

IN THE SUPREME COURT OF SOUTH AFRICA

(APPELLATE DIVISION)

CASE NO 543/90

In the matter:

PHILLY NCUBE

APPELLANT

AND

THE STATE

RESPONDENT

CORAM: HEFER, GOLDSTONE JJA et HARMS AJA.

DATE HEARD: 20 NOVEMBER 1992

DATE DELIVERED: 22 FEBRUARY 1993

J U D G M E N T

GOLDSTONE JA:

On the night of 6 January 1988, Mr John Roussos, to whom I shall refer as "the deceased", drove home from his shop in Waterkloof Glen, Pretoria. He parked his motor vehicle in the garage where a group of men were awaiting his arrival. As he alighted from his car he was attacked by members of the group. He was severely assaulted about the head with a hammer and in consequence of the injuries thus inflicted he died.

Five men were arrested and charged with the murder of the deceased and robbery with aggravating

circumstances. One of them was the appellant. Before their trial in the Transvaal Provincial Division, the appellant escaped. The other four were tried and convicted. One of them, Edward Tobie Qekisi, was sentenced to death. His appeal against the death sentence was dismissed by this Court.

Subsequently, the appellant was rearrested and stood trial before Weyers J and two assessors. He was found guilty of the murder of the deceased and of robbery with aggravating circumstances. In respect of the murder the sentence of death was imposed. For the robbery he was sentenced to eight years' imprisonment. The appellant has appealed to this Court against the conviction for murder and, in the alternative, against the imposition of the death sentence.

The State relied primarily upon the evidence of Qekisi. The Judge a quo correctly held that he could not safely rely on the evidence of this witness and it is

unnecessary to set out the detail of his version. Suffice it to say that he placed the hammer in the possession of the appellant and testified that it was the appellant who assaulted the deceased with it. (I might mention that in convicting Qekisi of murder in the earlier trial it was held proven beyond a reasonable doubt that it was he who struck the hammer blows).

At all times the appellant has admitted being present with the other members of the group on the night in question. He originally relied on a version which distanced himself from the actual attack on the deceased. Again, it is not necessary to set out the detail of that version which, indeed, was repeated by the appellant when he testified in the Court a quo. It is unnecessary because whilst he was still testifying in his own defence, the appellant decided to change his version. The trial Court, again correctly, decided that in the absence of other acceptable evidence the guilt or

innocence of the appellant would have to be determined on the basis of his second version to which I now turn.

According to the appellant he was enlisted by Qekisi to join a group of men which was to rob the deceased. They waited for the deceased outside the garage of his apartment. It was agreed that the appellant and Qekisi would attack the deceased in the garage. The appellant was to hold him while Qekisi searched him. The other three men would search the deceased's car. When the deceased alighted from his car the appellant grabbed him around his neck and held him down. Instead of searching the deceased, Qekisi took a hammer out from under his shirt and began to hit the deceased with it. The first blow struck the deceased. The second, which presumably came immediately after, hit the appellant's left elbow. It was a painful blow as a result of which the appellant released his strangle hold of the deceased. Qekisi continued to hit the deceased

with the hammer and did not let up even after the deceased fell to the floor.

The appellant stated that he did not know that Qekisi was armed with any weapon. He was not aware of any intention but to rob the appellant, tie him up and make a getaway.

It would appear from the appellant's version that the group had intended also to take the keys of the deceased's shop, go there, and steal goods from it. The appellant said that after they left the deceased he refused to do so.

That, then, is the version of the appellant. It is highly suspect and unreliable. That the appellant is a self-confessed liar brooks of no argument; that he played a more active role in the affair and that he knew that the deceased was to be attacked is highly probable. In particular it is unlikely that the robbers would have set out unarmed, and it is improbable that the appellant

would only have held the deceased so that he could be searched and no more. However, as the judge a quo pointed out, the trial Court had before it two versions - both from self-confessed liars. And inferences cannot be drawn only on probabilities in the absence of evidence to support them.

