

LL

Saak No 94/1989IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKAAPPÈLAFDELING

Insake die appèl van:

MACHIEL ADRIAAN GOOSEN

Appellant

teen

DIE STAAT

Respondent

CORAM:VAN HEERDEN, NESTADT et KUMLEBEN ARRVERHOORDATUM:

17 AUGUSTUS 1989

LEWERINGSDATUM:

5 SEPTEMBER 1989

UITSPRAAK

VAN HEERDEN AR:

Op 'n vorige geleentheid het 'n appèl van die appellant teen die doodvonnis wat hom opgelê is na sy skuldigbevinding aan moord, voor hierdie hof gedien. Destyds is geen bevel ten aansien van die appèl as sodanig gemaak nie. Wel is die aangeleentheid terugverwys na die hof a quo om opnuut 'n aansoek van die appellant ingevolge art 316 (3) van die Strafproseswet (51 van 1977) te oorweeg. Die uitspraak is gerapporteer: S v Goosen 1988 (4) SA 5. Dit is gevolglik onnodig om weer eens die feitlike agtergrond van die vorige appèl in besonderhede uiteen te sit. Ek vermeld dus slegs die volgende hooftrekke.

Die appellant en vier mede-beskuldigdes is in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling aangekla van o a moord en roof. Die appellant het op al die aanklagte skuldig gepleit en ook deur sy advokaat 'n verklaring ingedien. Daarin het hy onder meer erken dat die oorledene gedurende 'n rooftog verwond is deur 'n koeël afgevuur uit 'n vuurwapen ('n handkarabyn) wat deur een

van sy mede-beskuldigdes hanteer was. Hy het ook erken dat hy die dood van die oorledene as 'n moontlikheid voorsien het en dat hy dolus eventualis ten aansien van daardie gevolg gehad het. Die ander beskuldigdes het op al die aanklagte onskuldig gepleit en 'n bevel is toe verleen waarvolgens 'n skeiding van verhore gelas is. By die voortsetting van die appellant se verhoor het die Staat twee getuies geroep waarna die saak van beide die Staat en die appellant gesluit is. Nadat hy op o a die moord- en roofklag skuldig bevind is, het die appellant wel ter versagting getuig. Die verhoorhof (VERMOOTEN WR en assessore) het egter die appellant se weergawe, insoverre dit verontskuldigend van aard was, verwerp en bevind dat geen versagtende omstandighede ten opsigte van die moordklag aanwesig was nie. Gevolglik is die appellant op daardie aanklag ter dood veroordeel.

Die appellant se mede-beskuldigdes is deur McCREATH R en assessore verhoor. Al vier is op die

moordklag skuldig bevind maar, anders as in die appellant se geval, is gekonkludeer dat daar wel versagtende omstandighede was. Een van die vier, Mazibuko, was die persoon wat die karabyn hanteer het toe die oorledene noodlottiglik deur skote daaruit verwond is. (Die omstandighede wat tot die mede-beskuldigdes se skuldigbevindings en vonnisse op die moordklag gelei het, word uiteengesit in die uitspraak van hierdie hof in S v Mazibuko and Others 1988 (3) SA 190.)

Nadat uitspraak in die appellant se vorige appèl gegee is, het sy aansoek ingevolge art 316 (3) van die Strafproseswet weer eens voor VERMOOTEN WR gedien. Die appellant het toe egter ook aansoek gedoen om verlof om teen sy skuldigbevinding op die moordklag te appelleer en om kondonاسie van sy versuim om betyds die aansoek om sodanige verlof aanhangig te maak. Die aansoek om kondonاسie is toegestaan en, ooreenkomstig bed 3 (1) van die appellant se

oorspronklike aansoek om nuwe getuienis aan te bied, is verlof aan die appellant verleen om die getuienis van ene Lowe en van twee van sy voormalige mede-beskuldigdes, Mazibuko en Tlapane, te lei en om self opnuut te getuig.

Ingevolge hierdie bevel het die appellant, Lowe, Mazibuko en Tlapane toe voor VERMOOTEN WR getuienis afgelê. Hulle is kruisondervra deur die Staat wat ook enkele formele getuies geroep het en kragtens die Strafproseswet sekere dokumente ingehandig het. Na aanhoor van al die getuienis het VERMOOTEN WR aan die appellant verlof verleen om teen sy skuldigbevinding sowel as sy vonnis op die moordklag te appelleer. Vandaar die onderhawige appèl.

Volledigheidshalwe dien gemeld te word dat nadat hierdie hof in S v Mazibuko and Others, supra, uitspraak gegee het, die saak teen die vier mede-beskuldigdes voor McCREATH R en assessore heropen is. Mazibuko het toe getuig dat die karabyn as't ware per

ongeluk afgevuur is. Die resultaat was dat in 'n ongerapporteerde uitspraak, gedateer 10 Augustus 1988, al vier onskuldig aan moord bevind is. Omdat Mazibuko egter na die hof se mening nalatiglik die oorledene se dood veroorsaak het, is hy op die moordklag aan strafbare manslag skuldig bevind en gevonnissen tot 6 jaar gevangenisstraf.

Die blywende resultaat is dus dat waar vyf persone gesamentlik 'n gewapende roof beplan en uitgevoer het, in die loop waarvan die oorledene doodgeskiet is, drie (een waarvan net soos die appellant op die toneel was) geen aanspreeklikheid op die moordklag opgeloop het nie; 'n vierde, Mazibuko, wat die karabyn hanteer het toe die oorledene geskiet is, aan strafbare manslag skuldig bevind is, terwyl die appellant, wat fisies minder as Mazibuko tot die sterfte bygedra het, nie net aan moord skuldig bevind is nie maar ook ter dood veroordeel is. Vanselfsprekend moet die huidige appèl egter besleg word slegs

met verwysing na die oorkonde wat voor ons dien; d w s die oorspronklike oorkonde aangevul deur die nuwe getuienis wat ingevolge art 316 (3) van die Strafproseswet deur VERMOOTEN WR ontvang is.

