

CASE NO. 361/91 and 369/91

/CCC

IN THE SUPREME COURT OF SOUTH AFRICA

(APPELLATE DIVISION)

In the matter between:

DAVID THABISO MARAISANA

FIRST APPELLANT

NELSON MPANANGA

SECOND APPELLANT

and

THE STATE

RESPONDENT

CORAM: NESTADT, EKSTEEN et VAN DEN HEEVER JJA

DATE HEARD: 27 AUGUST 1992

DATE DELIVERED: 11 SEPTEMBER 1992

J U D G M E N T

NESTADT, JA:

The circumstances in which the two crimes were committed are fully set out in the judgment of my Colleague. I am in agreement, for the reasons stated

by her, that the death sentence is the only proper sentence in respect of the first appellant's conviction for murder and that the appeal in this regard must therefore be dismissed.

However, in my opinion the appeal against the sentence of 20 years imprisonment in respect of the robbery count should succeed. The two offences are based on the same set of facts. In these circumstances, care has to be taken to avoid a duplication of punishment. This is achieved by "thinking away" the murder, ie the death of the victim when sentencing the accused for the robbery (see S vs Tloome 1992(3) SA 568(A) at 578 D). This is often a difficult exercise. What does "thinking away" the murder mean? There is authority that the violence used does not fall within the ambit of what must thus be ignored (see, for example, S vs Witbooi 1982(1) SA 30(A)). But is this

necessarily so? In S vs Mooi 1985(1) SA 625(A) at 631 I, JOUBERT JA (in a minority judgment) found that the accused's act of permanently incapacitating his victim (which was an element of the crime of murder) went beyond the bounds of robbery (which merely required that the victim be temporarily incapacitated). In a given case, therefore, where the murder was committed in order to facilitate the robbery, it may be that the violence used should, when considering an appropriate sentence for the robbery, also (to a greater or lesser extent) be thought away. It seems to me that this must be done in our case. The murder was committed with dolus directus and in order to enable the robbery to take place. The entire assault on the deceased was taken into account in assessing the appropriate sentence for the murder. It would be unjust to allow the sentence for the robbery in these circumstances to be determined

by these same facts. On this approach, I think the sentence should be interfered with on the grounds that it was unduly severe. In my view, a sentence of 12 years imprisonment would have been a proper sentence.

The following order is made:

- (1) The appeal against the death sentence is dismissed.
- (2) The appeal against the sentence of 20 years imprisonment for the robbery is allowed. This sentence is set aside. A sentence of 12 years imprisonment is substituted.

H H NESTADT, JA

EKSTEEN JA - CONCURS

Bib

139A/92

CG

SAAKNOMMER: 361/91 EN 369/91

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak van:

DAVID THABISO MARAISANA

EERSTE APPELLANT

NELSON MPANANGA

TWEEDE APPELLANT

en

DIE STAAT

RESPONDENT

CORAM: NESTADT, EKSTEEN et VAN DEN HEEVER ARR

AANGEHOOR: 27 AUGUSTUS 1992

GELEWER: 11 SEPTEMBER 1992

U I T S P R A A K

VAN DEN HEEVER AR

David Thabiso Maraisana en Nelson Mpananga is in die Oranje-Vrystaatse Rondgaande Plaaslike Afdeling op 14 Junie 1991 skuldig bevind aan roof met verswarende omstandighede, en aan moord. Ek verwys na hulle in wat volg soos by die verhoor: as beskuldigdes nr 1 en nr 2 onderskeidelik. Elk is gevonniss tot 20 jaar gevangenisstraf vir die roof, en die doodvonnis opgelê vir die moord.

Die verhoorhof het beide verlof verleen ooreenkomstig elkeen se aansoek om in hoër beroep te kom op die aanklag van roof: nr 1 slegs wat betref vonnis, en nr 2 ook ten aansien van sy skuldigbevinding.

