

147/86

212/86

N v H

HENDRIK SWEM en DIE STAAT

SMALBERGER, AR:-

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKAAPPÈLAFDELING

In die saak tussen:

HENDRIK SWEM

Appellant

en

DIE STAAT

Respondent

CORAM: CORBETT, JACOBS, et SMALBERGER, ARR

VERHOORDATUM: 14 NOVEMBER 1986

LEWERINGSDATUM: 28 NOVEMBER 1986

U I T S P R A A K

SMALBERGER, AR:-

Die appellant is in die Kaap die

Goeie Hoop Provinsiale Afdeling deur 'n verhoorhof bestaande uit LATEGAN, R en twee assessore aan huisbraak met die opset om 'n misdaad aan die aanklaer onbekend te pleeg, verkragting en strafbare manslag skuldig bevind. Op die verkragting aanklag is hy die doodvonnis opgelê; op die ander twee

aanklagtes/

aanklagtes is hy tot 3 en 8 jaar gevangenisstraf onder=

skeidelik gevonniss. Met verlof van die verhoorregter

kom die appellant in hoër beroep slegs teen die doodvonniss

hom opgelê.

Op die aand van 15 November 1985 het die appellant

by die huis van Anna Farao (die oorledene) ingebreek.

Die oorledene was 'n vrou van 70 jaar, en het aan 'n hartkwaal

gely. Sy was alleen tuis. Nadat hy die huis binnegegaan

het, het die appellant die oorledene aangerand en haar verkrag.

In die loop van die aanranding is die oorledene gewurg, en

het sy verskeie kneusings en skraap- en skaafwonde opgedoen.

Sy is dood as gevolg van die aanranding, ofskoon die juiste

meganisme van die veroorsaking van haar dood nie vasgestel

kon word nie. Die waarskynlike meganisme van haar dood was

of 'n miokardiale isemie of akute neurogene hartstilstand.

Ondanks /

Ondanks 'n aanklag van moord is die appellant, by onstentenis van bewys dat hy die nodige opset om die oorledene te dood gehad het, slegs aan strafbare manslag skuldig bevind.

Die appellant is die oggend van die voorval uit die tronk ontslaan na aanhouding vir 'n tydperk van 2 jaar en 3 maande. Hy het ongeveer om 11 vm by sy ouerhuis op Gouda aangekom. Volgens die appellant het hy tussen sy aankoms daar en 12.30 nm om en by 5 bottels wyn saam met 'n vriend gedrink. Daarna het hy sy moeder per trein na Hermon vergesel. Om 5 nm het hy per trein vanaf Hermon teruggekeer. Hy het op Voëlvleistasie afgeklim, en daarvandaan is hy te voet na sy broer op die plaas Badplaas. Daar het hy 'n blikkie wyn gedrink. Hy is later daar weg, en was op pad na sy suster op die plaas Spes Bona toe hy by die oor=

ledene se huis ingebreek het, en haar verkrag het.

Volgens die getuienis moes die voorval tussen 8 nm en 11 nm

plaasgevind het, waarskynlik kort na 8 nm. Die appellant is

ongeveer 1.30 vm die volgende dag gearresteer op 'n naburige

plaas. Die polisieersant wat hom gearresteer het, het

getuig dat die appellant ten tyde van sy arrestasie nie onder

die invloed van drank was nie, en dat sy asem ook nie na

sterk drank geruik het nie. Die verhoorhof het sy getuienis

aanvaar, en dié van die appellant tot die teendeel verwerp.

Die appellant se getuienis aangaande die hoeveelheid drank

wat hy die betrokke dag gedrink het, is egter nie deur die

verhoorhof verwerp nie.

Die appellant was ten tyde van die pleging van die

misdrywe 38 jaar oud. Hy het twee vorige veroordelings vir

verkragting /

verkragting. Die eerste was in 1968, die tweede in 1980.

Hy is vonnisse van onderskeidelik 18 maande gevangenisstraf

en 3 jaar gevangenisstraf plus 4 houe opgelê. Afgesien

hiervan het hy ook vyf vorige veroordelings vir aanranding

of aanranding met die opset om ernstig te beseer. Die

swaarste vonnis wat hy opgelê is, is 3 jaar gevangenisstraf,

en die langste tydperk wat hy in die tronk ten opsigte van

'n enkele vonnis deurgebring het, was 2 jaar en 3 maande.

Sedert die aanvang van sy misdaadloopbaan is hy in totaal

net minder as 10 jaar gevangenisstraf opgelê.

