31/97

DIE HOOGSTE HOF VAN APPèL VAN SUID-AFRIKA

Saaknommer: 390/96

In die saak tussen:

HEAVYSTONE LEBOPA Appellant

en

DIE STAAT Respondent

Coram: **F H GROSSKOPF OLIVIER *et* SCOTT ARR**

Verhoordatum: 20 Maart 1997

Leweringsdatum: 27 Maart 1997

UITSPRAAK

F H GROSSKOPF AR:

Die appellant was beskuldigde 2 tydens die verhoor in die streekhof vir die afdeling Suid-Transvaal. Sy jonger broer was beskuldigde 1 en ene Frans Mnguni was beskuldigde 3. Al drie is aan sowel moord as roof skuldig bevind en tot 10 jaar gevangenisstraf op elkeen van die aanklagte gevonnis. Beskuldigde 1 is ook aan die onwettige besit van 'n vuurwapen skuldig bevind.

Die appellant het na die Transvaalse Provinsiale Afdeling geappelleer teen sy skuldigbevinding aan moord en teen die twee vonnisse van 10 jaar elk wat hom opgelê is. Sy appèl is van die hand gewys en so ook sy aansoek om verlof om na hierdie hof te appelleer. Hy appelleer nou met die verlof van die Hoofregter, maar slegs teen sy skuldigbevinding aan moord.

Die appellant was een van 'n bende van vier. Dit is gemene saak dat hulle op 4 Februarie 1994 om ongeveer 18:00 na 'n sportterrein in

Actonville aan die Oos-Rand gegaan het met die oogmerk om te roof. Die groep het bestaan uit die appellant, sy twee mede-beskuldigdes en 'n vierde persoon ("die oorledene"). Hulle het 'n motor op die terrein onder bome sien staan en opgemerk dat daar mense in die motor was. Hulle het toe besluit om die insittendes te beroof. Dit is gemene saak dat die oorledene 'n gelaaide .22 pistool met twee patrone by hom gehad het terwyl beskuldigde 1 'n speelgoed rewolwer gehad het. Die appellant het goed geweet dat hulle hierdie wapens by hulle gehad het.

Kort voordat hulle by die motor aangekom het, is die wapens te voorskyn gehaal en omgeruil sodat beskuldigde 1 toe die gelaaide pistool gehou het en die oorledene die speelgoed rewolwer. Twee van die rowers het na die bestuurder se deur gegaan en twee na die passasiersdeur. Die twee insittendes is toe uit die voertuig gehaal. Dit was 'n man ("die klaer") en 'n vrou ("die klaagster"). Dit is gemene saak dat die klaer en die oorledene 'n ent van die motor af handgemeen geraak het. Volgens die klaer het hulle digby die motor gestoei, maar

volgens die beskuldigdes het die klaer 'n ent weggehardloop voordat die oorledene hom ingehaal het en hulle twee begin baklei het.

Dit is gemene saak dat die klaer die oorhand in die geveg begin kry het en dat beskuldigde 1 toe vir die oorledene gaan help het. Volgens die klaer was beskuldigde 1 baie aggressief en het hy hom drie keer met die pistool oor die kop geslaan sodat hy later elf hegsteke vir die beserings aan sy kop moes kry. Die klaer het daarna gehoor hoe beskuldigde 1 "in 'n harde stem ..... vir die ander drie jong mans gelas om weg te beweeg" van hulle af, waarop beskuldigde 1 bygevoeg het: "laat ek hierdie man skiet". Die klaer sê hy het twee skote gehoor waarna die oorledene geval het. Dit is nie in geskil nie dat die oorledene daar deur beskuldigde 1 doodgeskiet is. Beskuldigde 1 het toe die vuurwapen op die klaer gerig en hom gelas om te bly staan, maar die klaer het weggehardloop. Hierdie gebeure het volgens die klaer in helder daglig plaasgevind.

Dit blyk uit die getuienis dat beskuldigde 3 gedurende die

bakleiery en skietery vir die klaagster by die motor opgepas het. Die vraag is egter wat die appellant gedoen het terwyl die stoeiery tussen die klaer en die oorledene voortgeduur het, en toe die skietery plaasgevind het.