Beskuldigde nr 2 is egter op 17 Julie vanjaar in die Pelonomi hospitaal oorlede. Sy appêl is derhalwe van die rol geskrap. Bespreking van die meriete is gevolglik onnodig. Oorledene is gedood in die loop van 'n rooftog. Die feite waarop die twee afsonderlike aanklagte berus, oorvleuel tot so 'n mate dat beskuldigde nr 1 se berusting in sy skuldigbevinding aan

roof onvermydelik ook berusting in sy skuldigbevinding aan moord inhou. Wat derhalwe voor ons is, is slegs die gepastheid van die vonnis aan nr 1 opgelê.

Beskuldigdes se slagoffer was mnr T D Motsepe.

Hy en sy vrou het gewoon in huis 866, Phomolong woongebied, Hennenman. Hulle was die eienaars van ondermeer 'n besigheid bekend as Phomolong Cash Store en 'n silwergrys Mercedes Benz motorvoertuig met registrasienommer OXH 8837.

Op Woensdag, 19 September 1990, in die laat namiddag het mev Motsepe die huis verlaat om na die winkel te gaan. Haar man het agtergebly en na TV gekyk. Toe sy terugkeer om ongeveer 20h15 vind sy die kombuisdeur oop en die huis donker. Sy het die ligte aangeskakel en haar man se lyk in die gang, die huis in wanorde, en sekere artikels vermis, gevind: onder andere 'n Beretta pistool, 'n tassie met banksakkies en geld, sekere kledingstukke, 'n handbyltjie wat gewoonlik in die bedkassie langs oorledene se bed gehou was. Die

Mercedes Benz voertuig was ook verwyder van die perseel.

In die huis was daar artikels wat nie aan die huismense behoort het nie: onder andere 'n bloedbesmeerde hamer, en 'n donkerrooi gestreepte wolmus wat langs oorledene in die gang op die vloer gelê het.

Toe die polisie ontbied is, is radioberigte versend met 'n beskrywing van die Mercedes wat gesteel is. Dit is ongeveer twee ure later waargeneem in Welkom en het, na 'n jaagtog, gebots teen die heining van 'n skool in die Thabong woongebied waar dit tot stilstand gekom het. Twee persone het daaruit gevlug. Een is gearresteer deur die polisie wat kort op die hake van die Mercedes was. Dit was beskuldigde nr 1. Die ander het weggekom. In die Mercedes was 'n paar artikels wat gekom het uit die Motsepes se woning, insluitende die handbyltjie, wat bloedbevlek en nog klam was.

Die volgende dag het beskuldigde nr 1 die polisie vrywillig geneem na die woning van beskuldigde nr 2 wat ook toe gearresteer is. Die klere wat nr 2 die

vorige dag aangehad het, was bevlek met bloed van dieselfde groep as oorledene s'n, soos beskuldigde nr 1 se sokkies van die vorige dag ook.

Volgens die mediese getuienis was die aanval op oorledene van so 'n aard dat daar nie sprake daarvan kan wees dat sy dood nie gewil is nie. Sy kop is verbrysel. Daar was frakture van die gesig onder die linker oogbank; van beide slape; agter die linker oor; aan die agterkop; en een wat geloop het van die linker ooghoek reg om die kop tot agter. Inagnemend dat 'n bebloede rondkop hamer in oorledene se huis gevind is, en oorledene se byltjie in die Mercedes gevind aan die vierhoekige stompkant daarvan ook bebloed was, is Dr Webber gevra vir sy mening aangaande wat waarskynlik gebruik is om die beserings wat hy gevind het te veroorsaak. Volgens hom, waarskynlik altwee hierdie implemente. Een fraktuur is nie deur die byl veroorsaak nie: in die onderliggende ronde fraktuur kon 'n albaster - of die kop van die hamer - inpas. Twee

laserasies is nie deur die hamer veroorsaak nie. Die ander beserings kon ewe goed met òf die een instrument òf die ander toegedien gewees het. Erge geweld is gebruik. Oorledene het baie gebloei en inderdaad in 'n groot plas bloed gelê soos aangetoon in die fotografiese bewysstukke. Van daardie hoeveelheid bloed lei Dr Webber af dat oorledene bewusteloos maar nie onmiddellik daar dood is as gevolg van die ernstige kopbeserings aan hom toegedien nie, waarin ook breinweefsel vernietig is.