Die doodvonnis is in die uitoefening van die ver-

hoorregter se diskresie opgelê. Dit is geykte reg dat

inmenging met sodanige vonnis deur hierdie Hof alleenlik kan

geskied as daar 'n onreëlmatigheid plaasgevind het of 'n mis-

tasting begaan is, of as hierdie Hof tevrede is dat geen

redelike /

redelike hof die doodvonnis sou opgelê het nie (S v Ntuli

1978(1) SA 523 (A) op 527 C). Daar is op appèl betoog

dat inmenging in die onderhawige geval geregverdig is

vanweë die feit dat die verhoorregter in verskeie

opsigte misgetas het. Na my mening is hierdie betoog

goed gefundeer.

In sy uitspraak oor vonnis met betrekking tot die
verkragting aanklag het die verhoorregter onder meer die
volgende gesê:-

"Jy het dit goed gevind om in die donker ure van
die dag by haar eie huis gewelddadiglik in te
breek. Dit is vir my nou duidelik in terugskou
van al die feite met een doel alleen en dit was om
haar te verkrag. Jy het dit nodig gevind om in
die proses van verkragting soveel geweld op haar
toe te pas dat sy gesterf het. Jy is verant=
woordelik vir die feit dat sy dood is."

"Hierdie /

7

"Hierdie verkragting val in my oordeel in die heel ernstige kader van verkragting. Jy het nie alleen by die vrou se eie huis in die donker gaan inbreek waar sy alleen was nie, jy het haar in haar eie slaapkamer gaan verkrag en jy het nog haar dood ook veroorsaak deur die geweld wat jy op haar toegepas het."

In die aangehaalde passasies kom daar minstens twee mistastings te voorskyn. Eerstens het die verhoorregter na my mening fouteer deur te bevind dat die appellant by die oorledene se huis ingebreek het met die uitsluitlike doel om haar te verkrag. Die waarskynlikhede is eerder, soos tereg deur die advokaat namens die Staat toegegee, dat die appellant die oorledene se huis binnegegaan het met die doel om te steel, en slegs nadat hy die oorledene binne teëgekom het impulsief tot verkragting oorgegaan het (vgl. S v B 1981(4) SA 851 (A) op 857 C). Tweedens blyk dit dat die verhoor=

regter /

regter die dood van die oorledene in aanmerking geneem het by die bepaling van 'n gepaste vonnis op die verkragting aanklag. In dié opsig het hy fouteer. Daar moet 'n duidelike verskil getref word tussen die doodsveroorsaking van die oorledene wat 'n element van die strafbare manslag is, en die geweldpleging wat 'n bestanddeel van die verkragting is. Die verhoorregter moes noodwendig die doodsveroorsaking van die oorledene in aanmerking neem by die bepaling van 'n gepaste straf ten opsigte van die strafbare manslag aanklag. Hy was nie geregtig om dit ook in aanmerking te neem met betrekking tot die vonnis op die verkragting aanklag nie. Op hierdie aanklag was alleenlik die aard en omvang van die geweldpleging tydens die verkragting 'n relevante oorweging.

Dit /

Dit is ongeoorloof om die doodsveroorsaking by straftoemeting

twee keer in aanmerking te neem omdat dit sou indruis teen

die beginsel dat dupliseering van vonnisse vermy moet word.

Gevolgtlik moes die verhoorregter die oorledene se dood

weggedink het toe hy die appellant op die verkragting aanklag

gevonnis het, maar het hy klaarblyklik nagelaat om dit te

doen. (Sien S v Witbooi 1982(1) SA 30 (A) op 35; S v Mooi

1985(1) SA 625 (A) op 630; S v Twala en 'n Ander 1985(2)

P.H. H 105 (A)).

Wat betref die rol wat drank by die appellant se

optrede gespeel het, het die verhoorregter in die loop van

sy uitspraak oor vonnis hom as volg uitgelaat:-

"Jy het /

"Jy het ons vertel dat jy daardie dag 'n klomp drank gedrink het. Ek het reeds bevind dat jy nie dronk was toe jy die misdrywe gepleeg het nie. Dit is vir my duidelik, uit hoofde van die feit dat, volgens jou eie getuienis, jy daardie drank om en by halftwaalf die middag gedrink het en hierdie misdryf moes na agt die aand eers gepleeg gewees het. Dit is vir my duidelik dat om en by agt tot nege uur verloop het tussen die inname van die drank en die pleging van die misdryf. Dit blyk ook daaruit dat toe sersant Reitz jou daardie selfde aand arresteer, daar nie eens 'n reuk van drank aan jou asem was nie. Dit is vir my duidelik dat drank nie vir jou 'n versagtende rol kan speel nie."

