

**IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA
(WESTERN CAPE HIGH COURT, CAPE TOWN)**

Case No: A315/2009

In the matter between:

MOGAMAT SAMUELS

Appellant

Versus

THE STATE

Respondent

JUDGMENT DELIVERED ON 27 OCTOBER 2010

Allie, J

[1] The appellant was convicted in Wynberg Regional Court on two counts of rape and two counts of indecent assault. He had pleaded not guilty. All counts were taken together for the purpose of sentence and he was sentenced to 20 years direct imprisonment.

[2] He appeals against the conviction.

[3] The complainant alleged that while she and her boyfriend, Clive Morkel was lying in their wendy house in front of an incomplete building, they heard a car pull up. Mr Morkel opened the door of the shack and recognised one, Bradley who serviced a portable toilet on the building site. He said that Bradley had come about the dog at the site. Bradley and the appellant threatened to harm them if they did not open the door of the wendy house. The appellant came in and asked what the complainant was doing with an older man, namely, Mr Morkel. He then chased Mr Morkel out of the shack and told the complainant

to move further back on the bed and to undress. He threatened to shoot her with a gun if she did not have sexual intercourse with him. He pulled her pants down half way and she pulled it down the rest of the way.

[4] He had sexual intercourse with her in the wendy house. He took her to the incomplete building at the back where he penetrated her anally twice, vaginally once and compelled her to perform fellatio twice. He then took her back to the wendy house and on the way they encountered Mr Morkel. The complainant alleged that she told Mr Morkel that she had been raped.

[5] Once in the wendy house the complainant said that the appellant attempted to rape her again but he was interrupted when the police arrived. She said that the appellant told the police that she was his girlfriend but she told the police that that was not true.

[6] Later during cross examination the complainant admitted that she asked the appellant whether he used TIK. She also said for the first time that when the appellant approached her on the bed when he first entered the wendy house, she felt in his pants' pockets for a gun but he did not have one there. He told her that he only had his money and cell phone in his pocket.

[7] During cross examination she admitted that she had given the particulars of her bank account to the mother of the appellant after he was arrested and she discussed the issue of Mrs Samuels paying her to withdraw the charges. She

however denied that she agreed to withdraw the charges in exchange for payment and alleged that she was trying to entrap Mrs Samuels for bribery.

[8] The accused's version is that he went with his friend Bradley to the wendy house of the complainant and her boyfriend. Bradley asked him to keep the complainant busy by talking to her so that Bradley could discuss taking the dog with Mr Morkel.

[9] He testified that the complainant asked him if he used TIK, and then she took out a TIK lolly and they used it together. Thereafter she wanted money from him and he said he will give her some when he is at the car. He then wanted to know what she would give him in return and she started performing fellatio. Thereafter the police arrived. He denied raping her, indecently assaulting her and taking her to the incomplete building behind her wendy house. His version clearly does not make sense because if she had given him a TIK lolly, he would not have asked her what she would do for him as she would already have given him something in return for the money he was going to give her.

[10] A court does not however have to believe the version of an accused to acquit him.

[11] The state has an obligation to first discharge the onus of proving beyond reasonable doubt that the accused committed the offences.

[12] The testimony of the complainant together with that of Mr Morkel and the lack of medical evidence to prove unequivocally that forced penetration occurred, creates considerable doubt. Once the complainant could feel no gun in the pocket of the appellant, the element of coercion that she relied upon to explain her submission to appellant falls away.

[13] The scenario she sketched in her evidence-in chief is that of a woman frightened by the threat of being shot with a gun, who chose to co-operate rather than resist. She offered no explanation about how she could be so at ease in the company of the accused that she could chat with him about whether he used TIK. Mr Morkel failed to support her allegation that the accused chased him away. He in fact stated that he took the opportunity to slip away to a neighbour and to summon the police because his only concern was that Bradley and the appellant would steal the dog. He testified that when he returned after calling the police he found the appellant and the complainant holding hands and walking from the incomplete building into his shack. He waited outside the closed door of his shack and did not hear the complainant resist the advances of the appellant at all.

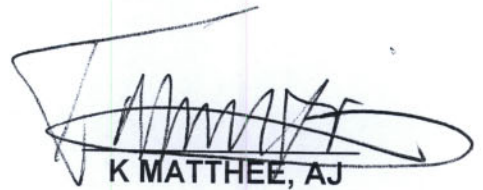
[14] At one state the complainant's evidence points to being raped thrice although she states pointedly that she was raped twice. The inconsistencies in her evidence were not clarified. On a conspectus of all the state's evidence, I can find no evidence to support the allegation by the complainant that she was raped and indecently assaulted.

[15] In the circumstances the appeal succeeds and the convictions and sentence are set aside.

I agree



ALLIE, J


K MATTHEE, AJ

Republiek van Suid-Afrika



In die Hooggeregshof van Suid-Afrika
(Wes-Kaap Hoë Hof, Kaapstad)

In die appél van:

Saaknommer A406/10

Nathan Pienaar

Appellant

en

Die Staat

Respondent

UITSPRAAK GELEWER: 29 Oktober 2010

LOUW R

[1] Die appellant en 'n medebeskuldigde wat altwee polisiebeamptes is, het 22 Julie 2009 in die streekhof in Kaapstad op een aanklag van korrupsie, te wete die oortreding van Artikel 4(1)(a)(i)(aa) van die Wet op die Voorkoming en Bestryding van Korrupte bedrywighede, 12 van 2004 (die Wet) tereggestaan. Die bewering teen hulle was dat hulle op 16 Maart 2007 in Alexander straat, Woodstock, 'n onbekende bedrag geld van ene Apie of tewete, ene Jerome Kelly vir hul eie voordeel aanvaar het ten einde op 'n onwettige en oneerlik op te tree in die uitoefening van hulle pligte of werksaamhede deur nie 'n verdagte te arressteer vir die bestuur van 'n motorvoertuig sonder 'n lisensie

2

of die bestuur van die motorvoertuig terwyl hy onder die invloed van alkohol was of die persoon laat gaan het sonder om hom te laat toets om te bepaal of hy onder die invloed van alkohol was.

