Bib.

43/97

DIE HOOGSTE HOF VAN APPèL VAN SUID-AFRIKA

SAAKNOMMERS: 275/94
505/94

In die saak tussen:

P MENTO — **EERSTE APPELLANT**

M BARENDS — **TWEEDE APPELLANT**

en

DIE STAAT — **RESPONDENT**

CORAM: SMALBERGER, MARAIS *et* SCHUTZ ARR

VERHOORDATUM: 9 MEI 1997

LEWERINGSDATUM: 20 MEI 1997

UITSPRAAK

SMALBERGER AR . . .

SMALBERGER AR:

Die 83 jarige mev A M Dombrowsky ("die oorledene") was 'n beminde inwoner van Kleinmond. Gedurende die laat namiddag op 13 Oktober 1992 is sy by haar huis te 15de Laan 19, waar sy alleen gewoon het, op gruwelike en gewelddadige wyse aangerand en om die lewe gebring. Sy is 'n aansienlike aantal beserings toegedien, hoofsaaklik aan haar kop en bolyf. Daar is mettertyd bevind dat die oorsaak van haar dood 'n ingedrewe skedelfraktuur met breinskade was. Die aard en omvang van haar beserings was sodanig dat dit geen twyfel gelaat het nie dat haar aanvaller of aanvallers die direkte opset gehad het om haar te dood. Sover vasgestel kon word, is daar uit haar woning 'n goue polshorlosie, sekere toiletware en 'n bos sleutels geneem. Haar Volkswagen motor ("die voertuig") is ook uit haar motorhuis verwyder. Dit is later 'n entjie in die straat-af gevind, waar dit geabandoneer was. Die sleutels

van die voertuig was in die skakelaar. Dit het later geblyk dat die voertuig se battery pap was. Dit het verhoed dat die aangeskakel kon word. Op die agterste sitplek was 'n snoeiskêr waarop bloed was. Die verwyderde toiletware is ook in die voertuig gevind. In die oorledene se slaapkamer, waar sy dood aangetref is, is daar 'n bloedbevlekte broodmes gevind.

Voortspruitend uit die gebeure wat aanleiding gegee het tot die dood van die oorledene het die twee appellante in die destydse Kaapse Provinsiale Afdeling voor Horn Wnd R en twee assessore tereggestaan op aanklagte van, onder andere, roof met verswarende omstandighede (aanklag 2) en moord (aanklag 4). Albei het aanvanklik onskuldig gepleit, maar die eerste appellant het gedurende die verhoor sy pleit verander na een van skuldig aan die genoemde twee aanklagte. Na afloop van die verhoor is albei appellante skuldig bevind aan moord. Op die roofaanklag is die eerste appellant skuldig bevind aan roof (sonder verswarende omstandighede) ten opsigte van die polshorlosie,

die toiletware en die sleutels, en diefstal ten opsigte van die voertuig. Die tweede appellant is skuldig bevind alleenlik aan diefstal van die toiletware, sleutels en voertuig. Hulle is vrygespreek op die ander aanklagte hulle ten laste gelê. Albei appellante is die doodvonnis opgelê ten opsigte van die moord; wat die oorblywende skuldigbevinding betref, is die eerste appellant en die tweede appellant onderskeidelik tot 5 en 4½ jaar gevangenisstraf gevonnis. Die eerste appellant kom nou in hoër beroep alleenlik teen die doodvonnis hom opgelê; die tweede appellant appelleer (met verlof, sover dit nodig is) teen beide sy skuldigbevindings en die vonnisse wat daarmee gepaard gaan.