The guilt or innocence of the appellant must therefore be tested on the basis that it was Qekisi who attacked the deceased with the hammer. On that assumption, the questions to be answered are those succinctly set out by Nienaber JA in S v Majosi and Others, 1991(2) SACR 532(A) at 537 c - e:

"That appellant No 2 was a party to a common purpose to commit armed robbery is undisputed. The real issue, therefore, is whether appellant No 2 foresaw and reconciled himself with the risk that any of his associates, in the course of the execution of their plan to rob, might cause the death of someone - in which case he would be guilty of murder - or, if he did not,

that he ought reasonably to have foreseen that consequence - in which case he would be guilty of culpable homicide. (S v Nkwenja en 'n Ander 1985(2) SA 5 60 (A); S v Mbatha en Andere 1987 (2) SA 272 (A) at 283B.) The enquiry is directed to the state of mind of appellant No 2 at the time he embarked on the venture S v Shaik and Others 1983(4) SA 57 (A) at 62 G - H), although his act of association, for the purpose of his common purpose to rob, must exist at the time of the offence. S v Nzo (supra at 11H).)"

According to the appellant, he was unaware that Qekisi was in possession of the hammer and he denied that other members of the group were armed. The only evidence, apart from that of Qekisi, which contradicts the appellant is that of one Maputla. He testified on behalf of the State in both the earlier trial and that of the appellant. He said that prior to the night in question, at the request of Qekisi, he pointed out the home of the deceased. He said that Qekisi was

accompanied by five other men and that one of them dropped a hammer. Another was in possession of a long knife. He was unable to recognise any of the men other than Qekisi.

As the trial judge pointed out, in material respects, Maputla contradicted aspects of the evidence he gave in the earlier trial. He held that it would be dangerous to place much reliance on his evidence. Whilst there is a high probability that the robbers, or at least some of them, were armed, it would be speculative to make a factual finding as to the nature of such weapons let alone the appellant's knowledge thereof.

There is another consideration. Unless it was discussed, there is an inherent improbability that a common hammer would be likely to be used by a robber as a murder weapon against the victim of the robbery. The possession by a would-be robber of a hammer is at least equally open to the inference that its use would relate

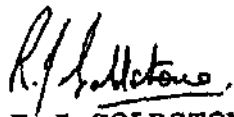
the breaking of a lock or cupboard or some similar purpose. Furthermore, at the scene of the murder, the police found some cut electrical wire. Its presence there lends some support to the appellant's later version that the intention of the robbers was to tie up the deceased. That intention is not consistent with a prior agreement to kill the deceased.

In short, I have come to the conclusion that it was not proved beyond a reasonable doubt that the appellant knew the nature of the arms carried by any of his companions, or and more particularly, that Qekisi was possessed of a hammer. On his version, the attack with the hammer on the deceased was unexpected and after the first blow was struck he ceased to be a party to the inflicting of the remaining blows. Whether the appellant disassociated himself from the ensuing attack because of the pain he was suffering or for a more laudable reason matters not. He ceased to participate

therein. It cannot be found, therefore, that the appellant associated himself with the fatal attack on the deceased either before or, (save for the first blow), during its execution. The blood found on the appellant's shirt could well have been the consequence of the first blow struck by Qekisi. Furthermore, on the appellant's evidence, he did not associate himself with any of the conduct which followed the attack. In any event, that was limited to three of his companions continuing to search for objects to steal from the deceased's motor vehicle.

The Court a quo found the appellant guilty of the murder on the basis that he only released his hold of the deceased when he himself was hit and that after the attack he associated himself with the subsequent conduct of his companions. As I have attempted to demonstrate both of those findings are insufficient to support the murder conviction.

In the result the appeal is upheld and the conviction and sentence in respect of the murder count are set aside.


R J GOLDSTONE
JUDGE OF APPEAL

Saak No 543/90

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(APPELAFDELING)

In die saak tussen:

PHILLY NCUBE.....

