SAFLII Note: Certain personal/private details of parties or witnesses have been redacted from this document in compliance with the law and SAFLII Policy

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(Noord-Kaapse Afdeling, Kimberley)

Verslagwaardig:	JA / NEE
Sirkuleer Aan Regters:	JA / NEE
Sirkuleer aan Streeklandroste	JA / NEE
Sirkuleer Aan Landdroste:	JA / NEE

Saakno: / Case number: **CA & R 142/2014**
Datum verhoor: / Date heard: **11 / 05 / 2015**
Datum gelewer: / Date delivered: **12/06/2015**

In die appèl van:

WILLEM SWARTS Appellant

en

DIE STAAT Respondent

Coram: Olivier, R *et* Erasmus WnR

UITSPRAAK OP APPÈL

Erasmus, WnR

[1] Die appellant het in die Streekhof te De Aar tereg gestaan op 'n aanklag van verkragting, gelees met die bepalings van artikel 51, 52 en 53 van Wet 105 van 1997. Hy is

skuldig bevind daaraan dat hy op 2 Junie 2007 en te of naby Gladiolastraat, Sunrise, De Aar, binne die streekafdeling Noord-Kaap, wederregtelik en opsetlik vleeslike gemeenskap gehad het met ‘n 9-jarige meisie sonder haar toestemming deurdat hy sy penis in haar vagina gedruk het. Die Landdros het bevind dat hier geen dwingende en wesenlike omstandighede teenwoordig is wat ‘n mindere vonnis as die minimum vonnis van lewenslange gevangenisstraf regverdig nie. Gevolglik is die appellant dienooreenkomstig gevonnis tot lewenslange gevangenisstraf in terme van artikel 51(1) van Wet 105 van 1997, gelees met die bepalings van Deel 1 van Bylae 2 van gemelde Wet.

[2] Die appellant het geappelleer teen sy skuldigbevinding, sowel as die vonnis wat hom opgelê is.

[3] Die appellant het tydens die verhoor onskuldig gepleit en ontken dat hy die klaagster verkrag of probeer verkrag het. In sy pleitverduideliking het die appellant aangevoer dat hy op die spesifieke dag, gedurende die oggend in Maleikamp gaan dobbel het en bier gedrink het. Hy is daarna omstreeks 14:00 daardie middag na sy meisie se huis waar hy sokker gekyk het en later aan die slaap geraak het. Omstreeks 18:00 die aand is hy en sy meisie na sy ouerhuis waar hulle gaan slaap het. Hy voer aan dat hy daardie dag geen kontak met die klaagster gehad het nie.

[4] Die verhoorlanddros het die appellant se alibi verwerp en bevind dat die appellant inderdaad op die betrokke dag by die klaagster se ouerhuis en sy eie ouerhuis was.

[5] Mnr. Nel het namens die appellant aangevoer dat die Hof *a quo* verskeie mistastings in die evaluering van die getuienis begaan het. In kort kom sy betoog daarop neer dat daar nie voldoende ag geslaan is op die weersprekings tussen die staatsgetuies nie. Daar is verder aangevoer dat die Hof fouteer het deur nie te bevind die appellant se weergawe redelik moontlik waar is nie, veral in die lig van die daarvan dat dit gestaaf is deur sy vriendin.

[6] Ek handel eerstens met die getuienis wat aangebied is ten aansien van die appellant se alibi.

6.1 Die klaagster het getuienis deur middel van ‘n tussenganger afgelê. Haar getuienis ten opsigte van die identiteit van die appellant was dat die appellant op 2 Junie 2007 by haar ouers se woning aangekom het. Hy was in besit van ‘n bottel bier. Die appellant het op ‘n stadium vir haar en haar vriendin, K., gestuur om lewerkoekies te koop wat hulle toe ook gedoen het. Hulle is klaarblyklik op ‘n latere stadium weer gestuur en met hul terugkeer is hulle gevra om die kos by sy ouerhuis te gaan afgee. By die appellant se ouerhuis was beide sy ouers teenwoordig,

maar slegs sy moeder was nog wakker. Kort nadat die klaagster en Kyla die huis verlaat, het die appellant haar aan haar hand gegryp en in die huis in getrek. K. was buite en het na die klaagster se ouerhuis teruggekeer. Binne die huis van die appellant se ouers het hy appellant die klaagster beveel om op 'n vaal kombers te gaan lê waarop hy haar geklap het en daarna haar broek en damesbroekie afgetrek het. Die klaagster het 'n beskrywing gegee van wat die appellant sou gedoen het.