Dit wil voorkom asof die verhoorregter ten tyde van vonnisoplegging uit die oog verloor het dat die appellant ook 'n blikkie wyn na vyfuur die middag gedrink het. Uit die aangehaalde passasie blyk dit ook dat die verhoorregter bevind het dat die appellant se drankinname hoegenaamd geen rol by die pleging van die misdrywe gespeel het nie.

Gesien die feit dat dit die eerste keer na 'n betreklike lang tydperk was dat die appellant drank gebruik het, die hoeveelheid drank betrokke, dat hy blykbaar op 'n leë maag gedrink het en die wyse waarop hy die aand opgetree het, is dit waarskynlik, ondanks die waarnemings van die polisieersant, dat sy verstandelike vermoëns wel tot 'n geringe mate deur die inname van drank aangetas was tydens die pleging van die misdrywe, en dat dit 'n vermindering van sy weerstand teen sy drange tot gevolg kon gehad het.

Voorts het die verhoorregter in die slotparagraaf van sy uitspraak op vonnis die volgende gesê:-

"In my oordeel moet jy uit die gemeenskap verwyder word. Langtermyn gevangenisstraf het ek oorweeg, maar langtermyn gevangenisstraf is in my oordeel

nie /

- nie genoeg om jou, die werklike gevaar wat jy vir die gemeenskap inhou, om dit te besweer nie".

Nêrens in sy uitspraak verstrek die verhoorregter redes vir sy siening dat langtermyn gevangenisstraf nie voldoende sou wees om die gemeenskap teen die appellant te beskerm nie. Sy houding blyk egter duidelik uit wat hy aan die appellant se advokaat gestel het toe laasgenoemde hom ter versagting van vonnis toegesprek het. In dié verband het hy hom as volg uitgelaat:-

"Nou in die lig van die bewese optrede hier op sy SAP69 van die Gevangenisowerhede waar die Howe na lang en omsigtige oorweging 'n man drie jaar gevangenisstraf oplê wat teen daardie tyd al 'n geharde misdadiger is en dan laat hulle hom vry slegs na 18 maande daarvan uitgedien is. Telkemale. Dink u dat 'n langtermyn gevangenisstraf hom uit die gemeenskap uit sal verwyder effektief as die Gevangenisowerhede mense na willekeur met

die /

die streep van 'n pen kan loslaat op die
gemeenskap soos wat hulle dit goedvind?"

Ofskoon die appellant se advokaat se betoog ten
opsigte van vonnis, en die verhoorregter se tussenwerpsels,
nie deel van die oorspronklike voorbereide oorkonde uitgemaak
het nie, is 'n oorskrif daarvan tydens die aanhoor van die
appèl ingehandig en was dit gemene saak dat dit as deel van
die oorkonde beskou moes word. Die blote feit dat 'n
regter tydens betoog 'n sekere houding openbaar beteken nie
noodwendig dat wanneer hy later uitspraak gee hy nog dieselfde
mening huldig nie, want hy kon intussen daarvoor besin het en
tot ander insae gekom het. In die onderhawige geval is dit
gemene saak dat na aanhoor van die appellant se advokaat
die verhoorregter onmiddellik en sonder verdaging voortgegaan
het om die appellant te vonnis, en is dit gevolglik waar=

skynlik - dat die houding wat hy in die aangehaalde passasie openbaar het hom deurgaans beïnvloed het. Hierdie afleiding word versterk deur die feit dat in sy uitspraak waarin hy verlof aan die appellant verleen het om teen sy doodvonnis appèl aan te teken hy geensins met die eerste grond van appèl in die kennisgewing van appèl gehandel het nie, of die bewerings daarin bevat, ontken het nie. Die betrokke grond van appèl lees: "That the Honourable Court erred in considering the prospect of parole in dismissing a long term of imprisonment as a suitable sentence".

Die verhoorregter se houding dat die appellant nie deur langtermyn gevangenisstraf effektief uit die gemeenskap verwyder kan word nie vanweë die waarskynlike optrede van die Gevangenisowerhede kom op 'n mistasting neer.

