Bib. 1K

33/87

Saaknommer 219/83

WHN

SAMSON NDLOVU .... Appellant

en

DIE STAAT .... Respondent

JOUBERT, AR.

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

SAMSON NDLOVU .... Appellant

en

DIE STAAT .... Respondent

Coram: RABIE, HR. *et* JANSEN, CORBETT, JOUBERT, ARR. *et* HEFER, Wn. AR.

Verhoor: 13 Maart 1984

Gelewer: 29 Maart 1984

U I T S P R A A K

JOUBERT, AR. :

/Die ....

Die appellant, 'n 25-jarige Swartman, is as beskuldigde 1 saam met Rama Joshua Mishali as beskuldigde 2 in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling voor LE ROUX R. van moord aangekla deurdat hulle gedurende die aand van 27 November 1981 die oorledene David Lungile Mogazi te Emdeni, Johannesburg-distrik, vermoor het. Hulle het onskuldig gepleit en hulle is verhoor. Die appellant is skuldig bevind aan poging tot moord en gevonnis tot 3 jaar gevangenisstraf. Beskuldigde 2 is skuldig bevind aan moord met versagtende omstandighede en gevonnis tot 7 jaar gevangenisstraf. Met spesiale verlof kom die

/appellant ....

appellant nou in hoër beroep na hierdie Hof teen sy skuldigbevinding.

Die relevante gebeure is kortliks soos volg. Die betrokke aand het die twee beskuldigdes saam met Fanie Tshabalala, Abel Phofu en Oupa Mpumani 'n smokkelhuis in Emdeni besoek. Die oorledene was ook daar in die geselskap van 'n ander groep bestaande uit Prins Ndluli, Theophilus Mutombo en Norman Sitole. Toe die smokkelhuis sluit, het die twee groepe in dieselfde rigting tot by die hoek van die eerste dwarsstraat geloop. Volgens die aanvaarbare getuienis was dit donker by die straathoek

/omdat ....

omdat daar geen straatligte was nie. Blykbaar was hulle almal in 'n mindere of meerdere mate onder die invloed van drank gewees. Die appellant het beweer dat hy 'n ligte skraapwond op sy rug opgedoen het maar hy kon nie sien wie sy aanvaller was nie. Sy aanvaller het 'n paar blou „jeans" gedra. Die volgende gebeure is dat beskuldigde 2 die oorledene gejaag het en dat die lede van die oorledene se groep ook weggehardloop het. Volgens die aanvaarbare getuienis het die appellant, Fanie, Abel en Oupa agterna gestap op soek na beskuldige 2. Hulle het laasgenoemde in 'n donker straat gevind met 'n gebreekte

/mes ....

mes in sy hand terwyl die oorledene op sy maag op die grond gelê het. Volgens Abel het die oorledene met sy voete geskop maar nie 'n geluid geuiter nie. Die oorledene se hemp was bebloed en hy het klaarblyklik reeds steekwonde opgedoen. Volgens Fanie en Abel het die appellant 'n mes by Oupa geneem en na die oorledene gestap. Oupa was nie beskikbaar om te getuig nie. Op daardie stadium het die oorledene volgens Fanie bewegingloos gelê. Beide Fanie en Abel het gesien hoe die appellant die oor= ledene omdraai en by hom buk op sy knieë. Dog Fanie was die enigste ooggetuie wat gekyk het hoe die appellant die oorledene twee steekwonde in sy linkerbors toedien.

/Abel ....

Abel het op daardie tydstip sy blik weggedraai en nie die appellant se aanranding op die oorledene aanskou nie. Die verdediging het die korrektheid van die feite en bevindings soos vermeld in die distriksgeneesheer se verslag van sy nadoodse ondersoek op die oorledene se lyk erken. Volgens hierdie verslag was die oorsaak van die oorledene se dood verskeie snywonde in sy bors d.w.s. die 7 steekwonde aan die agterkant van sy bors. Die oorledene het geen steekwonde aan die voorkant van sy bors nie. Die betrokke distriksgeneesheer is nie geroep om by die verhoor te getuig nie.

/Die ....

Die appellant se relaas was dat hy saam met Fanie by die toneel aangekom het waar beskuldigde 2, Abel en Oupa by die oorledene gestaan het. Dit bots met die getuienis van Fanie en Abel. Hy het ook getuig dat hy nie bereid was om aan hulle versoek te voldoen om die oorledene met 'n mes te steek nie omdat die oorledene reeds dood was. Ten spyte van wat namens die appellant betoog is, is ek van oordeel dat die verhoorregter tereg die getuienis van die appellant as vals verwerp het waar dit bots met die getuienis van Abel en Fanie wat vir die Staat getuig het.