Wat daar in die huis tussen beskuldigdes en oorledene gebeur het voor hulle hom so heftig aangeval het, weet ons nie. Albei het ontken dat hulle iets weet van of te doen gehad het met die dood van die oorledene. Uit die getuienis blyk slegs verder die volgende.

Beskuldigdes is vriende. Hulle het in die vroeë middag van 19 September, 'n Woensdag, bymekaargekom by beskuldigde nr 2 se woonplek, nl huis 1316 in Thabong, Welkom, waar hulle met mekaar gesels het - waaroor, weet

ons nie. Beskuldigde nr 1 is ongeveer 14h30 daar weg en nr 2 ongeveer 17h00, volgens beskuldigde nr 2 se vrymeisie Agnes Qesi. Die afstand tussen Welkom en Hennenman is ongeveer 45 km. Hoe die twee vanaf Welkom op Hennenman gekom het, weet ons nie. Daar was geen teken van inbraak om toegang tot oorledene se huis te kry nie. Die moontlikheid bestaan dat beskuldigdes 'n afspraak met hom gehad het, of voorgegee het dat hulle vorentoe met hom sou kontak maak, want nr 1 het die volgende oggend ondermeer 'n stukkie papier aan die polisie uitgewys waarop oorledene die nommer van sy telefoon tuis, dit is by nr 866 Phomolong, geskryf het. Die uitwysing was gedoen gedurende 'n vrywillige tog in die loop waarvan hy ook uitgewys het onder meer hoe om die oorledene se huis te bereik; waar die agterdeur is; die hamer, nog bebloed, op die wasbak; die betrokke stukkie papier; 'n drasak, die mus, drie kledingstukke van mev Motsepe buite die agterdeur, en voertuigspore. Hy het sonder twyfel dus die stukkie papier as

tersaaklik beskou, maar nie die hof in sy vertroue geneem oor waarom nie.

Oorledene, 'n groot sterk man, moes onkant gevang gewees het. Daar was geen tekens van enige struweling in die huis nie, hoewel 'n knoop van oorledene se trui op die sitkamervloer gevind is ongeveer twee en 'n half meter van waar hy self gelê het. Volgens foto's 4 en 5 van bewysstuk B is die middellyf van oorledene se broek met lyfband en al afgetrek (of slegs opgetrek) tot onder sy boudwange. 'n Mus soortgelyk aan een wat beskuldigde nr 1 soms gedra het, het langs hom gelê.

Volgens mev Motsepe was die linnekis in die sitkamer oopgebreek en oorledene se Beretta daaruit verwyder. In die slaapkamers is klere uit kaste gepluk en op die vloer gestrooi. Teruggegooide bedspreie laat vermoed dat onder matrasse ook gekyk is vir moontlik versteekte buit. In die kombuis was daar bloederige water in die sink en die vreemde hamer het daarlangs

gelê. Drie kledingstukke wat buite die agterdeur gevind is, was vroeër in mev Motsepe se hangkas. In die kleuterskooltassie wat uit die huis verwyder is en wat in die voertuig teruggevind is, was slegs ongeveer R24,00 aan kleingeld, en rolle plastiese banksakkies. Volgens mev Motsepe is die winkel se geldontvangste saans huistoe gebring, "maar die betrokke aand die geld wat ek saangebring het, het ek daar na my ma se huis toe geneem waar ek vir die nag gebly het". Dit moes gewees het, nadat sy haar eggenoot vermoor gevind het. Die beskuldigdes het te vroeg by oorledene gekom en so die ontvangste misgeloop. Dat hulle waarskynlik op soek was na geld blyk uit die wanorde in die huis, reeds beskryf, en die feit dat waardevolle artikels soos die TV stel agter gelaat is. Volgens die klagstaat is slegs die tassie met kontantgeld, banksakkies, 'n optelmasjientjie, twee damesbaadjies, 'n mansbaadjie, 'n handbyl met skede, skoene ('n onpaar, nogal), 'n rok, 'n onderhemp, die pistool en 'n verwarmer geneem, en dan

ook die voertuig.