[2] Die beskuldigdes wat altwee deur dieselfde regsvertegenwoordiger bygestaan is, het op 24 Julie 2009 onskuldig gepleit en hulle het altwee hul swygreg uitgeoefen. Hulle het egter wel erken dat hulle ten tyde van die pleging van die beweerde misdryf in diens van die Suid Afrikaanse Polisie was. Die enigste getuie namens die staat was 'n reservis konstabel Hecktor. Na afloop van haar getuienis, het die appellant en sy medebeskuldigde konstabel Davids, verkies om nie te getuig nie en het hulle ook geen ander getuienis aangebied nie.

[3] Op 7 April 2010 is die appellant skuldig bevind op die aanklag van korrupsie. Sy mede-beskuldigde, Konstabel Davids, is egter onskuldig bevind en ontslaan.

[4] Nadat 'n verslag ingevolge die bepalings van artikel 276 (1)(i) van die Strafproses Wet, 51 van 1977 wat deur 'n korrektiewe beamppte opgestel is, voor die hof geplaas is, is die appellant op 14 Junie 2010 tot vier jaar gevangenisstraf ingevolge die bepalings van artikel 276 (1)(i) van die Strafproses Wet gevonniss.

[5] Op 14 Junie 2010 het die hof a quo aan die appellant verlof verleen om teen sy skuldigbevinding te appelleer.

[6] Die hooftrekke van Hecktor se getuienis was dat sy die aand en nag van Vrydag

16 Maart 2007 as 'n passasier saam met konstabel Davids in 'n polisievoertuig op misdaad voorkoming patrollie was. Die appellant, wat soos konstabel Davids aan die Woodstock polisie verbonde was, was die bestuurder van 'n ander polisievoertuig wat ook patrollingdienste verrig het. Die appellant se passasier was konstabel Tai Tai. Gedurende die loop van die aand het Davids en Hecktor 'n radio oproep van die appellant ontvang wat gesê het dat hy bystand nodig het, aangesien hy 'n voertuig in Woodstock wou aftrek. Hulle is toe na die adres in Alexander straat waar hulle gevind het dat die appellant reeds die motorvoertuig van die pad getrek het. Die insittendes van die voertuig was reeds buite die voertuig en volgens Hecktor het konstabel Davids gevra wie die bestuurder van die voertuig was. 'n Persoon wat aan haar bekend was as 'Apie' en wat, so het dit vir haar voorgekom, ook een van die insittendes was, het toe een van die vier mense op die toneel uitgewys as die bestuurder. Sy getuig later dat die betrokke persoon self gesê het dat hy die bestuurder was. Volgens Hecktor was die 'bestuurder' klaarblyklik onder die invloed van drank, het na drank geruik, het skeef geloop en het gehakkel ('stutter'). Konstabel Davids het toe die voertuigsleutel by die bestuurder geneem. Hecktor het ook gesien dat daar 'n bottel binne in die voertuig lê en dat die voertuig nie gelisensieer is nie. Volgens Hecktor het die bestuurder ook erken dat hy nie 'n bestuurderslisensie gehad het nie. Tot haar verbasing, het Davids na 'n ruk die sleutel van die voertuig teruggegee met die vermaning dat die bestuurder nie mag bestuur nie omdat hy onder die invloed van drank was.. Volgens Hecktor het Apie gesê dat hulle oppad was Kaap se kant toe, na 'n jol en "moenie worry nie, ek gaan self ry."

[7] Nadat al vier die polisiebeamptes weer in hulle onderskeie voertuie geklim het,

het Apie na die bestuurderskant van Davids en Hecktor se voertuig gekom met tien en twintig rand note in sy hand wat hy vir konstabel Davids wou gee. Volgens Hecktor het Davids egter gesê dat Apie die geld vir die appellant moet gee. Apie is toe na die appellant se voertuig wat ongeveer 2 tot 3 meter vanaf hulle voertuig gestaan het en het hy die geld wat hy vir konstabel Davids wou gee vir die appellant gegee.

[8] Die twee voertuie het daarna voortgegaan om patrollie werk te doen. Volgens Hecktor het hulle gedurende die loop van die nag 'n paar keer verby mekaar gery en het konstabel Davids en die appellant oor en weer, met klaarblyklike verwysing na die geld wat Apie vir die appellant gegee het, vir mekaar geskree en grappies gemaak oor die feit dat konstabel Tai Tai 'allright' is en dat hy R250 gekry het.

[9] Hecktor het nie onmiddellik nadat die skof verby was 'n klagte gaan lê nie. Volgens haar het sy die volgende aand, wat 'n Saterdag-aand was, weer saam met die appellant gewerk en daar het toe weer 'n soortgelyke voorval plaasgevind. Dit is toe dat sy besluit het om die volgende dag, te wete die Sondag, vir Kaptein Jaftha wat die werk van polisie reserviste by die Woodstock polisiestasie koördineer het, te vertel wat gebeur het.

[10] Sekere detail van Hecktor se weergawe van die voorval is in kruisverhoor betwis. In besonder is dit betwis dat die appellant of konstabel Davids geweet het wie die bestuurder van die voertuig was, en dat Davids die sleutel by 'n persoon wat erken het dat hy die bestuurder was geneem het (volgens die stelling in kruisverhoor is die sleutel uit die voertuig se aansitter getrek). Dit is ook aan Hecktor gestel dat aangesien

dit nie aan die beskuldigdes bekend was wie die bestuurder was nie, hulle niemand vir dronkbestuur sou kon aangekla het nie. Hoewel daar ook namens altwee die beskuldigdes ontken is dat hulle geld van Apie ontvang het, is dit wel in kruisverhoor erken dat Apie eers na konstabel Davids gekom het met 'n tien randnoot met die vraag of "ons vir ons – of vir hom natuurlik 'n coke wil koop" en dat konstabel Davids toe gesê het dat hy nie 'n koeldrank wil hê nie maar gesê het, "gaan hoor daar by beskuldigde een (appellant). Jy kan na hulle toe gaan as jy vir hulle wil iets koop".