Gelet op die verskil tussen Fanie se getuienis oor die twee steekwonde wat die appellant die oorledene in sy linkerbors sou toegedien het en die bewering in die verslag van die nadoodse ondersoek oor die ligging van die steekwonde het die verhoorregter die waarnemingsvermoë van Fanie as getuie tereg met omsigtigheid behandel. In ander belangrike opsigte word Fanie se getuienis egter gesteun deur Abel wat deur die verhoorregter as 'n baie bevredigende getuie bevind is. Die verhoorregter het bevind dat die appellant se motief was wraak omdat die oorledene hom by die straathoek sou beseer het. Die

oorledene het 'n paar blou „jeans" aangehad net soos sy aanrander by die straathoek. Die verhoorregter het dan ook aanvaar dat die appellant die oorledene ernstige steekwonde toegedien het al het die ligging daarvan nie ooreengestem met Fanie se weergawe nie. Gelet op die aard van die steekwonde het die verhoorregter by implikasie aanvaar dat die appellant die steekwonde toegedien het met die opset om die oorledene te dood. Ten spyte van wat hier namens die Staat betoog is, het die verhoorregter na my mening tereg op die waarskynlik=hede bevind dat daar twyfel bestaan of die oorledene toe reeds dood was of nie. Tot voordeel van die

appellant het die verhoorregter tereg aanvaar dat die oorledene toe reeds dood was, m.a.w. die Staat het nie daarin geslaag om bo redelike twyfel te bewys dat die oorledene toe nog in lewe was nie. By implikasie het die verhoorregter ook aanvaar dat die appellant onder die indruk verkeer het dat die oorledene toe nog in lewe was.

Dit is namens die appellant betoog dat die verhoorregter fouteer het om die appellant aan poging tot moord skuldig te bevind. Hierdie betoog is ge= baseer op die regsargument dat dit regtens verkeerd is

om 'n persoon aan poging tot moord skuldig te bevind waar hy, menende dat die slagoffer nog in lewe is terwyl die slagoffer inderdaad reeds oorlede is, steekwonde aan die slagoffer toedien met die opset om hom te vermoor.

Moord is die wederregtelike opsetlike veroorsaking van die dood van 'n lewende mens. Dit is 'n misdaad teen die lewe, as regsgoed, of regsbelang van 'n mens en dit kan slegs teen 'n lewende mens gepleeg word. Die strafbedreiging is gerig teen die wederregtelike opsetlike veroorsaking van die dood van 'n mens. Die beskermde regsbelang is die lewe van 'n mens.

/Poging .....

Poging tot moord op 'n lewende slagoffer is deur hierdie Hof in S v Moloto, 1982(1) SA 844 (A) te bl. 850 A soos volg omskryf:

> „Poging tot moord is immers onvoltooide moord omdat die slagoffer nog in lewe is. Dit is 'n selfstandige misdaad wat gepleeg word met die wederregtelike opset om die slagoffer te vermoor maar die dood-veroorsakende handeling wat verrig is, het nie die dood van die slagoffer teweeggebring of veroorsaak nie."

Die bestanddele van poging tot moord wat per se 'n mis= daad is, is wederregtelikheid, opset en 'n pogingshandeling. Die strafbedreiging is gerig teen die wederregtelike

opsetlike bedreiging van die lewe van 'n mens. Die beskermde regsbelang is die lewe van 'n mens. 'n Geykte voorbeeld van voltooide poging tot moord is waar A sy vuurwapen op B rig met die bedoeling om hom te dood, en die skoot afvuur wat B mis of verwond sodat B die weder= regtelike aanslag op sy lewe oorleef. A het alles van sy kant gedoen om B te vermoor maar die moord is onvoltooi. Die opset om die slagoffer te vermoor kan afgelei word uit die pogingshandeling asook ander aanvaarbare bewys= materiaal. Die wederregtelikheid van die pogingshande= ling is geleë in die bedreiging van 'n regsbelang, nl.

/die ....

die lewe van 'n mens.

By poging tot moord met 'n absoluut ondeugdelike (onmoontlike) objek, soos in die ondehawige geval, kan die beoogde misdaad moord nooit regtens ten aansien van die betrokke objek as slagoffer gepleeg word nie omdat, soos reeds vermeld, moord slegs op 'n lewende mens gepleeg kan word. Moord op 'n lewelose mens, of lyk, is regtens ondenkbaar. Kan poging tot moord met 'n absoluut on=deugdelike objek soos 'n lyk gepleeg word ? Weliswaar het die dader in so 'n geval 'n pogingshandeling verrig met die opset om die slagoffer te dood maar die

/wederregteliksheidelement .....

wederregtelikheidselement van poging tot moord laat 'n probleem ontstaan omdat die pogingshandeling in die betrokke omstandighede geen bedreiging van 'n regsbelang, nl. die lewe van 'n mens, inhou nie. Streng tegnies kom dit daarop neer dat die pogingshandeling nie wederreg= telik is nie. Desondanks vind 'n mens tog dat in baie beskaafde lande word poging met 'n absoluut ondeugdelike objek wel strafbaar geag. Vergelyk die Amerikaanse outeurs proff. Wayne R. La Fave & Austin W. Scott jr., Handbook on Criminal Law, 1972, op bl. 440-441 :

"All ....