6.2 Die weergawe van die klaagster dat sy op die betrokke dag wel kontak met die appellant gehad het, word gestaaf deur verskeie getuies.

6.1.1 Griet Swarts, die appellant se niggie, het bevestig dat sy oorkant die moeder van die klaagster gebly het. Sy het op die betrokke dag die appellant by die klaagster se moeder se huis opgemerk met 'n bierbottel in sy hand.

6.1.2 B. B., die moeder van die klaagster, het ook bevestig dat die appellant op die betrokke dag ongeveer 16:00 die middag by hulle woning aangekom het. Sy het ook bevestig dat hy 'n bier in sy hand gehad het. Die appellant het 'n wyle by hulle vertoef, bier gedrink en sokker gekyk. Sy staaf ook die klaagster dat die

appellant op ‘n stadium vir die klaagster en K. geld gegee het om brood en lewerkoekies te koop en hulle na sy ouerhuis gestuur het. Sy bevestig ook dat die appellant kort daarna hul woning verlaat het.

6.2.3 Ook die moeder van die appellant, Francina Swarts, bevestig dat die klaagster en K. op die betrokke dag by haar woonhuis aangekom het en dat die appellant kort daarna ook na die woonhuis toe gekom het. Sy voer aan dat die appellant se meisie glad nie op die betrokke dag daar was nie.

[7] Die appellant se weergawe kom daarop neer dat alle persone wat hom op die betrokke dag gesien het by die ouerhuis van die klaagster en later by sy eie ouerhuis in die teenwoordigheid van die klaagster, leuens vertel. Hy het in sy getuienis die weergawe herhaal, soos uiteengesit in sy pleitverduideliking, alhoewel hierdie weergawe nie pertinent aan die staatsgetuies gestel is nie. Hy het ook sy vriendin geroep as getuie om hierdie weergawe van hom te poog bevestig te kry. Die appellant en sy vriendin het mekaar in wesenlike opsigte weerspreek, nie net oor waar hulle was die betrokke dag nie, maar ook wat hulle op die gegewe tye sou gedoen het. Al waaroor die appellant en sy vriendin presies ooreengestem het in hul getuienis, is die basiese weergawe van die appellant dat

hy 14:00 die middag by haar huis arriveer het, dat die appellant op die bank geslaap het, dat hulle 16:00 daardie middag weg is na die appellant se ouerhuis en dat hulle saam geslaap het die betrokke aand in die appellant se huis. Oor die fynere detail het hulle mekaar in wesenlike opsigte weerspreek.

[8] Dit is geykte reg dat 'n Hof van Appèl nie ligtelik sal inmeng met die feitebevindings van 'n Verhoorhof nie en dit slegs omver sal werp as die Hof van Appèl oortuig is dat dit verkeerd is.[1]

[9] Tydens betoog moes mnr. Nel toegee dat die getuienis wat deur die Staat aangebied is onteenseglik toon dat die appellant wel die betrokke middag by die klaagster se ouerhuis was en later in klaagster se geselskap in sy eie ouerhuis was. Indien dit so is, kan die appellant se weergawe nie redelik moontlik waar wees nie.

[10] Ek is tevrede dat die verhoorlanddros geen mistastings begaan het in die evaluering van die getuienis met betrekking tot die geskil of die appellant wel op die betrokke dag in die teenwoordighied van die klaagster was nie. Sy het die toets wat toegepas moet word by die

[1] *R v Dhlumayo and Another* 1948(2) SA 677 (A) op 705 -706; *Alfred Mnisi v S* (531/12) [2012] ZASCA 41 (28 March 2013)

beoordeling van ‘n verweer van ‘n alibi[2] korrek toe en was korrek om die appellant se alibi te verwerp.