Die appellant se advokaat het in eerste instansie betoog dat dit nou blyk dat die appellant inderdaad nie die moontlikheid van die dood van die oorledene voorsien het nie. Hierdie betoog is natuurlik nie te rym nie met die verklaring wat ingevolge art 112 (2) van die Strafproseswet by die aanvang van die verhoor namens die appellant ingedien is, en die inhoud waarvan deur hom bevestig is. In daardie verklaring het hy o a gesê:

"Alhoewel ons ooreengekom het dat niemand sou skiet nie, het ek tog voorsien dat geweld toegepas kon word indien die oorledene hom sou teensit tydens die rooftog ... Deur my volharding met die rooftog na voorsiening dat geweld toegepas kon word en dat oorledene ernstig beseer kon word of selfs gedood kon word, het ek opgetree met dolus eventualis."

Toe die appellant ingevolge art 316 (3) van

die Strafproseswet opnuut getuig het, het hy aangevoer dat bostaande gedeelte van sy verklaring onjuis is. Die rede waarom hy op die moordklag skuldig gepleit en die verklaring onderteken het, is soos volg deur hom verduidelik.

Die advokaat wat destyds namens die appellant opgetree het, ene Van Jaarsveld, het nooit met hom gekonsulteer nie voor die oggend waarop die verhoor 'n aanvang geneem het. Hy het vir Van Jaarsveld, wat later van die rol gekrap is, vertel presies wat gebeur het. Van Jaarsveld het hom blykbaar geadviseer om op die moordklag skuldig te pleit, maar die appellant was nie bereid om sulks te doen nie. Van Jaarsveld se reaksie was dat indien die appellant nie sou skuldig pleit nie, sy saak deur 'n pro deo advokaat behartig sou moes word. Hy het verduidelik dat dit 'n advokaat is wat nog jonk is en die reg nie "so goed" ken nie; daarenteen was hy, Van Jaarsveld, 'n "senior advokaat" met 'n grondige regs-kennis en wat geweet het wat hy

doen. Hy het ook gesê dat indien die appellant nie sou skuldig pleit en 'n verklaring opgestel deur hom (Van Jaarsveld) sou teken nie, hy die doodstraf sou kry. Die appellant was toe verskrik en het besluit om hom deur Van Jaarsveld te laat lei. So het dit gebeur dat hy skuldig gepleit en die art 112 (2) verklaring geteken het.

Alvorens verdere aandag aan hierdie verduideliking gegee word, is dit dienstig om te let op getuienis van die appellant wat, indien redelik moontlik waar, daarop kan dui dat hy ten tyde van die verwonding van die oorledene nie die moontlikheid van sy dood voorsien het nie. Toe hy opnuut getuig het, het die appellant onder kruisverhoor weer eens getuienis gegee oor die gebeure wat die skietvoorval voorafgegaan het. Sy vorige getuienis dienaangaande is by sy verhoor gegee ter bewys van versagtende omstandighede nadat hy reeds skuldig bevind was. (Wanneer ek voortaan na die appellant se getuienis verwys, slaan

dit, tensy anders aangedui, op sy gekombineerde weer-
gawe.) Dié gedeelte van die appellant se getuienis
wat tans ter sake is, kan soos volg saamgevat word:
Terwyl hy as bestuurder van die Cortina die oorledene
se voertuig (die Mercedes) agtervolg het, het Mazibuko,
wat voor langs hom gesit het, die karabyn uit 'n rugsak
gehaal. Hy het toe vir die eerste keer opgemerk dat
die magasyn in die vuurwapen was. Hy het vir Mazibuko
aangesê om die stuurwiel vas te hou, wat laasgenoemde
gedoen het, en terwyl die Cortina voortgery het, het hy
die karabyn "beveilig". Dit het hy gedoen deur die
magasyn uit te haal en die karabyn drie of vier keer
"skoon" te maak - blykbaar deur die karabyn oor te haal
om te verseker dat daar nie patrone in die kamer daar-
van was nie. Dit het die appellant gedoen om 'n
"skietongeluk" te voorkom. Op daardie stadium was die
Cortina ongeveer 500 meter vanaf die plek waar die oor-
ledene later die skietwonde opgedoen het. Die
appellant het toe die ongelaaië karabyn en die magasyn

aan Mazibuko teruggegee.

Die appellant het ook getuig dat een van sy voormalige mede-beskuldigdes, Haynes, die ander vier samesweerders vooraf die versekering gegee het dat die oorledene nie tydens die voorgenome rooftog aggressief sou optree nie. Haynes het verduidelik dat die oorledene 'n ou man was en nie gewapen sou wees nie. Die doel van die saamneem van die karabyn, so getuig die appellant, was dus slegs om die oorledene die skrik op die lyf te jaag sodat hy hom nie sou teensit of probeer wegjaag nie. Bowendien is beplan dat Tlapane die oorledene met 'n vuishou onskadelik sou stel.

Die eerste vraag wat ontstaan, is of die appellant se weergawe dat hy die karabyn beveilig het redelik moontlik waar is. Indien wel, sou aangevoer kon word dat hy nie daarna die moontlikheid voorsien het dat die oorledene deur skote uit die karabyn getref sou kon word nie.

Ongelukkig het VERMOOTEN WR nie kommentaar

gelewer op die geloofwaardigheid van die getuies, insluitende die appellant, wat ingevolge art 316 (3) van die Strafproseswet voor hom getuienis gegee het nie (vgl S v Tsawane and Another 1989 (1) SA 268, 273 G-I).

By die verhoor het hy en sy assessore weliswaar die weergawe van die appellant onder bespreking verwerp, en dit trouens as 'n verdigsel bestempel, maar die hof se siening was tot 'n groot mate gekleur deur die teenstrydigheid tussen bedoelde weergawe en die appellant se meermaal genoemde verklaring. Soos blyk uit wat voorheen gesê is, het die appellant toe hy opnuut getuig het egter 'n verduideliking aangebied waarom sy verklaring en sy getuienis nie met mekaar gestrook het nie.

Dat die appellant wel terwyl hy die Cortina bestuur het die karabyn van Mazibuko verkry het en iets daarmee gedoen het, word bevestig deur Tlapane (wat agter in die Cortina gesit het) en Mazibuko. Nie een van die twee meld egter dat die appellant die magasyn uitgehaal het nie. Trouens, Mazibuko ontken dit.