[11] Die getuie Hecktor het die landdros beiindruk as 'n eerlike getuie wat op 'n baie spontane wyse en met groot selfvertroue getuig het. Die landdros meld dat hy op geen stadium die indruk gekry het dat Hecktor die saak teen die beskuldigdes wou aandik nie, en sy indruk van haar was dat sy objektief was. Hoewel sy 'n enkelgetuie was, was die landdros tevrede dat haar getuienis duidelik en konsekwent was en dat hy daarop kon staatmaak. Die landdros was voorts van mening dat sekere aspekte van Hecktor se getuienis "tot 'n groot mate bevestig word" deur wat namens die beskuldigdes aan haar gestel is. So, merk die landdros op, is dit nie in geskil geplaas dat die appellant wel 'n voertuig afgetrek het nie. Hy wys ook daarop dat dit gemene saak is dat Apie 'n bedrag geld aan konstabel Davids aangebied het en dat hy toe vir Apie na die appellant verwys het.

[12] Hierdie aspekte waarop die landdros staatmaak is egter nie stawing, in die ware sin van die word, van Hecktor se weergawe nie. Stawing kan slegs werklik gewig dra as dit die staatsgetuie se weergawe bevestig ten opsigte van aspekte wat in geskil is. Dit is dus nie stawing vir Hecktor se weergawe dat dit gemene saak is dat die appellant wel

'n voertuig afgetrek het nie. Wat wel in geskil is, is of die appellant en konstabel Davids bewus was van wie die voertuig bestuur het, dat die persoon onder die invloed van drank was, en dat daar dus gronde was vir optrede teen die bestuurder. Dit is ook nie staving vir Hecktor se weergawe dat, volgens die appellant en konstabel Davids, Apie eers vir konstabel Davids tien rand aangebied het om vir hom 'n koeldrank te koop en Davids vir hom na die appellant verwys het nie. Wat ten opsigte van hierdie optrede in geskil is, is of Apie tien en twintig randnote aan Davids aangebied het en dat hy (Apie) nadat hy deur Davids na die appellant verwys is, hierdie note aan die appellant gegee het.

[13] Hier was daar direkte getuienis van 'n getuie wat die landdros as eerlik en betroubaar beïndruk het. Haar getuienis is dat die persoon wat self erken het dat hy die voertuig bestuur het, klaarblyklik onder die invloed van drank was. Haar getuienis is ook dat konstabel Davids die voertuig se sleutel by hierdie persoon afgeneem het en dat hy later, tot haar verbasing die sleutel weer teruggegee het met die vermaning dat die bestuurder nie verder bestuur nie. Haar verdere direkte getuienis is dat Apie daarna 'n bedrag geld wat uit tien en twintig randnote bestaan het aan Davids aangebied het wat hom toe verwys het na die appellant. Haar direkte getuienis is dat Apie daarop die geld aan die appellant gegee het. Voorts is haar getuienis dat gedurende die res van die nag, daar met tussenposes tussen Davids en die appellant gepraat is oor die bedrag van R250 wat uiteindelik by konstabel Tai Tai wat die appellant se passasier was, uitgekom het.

[14] Op grond van hierdie getuienis was daar 'n sterk prima facie saak teen die

appellant. Hy het, soos hy geregtig was om te doen, besluit om nie self te getuig of om enige getuienis aan te bied nie. Deur daardie keuse uit te oefen het hy die risiko geloop dat die hof mag bevind dat die getuienis teen hom van so 'n aard is dat in die afwesigheid van weerspreekende getuienis, daardie getuienis voldoende is om 'n saak bo redelike twyfel teen hom uit te maak. Dit is dan ook inderwaarheid wat die landdros in hierdie geval in effek bevind het.

[15] Korrupsie word ingevolge artikel 4 (1)(a) van die Wet gepleeg of deur die gewer, of deur die aanvaarder van 'n beloning. In hierdie geval is die appellant aangekla as die aanvaarder van 'n beloning. Dit is egter nie net die aanvaarding van 'n beloning wat strafbaar gestel word nie. Ook die instem om 'n beloning te aanvaar en die aanbied om 'n beloning te aanvaar, is strafbaar. Voorts word 'aanvaar' ook wyd omskryf in artikel 2 van die Wet en dit sluit in om 'n beloning te eis, te vra, te seek, aan te lok, te ontvang of te verky.

[16] Dit is egter 'n element van die misdryf dat die aanvaarder die beloning moet aanvaar in enige van die bogemelde vorms, as 'n aansporing om op 'n sekere manier op te tree. Die aanvaarder moet die beloning aanvaar met die oogmerk om hom daarna op 'n sekere wyse te gedra. Hierdie gedrag kan bestaan uit 'n positiewe doen van iets of nalate om iets te doen. Snyman: Strafbreg, 5de Uitgawe, op 389, stel dit so:

Y moet die beloning aanvaar teneinde op 'n sekere manier op te tree. Anders gestel: sy moet die beloning as 'n aansporing om op 'n sekere manier op te tree ontvang. Sy moet 'n sekere mikpunt of motief met die ontvangs voor oë hê.

[17] Die staat moet ook skuld in die vorm van 'n dubbele opset bewys, naamlik, dat die appellant beide die opset gehad het om die beloning te ontvang en die opset gehad het om dit te ontvang ten einde op 'n verbode manier op te tree.

[18] Die vraag is of die staat in hierdie geval bewys het dat die appellant die beloning met hierdie oogmerk aanvaar het. Die getuienis van Hecktor kom daarop neer dat Apie eers die bedrag aan konstabel Davids aangebied het nadat Davids, wat in bevel was van die toneel en ook die appellant, reeds besluit het dat daar nie teen die bestuurder van die voertuig opgetree gaan word nie. Die hoogwatermerk van die landdros se uitspraak in hierdie verband is waar hy homself soos volg uitlaat:

Ek bevind in die omstandighede dat die oorhandiging van die geld, en dit is my bevinding dat dit inderwaarheid geld was, waarskynlik R 250,00, wat Apie aan die beskuldigde 1 oorhandig het was in ruil daarvoor dat hy nie sy pligte uitgevoer het soos van 'n polisiebeampte verwag nie en dat hy . . . hom dan aan korrupte optrede skuldig gemaak het.

Dit kom daarop neer dat die appellant die geld ontvang het as beloning nadat hy nie sy pligte uitgevoer het nie.