Ek behandel eerstens die tweede appellant se appèl teen sy skuldigbevindings. Die Staat se saak teen hom berus hoofsaaklik op omstandigheidsgetuienis. Hy self het nie getuienis afgelê nie. Sy verweer blyk uit 'n verklaring wat hy 'n dag na die betrokke voorval voor 'n landdros afgelê het. Aanvanklik was die toelaatbaarheid van die verklaring betwis, maar die

beswaar daarteen is later teruggetrek, en die verklaring is ingehandig as deel van die Staat se saak. Die verklaring lui soos volg:

"Gister so 11 vm het ek opgehou met werk. Ek loop toe dorp toe. Ek kry vir Pieter Mentoor. Ek het 'n half dosyn bier by my gehad. Pieter gee my toe R12 vir 'n bottel Honey Blossom en Lion bier. Ek het dit vir hom gaan koop. Ons gaan sit toe by die see. Ek het nie van die Honey Blossom gedrink nie. Jim Reeve, Sanien en nog 'n ou wat by Heuningklip bly was ook daar. Ek het vir hulle bier gegee. Hulle loop toe. Ek en Pieter Mentoor het oorgebly. Pieter sê hy het nie geld en is lus om te gaan inbreek. Hy loop toe. Ek het hom agtervolg. Ek sien hy staan by iemand met 'n bruin jas en rooi broek. Ek weet nie wie dit was nie. Ek het hom dopgehou so ± 20/50 meter weg. Ek sien hy gaan by die erf in. Ek hardloop toe nader. Ek hoor toe 'n fyn stemmetjie in die huis. Ek hoor glase breek. Ek het toe by die kamer venster gestaan. Die gordyn was toe. Ek gaan na die deur toe. Ek draai die knip oop. Ek gaan saggies in en loop saggies. Ek gaan die kamer in. Ek sien daar lê 'n vrou onder bloed. Toe ek wou omdraai druk hy iets in my rug en sê, 'staan of ek skiet jou vrek en sit jou hande op jou kop.' Hy sê ek moet saam stap. Hy sluit toe die voordeur met 'n sleutel wat hy by hom gehad het. Hy sê ek moet weer die kamer ingaan. Sy hand was nog steeds agter my. Hy het my broek los gemaak. Hy stoot my toe op haar. Ek lê toe oor haar onderlyf. Hy sê ek moet gou maak. Ek het nie gemeenskap gehad nie want die vrou was al dood en my piepie was pap. Hy sê toe ek moet die telefoon vas hou en die draad afsny. Hy het die mes vir gegee. Ek het toe die draad afgesny. Hy het die hele tyd agter

my gestaan en my gedwing. Ek was bang gewees. Hy sê toe ek moet soek na geld in die huis. Hy loop agter my aan. Ek het toe my broek nat gemaak omdat ek vol senuwees was. Hy het oorringe in sy hand gehad en nog iets in 'n sakkie. Ek luister toe ek hoor toe of dit klink dat daar iemand in die garage is. Hy het die kar se sleutels gehad. Ons gaan toe uit. Hy laat my voorloop. Hy sê ons moet die kar uit stoot. Ons stoot dit toe uit tot in die pad. Die kar wou nie start nie. Hy kyk toe onder die kar. Ek kry toe kans om weg te hardloop. Ek sien toe die polisie wa. Ek kry toe vir Sers Jackie. Ek vertel toe vir hom wat gebeur het. Hy het toe oor die radio gepraat. Hy het toe na Pieter gaan soek en hom gekry. Ek het niks aan die vrou gemaak of iets gevat nie. Pieter was alleen daar en hy het alles gedoen. Hy het ook geld, R10 note, uit die handsak uitgehaal en gevat.

Dit is al."

Die verklaring plaas die tweede appellant op die misdaadstoneel om en by die tyd toe die verskeie misdade gepleeg is. Sy teenwoordigheid aldaar word ook bevestig deur 'n formele erkenning wat hy gemaak het dat "namiddag, en voor ongeveer 17:30, op Dinsdag 13 Oktober 1992 was beskuldigde nommer 2 binne die huis te 15de Laan 19, Kleinmond, Kaap." Dit word verder bevestig deur die getuienis van die getuie Williams (waarna ek aanstons in meer detail

sal verwys) wie die twee appellante kort voor 17:00 in die straat by die oorledene se voertuig gesien het.