Voordat die drietal in die Cortina die Mercedes begin volg het, het hulle vir ongeveer vyf uur in die Cortina naby die oorledene se werksplek gesit. Die appellant was klaarblyklik bewus dat Mazibuko in besit van die karabyn was en, indien hy dit wou beveilig, sou 'n mens verwag dat hy dit reeds op daardie stadium sou gedoen het. Volgens die appellant het hy egter nie die karabyn hanteer nie tot kort voordat die oorledene gekonfronteer is en dit terwyl hy besig was om die Cortina te bestuur. Waarom hy tot op so 'n laat stadium gewag het, verduidelik die appellant nie. Dit is gevolglik veel aanneemliker dat op laasgenoemde tyd-stip hy die karabyn wou oorhaal ten einde te verseker dat, indien nodig, 'n skoot gevuur sou word by die trek van die sneller daarvan. As dit sy oogmerk was, kan 'n mens begryp waarom hy, met die oog op die gevaar wat 'n gelaaide karabyn vir die insittendes van die Cortina kon inhou, as't ware tot op die laaste oomblik gewag het voordat hy die wapen vuurgereed gemaak het.

Indien die appellant se weergawe waar is, moes Mazibuko weer die magasyn teruggeplaas en die karabyn oorgehaal het. Die appellant, wat konstant vir Mazibuko binne sy waarnemingsveld moes gehad het, getuig egter nie dat hy Mazibuko so-iets sien doen het nie. (Laasgenoemde ontken natuurlik dat die magasyn ooit verwyder is.) Al wat die appellant aan die hand kon doen, is dat Mazibuko "seker" die magasyn teruggeplaas het toe hy - neffens die appellant - uit die Cortina geklim het.

Die appellant het enkele dae na die roof 'n verklaring aangaande die gebeurde aan 'n landdros gemaak. Hy het op daardie stadium geweet dat 'n koeël uit die karabyn die oorledene se dood veroorsaak het, en het in redelike detail vertel hoe die Cortina die Mercedes gevolg het en uiteindelik skuins voor laasgenoemde voertuig gestop het, asook wat op die toneel gebeur het. As die appellant wel die karabyn beveilig het, sou 'n mens verwag dat hy dit as 'n duidelik

verontskuldigende feit sou beskou het en derhalwe melding daarvan sou gemaak het. Tog rep hy nie in sy verklaring h woord daaroor nie.

Ek keer nou terug na die appellant se verduideliking waarom hy skuldig gepleit en die art 112 (2) verklaring onderteken het. Indien ten gunste van die appellant veronderstel word dat die verduideliking in sigself aanneemlik is, stuit hy voor h verdere probleem. Terwyl die appellant ter versagting getuig het, het VERMOOTEN WR h aantal vrae aangaande die inhoud van sy verklaring aan hom gestel. Hy het toe die inhoud van o a para 4 van sy verklaring beaam. Dit lui soos volg:

"Alhoewel ek nie die vuurwapen self gevuur het nie, was ek bewus daarvan dat beskuldigde nr 2 [Mazibuko] in besit van die vuurwapen was en dat die vuurwapen gelaai was."

Die appellant het ook beaam dat hy volhard het met die rooftog terwyl hy voorsien het dat die oorledene ernstig beseer of selfs gedood kon word.

Indien sy weergawe onder bespreking waar is, sou die appellant na my mening op daardie stadium van sy verhoor gesê het dat sy verklaring nie in alle opsigte juis was nie, en in besonder getuig het dat na die beweerde beveiliging van die karabyn hy inderdaad tevrede was dat dit nie gelaai was nie.

In die lig van die kumulatiewe effek van al bostaande oorwegings is ek van mening dat die appellant se weergawe aangaande beveiliging van die karabyn so onwaarskynlik is dat dit nie redelik moontlik waar is nie. Hy was derhalwe bewus dat Mazibuko die oorledene met 'n gelaaide karabyn sou konfronteer.

Die appellant se advokaat het op 'n verdere grond betoog dat die appellant nie die dood van die oorledene as 'n moontlikheid voorsien het nie. Met 'n beroep op die voorheen genoemde versekering wat Haynes aan sy mede-samesweerders gegee het, is naamlik aangevoer dat die appellant nie enige vorm van verset verwag het nie, en dat die moontlikheid dat Mazibuko na die

oorledene sou skiet dus nie by die appellant opgekom het nie. Ek kan nie akkoord gaan nie. Weliswaar staaf Tlapane en Mazibuko (en indirek ook Lowe) die appellant aangaande bedoelde versekering, maar ten spyte daarvan het hy sorg gedra dat Mazibuko op die kritieke stadium in besit van 'n gelaaide vuurwapen was. Die appellant getuig dat die karabyn saamgeneem is om die oorledene die skrik op die lyf te jaag, en veral ten einde te verhinder dat hy hom teensit of probeer wegjaag. Hy verduidelik nie welke vorm van verset hy in gedagte gehad het nie, maar dit is slegs nodig om die tweede oogmerk te benadruk. Wat duidelik is, is dat die appellant voorsien het dat die oorledene kon probeer wegjaag nadat die Cortina voor die Mercedes ingesny het. Indien hy gemeen het dat die blote rig van die karabyn genoegsaam sou gewees het om hierdie moontlikheid uit te skakel, sou hy nie sorg gedra het dat die karabyn gelaai was nie. Hy moes dus voorsien het dat indien die oorledene sou probeer wegkom, Mazibuko

gebruik van die gelaaide karabyn kon maak. Bes moontlik het hy gehoop dat Mazibuko in so 'n geval slegs 'n onskadelike waarskuwingskoot sou skiet, maar na my mening het hy inderdaad die redelike moontlikheid voorsien dat Mazibuko na of in die rigting van die oorledene kon skiet en hom dodelik kon tref.

Ten slotte is betoog dat Mazibuko nie bewustelik die sneller van die karabyn getrek het nie; dat die skote dus onopsetlik afgevuur is, en dat die appellant nie skuldig kan wees aan moord van die oorledene indien Mazibuko hoogstens nalatiglik sy dood veroorsaak het.