Appellant

en

DIE STAAT.....

Respondent

CORAM: HEFER, GOLDSTONE, ARR et HARMS Wn AR.

VERHOORDATUM: 20 November 1992

LEWERINGSDATUM: 22 Februarie 1993

U I T S P R A A K

HEFER, AR:

In die lig van die meningsverskil tussen my kollegas ag ek dit raadsaam om aan te dui waarom ek die skuldigbevinding nie kan ondersteun nie.

Aangesien die appellant na sy frontverandering toegegee het dat hy die oorledene vasgehou het terwyl Qekisi hom met die hamer toegetakel het, gaan die appèl wesenlik oor die redelike moontlikheid van sy verduideliking dat dit nie vooraf beplan was om hulle slagoffer fisies leed aan te doen anders dan om hom vas te gryp, te deursoek en dan vas te bind nie; dat Qekisi se aanval onverwags en onbeplan was; en dat hy nie eens bewus was van die hamer onder Qekisi se hemp nie totdat laasgenoemde dit tevoorskyn gebring en die oorledene te lyf gegaan het.

By ons oorweging van die aanvaarbaarheid van die verduideliking kan die verhoorhof se bevindings natuurlik nie buite rekening gelaat word nie. Die getuienis is deurspek met leuens aan beide kante en die appellant het selfs na sy frontverandering klaarblyklik nog steeds gelieg in 'n poging om homself in 'n beter lig te stel. Dit was die taak van die verhoorhof - en tans

is dit ons s'n - om die kaf van die korrels te probeer skei. Ons taak word boonop bemoeilik deur die gebrek aan eksplisiteit in die verhoorhof se uitspraak en ons moet versigtig wees om nie bevindings te impliseer bloot op grond van ons eie oordeel oor die waarskynlikhede nie. Daardeur word die gevaar geskep om bevindings ten koste van die appellant se geloofwaardigheid aan die verhoorhof toe te dig waartoe daardie hof self nie bereid was nie. Die verhoorhof het appellant se finale weergawe slegs gedeeltelik verwerp en wat ek probeer sê, is dat ons nie ligtelik verdere gedeeltes kan verwerp op grond bloot van ons eie oordeel oor die waarskynlikhede nie. Geloofwaardigheid kan immers nie aan die hand van waarskynlikhede alleen beoordeel word nie.

Daarom is dit belangrik om daarop te let dat die verhoorhof die bewering nóg uitdruklik nóg implisiet verwerp het dat geen fisiese leed beplan was ander dan dit wat reeds genoem is nie. Trouens, die feit dat die

verhoorhof twyfel uitgespreek het oor die aanwesigheid van direkte opset om te moor en die skuldigbevinding op dolus eventualis gebaseer het, dui juis daarop dat die verhoorhof nie bereid was om daardie gedeelte van appellant se getuienis te verwerp nie. Dit sal gewaagd wees om dit nou te doen.

Dit kom my dus voor dat die beslissende vraag is of 'n onbeplande aanval deur een van die ander rowers wat tot die dood van die slagoffer kon lei, voorsien is. Die verhoorhof se onuitgesproke gevolgtrekking dat appellant so 'n aanval inderdaad voorsien het, word gemotiveer deur die bevinding dat -

"...(ons) glo nie die beskuldigde dat hy nie kennis gedra het van die wapens wat saamgeneem was op die rooftog nie."

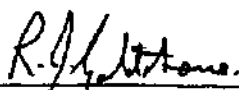
Die woorde wat ek gekursiveer het, skep 'n probleem. Watter wapens het die verhoorhof in gedagte gehad en watter getuienis is daar dat enigiets saamgeneem is ander dan die hamer wat blykbaar toevallig as wapen gebruik is?