[19] Daar is nie direkte getuienis dat Davids of die appellant of hulle altwee die beloning vooraf ge-eis, gevra, versoek het of aangelok het nie of dat hulle vooraf aangebied het of ingestem het om die beloning te aanvaar nie. Daar is ook nie direkte getuienis dat hulle bewus was daarvan dat Apie wel die bedrag geld aan hulle sou aanbied indien hulle sou besluit om nie teen die bestuurder van die voertuig op te tree nie. Daar is dus nie direkte getuienis dat die appellant die beloning aanvaar het ten

einde nie teen die bestuurder op te tree nie. Hecktor stel dit so:

Vir my was dit, dit was, hulle het dit (die geld) ontvang omdat hulle mos nou die 'driver' mos nou 'n 'favour' gedoen het en nie vir hom opgesluit het nie.

[20] Die vraag is egter of die omstandighedsgetuienis nie die afleiding regverdig dat die appellant, voordat daar besluit is om nie teen die bestuurder op te tree nie, wel vooraf aangebied het of ingestem het daartoe om die beloning te aanvaar of gevra of gesoek het vir 'n beloning, 'n beloning geeis het of 'n beloning aangelok het met die opset om, indien 'n beloning betaal sou word, nie teen die bestuurder van die voertuig op te tree nie. Belangrike feite, wat saam met ander, so 'n afleiding kon regverdig, is dat dit die appellant was wat die voertuig aanvanklik afgetrek het en dat Apie wel 'n bedrag geld aan konstabel Davids aangebied het nadat die polisie besluit het om nie teen die bestuurder op te tree nie. 'n Redelike afleiding sou wees dat die beloning vooraf beding is deur die appellant alleen of deur hom en Davids. Appellant moes, so betoog Mnr van Wyk namens die staat, hierby betrokke gewees want hy sou uiteindelik die klagte moes gaan aanhangig maak omdat dit hy en nie Davids was wat die voertuig afgetrek het en dus sou gesien het hoe die bestuurder die voertuig beheer. As dit nie so was nie, so betoog Mnr van Wyk, sou Apie nie na die tyd die geld aangebied het aan konstabel Davids nie.

[21] Dit moet egter die enigste redelike afleiding wees dat die appellant die beloning of alleen of saammet Davids beding het. Ek meen nie dat die enigste redelike afleiding is dat die appellant self vooraf die beloning op enige van die wyses hierbo vermeld 'aanvaar' het nie. Juis die feit dat Apie die geld eers vir konstabel Davids aangebied

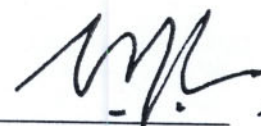
het en dit eers was nadat Davids hom aangesê het om dit te doen, die geld aan die appellant gegee het, regverdig 'n ander redelike afleiding, naamlik dat die appellant nie alleen of saam met konstabel Davids, die beloning vooraf beding het nie. 'n Redelike afleiding is, byvoorbeeld na my mening, dat dit konstabel Davids was wat as die persoon in bevel van die toneel en wat op die getuienis op die toneel die leiding geneem het, wat die betaling van die geld alleen vooraf beding het.

[22] Ek meen dus dat hoewel konstabel Hecktor se weergawe van die gebeure tereg deur die landdros as korrek aanvaar is, die getuienis nie bewys dat die appellant bo redelik twyfel skuldig is aan die oortreding van artikel 4 (1)(a) van die Wet nie.

[23] Dit volg dus dat die skuldigbevinding en vonnis tersyde gestel moet word en ek sou dus die volgende bevel maak:

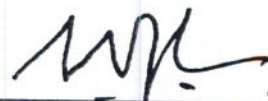
1. Die appél teen skuldigbevinding slaag.
2. Die skuldigbevinding en vonnis word tersyde gestel.

Ek stem saam.



W.J. LOUW

Regter van die Hooggeregshof



mas R.A. BRUSSER

Waarnemende Regter van die Hooggeregshof



Republic of South Africa

In the High Court of South Africa
(Western Cape High Court, Cape Town)

Case No: A446/09

In the matter between:

Len Melgis

Appellant

And

The State

Respondent

Judgment delivered: 29 October 2010

Brusser, AJ

[1] This is an appeal against the decision of the Regional Court in Wynberg more than nine years ago on 23 July 2001 in terms whereof the Appellant was convicted of one count of indecent assault, two counts of rape and one of assault with the intent to do grievous bodily harm and on 24 July 2001, was sentenced to an effective twenty years imprisonment.

[2] The Appellant appeals against the conviction and the sentence with the leave of the court a quo which was granted on 2 October 2008.

[3] The complainant who is the appellant's step daughter, Anthea Dick, was almost 11 years old when the incident occurred in respect of which the Appellant was convicted of indecent assault and younger than 16 during the period when the incidents occurred in respect of which the Appellant was convicted of her rape and also assault with a knife.

[4] The complainant and her aunt gave evidence for the state and the Appellant, his wife, who is also the mother of the complainant, and one John Malgas gave evidence on behalf of the Appellant.

[5] The record of the proceedings a quo is incomplete in that the evidence in chief and part of her evidence under cross-examination of the complainant is absent therefrom. We were informed by Mr. van Wyk who appeared on behalf of the state that this was because the tapes containing this evidence were missing.

[6] The senior administrative clerk of the Wynberg magistrates' court deposed to an affidavit and indicated that the record could not be reconstructed because of the loss of the two tapes containing the missing evidence. The magistrate and prosecutor were also not able to be of any assistance because they no longer had their notes of the trial.

[7] It was contended on behalf of the state that the even though the record was admittedly incomplete there was sufficient information there for a proper consideration of the appeal.

[8] Whilst it is possible to deduce much of the complainant's missing evidence from the magistrate's judgment, without a proper record of the complainant's actual evidence delivered at the trial, which evidence was disputed by the appellant and the witnesses on his behalf, this court cannot consider the entire appeal properly.

[9] In *S v Marais* 1966 (2) SA 514 (T) there was a similar impasse - a lost record with no prospect of reconstructing one. That being the situation, the court at 517A - B observed that:

'If during a trial anything happens which results in prejudice to an accused of such a nature that there has been a failure of justice, the conviction cannot stand. It seems to me that if something happens, affecting the appeal, as happened in this case, which makes a just hearing of the appeal impossible, through no fault on the part of the appellant, then likewise the appellant is prejudiced, and there may be a failure of justice. If this failure cannot be rectified, as in this case, it seems to me that the conviction cannot stand.' (See also: In *S v Joubert* 1991 (1) SA 119 (A))

[10] This principle applies only where 'the lost portion (of the record) contains evidence which is of material importance to the adjudication of an appeal.' (See: S v Fredericks 1992 (1) 561 (c) at 562 b-c.)