Luidens die verklaring ontken die tweede appellant dat hy deelgeneem het aan die aanranding op die oorledene. Sy verweer, soos in die verklaring geopenbaar, kom daarop neer dat sy optrede op die toneel onder dwang van die eerste appellant geskied het. Ofskoon die verontskuldigende gedeeltes van die verklaring in oorweging geneem moet word, volg dit nie dat hulle as redelik moontlik waar aanvaar moet word nie. Hulle moet teen die aanvaarde of bewese objektiewe feite en die algehele waarskynlikhede opgeweeg word ten einde te bepaal welke gewig (indien enige) aan hulle verleen kan word. Daarbenewens moet in gedagte gehou word dat "[t]he fact that the statements are not made on oath and were not subject to cross-examination detracts very much from the weight to be given to those portions of the statement favourable to its author as compared with the weight which would be given to them if he

had made them under oath." (*S v Ngcobo* 1992 (1) SASV 544 (A) op 546 j.)

Uit die tweede appellant se verklaring blyk dit dat hy en die eerste appellant vanaf 11-uur die oggend op vriendskaplike voet met mekaar verkeer het. Sy weergawe van hoe hulle later uiteen is en hy, eintlik vanweë nuuskierigheid, die eerste appellant op 'n afstand gevolg het tot in die oorledene se huis, is hoogs onwaarskynlik. Al sou daar argumentshalwe aanvaar word dat hulle nie saam na die oorledene se huis gegaan het nie (iets wat ernstig te betwyfel is), bestaan daar geen rede nie waarom, en is dit gevolglik onwaarskynlik dat, die eerste appellant skielik 'n aggressiewe houding teenoor die tweede appellant sou inneem en dreig om hom te skiet. (Wat dit betref, val dit terloops op dat geen vuurwapen óf in die aanranding gebruik is óf in die eerste appellant se besit gevind is nie.) Die tweede appellant se weergawe van wat daarna sou gebeur het, kom uiters vreemd voor en, in die konteks van sy blykbare vriendelike verhouding met die eerste appellant, ook inherent

onwaarskynlik. Uit die verklaring blyk dit ook dat daar geleentheid tot vroeër ontsnapping was indien die tweede appellant werklik onder dwang opgetree het en van die eerste appellant wou wegkom.

Maar dit is veral die getuienis van mnr Williams wat na my mening die tweede appellant se bewering van dwang die nekslag gee. Hy het gesien hoedat die tweede appellant die voertuig stoot terwyl die eerste appellant agter die stuur daarvan sit. Hy het hulle vir ongeveer vier of vyf minute dopgehou terwyl hy in hulle rigting aangestap het. Hulle het toe saam die aangrensende bosse in weggehardloop, in die rigting van die gholfbaan, vermoedelik toe hulle hom, of iemand anders in die omgewing, gewaar het. Ondanks 'n mate van verwarring op een tydstip aangaande sy uitkenning, het daar op die ou end geen twyfel by hom ontstaan nie dat dit wel die tweede appellant, wat hy goed geken het, was wat die voertuig gestoot het. Sy getuienis in dié opsig, wat myns insiens tereg deur die verhoorhof aanvaar is, word tot 'n mate bevestig deur die tweede

appellant se formele erkenning dat sy vingerafdrukke op die oorledene se voertuig gevind is.

Dit volg uit mnr Williams se getuienis dat die tweede appellant ruim geleentheid gehad het, indien sy bewering van dwang eg was, om hom uit die voete te maak terwyl die eerste appellant agter die voertuig se stuur was. Hy het egter nie van hierdie gulde geleentheid gebruik gemaak nie. Daarbenewens, toe die eerste appellant weghardloop, hardloop die tweede appellant saam met hom in dieselfde rigting, nouliks die gedrag van 'n persoon wat teen sy wil gedwing is om mee te doen aan onwettige optrede. Daar sou redelik van hom verwag kon word om óf op die toneel te bly, óf in 'n ander rigting as die van die eerste appellant te hardloop. Mnr Williams se waarnemings weerspreek ook die tweede appellant se bewering in sy verklaring dat hy die kans gekry het om weg te hardloop toe die eerste appellant onder die voertuig gekyk het.