Dit is onnodig om die beskuldigdes se leuenagtige getuienis te weergee en te ontleed. Niks wat nr 2 gesê het bevoordeel enigsins nr 1 nie, en nr 1 het geen lig gewerp op die gebeure in oorledene se huis nie: hy sê dat hy nie daar was nie en gearresteer is omdat hy maar toevallig in die nabyheid was van waar die gesteelde Mercedes tot stilstand gestamp het.

Beskuldigde nr 1 is in 1957 gebore en was dus 33 jaar oud toe hy geroof en gemoor het. Hy is ongeletterd, getroud volgens Sotho gewoontereg. Uit die verhouding is twee kinders gebore. Hy het nr 2 al 'n paar jaar geken. Hulle het vantevore vir 'n ruk saam op 'n plaas gebly. Hoewel hy geen formele opleiding gehad het nie, het hy 'n redelike bestaan gevoer met "los werkies", onder andere pleisterwerk, waarmee hy ongeveer R800,00 per maand verdien het. Hy het geen tersaaklike vorige veroordelings nie, maar ook geen weersin in wetsoortreding nie want hy vertel 'n verhaal as sou hy

die dag 'n vuurwapen wou aangekoop het, het hy maar die geld daarvoor gehad. Hierdie transaksie sou beskuldigde nr 2 gekaap het toe nr 1 by hom wou geld leen daarvoor.

Toe hy gearresteer is 'n paar uur na die moord, het konstabel Hamilton geen drank aan hom geruik nie. Dit word ook nie aan die hand gedoen dat drank enige rol gespeel het by beskuldigde nr 1 se pleeg van die misdade nie. Inderdaad weet ons, soos reeds genoem, geen besonderhede van wat in die huis gebeur het of waarom nie. Al wat ons weet, as feite of geregverdigde afleidings, is dat beskuldigdes wat die middag bymekaargekom het, oorledene as hulle teiken uitgesoek het omdat hulle 45 km afgelê het om by hom uit te kom, 'n wapen saamgeneem het, oorledene verras en oorrompel en sy kop daarmee en met 'n verdere wapen in die huis gevind vergruis het (moontlik toe hy uit die toilet gekom het, wat enkele tree is van waar sy lyk in die gang gelê het). Daarna het hulle vermoedelik geld gesoek maar moes tevrede wees met hoofsaaklik die

Beretta en die kar, die sleutels waarvan op 'n tafel in die huis gelê het.

Daar is niks wat daarop dui nie dat beskuldigdes se primêre plan was om die oorledene te beroof en hulle slegs die risiko aanvaar het dat hy dalk in die loop van die rooftog sou gedood word. Niks verduidelik die felheid van die aanranding op oorledene anders as moordlus nie.

Die faktore deur die verhoorhof as versagkend aangemerkt, is die volgende:

- "(1) Beskuldigde 1 is betreklik jonk, naamlik 34 jaar, het nie skoolgegaan nie en is ongeletterd en het geen kwalifikasies vir 'n vaste betrekking nie.
- (2) Hy is reeds vir ongeveer nege maande in aanhouding.
- (3) Hy is vir praktiese doeleindes 'n eerste oortreder."