[11] The missing evidence of the complainant is 'of material importance' to a determination of the appeal on the charges of indecent assault, rape (save for what is set out hereunder) and assault with the intent to do grievous bodily harm.

[12] Furthermore there was no suggestion by the state that the portion of the record that went missing was the fault of the Appellant.

[13] Plainly the aforementioned factors also have Constitutional implications. (See section 35 (3) (O) of the Constitution)

[14] As regards the charges of rape, it was common cause at the trial and on appeal that

- (a) The Appellant had sexual intercourse with the complainant on a number of occasions, and at least on two such occasions, prior to the birth of her child on 20 May 1997 when she was fifteen years old;
- (b) The Appellant was the father of the child; and

(c) The complainant was born on 26 February 1982.

[15] The common cause evidence is therefore that the complainant was to the knowledge of the appellant under the age of 16 when he had sexual intercourse with her. At the time he was in his late 30s and was married to the complainant's mother.

[16] Ms Bayat, who appeared on behalf of the appellant on appeal, stated that she agreed with the submission on behalf of the state that the appellant is guilty of contravening the then section 14 of the Sexual Offences Act 23 of 1957, which was a competent verdict on a charge of rape.

[17] In the circumstances:

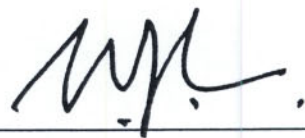
- (a) The appeal against the conviction and sentence in regard to the indecent assault, and the assault with the intent to do grievous bodily harm must be allowed; and
- (b) The appeal against the conviction in regard to the two counts of rape is successful but only to the extent that the appellant must be convicted of two counts of statutory rape.

[18] The appellant must be sentenced afresh on the two convictions under section 14 (1) (a) of Act 23 of 1959. The conduct of the appellant has been

atrocious on his own version. He took advantage of a young girl in a most callous way. A sentence of four years imprisonment is, in the circumstances an appropriate sentence.

The following orders are consequently proposed:

1. The appeals against the conviction on the counts of indecent assault and assault with the intent to do grievous bodily harm succeed and the convictions and sentences on those counts are set aside.
2. The conviction on two counts of rape is set aside and the appellant is convicted on two counts of contravening section 14 (1) (a) of Act 23 of 1957.
3. On the latter two counts the appellant is sentenced to 4 years imprisonment on each count, such sentences to commence on 24 July 2001 and be served consecutively.

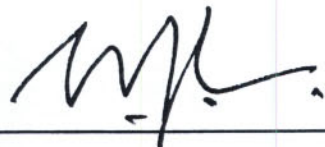


BRUSSER, AJ

pe

Acting Judge of the High Court

I agree and it is so ordered.



LOUW, J

Judge of the High Court

IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID AFRIKA
WES-KAAP HOE HOF, KAAPSTAD

Saaknmr: A18/10

In die saak tussen

CORNELIUS MDINGSWAYO

APPELLANT

En

DIE STAAT

RESPONDENT

UITSPRAAK : 22 OKTOBER 2010

MARAIS WnR

[1]Op die plaas **WATERVAL**, gelee in die Klein-Karoo, distrik Van Wyksdorp, in die Suid-Wes Kaap, het die 75 jarige Mnr Frans Arpen alleen gewoon. Hy het op die plaas en op ander ander van sy plase in die omgewing geboer. Teen skemer op 31 Maart 2007 het vier mans met 'n motor vanaf George op die

plaas aangekom. Hulle was daar om bokke en beeste van Mnr Arpen te koop – of so het hulle voorgegee. Die leier van die groep- bekend as “John” was al voorheen op die plaas en het vantevore muile en bokke van Mnr Arpen gekoop.

[2] Van die vee waarin die groep mans na bewering belang gestel het om te koop is in die veld gaan haal. By hul terugkoms by die plaasopstal het Mnr Arpen op die stoep gaan sit. Sy huishoudster, Theresa Dullman, was toe nog ook by die huis en het die gebeure van die stoep af gade geslaan. Net na Mnr Arpen gaan sit het ,het “John” ‘n vuurwapen tevoorskyn gebring en dit teen Mnr Arpen se kop gedruk. Een van die ander lede van die bende het Mnr Arpen vasgegryp en terselfdertyd is Me Dullman deur die twee oorblywende bende lede gegryp en binne die huis in gedwing waar sy noodgedwonge moes wys waar sekere goed in vertrekke was ,onder andere ‘n kluis.

[3] Gedurende die tyd is Mnr Arpen met geweld op die stoep neergegooi en ‘n lang tou is om sy nek gesit waarmee hy toe gewurg was. Sy aanvallers het terselfdertyd hom met ‘n hamer begin slaan. Mnr Arpen het moedig probeer terugveg maar is uiteindelik halfdood in die huis ingesleep waar hy saam met Me Dullman in die spaarkamer gesmyt was. Hier is hy herhaaldelik ook geskop terwyl hy op die grond gele het terwyl Me Dullman hier ook met ‘n hamer toegetakel is. Mnr Arpen het toe op ‘n stadium sy bewussyn verloor.

[4] Ondertussen was van die ander bende lede besig om die huis en kluis te plunder. Me Dullman kon in die geharwar daarin slaag om haar te verset teen haar aanvallers en het uit die huis uit gevlug met al vier boewe agterna. Sy is in die vlug verder met 'n panga gekap en is gered deur 'n geweskoot wat afgevuur was deur Mnr Arpen wat intussen weer bygekom het. In 'n bebloede toestand het hy met 'n weggesteekte rewolwer waarvan die plunderaars nie van geweet het nie probeer om die aanvallers weg te dryf deur 'n skoot in hulrigting te vuur. Hy kon egter weens al die bloed nie sien wat aangaan nie en is die rewolwer met geweld van hom afgeneem. Hierna is hy nogmaals wreed aangerand en in 'n onbewustelike toestand daar laat lê. Me Dullman het ongesiens weer die huis van 'n ander ingang binne gegaan en hulp ontbied.