Die klaagster se getuienis omtrent die appellant se optrede en sy teenwoordigheid op die toneel verskil van dié van die ander getuies. Volgens die klaagster het die klaer nog voor sy geveg met die oorledene eers vir die appellant met die vuis geslaan. Dit het volgens haar tot gevolg gehad dat die appellant toe van die toneel weggehardloop het. Nóg die klaer nóg die appellant en die ander beskuldigdes steun hierdie weergawe van die klaagster. Die klaagster se verdere getuienis bevestig trouens dat die appellant na die skietery op die toneel moes gewees het, want toe beskuldigde 1 die appellant geroep het om hom te kom help om die oorledene te dra, het die appellant volgens die klaagster nader gestap. Selfs op die klaagster se getuienis het die appellant dus nie totaal van die toneel verdwyn nie.

Die klaer kon nie sê presies waar die appellant of beskuldigde 3 was toe beskuldigde 1 die skote afgevuur het nie. Die klaer verduidelik dat hy in ieder geval op daardie stadium baie geskok was. Die klaer het ook nie gesien wat die appellant kort voor die skietery gedoen het nie, maar volgens hom was die appellant "ook daar". Dit moet in gedagte gehou word dat die klaer in 'n geveg om lewe en dood betrokke was en dat hy nie verkwalik kan word as hy nie behoorlik gekyk het wat presies die ander rowers besig was om te doen nie.

Volgens beskuldigde 1 het hy die appellant en beskuldigde 3 by die klaagster gelos terwyl hyself die oorledene gaan help het. Hy bevestig die klaagster se getuienis dat hy na die skietery vir die appellant geroep het om hom te kom help om die oorledene te dra. Hy voeg by dat die appellant trouens eers gou geld by die klaagster gaan vat het voordat die appellant hom gehelp het om die oorledene weg te dra. Volgens die klaagster was dit beskuldigde 3 wat haar geld gevat het, en nie die appellant nie. Beskuldigde 3 beaam egter beskuldigde 1 se

weergawe dat dit die appellant was wat die klaagster se geld gaan vat het, en die appellant self bevestig dit ook.

Dit is egter van belang te kyk wat die appellant self omtrent sy optrede direk voor en na die skietery sê. Hy beweer nie dat hy op enige stadium die toneel verlaat het of dat hy homself van die gebeure gedistansieer het nie.

In die lig van al die getuienis kan daar na my oordeel nie bevind word dat die appellant hom op enige stadium aan die gebeure onttrek het nie. Die appellant erken trouens dat hy na die skietery die klaagster se geld gevat het en beskuldigde 1 gehelp het om die oorledene weg te dra. Hy het hom gevolglik met die voorafgaande optrede van beskuldigde 1 vereenselwig.

Die appellant se optrede voor en na die skietery is ook van belang vir sover dit lig mag werp op sy *mens rea*. Volgens **S v Shaik and Others** 1983(4) SA 57(A) op 62H moet daar in 'n geval soos hierdie bepaal word wat die appellant se geestesgesteldheid was toe hy hom

aanvanklik op die rooftog begewe het. Maar sy optrede na die voorval kan wel aanduidend wees van sy geestesgesteldheid voor die tyd. In **S v Petersen** 1989(3) SA 420 (A) is daar soos volg op 425E-F beslis:

> "Nou is dit so dat, in gevalle waar twee persone deelneem aan 'n roof, en die een van hulle in die loop van die aanranding die slagoffer dodelik verwond, en die ander daarna optree op 'n wyse wat daarop dui dat hy hom vereenselwig met wat gebeur het, sodanige latere optrede dikwels aangewend kan word as die grondslag van 'n afleiding dat hy die moontlikheid voorsien het dat die slagoffer gedood kon word en onverskillig daarteenoor gestaan het."

Dit blyk uit die appellant se eie getuienis dat hy gesien het hoe beskuldigde 1 die oorledene tydens sy geveg met die klaer probeer help het. Die appellant getuig verder dat hy 'n skoot gehoor het en gesien het hoe die oorledene op die grond val. Die appellant is ongelukkig gladnie uitgevra oor beskuldigde 1 se waarskuwing nie. Na my mening moet dit egter op grond van die klaer se geloofwaardige getuienis aanvaar word dat beskuldigde 1 wel so 'n waarskuwing gegee het. Die blyk nie dat die appellant te ver weg was om die waarskuwing te kon

hoor nie. Dit is ook onwaarskynlik dat beskuldigde 1 sy drie makkers sou gelas het om weg te beweeg as hulle reeds ver weg gestaan het. Dit volg myns insiens dat die appellant die waarskuwing moes gehoor het en dat hy dus daarvan bewus was dat beskuldigde 1 van voorneme was om die klaer te skiet. Nogtans het hy niks gedoen om beskuldigde 1 van sodanige optrede te laat afsien nie.