"All courts are in agreement that what is usually referred to as 'factual impossibility' is no defense to a charge of attempt. That is, if what the defendant intends to accomplish is proscribed by the criminal law, but he is unable to bring about that result because of some circumstances unknown to him when he en=gaged in the attempt, then he may be convicted. On this basis, attempt convictions have been affirmed in such circumstances as these : where the defendant attempted to steal from an empty pocket, an empty receptacle or an empty house; where the defendant shot with intent to kill a certain person but failed because the intended victim was not where the defendant believed he was ------ ; where the defendant attempted an abortion but the woman was not pregnant------."

In Engeland is die Criminal Attempts Act 1981 Chapter 47

aangeneem om in art 1(2) daarvan ondeugdelike poging

/strafbaar .....

strafbaar te maak. Sodoende het die Engelse wetgewer die effek van die beslissings van die House of Lords in hofsake soos Haughton v Smith, 1975 AC 476 en Director of Public Prosecutions v Nock and Another, 1978 A C 979 waarin die teenoorgestelde standpunt gehuldig is, omver= gewerp. Raadpleeg die artikel, getitel The Law Commission Report on Attempt and Impossibility in Relation to Attempt, Conspiracy and Incitement, (1) The Elements of Attempt by Ian Dennis, (2) Questions of Impossibility by Michael Cohen, in 1980 Criminal Law Review, bls. 758-779. In Nieu-Seeland het die wetgewer in art 72(1) van die Crimes Act van 1961 ondeugdelike poging ook

/strafbaar .....

strafbaar gemaak. Volgens verskeie Wes-Europese reg=stelsels, met die uitsondering van dié van Nederland, is poging met 'n absoluut ondeugdelike objek strafbaar. Die regverdiging vir hierdie benadering word o.a. in die openbare belang gesoek. Vergelyk prof. M. Cherif Bassiouni, Substantive Criminal Law, 1978, op bl. 211 :

> "It is now generally accepted that a conviction for attempt will lie even when the act consti=tuting the attempt is frustrated or rendered impossible by circumstances not within the con=templation of the perpetrator. Whenever the consummation of the crime is prevented by some misconception of fact on the part of the actor, the more modern view is that this would not constitute a defense of impossibility of fact.

/This ....

> This view rests on the premise that the criminal law has as its aim the protection of public and social interests. Therefore, the question of the criminality of an attempt will depend in part on the actor's intent and in part on the degree of actual danger to social or public interests arising from such acts."

Na my mening moet die fundamentele rede waarom ŉ poger strafbaar is vir poging met ŉ absoluut ondeugde=like objek vir praktiese redes gesoek word in regsbeleid sowel as in die feit dat sy pogingshandeling in stryd met die gemeenskap se regsgevoel is. Die regspleging moet in so ŉ geval pragmaties optree sodat ŉ poger nie strafloos is uit hoofde van feite wat onbekend aan hom

was (soos die feit dat sy slagoffer reeds voor die verrigting van die pogingshandeling oorlede is) en as gevolg waarvan dit vir hom onmoontlik was om die beoogde misdaad (soos moord) te pleeg nie. In R v Davies and Another, 1956(3) SA 52(A) is ten spyte van die appellant se betoog tot die teendeel die slotsom waartoe hierdie Hof gekom het korrek, nl. dat 'n dader aan poging tot vrugaf=drywing skuldig bevind kan word al was dit aan hom onbekend dat die vrou op wie hy die gepoogde handeling van vrugaf=drywing gepleeg het op daardie stadium nie swanger was nie. Insgelyks geld dieselfde oorwegings ten aansien van hierdie Hof se beslissing in S v W, 1976(1) SA 1 (A) dat

/'n ....

'n dader skuldig bevind kan word aan poging tot ver= kragting waar dit aan hom onbekend was dat die meisie oorlede was toe hy met haar vleeslike gemeenskap gehad het in omstandighede waar hy bewus daarvan was dat sy nie sou toegestem het indien sy nog gelewe het nie.

In die lig van die voorgaande kan die betoog namens die appellant dat die verhoorhof fouteer het om die appellant aan poging tot moord skuldig te bevind nie aanvaar word nie.

/Die ....

Die appèl teen die appellant se skuldig=

bevinding word afgewys.

C.P. JOUBERT, AR.

RABIE, HR.)
JANSEN, AR.)
CORBETT, AR.) Stem saam.
HEFER, Wn.AR.)