" no 3 die voordeel van die twyfel gegun is, en dat gevolglik slegs **dolus eventualis**

bewys is.

Wat vonnis betref, is die volgende ter sake.

Sy skoolopleiding was maar karig, hy het standerd 1 deurgekom. Hy is volwasse, sy ouderdom is aangegee as 30 jaar. Hy het vir praktiese doeleindes geen vorige veroordelings nie aangesien die enigste oortreding op sy kerfstok een is in 1984 opgeloop vir besit van dagga.

Hierdie Hof het meermale in die verlede bevind dat die doodvonnis nie die enigste gepaste vonnis was nie vir 'n oortreder met 'n skoon verlede, wat aandadig was aan moord met bewese opsetvorm slegs **dolus eventualis**, waar ondanks bewys dat 'n roof beplan was, nie buite twyfel bevind kon word dat die moord wat daaruit gespruit het ook beplan was nie. Vgl byvoorbeeld CHONCO v DIE STAAT (saak 206/91 van hierdie Hof waarin uitspraak gelewer is op 27 November 1991).

Dit beteken egter nie dat 'n skoon rekord plus

dolus eventualis nooit sal lei tot die uiterste vonnis nie. Dit moet noodwendig afhang van die omstandighede van elke geval. Hoe sterker die vooruitsig (tot die besef van die beskuldigde) dat die dood sal volg op 'n besondere optrede, hoe minder die gewig wat die feit dat slegs opsetvorm **dolus eventualis** bewys is as versagtende faktor dra. Die risiko dat iemand in die strooftog gedood kon word was in hierdie saak besonder groot. Soos reeds gemeld, het die oorledene sy vuurwapen opsigtelik aan sy lyfband gedra. Die rooftog was beplan en die rowers was by Mabulalehleka se winkel toe brood daar afgelaai is. Hoewel daar nie direkte getuienis is dat beskuldigde 3 geweet het dat die oorledene gewapen is nie, was dit beslis te verwagte dat 'n persoon, soos die oorledene, wat geld moes invorder wel gewapen sou wees. Enigeen van die rowers sou dus nie alleen die moontlikheid dat dit geskiet kon word voorsien het nie, maar sou dit as 'n sterk waarskynlikheid voorsien het.

No 3 was lank voor die roof deel gewees van die plan om te beroof, wat sonder hom nie uitgevoer sou kon word nie, daarom het hy die gelaaide rewolwer by Zwane geleen. Daarna is die broodtrok ingewag. Ons het nie te doen met die meer gebruiklike situasie waar 'n wapen geneem word om te intimideer en slegs in geval van moontlike weerstand te gebruik nie: daar was geen poging om oorledene te intimideer nie, hy is, niksvermoedend, twee keer in die gesig op 'n betreklike kort afstand geskiet en die gedrag van die rowers daarna dui daarop dat dit nie onverwags was nie. Twee het die buit geneem wat hulle wou, drie het doodluiters van die toneel weggestap volgens Sibisi se onbetwiste weergawe. Die afleiding is geregverdig dat die beplanning van die roof behels het dat die oorledene dadelik, ter aanvang van die uitvoering daarvan, buite aksie gestel sou word, en dat dit bewerkstellig sou word deur die vuurwapen op 'n kort afstand op hom af te vuur. In die omstandighede

was die vooruitsig dat die oorledene gedood sou kon word, so sterk dat no 3 se **dolus eventualis** nie werklik as 'n strafversagtende faktor in aanmerking kom nie.

Ondanks no 3 se skoon verlede oorskadu die verswarende faktore die versagtendes. Ek stem saam met die verhoorregter dat

> "If a feature has to be found that adequately describes this crime of murder and robbery it is the ruthless and chilling efficiency by means of which it was perpetrated."

Dit mag wees dat appellant rehabiliteerbaar is, maar 'n persoon wat optree soos wat hy opgetree het, is 'n gevaar vir die gemeenskap. Die ander oogmerke van straftoemeting, t.w. voorkoming, afskrikking en vergelding kan na my mening nie voldoende bevredig word deur gevangenisstraf nie. Hierdie is 'n saak van uitsonderlike erns, en die doodvonnis is dus die enigste gepaste straf.

Geen afsonderlike betoog is aan ons voorgehou

wat betref die meriete van die twee aanklagtes onder die Wapenwet nie. Daar is geen meriete in die appèl wat hulle betref nie, ook nie wat betref die vonnis vir die roof nie.

Die gevolg is dat die appèl van beskuldigde no 2, dit is eerste appellant, slaag. Sy skuldigbevindings en vonnisse word ter syde gestel. Die appèl van beskuldigde no 3, dit is die tweede appellant, word van die hand gewys

L VAN DEN HEEVER AR

BOTHA AR)
)   STEM SAAM
VAN COLLER WAR)