[5] Die aanvallers het die wyk geneem met hul buit wat ingesluit het verskeie vuurwapens en ammunisie, R 15 000.00 kontant, selfone, 'n goue hangertjie en 'n horlosie. Beide die slagoffers is later dieselfde aand in 'n bedenklike toestand in die Riversdale Hospitaal opgeneem vir noodbehandeling.

[6] Die volgende dag, 1 April 2007 is twee van die aanvallers in George aangekeer. Die Appellant is 'n dag later in George by sy huis gearresteer. Volgens die rekord het hy dadelik sy volle samewerking gegee aan die Polisie en het o.a. sekere uitwysings gedoen insluitende van die vuurwapens wat langs die pad versteek was.

[7] Die Appellant is hierna aangekla saam met die ander twee beskuldigdes op twee aanklagte van poging tot moord en twee aanklagte van roof met verswarende omstandighede.(die vierde aanvaller was tentyde van Appellant se verhoor nog op vrye voet)en het terreggestaan in die Streek Hof te Ladismith.

[8] DieAppellant het op 26 November 2008 op al vier aanklagte skuldig gepleit en sy verhoor is van die ander geskei. Hy het 'n pleitverduideliking in terme van art 112 van Wet 51 van 1977 ingedien waarin hy die basiese omstandighede en die formele elemente van die misdade erken het.

[9]Die streekslanddros het die Appellant hierop skuldig bevind aan die vier klagtes en getuienis ten opsigte van vonnis is hierna deur die Staat aangebied

Die distriksgeneesheer, Dr Oosthuizen het oor beide slagoffers se beserings getuig en Mnr Arpen sowel as Me Dullman het getuig oor die aanval, hul beserings en die nagevolge.

[10] Die Appellant het nie ter strafversagting getuig nie mar sy advokaat, Mnr Prinsloo het submissions in hierdie verband van die balie af gemaak.

[11] Uitspraak op vonnis is gelewer op 29 Januarie 2009. Die Landdros het in sy uitspraak die erns van die misdade en die ernstige gevolge daarvan vir die

slagoffers volledig uit een gesit. Die Landdros het verwys na die feit dat daar ten opsigte van die twee roofklagtes “ minimum vonnisse ter sprake {is} van 15 jaar elk, waarvan die hof aleenlik kan afwyk as daar wesenlike en dwingende omstandighede bestaan.”

[12] Daar is nie ‘n spesifieke verwysing na die bepalings van artikel 51 van Wet 105 van 1997 in die uitspraak nie(die toepassing van die artikel is wel tydens die pleitverrigtinge aan Appellant uitgewys) maar dit is duidelik dat die Landdros die bepalings van art 51 in die algemeen ingedagte gehad het tydens vonnisoplegging.

[12] Die Landdros het die ernstigheid van die misdade asook die uiters brutale aard van die aanvalle en die gevolge daarvan vir die twee slagoffers uitgelig voordat hy die ondersoek na die bestaan al dan nie van wesentlike en dwingende omstandighede wat die minimum vonnis op die twee roofklagtes kon beïnvloed.

[13] Met verwysing na die deurslaggewende uitspraak van Marais AR in S v Malgas 2001 (1) SASV 469 HHA en die feite voor die hof het die Landdros bevind dat daar wel wesentlike en dwingende omstandighede was. Hy het die volgende omstandighede, in “ geheel gesien” sodanige wesentlike en dwingende omstandighede daarstel:

(a) Die feit dat Appellant skuldig gepleit het en sy volle samewerking aan die polisie gegee het tydens hul ondersoek na die misdrywe;

(b) Dat Appellant berou getoon het;

(c) Dat Appellant nie die misdrywe nie geïnisieer het en nie self aan die fisiese aanrandings op die twee slagoffers deelgeneem het nie ;

(d) Dat Appellant die jongste van die “ booswigte” was en dat hy nie ‘n leidende rol in die aanvalle gespeel het nie;

(e) Dat Appellant onwillig was om aan die misdrywe deel te neem maar deur die ouer deelnemers oorreëd en beïnvloed was om “op die tog saam te gaan”

(e) Dat Appellant ‘n eerste oortreder is;

(f) Dat hy sedert April 2007 in hegtenis aangehou is.

[14] Die Landdros het verder aangedui dat “ genade een van die hoekstene van enige geordende samelewing en regspleging is” enbygevoeg dat die hof genade sal betoon “ sover dit op die feite geregverdig kan word”

[15] Die kumulatiewe effek van die vonnisse op die verskillende aanklagte is ook deur die Landdros in aanmerking gebring.

[16] Gevolglik het die Landdros die volgende strawwe opgele:

15 jaar direkte gevangenis straf op elk van die roofklagtes;

6 jaar direkte gevangenisstraf op elk van die poging tot moord klagtes.

Die totale vonnis was dus 42 jaar.

Ingevolge art 280(2) van wet 51 van 1977 het die Landdros bevel dat al die vonnisse gelyktydig uitgedien moet word. Die effektiewe straf was dus 15 jaar.

[17] Artikel 51 van wet 105 van 1997 is gewysig deur Wet 38 van 2007 wat op 31 Desember 2007 in werking getree het. Hierdie wysiging het belangrike veranderinge aan die wet op minimum vonnisse aangebring. Die begrip "minimum vonnis" is gewysig en vervang met "Diskresionere minimum vonnisse vir sekere ernstige misdrywe".

[18] Art. 51(3) is gewysig sodat die subart. nou {as (3)(a)} soos volg lees:

(3) (a) Indien 'n hof in subartikel (1) of (2) bedoel, tevrede is dat daar wesenlike en dwingende omstandighede bestaan wat die oplegging van 'n mindere vonnis as die vonnis by daardie subartikels voorgeskryf regverdig, teken hy daardie omstandighede in die notule van die verrigtinge aan en moet hy daarop sodanige mindere vonnis oplê: Met dien verstande dat indien 'n streekhof so 'n mindere vonnis oplê ten opsigte van 'n misdryf vervat in Deel 1 van Bylae 2, hy regsvoegdhed het om 'n vonnis van nie meer nie as 30 jaar gevangenisstraf op te lê.

