NIE RAPPORTEER 103/93

Saaknommer 561/91

/al

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak van :

ROBERT MORABE APPELLANT

en

DIE STAAT RESPONDENT

CORAM : VAN HEERDEN, SMALBERGER ARR et KRIEGLER WND. AR

DATUM VAN VERHOOR : 20 AUGUSTUS 1993

DATUM VAN UITSPRAAK : 27 AUGUSTUS 1993

UITSPRAAK

KRIEGLER WND. AR/....

KRIEGLER WND. AR :

Die appellant kom in hoër beroep teen sy skuldigbevinding in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling op aanklagte van moord en die onwettige besit van vuurwapens en ammunisie. Dit behels dat hy laat, die aand van Sondag 17 September 1989 by 'n huis in Orlando-Wes, Johannesburg, 'n jong man genaamd Christopher Masangane ("die oorledene") doodgeskiet het en dat hy toe in besit was van 'n gelaaide pistool en rewolwer. Die appellant se verweer is uit die staanspoor in sy pleitverduideliking en 'n reeks meegaande erkennings duidelik aangestip: Die oorledene was die besitter van beide vuurwapens en is noodlottig verwond toe die appellant in noodweer met hom om besit daarvan worstel; daarna het die appellant toe die twee vuurwapens geneem vir oorhandiging aan die polisie.

Die Staatsaak, primêr gebaseer op die

getuienis van 'n enkelgetuie by name Ezekial Masenya, was daarenteen dat die appellant die besitter van die rewolwer was en dat hy daarmee die oorledene, wat kaalhand vir hom gestaan en kyk het, op 'n afstand van ongeveer een-en-'n-half meter platgeskiet het. Die verhoorhof het Masenya se weergawe aanvaar en dié van die appellant verwerp; vandaar die gewraakte skuldigbevindings.

Die skietvoorval het plaasgevind in die eetkamer van 'n mev. Winnie Dhlamini se huis, waar die appellant met mev. Dhlamini se dogter saamgewoon het. Vroeër die Sondagaand het die oorledene, 'n berugte bullebak in die buurt, 'n partytjie by die Dhlamini-woning ontwrig toe hy ongenooid opdaag en begin skoorsoek. Hy vloek van die vrouens, dreig van die mans met 'n pistool en skiet 'n paar skote. Die appellant probeer die oorledene kalmeer en die aggressie word op hom gefokus. Die appellant is verplig om te vlug

terwyl die oorledene op hom skiet. Toe die appellant 'n rukkie later terugkeer, skiet die oorledene weer op hom en die appellant jaag weer weg. Volgens die appellant en sy suster het hy verskrik by haar opgedaag en is hy met behulp van suikerwater en 'n paar drankies tot bedaring gebring.

Die noodlottige konfrontasie vind plaas toe die appellant etlike ure later na sy woonplek terugkeer. Die oorledene, wat na sy vroeëre molesmakery elders heen is, daag kort voor die appellant se aankoms weer by die Dhlamini-huis op en staan in die eetkamer met mev. Dhlamini en praat. Die huis se voordeur sit aan die straatkant en lei direk na 'n sitkamer; agter die sitkamer is die eetkamer, wat bereik word deur 'n opening in die tussenmuur. Met die appellant se aankoms was die oorledene links van die opening (buite sig vanaf die sitkamer) naby die tussenmuur. Die

appellant deurkruis die sitkamer, betree die eetkamer deur die deurgang en daarop begin die kritieke fase van die gebeure.

Volgens die getuie Masenya staan hy op daardie stadium met sy linkerskouer teen die linkermuur van die deurgang en die oorledene nagenoeg 'n meter verder links; die appellant stap deur die ingang en, terwyl hy en die oorledene op 'n afstand van sowat een-en-'n-half tot twee meter van aangesig tot aangesig staan, rig die appellant met 'n uitgestrekte regterarm 'n vuurwapen op die oorledene en trek 'n skoot af. Masenya getuig dat hy in alleryl onder die eetkamertafel invlug terwyl verdere skote val. Toe die skote klap, so het Masenya dit, was daar drie ander persone in die eetkamer, te wete mev. Dhlamini, haar stiefseun en ene Jabulani Mbatha. (Laasgenoemde het volgens Masenya dwarsdeur die gebeure met sy kop op die tafel sy roes sit en afslaap.) Hy kruip onder die

tafel uit toe die appellant kort daarna aankondig dat hy polisie toe gaan en uitstap. Mev. Dhlamini en haar stiefseun is toe skoonveld, Mbatha slaap rustig voort en die oorledene lê op sy rug in die deurgang met sy bolyf in die eetkamer. Later is vasgestel dat hy dood is.