Volgens die appellant se getuienis het hulle die vuurwapen saamgevat net om moontlike slagoffers mee skrik te maak. Op sy weergawe moes beskuldigde 1 se verklaarde voorneme om die klaer dood te skiet dus as 'n groot skok gekom het. Hy sê dit egter nie, en sy optrede na die skietery weerspreek dit. Na my oordeel is die afleiding onvermydelik dat die appellant van die begin af besef het dat die vuurwapen saamgeneem word om enige weerstand van potensiële slagoffers die hoof te bied en dat daar geskiet sal word as dit enigsins nodig mag word.

'n Verdere afleiding wat myns insiens noodwendig volg is dat die

appellant voorsien het dat potensiële slagoffers moontlik self gewapen mag wees en dat daar dan 'n oor-en-weer-skietery kan plaasvind waarin enigiemand teenwoordig dodelik getref mag word. Die volgende brokkie getuienis van beskuldigde 3 is veelseggend:

> "Hoekom sou julle die vuurwapens saamvat? --- Edelagbare, in die lokasie, enige persoon het 'n vuurwapen besit."

Teen die agtergrond van die voorgaande feite en bevindings moet beoordeel word of die appellant aan moord skuldig is.

In **S v Daniëls en 'n Ander** 1983(3) SA 275(A) het **Botha AR** soos volg op 323E-F beslis:

> "Volgens my beskouing is die geldende regsposisie dat, waar een van die deelgenote tot 'n gemeenskaplike oogmerk die handeling verrig wat die dood van die oorledene veroorsaak, en daar by die ander deelgenote die nodige *mens rea* aanwesig is, die handeling van die een wat die dood veroorsaak, as 'n kwessie van regsbeleid, beskou word as die handeling van al die deelgenote".

(Vgl **S v Safatsa and Others** 1988(1) SA 868(A) op 900C-H.)

Na my mening staan dit vas dat die appellant 'n deelgenoot was tot 'n

gemeenskaplike oogmerk om te roof. Dit staan verder vas dat die dood van die oorledene veroorsaak is deur 'n ander deelgenoot, nl beskuldigde 1. Die enigste oorblywende vraag is of die appellant die nodige *mens rea* gehad het.

In **S v Malinga and Others** 1963(1) SA 692 (A) het **Holmes AR** die vereiste *mens rea* soos volg op 694F-H beskryf:

> "Now the liability of a *socius criminis* is not vicarious but is based upon his own *mens rea*. The test is whether he foresaw (not merely ought to have foreseen) the possibility that his *socius* would commit the act in question in the prosecution of their common purpose........
>
> In considering the issue of intention to kill, the test is whether the *socius* foresaw the possibility that the act in question in the prosecution of the common purpose would have fatal consequences, and was reckless whether death resulted or not. .....
>
> In both of the foregoing tests the foresight may of course be proved by inference; and remoteness of the possibility is relevant to the subjective question of foresight thereof."

Daar kan ook verwys word na die volgende bekende passasie in die uitspraak van **Holmes AR** in **S v Madlala** 1969(2) SA 637 (A) op

640F-H:

> "It is sometimes difficult to decide, when two accused are tried jointly on a charge of murder, whether the crime was committed by one or the other or both of them, or by neither. Generally, and leaving aside the position of an accessory after the fact, an accused may be convicted of murder if the killing was unlawful and there is proof -
>
> ....
>
> (c) that he was a party to a common purpose to commit some other crime, and he foresaw the possibility of one or both of them causing death to someone in the execution of the plan, yet he persisted, reckless of such fatal consequence, and it occurred; ....". (Ek beklemtoon.)

Dit is myns insiens nie te betwyfel nie dat die appellant op die feite van die onderhawige saak wel die moontlikheid voorsien het dat een van die bendelede in die uitvoering van die beplande rooftog 'n slagoffer kon doodskiet, maar dat die appellant nogtans volhard het en hom met die moontlike intrede van so 'n gevolg versoen het. Dit vraag is egter of die appellant ook die moontlikheid voorsien het dat een van die bendelede iemand anders, bv 'n mede-bendelid, kon doodskiet.