Met betrekking tot die laaste vraag is Maputla se getuienis van geen hulp nie; hy het getuig oor twee geleenthede waarop hy saam met Qekisi en sy trawante na die oorledene se huis is. Sou sy getuienis waar wees, moes die aanval klaarblyklik op die tweede geleentheid geloods gewees het en hy het beweer dat hy by die eerste geleentheid 'n hamer en 'n mes gesien het. Sy getuienis is in elk geval nie aanvaar nie en is as van blote "historiese belang" beskou. Die enigste ander getuienis oor wapens is Qekisi se bewering dat hy persoonlik 'n vuurwapen gehad het en appellant die hamer terwyl die ander gewapen was met pangas en 'n mes. Maar die verhoorhof was nie, soos ek die uitspraak verstaan, bereid om Qekisi se getuienis te aanvaar behalwe in soverre dit gestaaf was nie. Daarom: word gelet op die formulering van die bevinding - "ons glo nie die beskuldigde....nie" - en op die feit dat appellant herhaaldelik beweer het dat hy nie geweet het dat Qekisi

'n hamer gehad het voordat hy dit inderdaad gebruik het nie, is ek geneig om te dink dat die verhoorhof slegs die hamer in gedagte gehad het. Enige ander vertolking van die bevinding sou impliseer dat die hof 'n ernstige wanopvatting gehad het van die strekking van die getuienis.

Op die basis dan dat die verhoorhof bevind het dat appellant bewus was van die hamer in Qekisi se besit meen ek nie dat sonder redelike twyfel aanvaar kan word dat appellant voorsien het dat dit as aanvalswapen gebruik sou word nie. Dit was 'n doodgewone klouhamer en, in al die omstandighede van die saak, regverdig die besit van so 'n stuk gereedskap deur een van die rowers nie die gevolgtrekking - as die enigste redelike afleiding - dat appellant voorsien het dat dit gebruik sou word om die kop van die voorgenome slagoffer te vermorsel nie.

Gevolgtrekking ondersteun ek Goldstone AR se bevel.


 pp. J J F HEFER

68/93

SAAKNOMMER: 543/90
J VD M

IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen:

PHILLY NCUBE

Appellant

en

DIE STAAT

Respondent

CORAM: HEFER, GOLDSTONE, ARR et
HARMS, WnAR

VERHOORDATUM: 20 NOVEMBER 1992

LEWERINGSDATUM: 22 FEBRUARIE 1993

U I T S P R A A K

HARMS, WnAR:

Alvorens met 'n feitebevinding van 'n verhoorhof
(in hierdie geval Weyers R met assessore) ingemeng kan

word, moet hierdie Hof tevrede gestel word dat daardie bevinding onjuis is. Die uitspraak van die verhoorhof gaan ongelukkig mank aan 'n gebrek aan talle relevante bevindings, of motiverings vir andere. Nogtans is die volgende belangrike bevindings gemaak:

- (a) die appellant se ontkenning dat hy bewus was dat rowers gewapen sou wees, is vals;
- (b) die appellant het die oorledene in 'n wurggreep vasgehou terwyl hy (minstens eenmaal) met die hamer geslaan is;
- (c) hy het slegs sy greep verslap nadat hy self met die hamer getref is;
- (d) hy was dus 'n mededader en hy het hom met die gebeure dié dag vereenselwig.

Ek sal probeer aantoon waarom, na my mening, hierdie bevindings nie aanvegbaar is nie en dat daar voldoende getuienis was om die verhoorhof se eindbevinding te substansieer. Die bewysmateriaal wat

in dié verband bruikbaar is, is die objektiewe feite, die erkenning teen eie belang deur die appellant gemaak, die staatsgetuienis wat nie in geskil is nie en die inherente waarskynlikhede wat daaruit voortvloei.

Die appellant is nege dae na die gebeure in hegtenis geneem en het op dié dag 'n verklaring aan 'n landdros gemaak. Behalwe dat die verklaring hom op die toneel na die aanranding plaas, is dit origens verontskuldigend. Drie maande later is hy en Qekisi teenoor mekaar gestel en het hulle mekaar oor en weer beskuldig: Qekisi het beweer dat dit die appellant was wat die hamer-aanval uitgevoer het terwyl die appellant die skuld daarvoor aan die deur van Qekisi gelê het. Hy het egter erken hy die oorledene in 'n wurggreep gehad het, ten minste toe hy deur die hamer getref is. Hierdie verklaring wat aan 'n polisie-offisier gemaak is, is op die verdediging se aandrang voor die hof geplaas maar eers na die aanvanklike sluit van die

appellant se saak.