Mev. Dhlamini se weergawe verskil in twee wesenlike opsigte van dié van Masenya. Ten eerste ontken sy dat óf Masenya, óf haar stiefseun óf syself ten tyde van die skietery in die eetkamer aanwesig was. Volgens haar het Masenya vertrek net toe die oorledene opdaag, was haar stiefseun in die kombuis doenig en het sy deur die kombuis uitgevlug toe sy die appellant sien instap. Ten tweede getuig sy dat die oorledene 'n vuurwapen uit sy sak gehaal het toe die appellant deur die sitkamer in aantog was.

Mbatha, weer, ontken dat hy dwarsdeur die gebeure bly slaap het. Volgens hom het hy wakker

geskrik (stellig as gevolg van die skote) en gesien hoe die appellant oor die oorledene buk waar laasgenoemde in die ingang lê en 'n vuurwapen verwyder van tussen sy lyf en die bokant van sy broek. Hy het egter kort na die gebeure 'n verklaring aan die polisie gemaak wat ernstige twyfel op sy betroubaarheid werp. Bowendien was Masenya se getuienis dat Mbatha nog steeds aan die slaap was toe hy (Masenya) onder die tafel uitkom ná die appellant se vertrek. Die verhoofhof het dan ook tereg weinig gewig aan Mbatha se getuienis geheg.

Die enigste ander getuie aangaande die noodlottige gebeure in die eetkamer was die appellant self. (Die stiefseun is nie as getuie geroep nie en 'n makker van die oorledene, wat ten tyde in die sitkamer sou gesit het, was oorlede.) Die appellant het in die getuiebank sy pleitverduideliking toegelig en, wat veral

belangrik is, probeer demonstreer hoe hy en die oorledene aan die stoei was toe die skote val. Die verhoorregter was kennelik nie daardeur beïndruk nie, soos hy reeds in die loop van die Staatsaak laat deurskemer het. Meer daaroor in samehang met fotografiese en deskundige getuienis, wat nou aan die orde kom.

Binne ure na die skietery het 'n polisiefotograaf twee kleurfoto's van die lyk op die toneel geneem (en later is nog vier by die lykhuis geneem). Die liggaam lê op sy rug in die deurgang, met die kop na die eetkamer; die bolyf is geklee in 'n swart of naas-swart T-hemp wat oor die voorkant van die bors opgeskuif is en twee wonde ontbloot. Op beide foto's, maar veral op die tweede, is daar voor die linkerskouer van die hemp 'n gaatjie en daarnaas 'n halfmaanvormige grys merk sigbaar. (Omdat die hemp opgeskuif is, kan geen verdere gate daarin bespeur word nie.) Sowat ses

weke later het die fotograaf 'n foto geneem waarop Masenya uitbeeld hoe hy, die oorledene en die appellant "stood at the time of the shooting incident". Dit klop met Masenya se beskrywing in die getuiebank.

Die aandag verskuif dan na die bevindings van twee deskundiges se ondersoeke. Dr. Cook, die geneesheer wat die geregtelike nadoodse ondersoek waargeneem het, vind drie skietwonde aan die borskas: (1) 'n Ingangswond aan die voorkant van die linkerskouer, skrams van links net bokant die armholte, wat dan inwendig afwaarts, mediaal en na agter deur die linkerlong, die hart, die regterlong en die lewer strek, waarnaby 'n koeëlpunt gevind word; (2) 'n ingangswond aan die borskas onderkant die linkerarm, wat afwaarts en na agter strek, deur die linkerlong, met 'n uitgangswond onder die linkerblad; (3) 'n ingangswond op die borsbeen, in lyn met die tepels, wat afwaarts, na

agter en na links strek, ook deur die linkerlong, met 'n uitgangswond in die linkeronderbors. Wond (1) was 'n doodskoot en die ander twee waarskynlik ook tensy geneeskundige hulp spoedig verleen sou gewees het. Welke uitwerking laasgenoemde twee wonde op die oorledene se liggaamskragte sou gehad het, is nie by die verhoor ondersoek nie.