S v Nkombani and Another 1963(4) SA 877(A) is 'n geval waar die feite in baie opsigte met dié van die onderhawige ooreenstem. Die tweede appellant in daardie saak en 'n derde persoon het vuurwapens aan die eerste appellant en die oorledene voorsien om garages te gaan beroof. By die een garage het die eerste appellant en 'n werknemer by die garage in 'n worsteling betrokke geraak terwyl die eerste appellant 'n pistool in sy regterhand gehad het. Die oorledene het die eerste appellant gaan help. 'n Skoot uit die eerste appellant se pistool is afgevuur en die oorledene is in die kop getref en hy het neergeval. Die meerderheid van die hof het beslis dat beide appellante aan moord skuldig is. **Rumpff AR** het onder andere soos volg in daardie saak bevind:

> "As die getuienis as 'n geheel in die onderhawige saak beoordeel word, is dit m.i. wel bewys dat Hung [die tweede appellant] geweet het dat sy gewapende rowers in 'n desperate pistoolgeveg betrokke kon raak en dat in so 'n geveg nie alleen die polisie en onskuldige omstanders geskiet kon word nie maar ook dat die een rower die ander kon raakskiet. Hy het geweet dat van die

slagoffers hulle kon verset en dat beide rowers tesame in 'n worsteling met een of meer slagoffers betrokke kon raak waarby pistoolskote van die rowers enigeen betrokke by so 'n worsteling kon raakskiet." (891F-G.)

"Volgens die feite van die saak het Hung [die tweede appellant] vir sover dit die beoogde roofaanvalle op garages betref, op die betrokke aand, na my mening, 'n *dolus indeterminatus* gehad, in die sin dat hy die moontlikheid voorsien het dat enige persoon wat by 'n roofaanval betrokke sou wees of kon word, deur die pistole van die rowers gedood kon word en dat dit hom onverskillig was wie so gedood mog word." (892A.)

Holmes AR het saamgestem en onder andere soos volg op 896A-B beslis:

"In all the circumstances I come to the conclusion that the State proved beyond reasonable doubt that he [die tweede appellant] foresaw the possibility of a shooting affray in which one of the henchmen might be hit by a bullet fired by the other. In other words, as far as he was concerned, the shooting of the deceased can be regarded as an envisaged incident or episode in the crime to which he was a party."

'n Soortgelyke standpunt is ingeneem in **S v Nhlapo and Another** 1981(2) SA 744(A). In daardie saak het gewapende rowers geweet dat

hulle gewapende wagte gaan aanval. Deesdae is vuurwapens egter so vryelik bekombaar dat 'n rower insgelyks moet verwag dat sy slagoffer weerstand met 'n vuurwapen kan bied. In **Nhlapo** se saak het **Van Heerden Wnd AR** die posisie soos volg op 750H-751C gestel:

> "As stressed by the trial Court, the robbers knew that they would have to attack and overpower guards who were armed for the specific purpose of using their fire-arms to thwart any attempted robbery. It may be conceded that they hoped to overpower the guards without a shot being fired by the latter, but they must have known that the guards would endeavour to use their fire-arms when attacked. It follows that they must have known that their attack on the guards could lead to a gun battle during which anybody, be it a guard, one of the robbers or an innocent bystander, might be killed in the envisaged cross-fire. Consequently they also foresaw the possibility of one guard being killed by a shot fired in the direction of the robbers by another guard or, for that matter, a person such as a staff member of Makro witnessing the attack. In sum, the only possible inference, in the absence of any negativing explanation by the appellants, is that they planned and executed the robbery with *dolus indeterminatus* in the sense that they foresaw the possibility that anybody involved in the robbers' attack, or in the immediate vicinity of the scene, could be killed by cross-fire."

(Kyk ook in die algemeen **S v Mtshiza** 1970(3) SA 747(A), **S v Mavhungu** 1981(1) SA 56(A), Snyman Strafreg 3e uitgawe 204-209.)

Na my oordeel was die omstandighede in de onderhawige saak sodanig dat die afleiding onvermydelik is dat die appellant nie net die moontlike dood van 'n slagoffer voorsien het nie, maar die moontlikheid dat enigeen op die terrein dodelik getref mag word as daar 'n skietgeveg tussen die partye sou losbars. Die feit dat beskuldigde 1 sy mede-rowers gewaarsku het om opsy te staan toe hy die klaer wou skiet, toon myns insiens dat minstens hy op daardie stadium voorsien het dat hy een van sy makkers kon tref. Na my oordeel is dit 'n moontlikheid wat ook die appellant nie slegs moes voorsien het nie, maar inderdaad voorsien het. Sy bewering tot die teendeel in die loop van sy getuienis kan net nie waar wees nie.

Na my oordeel het die appellant dus met *dolus eventualis* in die sin van *dolus indeterminatus* gehandel en is hy skuldig aan moord.

Die appèl word van die hand gewys.

F H Grosskopf AR

Olivier AR

Scott AR Stem saam