Die aanval op die staatsgetuies tydens kruisondervraging was daarop gemik gewees om die appellant se verontskuldigende weergawe te stel en te bewys. Dit kon egter nooit slaag nie omdat dit nie met twee objektiewe feite rekening hou nie: 'n ontleding van die oorledene se naels het getoon dat hy en die appellant handgemeen was en die appellant se hemp was na die gebeure, in sy eie woorde, vol bloed gewees.

Nogtans het hy getuienis ter stawing van sy verontskuldigende weergawe gegee. In hierdie verband het hy veral beklemtoon dat daar geen sprake van 'n beplande rooftog was nie en gevolglik ook nie van enige wapens nie.

Nadat hy op 'n frontverandering besluit het en weer getuienis gegee het, het hy erken dat sy vorige getuienis grootliks gefabriseer was. Hy het bevestig dat die roof vooraf beplan was. Ten aansien van wapens

het hy slegs getuig dat hy nie bewus was dat Qekisi 'n hamer gehad het nie en dat daar geen vuurwapen op die toneel was nie. Hoewel hy uitdruklik gevra is oor die aspekte waarmee hy nog van Qekisi verskil, het hy nie Qekisi se weergawe dat almal gewapen was, in geskil gestel nie. Maar selfs al sou mens dit aan 'n oorsig toeskryf, is die antwoord op die vraag of die bende die roof ongewapen sou uitvoer, afhanklik van die aard van die beplande roof. Die voorneme was om die oorledene by sy huis te oorval, hom van sy sleutels te ontnem en daarna na sy winkel te gaan en dan in te breek. Terwyl hulle by die huis was, sou hulle blykbaar sommer gelyktydig by die huis inbreek. Dit het alles geverg dat die oorledene buite aksie gestel moes word. Volgens die appellant moes een van die ander bende-lede, Sam Mathebula, nadat die oorledene beroof is, hom vasmaak. Dit blyk egter uit sy eerste verklaring en sy aanvanklike getuienis dat geen tou saamgeneem is nie

want 'n elektriese koord is op die toneel afgesny gevind en dit, volgens hom, is gedoen nadat Sam versoek is om 'n tou te soek om die oorledene vas te bind. Gevolglik moet die appellant se weergawe dat dit deel van die plan was om die oorledene deur vasmaak uit te skakel, verwerp word. Omdat die oorledene vir 'n geruime tyd skadeloos gestel moes word en omdat weerstand voorsienbaar was, moet dit (in die afwesigheid van enige ander verduideliking) volg dat die enigste redelike afleiding van die bewese feite is dat die booswigte gewapen was en dat almal dit geweet het. Dit moet ook nie uit die oog verloor word nie dat dit vasstaan dat Qekisi 'n vuurwapen besit het en dat dit vreemd sou wees indien hy daarsonder na die toneel sou gaan. Qekisi het dan ook getuig dat hy die vuurwapen saamgeneem het en as hy dit gedoen het, het die appellant dit gesien omdat Qekisi slegs in 'n T-hemp en broek gekleed was. Dat Qekisi die hamer (wat om dieselfde rede sigbaar moes wees) en nie

die vuurwapen gebruik het nie, is te verstane omdat die geluid van 'n skoot die hele rooftog sou verongeluk het. Daar is dus voldoende staving vir Maputla se getuienis dat die voorafbeplanning die gebruik van wapens veronderstel het. Hoewel hy nie vir die appellant wou of kon identifiseer nie, het hy getuig dat daar vyf rowers was en dit is nooit gesuggereer dat iemand anders die appellant se plek tydelik volgestaan het nie.