[11] In die alternatief het mnr. Nel ook namens die appellant aangevoer dat die Hof *a quo* fouteer het deur te bevind dat die staat penetrasie bewys het. Hy het betoog dat die appellant hoogstens aan poging tot verkragting skuldig bevind moes gewees het. Hy voer aan dat die klaagster se getuienis in hierdie verband vaag was en dat sy haarself ook weerspreek het ten aansien van die feit of penetrasie wel plaasgevind het. Mnr. Nel het ook betoog dat die getuienis van die deskundige wat deur die Staat geroep is, dr. Torres, nie bewys bo redelike twyfel daarstel dat penetrasie, soos wat regtens vereis word, plaasgevind het nie.

[12] Die getuienis ten aansien van die penetrasie is die volgende:

12.1 Volgens die klaagster was haar privaatdele na die voorval seer en het gebrand. In haar getuienis in hoof het die klaagster eers getuig ‘*toe druk hy sy onderliggaam in my onderliggaam en toe kan hy nie ingaan nie, want toe is hy pap*’. Sy het later getuig dat die appellant sy ‘*tottermannetjie in my onderlyf in*’ gedruk het en ‘*sy tollie in my onderliggaam*’ ingedruk het. Die ‘*tollie*’ was ‘*tussen pap en styf*’. Die

[2] *S v Van Eck en ‘n Ander* 1996(1) SASV 130 (A) op 134I – 135D; *S v Liebenberg* 2005(2) SASV 335 (HHA) par [14] – [15]

appellant '*het hom so ingeskuif, maar toe kan hy nie ingaan nie*' en '*hy het net in die helfte ingegaan*'. Nog later het sy getuig '*hy het hom ingedruk*'... '*hy het hom ingebeur maar toe kan hy in ni*e' en '*Hy het net die helfte ingegaan*'. Sy het ook getuig dat die appellant '*in- en uitbewegings met sy onderlyf gemaak*' het. Op 'n vraag van die aanklaer oor hoe haar vagina gevoel het die dag na die voorval, het die klaagster geantwoord dat sy nog nog niks gevoel het nie. Later het sy gevoel dit brand '*buitekant en so 'n stukkie aan die binnekant*'. Dit het gebrand as sy geurineer het. Dit het mettertyd erger gebrand. Wat die mediese ondersoek betref, het die klaagster getuig dat die dokter sy pinkie in haar vagina gedruk het, maar dat dit nie kon ingaan nie.

12.2 Tydens kruisondervraging het sy herhaal dat die appellant '*sy tollie net halfpad*' ingedruk het en dat dit net een keer gebeur het.

12.3 Volgens die moeder van die klaagster het die klaagster gehuil toe sy na die voorval by die huis aankom. Toe sy haar vra hoekom sy huil, het die klaagster gesê dat die appellant haar geklap het. Ongeveer vier dae na die voorval het die moeder agtergekom dat die klaagster snaaks loop. Sy het die klaagster gekonfronteer en gevra wat verkeerd is, waarop die klaagster geantwoord het dat haar urine

brand. Die moeder het later besluit om die klaagster na die polisie te neem. Daarna is hulle na ‘n dokter toe waar die klaagster aan die dokter vertel het dat die appellant met haar “*gepeuter*” het. Volgens haar moeder het die klaagster vir haar gesê dat die appellant ‘*bo-op haar gelê het*’ en later ‘*toe is hy besig om sy geslagsdele onder haar in te druk*’. Op verdere vrae van die aanklaer het die moeder gesê het dat klaagster gesê het dat die appellant ‘*sy voëltjie*’ in haar ‘*koekie in*’ gedruk het. Sy sou ook dan vir die geneesheer vertel het dat die appellant sy penis in haar vagina ingedruk het nadat hy haar klere uitgetrek het.

12.4 Die mediese ondersoek van die klaagster het plaasgevind op 10 Junie 2007. Dr. Torres se bevindinge is aangeteken in die regsgeneeskundige verslag wat ingehandig is as ‘n bewysstuk. Hieruit blyk dit dat hy het geen eksterne beserings aan die klaagster waargeneem nie en dit was ‘n normale fisiese ondersoek. Tydens die ginekologiese ondersoek het hy rooiheid waargeneem en ‘n etterige afskeiding. Die himen van die klaagster is beskryf as normaal. Daar was geen skeure of kneusing aangeteken nie. Sy kliniese bevinding was een dat die klaagster ‘*sexually abused*’. Hy het ook genotuleer ‘*Not full penetration done*’.