Toe Mazibuko ingevolge art 316 (3) van die Strafproseswet getuienis gegee het, het hy ontken dat hy bewustelik geskiet het. Sy weergawe was soos volg. Toe die Mercedes by die stopteken stilhou, het die Cortina skuins voor eersgenoemde voertuig ingesny en tot stilstand gekom. Mazibuko het die linker voor-deur van die Cortina oopgemaak, uitgeklim en die

karabyn op die oorledene gerig. Hy (Mazibuko) was toe ongeveer 'n meter vanaf die Mercedes. Tlapane het ook uitgeklim, na die oorledene beweeg en hom op sy kakebeen geslaan. Die oorledene se kop het na links beweeg en onmiddellik daarna het die Mercedes vorentoe begin beweeg. Die koers van die Mercedes was reguit na Mazibuko wat nog steeds by die voordeur van die Cortina gestaan het. Indien hy op dieselfde plek bly staan het, sou die voorkant van die Mercedes hom dus teen die Cortina vasgedruk het. Hy het gevolglik na die agterkant van die Cortina weggespring en op daardie oomblik het die karabyn gevuur. Net daarna het die Mercedes met die Cortina gebots.

'n Mate van staving vir Mazibuko se weergawe is te vind in getuienis wat by die appellant se verhoor gegee is. Eerstens was daar getuienis van 'n polisiebeampte aangaande die posisie waarin hy die Mercedes na die voorval aangetref het. Daarvolgens is dit duidelik dat die Mercedes vorentoe beweeg het nadat

dit by die stopteken tot stilstand gebring is. Tweedens het die appellant getuig dat hy 'n skoot gehoor het waarna die Mercedes met die Cortina se linker voordeur gebots het. Hierdie getuienis het hy gegee voordat hy geweet het wat Mazibuko se latere weergawe sou wees.

Toe die appellant weer eens getuig het, het hy onder kruisverhoor bevestig dat Mazibuko weggespring het toe die Mercedes vorentoe beweeg het. Op daardie oomblik, sê hy, het 'n skoot afgegaan. Gelykluidende getuienis is deur Tlapane gegee.

Laasgenoemde skeep die indruk dat hy die oorledene bewusteloos geslaan het. Die oorledene het egter nie platgeval nie omdat die veiligheidsgordel hom teengehou het. Die vraag ontstaan dan hoe die bewustelose oorledene die Mercedes vorentoe kon laat beweeg het. Die respondent se advokaat het egter tereg nie betwis dat die Mercedes wel vorentoe beweeg het nie, en indien dit 'n outomatiese ratkas gehad het, kon die

volgende gebeur het. By die stopteken is die Mercedes in rat maar druk die oorledene se voet op die rem-pedaal. Toe hy geslaan word, val sy voet weg van die pedaal en omdat die Mercedes in rat is, beweeg die voertuig vorentoe.

Mazibuko se getuienis is in h aantal opsigte deur die respondent se advokaat gekritiseer. Van sy veronstskuldigende bewerings is dan ook, om die minste te sê, onoortuigend; soos bv dat hy nie geweet het dat h mens die karabyn se sneller moes trek ten einde dit te laat vuur nie, en dat hy nooit voorheen h vuurwapen gehanteer het nie. Sy getuienis oor waarheen die loop van die karabyn gewys het toe hy weggespring het, is ook sekerlik vir kritiek vatbaar. My geheelindruk is egter dat Mazibuko, volgens sy weergawe, geen benul gehad het nie van die rigting van die loop van die karabyn op die oomblik toe die noodlottige skote afgevuur is. Meer bepaald is ek van mening dat getuienis wat hy by sy eie verhoor gegee het en

waarvolgens die oorledene nie getref kon gewees het indien sy beskrywing van sy wegspring en die rigting van die loop van die karabyn op daardie stadium juis is nie, toegeskryf kan word aan verkeerde rekonstruksie.

(h Afskrif van die getuienis wat Mazibuko voor McCreath R en assessore gegee het, is by die art 316 (3) verrigtinge deur die Staat ingehandig.)

Wat wel aanvaar kan word, is dat die Mercedes vorentoe beweeg het en Mazibuko sou getref het indien hy nie weggespring het nie; dat hy inderdaad weggespring het en dat die karabyn so te sê op daardie oomblik gevuur het. Dit is natuurlik moontlik dat Mazibuko op daardie stadium opsetlik op die oorledene geskiet het omdat, byvoorbeeld, hy gemeen het dat die oorledene wou wegjaag. Dit is egter ook moontlik dat, soos hy aanvoer, hy in die proses van wegspring onbewustelik die sneller van die karabyn getrek het en dat die skote die oorledene getref het omdat die loop nog steeds na laasgenoemde gewys het. (Die karabyn

is 'n outomatiese vuurwapen.) Soos reeds genoem, het VERMOOTEN WR nie kommentaar op die "nuwe" getuienis gelewer nie, en by gebrek aan ongunstige geloofwaardigheidsindrukke ten aansien van Mazibuko as getuie, kan ek nie sy verontskuldigende weergawe as vals buite redelike twyfel verwerp nie. Dit volg dus dat die al of nie aanspreeklikheid van die appellant op die moordklag besleg moet word op die aanvaarding dat Mazibuko die noodlottige skote onwillekeurig afgevuur het.

Om redes wat sal blyk, moet nou nagegaan word of die appellant voorsien het dat die oorledene as gevolg van onwillekeurige optrede van Mazibuko kon sterf en, indien nie, of dit redelikerwyse voorsienbaar was dat die oorledene se dood aldus veroorsaak kon word. Soos stellig te verwagte was, is daar geen direkte getuienis oor wat die appellant inderdaad ten opsigte van so 'n moontlikheid voorsien het nie. 'n Mens is dus daarop aangewese om deur middel van afleiding te bepaal of die wyse van veroorsaking van die oorledene se dood

binne of buite sy voorstelling gelê het. Dit dien egter beklemtoon te word dat die vraag wat ek tans ondersoek nie is of die appellant die presiese omstandighede waaronder die karabyn gevuur het, voorsien het nie, maar wel of hy hom n voorstelling gemaak het dat een of ander onwillekeurige handeling van Mazibuko tot die dood van die oorledene kon lei.