Waar die tweede appellant in sy verklaring beweer "Ek kry toe vir Sers

Jackie. Ek vertel hom wat gebeur het", wek dit die indruk dat hy vir "Sers Jackie" op die eerste, beste geleentheid vertel het wat daar met hom gebeur het, soos verwag sou word van 'n onskuldige persoon wat 'n nare ervaring deurgemaak het. Dit was egter nie die geval nie. Volgens Sers Human (wie in die omgewing bekend staan as "Sers Jackie"), het hy na die aangifte van die misdaad in die rigting van Kleinmond gery op soek na verdagtes. Hy het die tweede appellant deur die veld sien aankom. Die tweede appellant het hom gewys om stil te hou. In die daaropvolgende gesprek het die tweede appellant hom meegedeel dat die persoon waarna hul soek Pieter Mento (die eerste appellant) is, en dat "sy hande vol bloed is en dat daar op sy tekkies se voorpunte ook bloed is". Die tweede appellant het "dood kalm voorgekom". Hy het op daardie tydstip geen melding gemaak van die feit dat hy op die toneel was en dat hy gedwing is om aan sekere van die gebeure aldaar mee te doen nie. Dit was eers omtrent 'n uur na die arrestasie van die eerste appellant (nog

dieselfde aand), toe hy die tweede appellant weer teëgekom het, dat laasgenoemde aan hom vir die eerste keer gesê het dat "hy was by die moordtoneel betrokke gewees" en dat "Pieter Mento hom gedwing het om saam met hom die daad te doen" (wat ook nie heeltemal ooreenstemmend is met die tweede appellant se verklaring nie as aanvaar is dat "die daad" waarna die tweede appellant verwys het die moord op die oorledene was). Die getuienis van Sers Human is geensins betwis nie.

Na my mening kan daar in die omstandighede, en veral by ontstentenis van die herhaling onder eed van wat in die verklaring staan, en die toetsing daarvan onder kruisondervraging, geen waarde geheg word aan die verontskuldigende gedeeltes van die tweede appellant se verklaring nie.

Om terug te keer na die onbetwiste of bewese objektiewe feite, die waarskynlikhede wat daaruit voortvloei en die afleidings wat hulle regverdig. Soos reeds gemeld, het die twee appellante vanaf ongeveer 11:00 die betrokke

dag gesellig met mekaar verkeer en saam 'n hoeveelheid sterk drank gedrink. Die misdade is kort voor 17:00 gepleeg. Albei appellante was om en by daardie tyd in die oorledene se huis teenwoordig. Dit is waarskynlik dat hulle saam soontoe is met dieselfde doel voor oë. Daar was niemand anders daar nie, net hulle en die oorledene. Volgens die mediese getuienis was twee verskillende wapens gebruik in die aanval op die oorledene, 'n snoeiskêr en 'n mes, wat albei later gevind is, beide bebloed, die een in die voertuig en die ander in die huis. Dit is *prima facie* aanduidend daarvan dat die oorledene deur meer as een persoon aangeval is. Terwyl dit moontlik is dat een persoon van meer as een wapen gebruik kon gemaak het, dui twee wapens eerder op twee aanvallers. Die tweede appellant het aktief deelgeneem in die verwydering van die oorledene se voertuig na haar dood. Sy latere optrede kom, op die oog af, minstens op vereenselwiging met die voorafgaande gebeure neer. Daarbenewens het die tweede appellant 'n verontskuldigende verklaring gemaak wat in wesenlike

opsigte vals is. Hy het ook versuim, ondanks 'n sterk *prima facie* saak teen hom aanduidend van skuld, om getuienis af te lê.

In die omstandighede, en gesien die gebeure wat plaasgevind het, is die enigste redelike afleiding dat die twee appellante saam na die huis van die oorledene gegaan het. Hulle kon redelikerwys haar aanwesigheid by die huis te wagte gewees het. Hulle opset was klaarblyklik om haar te beroof. In die loop van die rooftog is die oorledene ernstig aangerand en doodgemaak. Hulle moes noodwendig voorsien het dat sy moontlik weerstand sou bied, in welke geval geweld gebruik sou moes word om haar weerstand te bowe te kom. Afgesien hiervan, was beide appellante goed bekend aan die oorledene. Die afleiding is feitlik onafwendbaar dat die appellante die gevaar van latere uitkenning deur haar besef het en haar doodgemaak het om dit te voorkom. Om welke rede ookal sy om die lewe gebring is, is die enigste redelike afleiding dat haar dood deur beide appellante voorsien was, waarskynlik toe hulle haar huis

binnegegaan het om haar te beroof, maar beslis op die laatste toe sy op die wyse reeds beskryf, aangerand is. In daardie omstandighede maak dit regtens geen verskil of haar dood daadwerklik veroorsaak is deur een of albei die appellante nie. In iedere geval sou albei aan moord skuldig wees.