Dit volg hieruit dat ek van oordeel is dat die verhoorhof se bevinding (by implikasie) dat die rowers gewapen was en dat (dié keer uitdruklik) die appellant se ontkenning van kennis daarvan vals is, korrek was. Hoewel die verhoorhof ook nie uitdruklik bevind het dat die appellant voorsien het dat die oorledene tydens die rooftog gedood kon word nie, moet so 'n bevinding by noodwendige implikasie in die uitspraak ingelees word. En het die appellant se advokaat tereg toegegee, al het

die gebeure wat tot die doding gelei het, anders as wat voorsien is, verloop, kan dit nie 'n effek op die eindresultaat hê nie.

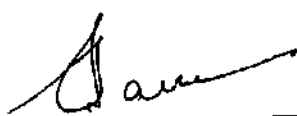
Die volgende aangeleentheid wat onder die loep geneem moet word, is of die appellant se getuienis wys, soos die verhoorhof bevind het, dat hy 'n mededader was. Weer eens word net na sy laaste relaas gekyk. Die volgende is 'n billike weergawe: Die rowers het agter 'n muur weggekruip en die oorledene ingewag. Hy het sy voertuig in die motorhuis ingetrek, uitgekom en die deur begin toemaak. Qekisi en die appellant het toe oor die muur gespring en die appellant het die oorledene met die linkerarm om die keel gegryp en hom gewurg. Die oorledene het gestoei en die appellant in die proses gekrap. Hulle beide het gesien hoe Qekisi die hamer onder sy hemp uitgehaal het. Die oorledene het probeer om die hamer af te neem en het in die proses Qekisi se hemskraag afgeskeur. Toe het Qekisi die oorledene

met die hamer geslaan. Die appellant "dink" dat dit voorlopig net een hou was want toe die tweede hou kom, het dit die appellant teen die linkerelmoog getref. (Ek moet terloops aandui dat die appellant minstens vier weergawes oor die besering of dié se aard gegee het). Hoewel die appellant gesê het dat hy toe eers van die teenwoordigheid van die hamer bewus geword het, is dié stukkie getuienis, in die lig van sy voorafgaande getuienis, natuurlik vals. As gevolg van die hou teen die arm en die gevolglike pyn, sê die appellant, het hy sy greep verloor en "moes ek die blanke los" - en nie dat hy dit gedoen het omdat die aanval in stryd met die voorafgaande afspraak was of omdat hy nie deel daaraan wou of sou gehad het nie. Daarna, terwyl die oorledene nog gestaan het, het Qekisi hom verder met die hamer toegetakel, ook nadat hy geval het. Hierdie getuienis moet verder beoordeel word in die lig van die bloed wat aan die appellant se hemp na die gebeure was: dit is

beswaarlik versoenbaar met die beperkte rol wat die appellant aan homself toegedeel het. Dat die appellant tydens hierdie laaste weergawe nog steeds gepoog het om homself so ver moontlik van die gebeure te distansieer - en dit valslik - blyk ook uit sy getuienis dat nadat hy vasgestel het dat die oorledene dood is, het hy die ander gevra waarom hulle nie die ambulans of die polisie ontbied nie. Sy getuienis oor die gebeure daarna - en veral sy beweerde poging om die roof te aborteer - is dus ook nie redelikerwys moontlik waar nie veral nie waar dit aanvanklik onlosmaaklik deel van sy verontskuldiging was.

Dit volg dat ek van oordeel is dat bevindings (b), (c) en (d) hierbo vermeld, aan die hand van die getuienis, geregverdig was en dat daar geen grond is waarop hierdie Hof met die skuldigbevinding kan inmeng nie en ek sou dus die appèl daarteen van die hand wys.

Aangesien hierdie 'n minderheidsuitspraak is, is
dit nie nodig om my sienswyse oor die vonnis uit te
spreek nie.



L T C HARMS
WAARNEMENDE APPÈLREGTER