Wanneer n booswig beplan om met behulp van n vuurwapen n slagoffer te konfronteer en hom te beroof, voorsien hy in die reël die moontlikheid van weerstand en daarom ook van n worsteling. Enige "normale persoon" (per Rumpff AR in S v Nkombani and Another 1963 (4) SA 877 (A) 891) sou ook voorsien dat gedurende die loop van so n worsteling daar n struweling om besit van die vuurwapen kon ontstaan. Gebeur dit wel ten tyde van die rooftog en word die slagoffer noodlottig getref as gevolg van bv die onwillekeurige afvuur van die vuurwapen, sou dus gekonkludeer kon word dat die booswig inderdaad die kousale verloop voorsien het.

In die huidige geval kan egter nie afgelei word dat die appellant 'n struweling voorsien het nie. Hy het inderdaad geen fisiese teenstand van die oorledene verwag nie. Bowendien was dit nie te verwagte dat die oorledene ooit in 'n posisie sou wees om die karabyn of Mazibuko beet te kry nie. Die moontlikheid dat as gevolg van 'n ander sameloop van omstandighede die karabyn as't ware per ongeluk kon vuur en die oorledene noodlottiglik kon verwond, het natuurlik bestaan maar ek kan nie bevind dat die appellant, wat std 6 op skool gedruip het en wie se intelligensie klaarblyklik aan die lae kant is, inderdaad so 'n moontlikheid voorsien het.

Terselfdertyd meen ek dat die moontlikheid wel redelikerwyse voorsienbaar was. Om 'n gelaaide automatiese wapen soos 'n karabyn op 'n persoon te rig, is inherent gevaarlik en die ondervinding leer 'n mens dat die toevallige dodelike verwonding van 'n persoon met 'n vuurwapen nie iets heel seldsaams is nie. Dit

was nou juis beplan dat Mazibuko die karabyn op die oorledene sou rig en 'n redelike persoon in die plek van die appellant sou dus rekening gehou het met die moontlikheid dat die oorledene dodelik getref kon word deur 'n onwillekeurige afvuur van die karabyn deur Mazibuko.

Om nou my bevindinge tot op hierdie stadium op te som: Die appellant het as redelike moontlikheid voorsien dat die oorledene tydens die rooftog noodlottig deur Mazibuko verwond kon word. Onverskillig teenoor die intrede van dié gevolg het hy soos beplan die Cortina voor die Mercedes laat insny en aldus vir Mazibuko die geleentheid gebied om die karabyn op die oorledene te rig. Wat hy egter gekontempleer het, was die moontlikheid dat die oorledene kon sterf vanweë die opsetlike afvuur van die karabyn deur Mazibuko. Inderdaad het laasgenoemde deur onwillekeurige optrede die oorledene gedood en was die kousale verloop, hoewel redelikerwyse voorsienbaar,

nie deur die appellant voorsien nie.

Vanweë hierdie bevindinge ontstaan die volgende vraag in 'n geval waarin 'n dader se handeling 'n verbode gevolg veroorsaak: Kan opset aan die dader toegereken word indien hy die intrede van die gevolg begeer of as 'n sekerheid of moontlikheid voorsien het (en, waar nodig, aan addisionele opsetsvereistes voldoen het), maar hy nie die wyse waarop die gevolg ingetree het begeer of voorsien het nie? Wat dolus eventualis betref, is die kernvraag kortom die volgende: staan die onvoorsiene wyse waarop 'n voorsiene gevolg gebeur het in die weg van 'n konklusie dat die dader opsetlik die gevolg veroorsaak het?

Hierdie hof het al by geleentheid bevestig dat 'n dader opsetlik die dood van 'n slagoffer kan veroorsaak al het die presiese wyse van doodsveroorsaking nie binne sy voorstelling gelê nie. Sien bv R v Lewis 1958 (3) SA 107 (A) 109; en S v Msiza 1984 (2) PH H116

(A). Sover ek kon nagaan, is dit egter nog nooit hier te lande bevind nie dat opset teenwoordig is selfs indien die wyse waarop die voorsiene gevolg ingetree het radikaal van die voorsiene kousale verloop verskil.

Wat dolus directus betref, het die vraag of 'n sogenaamde dwaling aangaande die kousale verloop regtens relevant is, in nog slegs een soort geval ter sprake gekom; nl 'n geval waarin A 'n handeling verrig met die opset om B te dood; denkende dat hy sy doel bereik het 'n tweede handeling verrig, en dit dan blyk dat die dood van B ingetree het as gevolg van die tweede handeling. In S v Masilela and Another 1968 (2) SA 558 (A), is aangevoer dat A in so 'n geval nie opsetlik die dood van B veroorsaak het nie omdat hy die doodsveroorsakende handeling verrig het toe hy verkeerdelik gemeen het dat B reeds dood was en dus nie op daardie stadium beoog het om B om die lewe te bring nie. Dié betoog is deur hierdie hof verwerp.

Ogilvie Thompson HR, met wie Potgieter AR, saamgestem het, het nie pertinent ingegaan op die vraag of 'n onjuiste voorstelling van die kousale ketting wat tot 'n gevolg lei, opset al of nie kan uitsluit nie. Hy was naamlik van mening dat omdat die eerste handeling "a directly contributory cause" van die dood van B was en gepaard gegaan het met 'n oogmerk om B te dood, daar wesentlik slegs een globale handeling was wat die begeerde gevolg meegebring het.

In 'n aparte uitspraak het Rumpff AR egter op pp 573-4 die volgende gesê (die eerste handeling was 'n aanranding met die oogmerk om te dood; die tweede die verbranding van die vermeende lyk):

"Na my mening is in die soort sake soos die onderhawige waar die dader en niemand anders nie die dood veroorsaak, die dwaling van die dader omtrent presies hoe en wanneer die dood ingetree het nie 'n faktor waarop hy hom kan verlaat nie. Indien die dader dink dat sy slagoffer dood is, is daar m.i. wat betref die oorspronklike opset van die dader en die uiteindelijke gevolg van sy handelinge teenoor die slagoffer, geen wesenlike verskil nie tussen die begrawing van die gedenkte lyk

en die laat lê van die liggaam wat sterf sonder 'n actus novus interveniens, behalwe dat dit a fortiori klaarblyklik meer funes is om wat vermoedelik, en nie met sekerheid nie, 'n lyk is te begrawe as om dit te laat lê. In beide gevalle het die dader die dood gewil en veroorsaak. In beide gevalle het hy in sy gedagte gedwaal oor die presiese wyse en tyd van sterwe. Sy dwaling in elkeen van die genoemde gevalle oor presies wanneer en op watter wyse, patologies beoordeel, die dood intree is m.i. volkome irrelevant. Om in die onderhawige saak die opset om die gedenkte lyk te verbrand te introduceer is om 'n tussenbedryf te skep wat met die begin en die einde van die drama tussen die daders en hulle slagoffer m.i. regtens niks te doen het nie. En dit is m.i. van toepassing of daar 'n sgn. voorbedagte rade was om te dood en te verbrand of dat daar alleen 'n voorbedagte rade was om te dood en daarna 'n opset om te verbrand. Volgens my mening is daar geen verskil tussen die twee gevalle nie en kan daar nie 'n verskil wees nie. In beide gevalle sou daar 'n opset wees om 'n gedenkte lyk te verbrand en is daar 'n dwaling."