Omtrent 'n jaar later verstrek dr. Cook, op versoek van die plaaslike prokureur-generaal, 'n bykomende verslag waarin hy die rigting van die koeëls aanstip en 'n mening uitspreek oor die afstand waarop hulle afgevuur was. Aangesien die wonde nie die kenmerke van kontak- of nabyskote getoon het nie, meen hy dat dit afstandskote moes gewees het. Hy voeg by dat mikroskopiese ondersoek van die hemp kruitreste mag toon, wat nuttig kon wees by die bepaling van die vuurafstand. By die verhoor het die geneesheer verduidelik dat tromp-op skietwonde gewoonlik gekenmerk word deur omringende

"tatoeërmerke" op die vel waar onvolledig verbrande kruitreste vasbrand. Omdat daar geen sodanige merke op die oorledene se vel waargeneem is nie, lei hy af dat die skote op 'n afstand van minstens 15 sentimeter afgevuur moes gewees het. Hy gee egter onder kruisondervraging toe dat die afwesigheid van kruitmerke op die vel te wyte kon wees aan versluiering ("masking") deur die oorledene se breistofhemp. Hy word egter nie gevra of die versluiering die algehele afwesigheid van tatoeërmerke kan verduidelik nie. In besonder word hy nie pertinent gevra of die voorkoms van die lyk versoenbaar is met kontak- of nabyskote deur die oorledene se hemp nie. Die opmerking in sy tweede verslag dat kruitreste op die hemp tersaaklik sou wees by 'n afstandsbepaling en sy getuienis dat 'n afleiding van die afwesigheid van tatoeërmerke absoluut afhanklik is van klerasie, dui egter daarop dat hy op stuk van sake geen

afstandsbevinding bloot op die skoon vel sou baseer nie.

Die tweede deskundige was kaptein De Waal, 'n polisieballistikus. Sy aanvanklike betrokkenheid by die saak het gegaan om identifikasie van die twee vuurwapens wat die appellant enkele dae na die skietvoorval by die polisie ingehandig het en 'n moontlike verband tussen enigeen daarvan met die beweerde moord. Sy bevindings was dat die koeëlpunt wat in die lyk gevind is uit die rewolwer gevuur is. Meer as 'n jaar later het hy as gevolg van 'n navraag deur die prokureur-generaal 'n tweede ondersoek gedoen. Hy het die post-mortem verslag en dr. Cook se opvolgverslag oorweeg asook die foto's van die lyk. Die oorledene se hemp is ook opgespoor maar was van geen nut nie aangesien dit intussen dikwels gedra en meermale gewas is. Grondliggend tot sy ondersoek was die twee kleurfoto's van die lyk wat die

polisiefotograaf op die toneel geneem het. Volgens die kaptein het die halfmaanvormige grys merk op die oorledene se donkerkleurige hemp (vlak langs 'n gat wat ooreenstem met die wond voor die linkerskouer) die voorkoms van 'n neerslag kruitreste, wat daarop dui dat die betrokke skoot op 'n afstand van 10 sentimeter of minder afgevuur kon gewees het. Hy is blykbaar nie gevra om in sy verslag 'n mening uit te spreek oor die afwesigheid van tatoeërmerke op die vel of die moontlike versluiering daarvan deur die hemp nie. Tydens sy getuienislewering is die onderwerp ook nie met hom opgeneem nie. Daar is wel met hom debat gevoer oor die afmetings, werking en hoedanighede van die rewolwer. Dit is 'n .38 Special met 'n kragtige patroonlading en 'n loop van 51½ millimeter, wat beteken dat daar aansienlike onverbrande kruit by die tromp en langs die silinder uitgeblaas word. Synde 'n rewolwer moet die sneller elke keer opnuut

getrek word om die silinder te draai en die hamer in werking te stel. 'n Hand (of hande) wat styf om die wapen geklem is, kan dus die afvuur van meer as een skoot verhoed of ten minste bemoeilik.