[19] Die Engelse weergawe van die art is gewysig deurdat die woorde "may" vervang is met "must".

[20] In 'n volbank beslissing in hierdie afdeling, **Sv SM AND OTHERS 2010(1)**

SASV 504 WCC word verwys na die woorde "may" en "must" in die betrokke art voor en na wysiging en word die effek daarvan op die diskresionere

bevoegdheid van 'n hof ten opsigte van minimum vonnisse bespreek in twee afsonderlike uitsprake. Moosa R was van mening dat die artikel dubbelsinnig was en dat die woord " may" in die art nie 'n diskresie toelaat aan 'n hof om 'n minimum vonnis op te le ten spyte van die feit dat die hof wesentlike en dwingende omstandighede bevind het

([7] If a court, despite such finding in the second enquiry, proceeds to impose life imprisonment or a prescribed sentence, or one exceeding that, such sentence would amount to a miscarriage of justice because in the words of Marais JA in *Malgas* (supra) at para 251 the 'prescribed sentence would be unjust in that it would be disproportionate to the crime, the criminal and the needs of society'. If a court is of the view that the seriousness of the offence calls for the imposition of life imprisonment or a prescribed sentence as provided for in s 51, then it flies in the face of logic to find that there are substantial and compelling circumstances to impose a lesser sentence. If such were the case, the court in the first place should have found that there were no substantial and compelling circumstances to impose a lesser sentence.

[8] I disagree with the State's submission that the trial court has its normal discretionary sentencing power, as if the minimum sentencing legislation had not been passed, once it has found that substantial and compelling circumstances exist. In my view, the discretion of the sentencing court has been circumscribed by the Act, the extent thereof is dependent on whether in a particular case substantial and compelling circumstances are found to exist or not. The authorities quoted by the State do not support its contention.

[9] In the case of s 51(3)(a) read with ss (1) of the Act, if no substantial and compelling circumstances are found to exist, the court has no discretion, but to impose life imprisonment. However, should the court in such case find that substantial and compelling circumstances exist to impose a lesser sentence, then the residual discretion of the court is circumscribed, in that the court is obliged to impose a sentence other than life imprisonment, in accordance with the doctrine of proportionality, by taking into consideration that the legislature has ordained life imprisonment for such scheduled offence in the absence of substantial and compelling circumstances.

[10] In the case of s 51(3)(a) read with ss (2), if no substantial and compelling circumstances are found to exist, in my view, the discretion of the court is circumscribed, to the extent that it is free to impose any sentence, depending on the circumstances of the case, but not less than that prescribed. However, should the court find substantial and compelling circumstances exist to impose a lesser sentence, the residual discretion of the court to impose sentence is circumscribed, to the extent that it is obliged to impose a sentence other than that prescribed, but in accordance with the doctrine of proportionality, by taking into consideration that the legislature has ordained a prescribed sentence for such scheduled offence in the absence of substantial and compelling circumstances.

[11] Marais JA in *S v Malgas* supra at 477g-i makes the following observation:

'It is axiomatic in the normal process of sentencing that, while each of a number of mitigating factors when viewed in isolation may have little persuasive force, their combined impact may be considerable. Parliament cannot have been ignorant of that. There is no indication in the language it has employed that it intended the enquiry into the possible existence of substantial and compelling circumstances justifying a departure, to proceed in a radically different way, namely, by eliminating at the very threshold of the enquiry one or more factors traditionally and rightly taken into consideration when assessing sentence. None of those factors have been singled out either expressly or impliedly for exclusion from consideration.'

Marais JA continues at 481f-g to discuss the nature of the residual discretion and the question of proportionality as follows:

'What stands out quite clearly is that the courts are a good deal freer to depart from the prescribed sentences than has been supposed in some of the previously decided cases and that it is they who are to judge whether or not the circumstances of any particular case are such as to justify a departure. However, in doing so, they are to respect, and not merely pay lip service to, the Legislature's view that the prescribed periods of imprisonment are to be taken to be ordinarily appropriate when crimes of the specified kind are committed.'

[21] Die meerderheid (La Grange R met wie Traverso ARP saamgestem het)

was nie tevinde vir hierdie uitleg nie en het hulle soos volg daaroor uitgelaat:

[6] I cannot subscribe to this view of Moosa J, as it fails to properly distinguish between the two enquiries including the proportionality test as envisaged by the subsection. It also militates against well established principles on sentencing in our law. The wording of the subsection,

'(i) if any court referred to in subsection (1) or (2) is satisfied that substantial and compelling circumstances exist *which justify* the imposition of a lesser sentence than the sentence prescribed in those subsections, it shall enter those circumstances on the record of the proceedings and may thereupon impose such lesser sentence',

(my emphasis) is clear and cannot be subjected to any ambiguity.

[7] I will now return to the issue under consideration in this appeal and the reasons why I fundamentally differ from Moosa J's approach and interpretation of the subsection.

[8] Section 51(3)(a) of the Act, which was applicable before its amendment on 31 December 2007, reads as follows:

- (a) '(3)(a) If any court referred to in subsection (1) or (2) is satisfied that substantial and compelling circumstances exist which justify the imposition of a lesser sentence than the sentence prescribed in those subsections, it shall enter those circumstances on the record of the proceedings and may thereupon impose such lesser sentence.'
- (b) Subsection (1) reads as follows:

'Notwithstanding any other law but subject to subsections (3) and (6), a High Court shall—

- (a) if it has convicted a person of an offence referred to in Part I of Schedule 2; or
- (b) if the matter has been referred to it under section 52(1) for sentence after the person concerned has been convicted of an offence referred to in Part I of Schedule 2, sentence the person to imprisonment for life.'

[9] The new amended subsection reads as follows:

'If any court referred to in subsection (1) or (2) is satisfied that substantial and compelling circumstances exist which justify the imposition of a lesser sentence than the sentence prescribed in those subsections, it shall enter those circumstances on the record of the proceedings and must thereupon impose such a lesser sentence: Provided that if a regional court imposes such lesser sentence in respect of an offence referred to Part 1 of Schedule 2, it shall have jurisdiction to impose a term of imprisonment for a period not exceeding 30 years.'