Opgelet sal word dat Rumpff AR dit gehad het oor 'n dwaling ten aansien van die presiese kousale verloop en dan ook slegs in bepaalde soort gevalle; d w s gevalle waarin die dader die dood van sy slagoffer begeer en sy dwaling slegs betrekking het op

welke van meerdere handeling van hom doodsoeroorsakend is. Die uitspraak van Rumpff AR onderskraag dus nie n standpunt dat in alle gevalle n onjuiste voorstelling van die kousale ketting irrelevant is nie.

In S v Daniëls en n Ander 1983 (3) SA 275

(A), het Jansen AR hom ook uitgelaat oor die effek van n dwaling ten aansien van die kousale verloop. In daardie saak het A die oorledene twee rugskote toegedien. Hy is egter ook deur n derde skoot in die kop getref en dit was die onmiddellike oorsaak van sy dood. Maar by ontstentenis van die derde skoot sou die oorledene in elk geval binne n half uur gesterf het indien hy nie mediese behandeling ontvang het nie.

Die lede van hierdie hof het verskil oor die vraag of bewys is dat die kopskoot toegedien was deur A (dan wel deur sy mede-beskuldigde, B). Jansen AR het bevind dat nie bewys is dat B die betrokke skoot afgevuur het nie. In die veronderstelling dat B dit wel gedoen het, was hy van mening dat A nog steeds

skuldig aan moord was, ongeag of A en B enige gemeenskaplike oogmerk gehad het. Wat die skuldvereiste betref, het Jansen AR die volgende gesê (op p 332G):

"Toe hy skiet [die rugskote], het die eerste appellant [A] die opset gehad om te dood en die dood het ingetree: 'n dwaling omtrent die kousale verloop kan hom nie baat nie."

Met verwysing na Masilela het Jansen AR ook gesê (op p 332 E) dat die grondslag van die aanspreeklikheid van die daders in daardie saak die volgende was: die aanranding was 'n causa sine qua non van die dood van die oorledene; dit het met opset om te dood geskied, en 'n dwaling aangaande die verdere kousale verloop wat tot die dood gelei het kon nie die daders van aanspreeklikheid onthef nie.

Hierdie dicta is vatbaar vir die vertolking dat na die oordeel van Jansen AR dit altyd ontersaaklik is of die kousale verloop begeer of voorsien is. Ek meen egter nie dat dit inderdaad sy beskouing was nie.

Al wat hy myns insiens te kenne wou gee, was dat in die lig van die feitekomplekse in Daniëls en Masilela n dwaling van die daders aangaande die kousale ketting hulle nie kon baat nie; anders gestel, dat die betrokke dwalings nie opset uitgesluit het nie.

In beide sake was daar natuurlik n oogmerk om te dood. In n geval van dolus directus mag daar in die reël "geen beleidsoorwegings bestaan" (per Jansen AR in Daniëls op p 333) om die dader nie aanspreeklik te hou vir veroorsaking van die begeerde gevolg nie. Afhangende van die aard of omvang van die verskil tussen die werklike en die gekontempleerde kousale verloop, mag daar egter wel uitsonderings bestaan. Stof tot nadenke word byvoorbeeld verskaf deur die volgende voorbeeld gebruik deur Glanville Williams, Criminal Law, 2de uitg, p 125. Met die opset om P te vermoor gee D aan hom n vergiftigde pil. Die niksvermoedende P sluk die pil maar dit steek vas in sy gorrelpyp. Hy sterf gevolglik weens verstikking

voordat die gif enige uitwerking op sy gestel het. Volgens die skrywer is D slegs skuldig aan poging tot moord.

Spesifiek wat opset by moontlikheidsbewussyn betref, is dit nog nodig om te verwys na die uitsprake in S v Nkombani and Another 1963 (4) SA 877 (A). Vir sover die feite van daardie saak tans van belang is, kan hulle in die volgende vereenvoudigde vorm weergegee word. Hung verskaf aan Stephen en Daniel gelaaide pistole vir gebruik by die beroof van vulstasies. By so 'n stasie ontstaan 'n stoeiery tussen Stephen en Daniel, aan die een kant, en 'n petroljoggie, Alfred, aan die ander kant. Gedurende die worsteling poog Stephen om Alfred te skiet. Met noodlottige gevolge tref die skoot egter vir Daniel.

In aparte uitsprake beslis Rumpff AR en Holmes AR dat alhoewel dit Stephen se oogmerk was om Alfred dood te maak hy die moontlikheid voorsien het dat die skoot Daniel noodlottiglik kon tref. Wat Hung

betref, bevind Rumpff AR dat hy ook skuldig aan moord is omdat hy bewus was van die moontlikheid dat h slagoffer hom sou kon verset, dat h worsteling kon volg, en dat in die loop daarvan Daniel of Stephen skote kon vuur wat enigeen betrokke by die worsteling kon tref. Holmes AR bevind ook dat Hung bewus was van die moontlikheid dat een van die twee gewapende rowers die ander kon doodskiet, en wel omdat hy voorsien het dat h woeste skietgeveg kon plaasvind "in which anybody present could be hit by either of the robbers" (p 896).