Omdat die roof plaasgevind het ter uitvoering van 'n gemeenskaplike opset om te roof behoort die tweede appellant, soos in die geval van die eerste appellant, skuldig bevind te gewees het aan roof ten opsigte van die toiletware en sleutels, asook die polshorlosie, en nie net diefstal nie. Waar, soos in die onderhawige geval, 'n appèlhof oortuig is dat, weens óf 'n verkeerde feitebevinding óf 'n regsdwaling, die verhoorhof 'n appellant skuldig bevind het aan 'n minder ernstige misdaad as die waaraan hy, ingevolge die akte van beskuldiging, skuldig bevind behoort te gewees het, het die appèlhof die bevoegdheid om in te gryp en die skuldigbevinding dienooreenkomstig te verander (*S v E* 1979(3) SA 973 (A) op 977 D). Gevolglik behoort die tweede

appellant op aanklag 2 skuldig bevind te gewees het aan roof van die reeds genoemde artikels.

Soos aanstons sal blyk, moet die doodvonnis tersyde gestel word, en sal die aangeleentheid terugverwys moet word na die verhoorhof om die appellante opnuut te vonnis op die moordaanklag. Die vraag ontstaan of dit ook aangewese is om in die geval van die tweede appellant terugverwysing te gelas vir vonnis op die roofaanklag. Die eerste appellant is op daardie aanklag 5 jaar gevangenisstraf opgelê. Na my mening, wat die roof betref, het die twee appellante min of meer 'n gelyke aandeel daaraan gehad, en behoort hulle, sover dit vonnis aangaan, oor dieselfde kam geskeer te word. Gevolglik behoort die tweede appellant dieselfde vonnis as die eerste appellant opgelê te word, en bestaan daar geen oortuigende rede waarom die nodige regstelling nie deur hierdie Hof gedoen kan word nie.

Dit bring my by die doodvonnisse. Hulle is opgelê voordat die Grondwet

van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 in werking getree het. Sedertdien het die Konstitusionele Hof in *S v Makwanyane and Another* 1995(3) SA 391 (KH) op 453A-D beslis dat vanaf die datum van die bevel in daardie saak die doodvonnis nie 'n geldige vonnis is nie en dat reeds opgelegde doodvonnisse nie voltrek mag word nie. Gevolglik moet die opgelegde doodvonnisse tersyde gestel word en met 'n bevoegde ander vonnis vervang word. Na my mening sou hierdie 'n gepaste geval wees vir terugverwysing van die saak na die verhoorhof vir die heroplegging van vonnis op die moordaanklag.

Die volgende bevel word uitgereik:

(a) Die tweede appellant se appèl teen sy skuldigbevinding op aanklag 4 (moord) word afgewys;

(b) Die tweede appellant se skuldigbevinding op aanklag 2 (roof) van diefstal van toiletware en 'n bos sleutels word verander na een van roof

van 'n polshorlosie, toiletware en 'n bos sleutels. Sy appèl teen sy skuldigbevinding op daardie aanklag word andersins afgewys;

(c) Die tweede appellant se vonnis op aanklag 2 word verander na 5 jaar gevangenisstraf;

(d) Die eerste en tweede appellante se appèlle teen die doodvonnis elk van hulle opgelê op aanklag 4 word gehandhaaf en hulle onderskeie doodvonnisse word tersyde gestel;

(e) Die saak word na die verhoorhof terugverwys vir die heroplegging van vonnis op eerste en tweede appellante op aanklag 4.

J W SMALBERGER
APPèLREGTER

MARAIS, AR)
SCHUTZ, AR) Stem saam