12.5 Die geneesheer het ook mondelinge getuienis afgelê. Die aanklaer het hom gevra na die rede vir die rooiheid in die perineum- en vulva-areas, waarop hy dit toegeskryf het aan die infeksie. Benewens die rooiheid het die geneesheer 'n afskeiding gevind wat hy geassosieer het met penetrasie. Dr. Torres se getuienis was dat hierdie siekte, wat hy gediagnoseer het as gonorree, slegs opgedoen word met seksuele voorspel, seksuele aanranding of penetrasie van die penis. Toe hy pertinent deur die aanklaer gevra is of dit slegs met seksuele omgang opgedoen kan word, het hy geantwoord '*by sexual intercourse or sexual foreplay, you know with the penis and the vulva and the vagina, that's all.'* Die siekte kon slegs oorgedra gewees het met 'n penis. Die aanklaer het gepoog om die onderskeid tussen penetrasie uit mediese- en regsoogpunt aan die geneesheer voor te hou deur aan hom te stel '… *it is enough for legal penetration if the penis goes in or beyond, against, against or in the vagina*'. Waarop die geneesheer geantwoord het '*Okay and then I take it as a legal penetration*'. Hy voeg egter by '*My point here was there was no – the fully penetrated, complete the penis inside the vagina. This is the menaing of my – there was no fully penetrate, okay.*'. Die aanklaer het daarop vir hom gevra '*Some part of the penis…*' waarop hy geantwoord het '*yes*'.

[13] Die Hof *a quo* bevind dat daar rooiheid in die perinium- en vulva areas was en dat dr. Torres se getuienis was dat die seksueel oordragbare siekte slegs voorkom met penetrasie van die penis van ‘n man en dat die dokter se afleiding was dat daar klinies wel tekens seksuele molestering was, alhoewel penetrasie nie diep was nie. Die Verhoorlanddros bevind dan dat die Staat bo redelike twyfel verkragting bewys het.

[14] Dit is geykte reg dat die Staat elke element van ‘n misdryf bo redelike twyfel moet bewys. Die blote feit dat ‘n beskuldigde se weergawe vals is, beteken nie noodwendig dat hy skuldig bevind behoort te word nie.[3]

[15] Alhoewel die geneesheer wat die klaagster ondersoek het geroep is om te getuig, dra sy getuienis nie werklik by tot die beantwoording van die vraag of hier regtens penetrasie was nie. Op die stadium toe die misdaad gepleeg is, was die bepalings van Wet 32 van 2007 nog nie in werking nie en gevolglik is die gemeenregtelike definisie van verkragting ter sake in hierdie saak.[4] Die definisie van penetrasie was, vir doeleindes van verkragting, penetrasie van die vagina deur ‘n penis.[5] Dit is algemeen aanvaar as penetrasie verby die groot skaamlippe.

---

[3] *S v MM* 2012 (2) SACR 18 (SCA) par [18]

[4] *S and Antoher v Acting Regional Magistrate, Boksburg, and Another* 2011(1) SASV 274 (CC); *Uithaler v S* 2015 (1) SACR 174 (WCC)

[5] *S v Masiya* 2007 (2) SACR 435 (CC) par [25]

[16] In hierdie geval is wel bo redelike bewys dat die penis van die appellant in kontak met die privaatdeel van die klaagster was. Daar bestaan egter twyfel oor watter deel van haar privaatdeel dit was. Daar is geen beskrywing op rekord ten aansien van die mediese terme soos perinium en vulva nie, wat hierdie areas is en waar dit geleë is nie. Dít, in samehang met die klaagster se getuienis, soos hierbo na verwys, laat ruimte vir twyfel. Die voordeel van enige die twyfel in hierdie verband moet die appellant toekom.[6] Gevolglik behoort die appèl teen die skuldigbevinding aan verkragting te slaag en vervang te word met ‘n skuldigbevinding aan die bevoegde uitspraak van poging tot verkragting.[7]

[17] Die verhoorlanddros het die verswarende en versagtende faktore by vonnisoplegging in ag geneem en, op die veronderstelling dat die appellant skuldig was aan verkragting, hom gevonnis tot lewenslange gevangenisstraf in terme van die bepalings van Wet 105 van 1997.