In die lig van bogenoemde bevindinge was daar natuurlik nie sprake van h beduidende afwyking tussen Hung se voorstelling van die kousale ketting en die daadwerklike kousale verloop nie. Hoogstens kan gesê word dat Hung nie die presiese omstandighede waaronder Stephen die noodlottige skoot afgevuur het, voorsien het nie. Wat hy egter wel gekontempleer het, was die moontlikheid dat in die loop van die rooftog Stephen

opsetlik h skoot kon vuur wat Daniel kon dood, en dit is presies wat gebeur het. Dit is dan ook insiggewend dat Holmes AR op p 894 hom daarvan weerhou het om h mening uit te spreek oor "what the legal consequences might have been if the shot had been fired accidentally".

In h afwykende uitspraak het Steyn AR bevind dat nie een van die appellante (Stephen en Hung) skuldig aan moord was nie. Wat Hung betref, was die Hoofregter van mening dat hy nie die moontlikheid dat een van die rowers die ander kon doodskiet, voorsien het nie. Wat wel deur Steyn HR aanvaar is, is dat Hung bewus was van die moontlikheid dat ten tyde van die rooftog of h daaropvolgende ontvlugting die rowers kon skiet en dat h werknemer by die vulstasie of h ander persoon binne die trefgebied noodlottig verwond kon word. Indien so h voorsiene moontlikheid werklikheid geword het, sou dit Hung nie gebaat het nie, aldus die Hoofregter, dat hy nie kon voorsien wie getref sou word

nie. Maar, word op pp 883-4 gesê:

"Indien egter h noodlottige gevolg op h ander wyse sou ingetree het, dan sou die vraag opnuut ontstaan of hy ook h gevolg van daardie aard voorsien het. Indien sy handlangers bv. na die roof, terwyl hulle besig is om te ontsnap, deur h ander se nalatigheid in h botsing betrokke raak, met noodlottige gevolge vir een van hulself of vir h verbygaande voetganger, sou dit nie volg dat ook daardie ongeval hom as h voorsiene moontlikheid toegereken moet word, slegs omdat hy moontlike doodslag met h vuurwapen by die vulstasie of die ontvlugting voorsien het nie. Sy opset sou dan met inagneming van ander omstandighede beoordeel moet word."

Toegegee dat in hierdie passasie nie spesifiek ingegaan word op die vraag of opset ook op die kousale verloop gerig moet wees nie, bied dit na my mening wel steun vir die standpunt dat h verkeerde voorstelling van die daadwerklike verloop nie altyd regtens irrelevant is nie. Volgens Steyn AR het Hung immers die moontlikheid voorsien dat iemand, dus ook h verbygaande voetganger, gedood kon word indien die rowers, terwyl hulle agtervolging ontwyk, aan die skiet

sou gaan. Indien die voetganger egter ten tyde van die ontvlugting op 'n ander wyse gedood was, bv as gevolg van 'n botsing, sou volgens die Hoofregter opnuut bepaal moes word of Hung ook hierdie wyse van doodsveroorsaking voorsien het. En niks wat in die aangehaalde passasie gesê is, is in stryd met enige van die bevindings van Rumpff AR en Holmes AR nie.

Suid-Afrikaanse skrywers oor die strafreg verskil van mekaar betreffende die vraag of opset slegs op die ingetrede gevolg dan wel ook op die wyse van veroorsaking daarvan gerig moet wees. Aan die een kant leer skrywers soos Snyman, Strafreg, 2de uitg, pp 225-6, en De Wet en Swanepoel, Strafreg, 4de uitg, p 141, dat indien 'n gevolg beoog of voorsien is 'n afwyking van die voorsiene kousale verloop nie ter sake is nie. Ander skrywers, soos Van Oosten, 1976 De Jure 65 ev, en blykbaar ook Du Plessis, 1989 TSAR 268 ev, huldig 'n ander standpunt. Hulle meen naamlik dat 'n onjuiste voorstelling van die kousale verloop tot 'n

voorsiene gevolg opset kan uitsluit.

Snyman se opvatting is dat h dader hom ter weerlegging van opset op h dwaling kan beroep slegs as dit op h misdaadsvereiste betrekking het. Omdat, aldus die skrywer, die verbodsomskrywing van h materieel omskrewe misdaad soos moord nie vereis dat die dood op h bepaalde wyse veroorsaak moet word nie, het h dwaling ten aansien van die kousale verloop nie betrekking op h misdaadsvereiste nie. Dit is daarom genoegsaam indien die dader "voorsien dat sy handeling op h bepaalde gevolg sal uitloop".

Na my mening is hierdie opvatting te beperk. Een van die vereistes van h materieel omskrewe misdaad is die veroorsaking van h verbode gevolg; in die geval van moord die veroorsaking van die dood van h ander. h Verdere vereiste is dat die dader die dood opsetlik moet veroorsaak. h Gevolg word egter nie op h abstrakte wyse veroorsaak nie en sy opset moet dus gerig wees nie net op die intrede van die gevolg nie

maar ook op 'n konkrete kousale verband tussen sy handeling en die begeerde of voorsiene gevolg. Die opsetsvereiste is gevolglik nie bevredig nie indien die gevolg intree op 'n wyse wat kardinaal verskil van die dader se voorstelling van die kousale verloop. (Vgl Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3de uitg, p 250; Preisendanz, Strafgesetzbuch, 30ste uitg, p 94; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, p 340.

Aan die ander kant sou die opsetsvereiste 'n klug word indien 'n regstelsel 'n presiese ooreenkoms tussen die gekontempleerde en die daadwerklike kousale verloop vereis. Ek sê so omdat dit dikwels gebeur dat die daadwerklike kousale ketting afwyk van die dader se voorstelling daarvan. Dit is veral die geval indien die dader slegs die moontlikheid van die intrede van 'n gevolg voorsien. In die reël is sy voorstelling van die kousale ketting wat tot die voorsiene gevolg kan lei nie op besonderhede toegespits nie. Inderdaad maak hy hom meestal slegs 'n onvolkome voorstelling van

die kousale verloop. Daarom kan die blote feit dat die daadwerklike kousale verloop nie presies met die dader se voorstelling daarvan ooreenkom nie, nie opset uitsluit nie.