Op ouderdom 33 toe die misdade gepleeg is, was hy volwasse, en daar is niks wat laat vermoed dat sy gebrek aan opleiding bygedra het tot die oortredings nie. Die tyd wat 'n veroordeelde verhoorafwagkend

aangehou is, sou dit buitensporig gewees het, kan in ag geneem word byvoorbeeld by bepaling van die lengte van gevangenisstraf waarop besluit word, maar raak nie die vraag of gevangenisstraf enigsins van pas is en of 'n veroordeelde met sy lewe moet boet vir gepleegde gruweldade nie. Die enigste werklike versagtende faktor, is dat nr 1 "vir praktiese doeleindes 'n eerste oortreder" is. Sy SAP 69 is nie voorgelê nie, wat nie 'n aanbevelenswaardige praktyk is nie waar, soos hier, hy volgens die oorkonde by die verhoor 'n vorige veroordeling erken het: wat die Staat egter aanvaar het nie relevant is nie.

Die verswarende faktore by die moord is voor die hand liggend. Oorledene is in sy eie woning grusame beserings toegedien waar hy vir praktiese doeleindes hulpeloos was teen twee gewapende aanvallers wat hom oorval het. Die aanval was 'n volgehoue, met *dolus directus* en erge geweld gepleeg, uit hoofde van die onedele motief om 'n beplande roof uit te voer, dus uit

hebsug. Die aanvallers was totaal ongevoelig teenoor hulle slagoffer, en bly ongevoelig omtrent sy lot, te oordeel na hulle optrede tydens en na die voorval en by die verhoor. Daarby kom ook dat dergelike voorvalle onrusbarend toeneem.

Ondanks nr 1 se gebrek aan vorige veroordelings tree gemeenskapsbelang in gevalle soos hierdie na vore, en is inderdaad die enigste gepaste straf op die tweede aanklag, die doodvonnis.

Die gevolg van hierdie bevinding maak dit in 'n geval soos die onderhawige moontlik akademies om te besin oor die vonnis vir die roof, behalwe insover as wat dit "uitdrukking gee aan die wetsgehoorsame gemeenskap se gevoel van verontwaardiging oor die daad".

[Hiemstra, SUID-AFRIKAANSE STRAFPROSES, 4de uitgawe, bl 586.]

Hoe om by 'n gepaste vonnis of vonnisse uit te kom vir meerdere skuldigbevindings, hang af van die besondere omstandighede van elke geval.

Wat algemeen nagestreef word is ondermeer dat die strafbepaler in sy soeke na 'n billike totaal,

1. die kumulatiewe effek van die vonnisse op die verskillende aanklagtes in ag moet neem;
2. moet keer dat 'n veroordeelde tweemaal gestraf word vir dieselfde daad (al sou hulle tweekeer in ag geneem word vir doeleindes van skuldigbevinding);
3. nie die indruk moet skep nie dat 'n ernstige oortreding nie by die hof 'n saak van erns is nie (vgl S v B 1985 (2) SA 120 (A) 125 A-B; HIEMSTRA, op. cit. bl 586; S v MORTEN 1991 (1) SASV 483 (A) 486e).

Waar die gepaste strafvorm vir verskeie aanklagte gevangenisstraf is, kan aldrie hierdie doelstellings bereik word deur die gerieflike fiksie van samelopende vonnisse. Fiksie, omdat die hof gelas dat die veroordeelde twee strawwe tegelykertyd moet ondergaan maar dit net so onmoontlik is om dit te

bewerkstellig dat iemand tegelykertyd twee gevangenisondervindings ondergaan as wat dit is dat hy tweemaal gedood word. Waar ons te doen het met strafvorme van uiteenlopende aard en een van hulle die doodstraf is, is riglyne neergelê aangaande welke fiksie dan ingespan kan word. S v MATHEBULA AND ANOTHER 1978 (2) SA 607 (A) was ook 'n geval waar dieselfde gebeure 'n moord en 'n roof daargestel het, en die verhoorhof die (destyds verpligte) doodstraf vir die moord en die (diskresionêre) doodvonnis vir die roof opgelê het. Op appèl is gesê te bl 613 D:

"... these crimes must, for purpose of conviction and punishment, be regarded as separate and distinct. Extreme care was therefore required in the exercise of the discretionary power to avoid any duplication of punishment in passing sentence on count 3" (d.i. die roofklag) "for otherwise it could result in the appellants being twice sentenced to death for precisely the same aggravating or non-extenuating circumstances."