Ofskoon h regsprekende beamppte nie noodwendig sy oë hoef te sluit vir die feit dat h gevonnisdde moontlik op parool uitgelaat kan word nie (soos in die geval R v Govender 1949(3) SA 589 (N) op 591), bly dit h onbekende faktor of h gevonnisdde in h bepaalde geval wel op parool uitgelaat sal word, en indien wel, tot watter mate sy vonnis verminder sal word, en kan sulke gebeurlikhede nie by die bepaling van h gepaste straf as h waarskynlikheid in aanmerking geneem word nie. (Vgl S v Khumalo en Andere 1983(2) SA 540 (N) op 542 A).

As gevolg van die verhoorregter se mistastings staan dit hierdie Hof vry om opnuut oor h gepaste vonnis te besin.

As /

As behoorlik gelet word op die gebeure wat plaasgevind het, kan dit myns insiens nie gesê word dat hierdie 'n buitengewone ernstige verkragting was nie.

Die appellant het by die oorledene se huis ingebreek, waar= skynlik met die opset om te steel. Op daardie tydstip was hy waarskynlik tot 'n geringe mate onder die invloed van drank. Toe hy die oorledene in haar huis teëkom, het hy haar aangerand en verkrag. Die getuienis dui daarop dat die oorledene haar teenoor die appellant verset het, en in die loop van die worsteling wat moes plaasgevind het, het die oorledene die beserings waarna reeds verwys is, opgedoen.

In 'n skynbare poging om haar weerstand te oorkom, en te verhoed dat sy om hulp skree, het die appellant die oorledene gewurg, en sodoende 'n aansienlike mate van druk op haar

nek toegepas. Ondanks hierdie feit is die onderhawige nie
 'n geval waar die verkragting met uitermate of nodelose
 geweld gepaard gegaan het nie.

By die vraag of die diskresionêre doodstraf 'n
 gepaste vonnis is, is die korrekte benadering dat "the death
 penalty should only be resorted to where, having regard to
 all the relevant considerations, it is the only appropriate
 sentence to be imposed. The consideration should always be
 that which was expressed by HOLMES, JA, in Letsolo's case
 (1970(3) SA 476 (A)) in the following words: " ... whether
 some alternative, short of this incomparable utter extreme,
 would sufficiently satisfy the deterrent, punitive and
 reformative aspects of punishment". (S v Bapela and
Another 1985(1) SA 236 (A) op 245 B - C.) Ofskoon dit

nie die enigste relevante oorweging is nie, bly die moont-
 likheid /

likheid van 'n veroordeelde se rehabilitasie 'n geldige

oorweging by die bepaling of die diskresionêre doodstraf

'n gepaste vonnis is (S v Sithole en Andere (1983(3) SA 610

(A) op 615 C), tensy die erns van die misdaad oorwegings

van rehabilitasie oordonder (S v Mooi (supra), op 631 A). Die

onderhawige is egter nie so 'n geval nie, ondanks die feit

dat die appellant se slagoffer 'n bejaarde, weerlose vrou was.

Alhoewel die appellant 'n lang lys vorige veroordelings het,

was hy nog nooit 'n werklike lang termyn van gevangenisstraf

opgelê nie, en kan die moontlikheid van sy rehabilitasie

nie uitgesluit word nie. Die gemeenskap sal effektief

beskerm word as die appellant vir 'n lang tydperk uit hul

midde verwyder word. Dit sal ook tot gevolg hê dat wanneer

die appellant uiteindelik vrygelaat word, hy heelwat ouer

en waarskynlik minder aggressief sal wees, met 'n gepaard=
gaande afname in sy drange. Terwyl die appellant se
vorige veroordelings, veral die twee vorige veroordelings
vir verkragting, as verswarend beskou kan word, is dit
die erns van die misdaad wat gewoonweg die bepalende faktor
sal wees by oorweging van die diskresionêre doodstraf. Die
onderhawige geval behoort myns insiens nie binne die kader
van gevalle waar die doodstraf gepas sal wees nie. Daar
sal aan die beginsels van straftoemeting voldoen word deur
die oplegging van 'n lang tydperk van gevangenisstraf.

Die appel slaag. Die doodvonnis word tersyde
gestel en word vervang met 'n vonnis van 15 jaar gevangenis=
straf. Dit word gelas dat 8 jaar van die vonnis sal saam=
loop met die vonnisse wat die appellant tans uitdien.

Daar /

Daar word aanbeveel dat die vrylatingsraad nie oorweeg

om die appellant op proef of parool vry te laat nie voordat

hy minstens 12 jaar van die opgelegde vonnis uitgedien het.

J W SMALBERGER

APPÈLREGTER

CORBETT, AR }
JACOBS, AR } STEM SAAM