Die vraag ontstaan dan hoe die grens te trek is tussen afwykings wat opset uitsluit en dié wat dit nie doen nie. In Duitsland is die gangbare mening van die hof en skrywers dat slegs 'n wesentlike afwyking opset weerlê. (Sien bogenoemde bronne en ook Van Oosten, 1982 TSAR 81 e v.) Met so 'n afwyking het 'n mens te doen wanneer die daadwerklike kousale verloop tot so 'n mate van die gekontempleerde een verskil dat eersgenoemde nie redelikerwyse onder die dader se voorstelling tuisgebring kan word nie.

Dit kom my voor dat hierdie benadering met vrug in ons reg toegepas kan word. Dit is nie moeilik om te dink aan gevalle waarin die kousale verloop tot 'n voorsiene gevolg tot so 'n mate van die gekontempleerde verloop verskil dat 'n mens se regsgevoel nie bevredig

word nie deur 'n konklusie dat die dader opsetlik die gevolg veroorsaak het. Veronderstel byvoorbeeld dat 'n rower beplan om 'n kafeebaas te beroof. Hy neem 'n vuurwapen saam en, hoewel hy vuriglik hoop dat daar geen weerstand sal wees nie, voorsien hy tog as redelike moontlikheid dat hy op sy slagoffer sal moet skiet en aldus laasgenoemde se dood kan veroorsaak. In die hoop dat die kafeebaas goedsikks sy geld sal oorhandig, hou hy die wapen in sy baadjiesak toe hy eersgenoemde konfronteer en geld van hom eis. Op daardie oomblik gly sy voete onder hom uit en val hy op die vloer. Die gelaaide wapen vuur. Wonder bo wonder word die kafeebaas noodlottig getref.

In die veronderstelling dat die rower nooit gedink het aan die moontlikheid dat die kafeebaas per ongeluk gedood kon word nie, is daar in die gepostuleerde geval klaarblyklik 'n aanmerklike verskil tussen die daadwerklike kousale verloop en die rower se voorstelling van die wyse waarop die kafeebaas gedood

kon word. Indien die rower nogtans skuldig aan moord is, sou hy aanspreeklik gehou word op grond van 'n verwyte wat hom tref dat hy in abstracto die dood van die kafeebaas gedurende die rooftog voorsien het, al het die wyse van intrede van hierdie gevolg geheel en al buite sy voorstelling gelê. Dit sou daarop neerkom dat sy aanspreeklikheid geknoop word aan 'n verwytbare gesindheid wat glad nie met die daadwerklike gebeurde verband gehou het nie.

De Wet en Swanepoel, op. cit., p 141, se beswaar teen die onderskeid wat o.a. deur Duitse skrywers getrek word, is dat hulle geen duidelike antwoord gee op die vraag "wat nou juis 'n wesenlike afwyking is en wat nie". Dit kan toegegee word, en so ook dat regsekerheid sover moontlik die formulering van maklik hanteerbare kriteria vereis. In 'n geesteswetenskap soos die regte is dit egter nie altyd moontlik nie, en 'n begrip soos wesentlikheid is nie juis moeiliker hanteerbaar as een soos redelikheid nie.

Trouens, in die kontraktereg moet dikwels besleg word of 'n kontrakbreuk wesentlik is. Nietemin is dit te verwagte dat by die toepassing van die "wesentliche-afwyking"-kriterium mettertyd meer konkrete riglyne sal uitkristalliseer, maar dit kan aan toekomstige regsontwikkeling oorgelaat word.

My slotsom is dus dat opset ontbreek indien die dader se voorstelling van die kousale verloop wesentlik van die daadwerklike verloop afwyk. Anders gestel, moet opset by 'n gevolgsmisdaad daarop gerig wees om die gevolg teweeg te bring op wesentlik dieselfde wyse as waarop dit inderdaad veroorsaak is. Omdat in gevalle van oogmerkopset die dader juis 'n gevolg begeer en dit hom nie kan skeel hoe die gevolg intree nie, is dit te verwagte dat 'n afwyking nie geredelik as wesentlik aangemerkt sal word nie.

Ek kom ten slotte by die vraag of die appellant se voorstelling van die kousale verloop wat tot die oorledene se dood kon lei, wesentlik afgewyk

het van die konkrete kousale gebeure. Ek meen van ja. Die appellant het die moontlikheid voorsien dat Mazibuko opsetlik op die oorledene kon skiet en hom aldus noodlottiglik kon verwond. Inderdaad het Mazibuko, soos hierbo aanvaar is, onwillekeurig die sneller van die karabyn getrek. Doodsveroorstaking deur opsetlike optrede verskil klaarblyklik aanmerklik van sodanige veroorsaking as gevolg van onwillekeurige optrede, en indien op die totaliteit van die gebeurde gelet word, was daar na my mening 'n wesentlike verskil tussen die wyse van veroorsaking van die oorledene se dood en die kousale verloop wat die appellant as moontlikheid gekontempleer het.

Die skuldigbevinding en vonnis van die appellant op die moordklag moet dus ter syde gestel word. In die lig van die beslissings van hierdie hof in S v Andrews en Andere 1980 (1) PH H25 (A), en S v Nkwenja en 'n Ander 1985 (2) SA 560 (A) 572-3, en my bevinding dat die dood van die oorledene as gevolg van

die onwillekeurige afvuur van die karabyn redelikerwyse voorsienbaar was, moes die appellant egter wel aan strafbare manslag skuldig bevind gewees het. Na my oordeel is h gepaste straf een van 6 jaar gevangenisstraf. Beide advokate was dit tereg eens dat weens oorwegings wat nie uitgestippel hoef te word nie, bedoelde straf moet saamloop met die gevangenisstraf van 12 jaar wat die appellant op die roofklag opgelê is.

Gevolglik word die volgende bevele gemaak:

1) Die appèl slaag en die appellant se skuldigbevinding en vonnis op die eerste aanklag (die moordklag) word tersyde gestel.

2) Ter vervanging van daardie skuldigbevinding en vonnis word h bevinding van skuldig aan strafbare manslag en h vonnis van 6 jaar gevangenisstraf gesubstitueer.

3) Dit word beveel dat die vonnis op aanklag 1 saam moet loop met die termyn van

gevangenisstraf wat die appellant op aanklag 2 (die
roofklag) opgelê is.

H.J.O. VAN HEERDEN AR

NESTADT AR

STEM SAAM

KUMLEBEN AR