En om by 'n gepaste vonnis vir die roof uit te kom is die feit dat 'n persoon tydens die betrokke roof

vermoor is, "weggedink" ten einde 'n verdubbeling van straf te vermy. Dié riglyne is sedertdien gevolg. Vgl byvoorbeeld S v WITBOOI 1982 (1) SA 30 (A); S v TLOOME 1992 (3) SA 568 (A), 578 A-G. Dit is voor die hand liggend dat, waar die doodstraf op een aanklag gelas word, dit ook maar tot 'n fiksie lei, egter met 'n ander inhoud as by samelopende vonnisse van gevangenisstraf: naamlik dat die veroordeelde beide nou gedood kan word én van nou af aan 'n aantal jare se gevangenisstraf kan ondergaan. Die doel van die bepaling van 'n straf wat die hof ooglopend nie verwag gaan uitgevoer word nie, kan slegs wees om 'n "waarde" te heg aan die betrokke wandaad - deur die verhoorhof, vir geval die skuldigbevinding op die ander aanklag op appèl of hersiening wegval, en deur hierdie hof ter bereiking van die derde van die drie desiderata hierbo uiteengesit. Daar kan geen sprake wees van nastreef van die ander twee genoemde oogmerke nie, ten aansien van strawwe wat tesame met die doodstraf gelas word.

Toepassing van die voorgestelde riglyne lewer erger probleme as gewoonlik op in 'n geval soos die onderhawige, omdat die geweld hier gebruik om die oorledene te dood presies dieselfde geweld is as wat toegepas is om hom sy besittings te kan ontnem. Indien daardie geweld uit een of ander van die aanklagtes "weggedink" moet word, kan dit lei tot 'n wanstaltige siening van wat die beskuldigde inderdaad aangevang het. Vgl S v S 1991 (2) SA 93 (A) 105I-106E. Om slegs die oorledene se dood uit die roofaanklag "weg te dink" is om te aanvaar wat nooit kon gebeur het nie: dat ondanks die verbryseling van sy kop, oorledene nie gesterf het nie maar bly voorbestaan het, egter noodwendig afhanklik van ander mense en van masjiene vir sy mees basiese behoeftes. En, logies gesproke, as die dood "weggedink" moet word uit die roof omdat dit geen komponent daarvan is nie, waarom nie die diefstal wat juis die onedele motief daarvoor was, uit die moord nie?

Die verhoorhof kon in sy bepaling van 'n straf

vir dié roof, slegs uiting gee aan die erns waarmee die reg die roof sou bejeën het was daar geen moordklag daarby gevoeg nie, of gevaar dat dit nog gebring sou word nie - soos die geval, byvoorbeeld, in S v SKENJANA 1985 (3) SA 51 (A) was. Dit is nie betoog dat die verhoorregter misgetas het in sy benadering tot dié vonnisbepaling nie, en dat hy nie geregtig was om al die geweld wat wel gebruik is in ag te neem nie. Hierdie hof is derhalwe slegs geregtig om te verskil van sy siening van die erns van die roof, indien dit so onredelik is "as to induce a sense of shock" (R v S 1958 (3) SA 102 (A) 104 B-C; of hy "did not reasonably exercise (his) discretion"; SKENJANA se saak, *supra*, te 55 E-F).

Ek meen nie dat die krag van die misnoeë waaraan die verhoorregter uiting gegee het deur bepaling van wat hy as 'n gepaste straf sou beskou vir die gepleegde roof, oordadig was nie; of dat 'n vonnis van 20 jaar skokkend sou gewees het indien appellant

aangekla gewees het slegs van roof. Ek sou die
appêl van die hand wys ten opsigte van die vonnisse op
beide aanklagte.

L. v. D. Heever

L VAN DEN HEEVER AR