[18] In die lig daarvan dat daar met die skuldigbevinding ingemeng is, staan dit hierdie hof vry om opnuut vonnis te oorweeg. Die Wet op Minimum Vonnisse[8] vind nie toepassing nie waar ‘n beskuldigde skuldig bevind is aan poging tot verkragting nie. Dit is egter insiggewend om

[6] *S v MM* supra par [22] – [23]
[7] Artikel 261 van Wet 51 van 1977
[8] Wet 105 van 1997

daarop te let dat in terme van artikel 51(2)(b) gelees met Deel 3 van Skedule 2 van gemelde Wet ‘n minimum vonnis van 10 jaar voorgeskryf word ‘n eerste oortreder, 15 jaar vir ‘n tweede oortreder 20 jaar vir ‘n derde of verdere oortreder wat skuldig bevind word aan aanranding met die opset om ernstig te beseer op ‘n kind onder die ouderdom van 16 jaar. Dit is aanduidend van die erns waarmee die Wetgewer misdade teenoor kinders beskou.

[19] Seksuele misdrywe gepleeg teenoor vrouens en kinders word in ‘n besondere ernstige lig gesien. In *F v Minister of Safety and Security*[9] het Mogoeng R soos volg opgemerk:

> “*The threat of sexual violence to women is indeed as pernicious as sexual violence itself. It is said to go to the very core of the subordination of women in society. It entrenches patriarchy as it imperils the freedom and self determination of women. It is deeply sad and unacceptable that few of our women or girls dare to venture into public spaces alone, especially when it is dark and deserted. If official crime statistics are anything to go by, incidents of sexual violence against women occur with alarming regularity. This is so despite the fact that our Constitution, national legislation, formations of civil society and communities across our country have all set their faces firmly against this horrendous invasion and indignity imposed on our women and girl-children*”.

[20] Die appellant het ‘n lang lys vorige veroordelings wat strek vanaf 1992 tot 2001, toe hy in September 2001 tot 6 jaar gevangenisstraf gevonnis is. Dit moet gesien word teen die agtergrond dat die misdryf waaraan hy nou skuldig bevind is reeds gepleeg is in 2007. Die appellant het in total 17 vorige veroordelings. In sy guns moet egter in

[9] 2012 (3) BCLR 244 (CC) op par [56]

aanmerking geneem word dat slegs 3 hiervan vir geweldsmisdrywe was. Ook is die laaste hiervan in 1992 en is hy slegs berispe en ontslaan.

[21] Daar word ook in die guns van die appellant in ag geneem dat hy tydens die pleging van hierdie misdryf sterk onder die invloed van drank was.

[22] Indien die persoonlike omstandighede van die appellant opgeweeg word teen die erns van die misdaad en die gemeenskapsbelang, is ek van oordeel dat 'n vonnis van 12 jaar gevangenisstraf gepas sal wees in die omstandighede.

EK MAAK DIE VOLGENDE BEVEL:

1 DIE APPèL TEEN DIE SKULDIGBEVINDING EN VONNIS SLAAG.

2 DIE BEVEL VAN DIE STREEKLANDDROS, DE AAR, WORD TERSYDE GESTEL EN VERVANG MET DIE VOLGENDE:

'DIE BESKULDIGDE WORD SKULDIG BEVIND AAN DIE MISDAAD VAN POGING TOT VERKRAGTING EN GEVONNIS TOT 12 (TWAAF) JAAR GEVANGENISSTRAF.'

____

SL ERASMUS, WnR

Ek stem saam.

____

CJ OLIVIER, R

Vir die Appellant:	Adv. V.Z. Nel (iov Regshulpraad)
Vir die Respondent:	Adv. K.M. Kgatwe (iov Die DOV)