Beide deskundiges is ook in die getuiebank gevra om 'n mening uit te spreek oor die houdbaarheid van die appellant se beskrywing van die wyse waarop die oorledene die drie noodlottige wonde opgedoen het. Dr. Cook was aanvanklik geneig om die voorsittende regter se skeptisisme te deel. Na dit deeglik in behandeling geneem en 'n demonstrasie in die hof uitgevoer is, het hy egter toegegee dat al drie wonde tog in die loop van so 'n stoeiery opgedoen kon gewees het, maar dat dit in die geval van die skrams skoot in die skouer onwaarskynlik was. Oplaas gee hy egter toe dat ook daardie wond heel moontlik opgedoen kon gewees het op die wyse wat die appellant beskryf.

Toe De Waal getuig is die verenigbaarheid van

die wondrigtings met die appellant se weergawe in die eerste instansie deur die regter geopper. Terwyl die kruisondervraer met die vermeende kruitneerslag by wond 1 en die skietafstand besig is, verander die regter die onderwerp. Die betrokke passasie lui so:

> "Daar is iets anders waaroor ek verduideliking wil kry wat - ons sal ook van die dokter verduideliking kry, maar u is 'n man wat meer met vuurwapens werk, ek is seker, dan die dokter. Daardie vuurwapen kon nie in die hand van die oorledene gewees het nie? -- U edele, nee, nie direk nie behalwe - maar dit is 'n moeilike posisie. Ek weet nie of die persoon regs- of linkshandig was nie.
>
> Ja, maar as hy regshandig was, is dit onmoontlik? -- Nie in die normale posisie soos wat 'n mens met die wapen sal skiet nie. Ander dinge is moontlik, u edele, byvoorbeeld dit.
>
> 'n Bietjie gimnastiek? -- Ja, of dit, maar dit is nogal moeilik."

Wat die "dit" is wat die getuie gedemonstreer het, blyk nie uit die oorkonde nie maar dit is tog duidelik dat hy nie met die regter saamstem nie: hy meen die appellant se weergawe is "nogal

moeilik" maar wel moontlik. Die ander twee skote, meen die getuie, is ook moontlik mits die oorledene die rewolwer in sy regterhand gehad het - soos die appellant beweer het. Kapt. De Waal was trouens van mening dat Masenya se beskrywing van die jukstaposisie van die oorledene en die appellant ten tyde van die eerste skoot moeilik te versoen is met enigeen van die drie skote se rigting deur die borskas.

Dit blyk dus dat die twee deskundiges nie aan die hand van die wondrigtings die appellant se weergawe van skote in die loop van 'n worsteling uitgeskakel het nie. Word die uitspraak van die verhoorregter egter ontleed, is dit opvallend dat die verwerping van die appellant se weergawe hoofsaaklik berus op 'n bevinding dat wond 1 daarmee onbestaanbaar is. Die regter sê naamlik die volgende:

> "Those shots could not have been fired whilst this type of fighting, or grappling, took

place. The accused says clearly that at no stage did he try to twist the deceased's hand towards the deceased's own body. The description which he demonstrated three times in court, demonstrating on the interpreter and on the court orderly, according to him the deceased had the firearm in his right hand.

One wound for sure - and even other wounds - but one wound for sure could not possibly have been fired with the deceased's finger on the trigger and the handle of the firearm in the deceased's hand, and that is the wound on the left shoulder which came from the left towards the right; the wound described as wound No 1 in the post-mortem report, and marked as No 1 on photo 1 of Exhibit "C", which shows that a bullet had penetrated at a very flat angle, that it cut the skin, so to say, before penetrating under the skin, coming from the left to the right. It is not even on the shoulder, it is just below the shoulder and just above the armpit. That is impossible, and the medical evidence confirms it. That could not have happened."

In 'n daaropvolgende passasie word weer eens melding gemaak van die "impossibility of the infliction of the wounds as described by the accused".