[15] Moosa J, it appears, also had great difficulty with the word 'may' in the applicable subsection. He expressed the view that the word 'may' creates a contradiction in terms, is mutually destructive and the legislature could not have intended such an anomaly. In dealing with this apparent ambiguity he goes further and concludes that the trial court in *casu* misdirected itself on the question of law by not imposing a lesser sentence, pursuant to the finding of substantial and compelling circumstances. He also sought to rely on the amended word from 'may' to 'must' by the legislature, and lack of decided case law where, pursuant to a finding that substantial and compelling circumstances exist, a heavier sentence was imposed, to support his view.

[16] First, the amendment of the subsection to include the word 'must' cannot in my view impact on the unambiguous and very important part of the subsection that clearly deals with the two different enquiries, as stated in paras [10]–[13] above. Secondly, on a proper reading, the authority Moosa J is relying on in his para [19] does not support his view that, pursuant to the finding of substantial and compelling circumstances, a trial court's discretion is limited and *automatically* obliged to impose a lesser sentence. It is evident that what Nugent JA, in *Vilakazi* supra at 561b, articulated and alluded to is, where a court is indeed satisfied that a lesser sentence is called for in a particular case that *justifies* (my emphasis) the imposition of a lesser sentence, then it hardly needs saying that a court is bound to impose that lesser sentence. See also *Malgas* para 14. The word 'may' in the context of the decided authority was therefore superfluous. The amendment of the word 'may' to 'must' does not in my view eliminate an ambiguity and limit a court's sentencing discretion, as suggested by Moosa J. It merely reflects the *ratio decidendi* of our higher courts, that a court is bound to impose a lesser sentence where it indeed finds that substantial and compelling circumstances justify it, and it is proportionate to the offence.

[17] I am therefore satisfied that the relevant subsection did not create an ambiguity, nor did it limit a court's discretion to impose a heavier sentence, pursuant to a finding that substantial and compelling circumstances exist. Moreover, the lack of decided cases to impose a heavier sentence can hardly be a justifiable reason that the subsection limits a court's sentencing discretion in that regard.

[22] Die vonnis in **S v SM** was deur die verhoof opgele op 28 Junie 2007 voor die wysiging van die art in werking getree het. Die bevindings in beide uitspraken opsigte van die effek van die woorde "may" en "must" en die effek daarvan op die diskresie van 'n hof om 'n minimum vonnis op te lê ten spyte van die bevinding dat wesentlike en dwingende omstandighede aanwesig is was derhalwe obiter en het nie bindende krag nie.

[24] Die vonnis warrteen daar in hierdie sak appel aangeteken is, is opgele op 29 Januarie 2009 nadat die wysiging in werking getree het. Die landdros was derhalwe verplig om die gewysigde bepalings van art 51(3) toe te pas.

[25] My insiens het die Landros homself wan ingelig deur nie die gewysigde bepalings aan te wend nie en het hierdeur 'n mistasting began deur ten spyte van die bevinding dat wesentlike en dwingende omstandighede bestaan steeds die minimum vonnis op te lê.

[26] Daar is by my geen twyfel dat die woord "moet" in die gewyside art 51(3) 'n verpligting op 'n hof plaas om 'n mindere straf op te lê waar die hof in die spesifieke geval wesentlike en dwingende omstandighede bevind het. Die algemene betekenis van die woord "moet" soos die Engelse "must" beteken "verplig". Daar is geen ruimte vir die uitoefening van 'n diskresie in so 'n geval deur 'n hof nie. Dit is die enigste redelike gevolg wat die wetgewer in gedagte kon gehad het met die wysiging.

[27] Weens gemelde mistasting is hierdie hof geregtig om in te meng met die vonnis. Ek is tevrede dat die Landros andersins die feite en omstandighede korrek en versigtig hanteer het en stem ek saam met sy bevinding dat daar wesentlike en dwingende omstandighede in die onderhawige geval bestaan wat daarop dui dat die oplegging van die minimum vonnis vir die roofklagtes onvanpas is. Daar is reeds na die spesifieke omstandighede verwys.

[28] Die aanval op Mnr Arpen en Me Dulmlann was klaarblyklik grusaam en brutaal. Die samelewing se afsku en afkeer van sodanige verwerplike optrede deur wettelose bendes boewe kan nouliks te sterk uitgespreek word. Dit is die Plig van die Howe om die gemeenskap teen sulke vergrype te beskerm onder andere deur die oplegging en bekragtiging van swaar strawwe vir sulke misdadigers.

[29] Dit moet ook egter nie uit die oog verloor word dat 'n hof nog steeds aan al die beginsels van vonnisoplegging moet voldoen en dat die belang van geregtigheid moet seevier. In hierdie verband verwys ek na die sentiment uitgespreek deur die Hoogste Hof van Appel in **S v MASEOLA 2010(2) SASV**

311 (SCA) te 315 met verwysing na S v Mhlakaza 1997 SACR 515 (SCA) te 518:

'The object of sentencing is not to satisfy public opinion but to serve the public interest. . . . A sentencing policy that caters predominantly or exclusively for public opinion is inherently flawed. It remains the court's duty to impose fearlessly an appropriate and fair sentence even if the sentence does not satisfy the public.'

[30] Die skokkende omstandighede van hierdie saak ten spyt is ek van oordeel vir die redes hierbo na verwys dat daar wesentlike en dwingende omstandighede bestaan wat die ople van die minimum vonnis vir roof in hierdie geval nie regverdig nie . Met verdere inagneming van die feit dat die Appellant reeds 22 maande verhoorafwagting in hegtenis was is ek van mening dat 'n gepaste straf vir die roofklsktes een van 14 jaar gevangenisstraf is. Ek stem saam met die vonnisse van 6 jaar op die klagtes van poging tot moord aangesien die misdrywe in tyd en plek wesentlik deel vorm van die roofklagtes .

[31] In die omstanighede sou ek die appel laat slaag ten opsigte van die roofklagtes en die vonnisse ten opsigte daarvan die tersyde stel en dit vervang met vonnisse van 14 jaar elk. Die appel teen die oplegging van 6 jaar op die p[oging tot moord klagtes sal ek bekragtig. In terme van art 280 van wet 51 v 1977 sal ek gelas dat die vonnisse op al vier klagtes saam uitgedien word sodat die effektiewe gevangenisstraf dus een van 14 jaar is.

I