Sodanige bevinding was nie deur die geneesheer bevestig nie en sien bowendien die ballistikus se

getuienis oor die hoof. Die eindbeslissing oor die houdbaarheid van die appellant se weergawe het natuurlik by die regter berus; dit het hom vrygestaan om, in weerwil van die deskundiges se menings, sy eie feitebevinding aangaande die appellant se weergawe van die stoeiery te maak. Dit is egter nie wat geskied het nie. Kapt De Waal se getuienis is nie oorweeg nie - al was dit dan bloot om dit te verwerp - en dr. Cook se toegewing van die anatomiese houdbaarheid van die appellant se weergawe is per incuriam omgekeer. Kennelik was dit 'n wesenlike wanvoorligting ten aansien van 'n kernaspek van die feite. Bygevolg is hierdie hof verplig om opnuut en vir sigself te beoordeel of die appellant se skuld bo redelike twyfel bewys is.

Die verhoorhof het weliswaar verskeie geloofwaardigheidsbevindings ten gunste van Masenya en ongunstig vir die appellant en sy getuies (sy

suster en mev. Dhlamini) gemaak. Geeneen van daardie bevindings is egter op hul voorkoms in die *getuiebank* gefundeer nie maar op die waarskynlikhede, waarby die vermeende onhoudbaarheid van die appellant se weergawe 'n sentrale rol gespeel het. Inderwaarheid is die ander getuienis van bloot perifere belang. Die essensiële en deurslaggewende vraag is of Masenya se weergawe buite redelike twyfel waar en dié van die appellant vals is, en by die beantwoording van daardie vraag is daar niks in die omringende getuienis wat, hetsy afsonderlik hetsy in samehang met ander oorwegings, deurslaggewend is nie.

So byvoorbeeld klink dit bra eienaardig as die appellant en mev. Dhlamini getuig dat die oorledene, waar hy gestaan het agter die tussenmuur, die pistool uitgehaal het toe die appellant buite sy sig die huis binnekom. Bowendien is mev. Dhlamini se getuienis

dienaangaande verdag aangesien sy dit nie in haar eerste polisieverklaring kort na die gebeure gemeld het nie maar eers in 'n verdere verklaring later dieselfde dag. Daar kan egter ook gevra word hoe die appellant kon geweet het dat die oorledene agter die muur staan toe hy die huis binnegaan; ook hoe waarskynlik dit is dat hy 'n berugte geweldenaar (onder wie se koeëls hy enkele ure tevore gevlug het) in die aanwesigheid van dié se makker sou gaan aandurf.

Op dergelike trant kan Masenya se betroubaarheid bevraagteken word. Hy het die Sondagmiddag en -aand deurgebring met drinkery by verskeie lokale in die buurt en moes noodwendig ten tyde van die skietery aansienlik daardeur aangetas gewees het; terselfdertyd is geeneen van die wondrigtings geredelik te versoen met sy beskrywing van die eerste skoot nie. Ook die grys merk langs die skouerskoot, wat vir kapt. De Waal gelyk het

soos 'n kruitneerslag, kan nie deurslaggewend wees nie. Dit kan alleen die appellant se weergawe steun as aanvaar word dat dit wel kruit is. Bowendien is daar geen getuienis oor die volgorde van die skote nie en kon skoot 1 tromp-op afgevuur gewees het ná die oorledene deur die ander twee (afstand-) skote neergevel was.

Die verhoorhof was dan heel tereg teruggewerp op die sentrale vraag of daar objektiewe getuienis was wat die appellant se relaas van die stoeiery loënstraf. En, om die reeds gemelde redes, meen ek dat sodanige getuienis nie deur die deskundiges verskaf of elders in die bewese feite of die waarskynlikhede te vinde is nie. Onwaarskynlik soos dit ongetwyfeld is, kan dit tog redelikerwys waar wees.

Die appél word bygevolg gehandhaaf en die skuldigbevindings en vonnisse word ter syde gestel.

J.C. KRIEGLER

WAARNEMENDE APPèLREGTER

VAN HEERDEN AR

SMALBERGER AR