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

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA

(Noord-Kaapse Afdeling / Northern Cape Division)

Saakno: / Case number:	**CA&R 226/03**
Datum verhoor: / Date heard:	**26/01/2004**
Datum gelewer: / Date delivered:	**30/01/2004**

In die saak van:

DE KOCK, HENZEN WILSNACH

teen

DIE STAAT

Coram: Lacock R et Williams R

UITSPRAAK op APPÉL

LACOCK R:

1] Die appellant is in die Streekhof, Upington, skuldig bevind aan twee aanklagtes, te wete onsedelike aanranding deurdat hy op 10 Maart 2001 en te Marchand, Kakamas, wederregtelik en opsetlik anale gemeenskap met ene Gilbert Lusithi gevoer het; en aanranding deurdat hy na bewering op dieselfde datum en plek hierbo vermeld, gemelde Lusithi wederregtelik en opsetlik aangerand het deur hom met 'n plastiese pyp te slaan.

Op die eerste aanklag is die appellant gevonnis tot agt jaar

gevangenisstraf, en op die tweede aanklag tot twee jaar gevangenisstraf. Die Verhoorhof het gelas dat die twee vonnisse gelyktydig uitgedien word.

[1.1]Die appellant appelleer nou teen die skuldigbevinding op die eerste aanklag van onsedelike aanranding en teen die vonnisse hom opgelÍ op beide aanklagtes.

2] Die Staatsaak soos ontplooi in die Verhoorhof, kan kortliks as volg saamgevat word:

[2.1]Die appellant het op ‘n plaas in die area bekend as Marchand, Kakamas, gewoon. Die klaer, mnr Lusithi (Lusithi) was as arbeider in diens van die appellant.

[2.2]Op die tersaaklike Saterdag van 10 Maart 2001 het Lusithi by die opstal van die appellant gewerk waar hy onder andere gehelp het met die sif van sand vir bouwerke wat aldaar onderweg was. Gedurende die verloop van die oggend het die appellant ‘n groot hoeveelheid drank aan Lusithi gegee om te drink: tot so ‘n mate dat laasgenoemde nie verder kon werk nie en na sy woonplek in ’n kampong wou terugkeer. Die appellant het hom egter oorreed om op die grasperk van sy woning te lÍ. Dit het Lusithi dan ook gedoen.

[2.3]Op ‘n stadium het die appellant Lusithi wakker gemaak en hom versoek om hom te help om ‘n beton menger

aan ‘n trekker te haak. Hy is toe saam met die appellant na ‘n nabygeleë stoor, waar die appellant hom agter die nek gegryp en gelas het om sy broek uit te trek. Nadat Lusithi sy broek uitgetrek het, het die appellant hom met geweld vooroor oor ‘n rosyntjiekrat gedruk en anaal seksueel met hom verkeer. Die appellant is toe daar weg.

[2.4] Na die voormelde gebeure en terwyl Lusithi nog kaal op die vloer van die stoor gelÍ het, het die appellant en mnr Mohlai, ook ‘n werknemer van die appellant, by die stoor gekom, en het die appellant aan mnr Mohlai gesÍ hy moet kyk hoe lyk ‘n man wat sÍ hy word nie dronk nie. Mnr Mohlai het Lusithi gesien lÍ op die vloer van die stoor en dat hy kaal was. Hy het aan hom gesÍ om sy klere aan te trek. Mnr Mohlai was onder die indruk dat Lusithi in ‘n dronkmanslaap verkeer het.

[2.5] Later gedurende die dag het die appellant Lusithi na ‘n motorhuis geneem. Die appellant het Lusithi daarvan beskuldig dat hy goedere sou gesteel het en het die appellant en twee ander werkers, ene Thys en sy vrou Maria, hom aldaar aangerand. Lusithi het weer aan die slaap geraak na die aanranding en eers wakker geskrik toe hy deur ‘n polisiebeampte wakker gemaak en na die polisiestasie geneem is.

[2.6] Lusithi is die volgende dag, 11 Maart 2001, deur 'n plaaslike geneesheer ondersoek. Hy het verskeie kneus- en skuurwonde op die liggaam van Lusithi gevind, en ook twee skeurtjies van ongeveer 1.5cm lank in die anus van Lusithi. Daar was ook droë bloed om die anus teenwoordig. Volgens die geneesheer, dr Meyer, kon die beserings in die anus van Lusithi veroorsaak gewees het deur die onsedelike aanranding soos beskryf deur Lusithi.

3] Na sluiting van die Staatsaak het ene dr Wagner, 'n regsgeneeskundige patoloog, namens die verdediging getuig. Hy het nie Lusithi na die beweerde aanrandings ondersoek nie, en het sy deskundige menings gegrond op die regsgeneeskundige verslag van dr Meyer sowel as die getuienis van die staatsgetuies.

Dr Wagner het die mening uitgespreek dat, indien anale gemeenskap met Lusithi gevoer is soos deur hom getuig, hy sou verwag het dat die persoon heelwat sou bloei, en dat dr Meyer 'n duidelike swelling in die anus sou waarneem. Voorts was hy van mening dat dit onwaarskynlik is dat die appellant Lusithi sou penetreer terwyl laasgenoemde in 'n gebukkende posisie oor 'n rosyntjiekrat gestaan het met sy voete op die grond. Dr Wagner kon egter nie die moontlikheid dat anale gemeenskap wel met Lusithi gevoer is, uitskakel nie.

[3.1]Die verdedingingsaak is gesluit sonder dat die appellant getuig het.

4] Adv Galloway het namens die appellant voor ons aangevoer dat die Landdros verkeerdelik bevind het dat die Staat die skuld van die appellant bo redelike twyfel op die eerste aanklag bewys het.

5] In die eerste plek het adv Galloway aangevoer dat Lusithi 'n ongeloofwaardige getuie was wie se getuienis as leuenagtig deur die Landdros verwerp moes gewees het.

[5.1]Myns insiens kan nie gesÍ word dat Lusithi 'n model- of selfs 'n bevredigende getuie in alle opsigte was nie. Die kritiek teen sy getuienis soos aangevoer, is nie sonder meriete nie. Hy het duidelik in sy getuienis die aard en die erns van die aanranding op hom in die motorhuis deur die appellant, Thys en Maria oordryf en dit meer ernstig probeer voorhou as wat dit in werklikheid was. Dit kom my ook voor dat Lusithi die omvang van die anale bloeding wat hy ondervind het en die graad van pyn en ongemak wat hy beleef het na die onsedelike aanranding, oordryf en as meer ernstig en pynlik aan die Hof probeer voorhou het as wat dit werklik was.

[5.2]Benewens die voorgaande is dit ook so dat, soos aan ons voorgehou, die getuienis van Lusithi in 'n veeltal opsigte verskil van die getuienis van mnr Mohlai. As

voorbeelde kan die volgende vermeld word: Lusithi het getuig dat, nadat die appellant hom onsedelik aangerand het, het die appellant hom in die stoor toegesluit; terwyl Mohlai getuig dat die deur van die stoor oop was toe die appellant Lusithi aan hom gaan wys het. Lusithi het beweer dat Mohlai hom gelas het om sy klere aan te trek; terwyl Mohlai beweer dat hy nie met hom gepraat het nie. Lusithi het getuig dat die appellant en Mohlai saam vanaf die stoor weggestap het; terwyl Mohlai getuig dat hy alleen geloop het en die appellant met 'n trekker (vanaf die stoor) gery het.

[5.3]Voorts het adv Galloway aangevoer dat die getuienis van Lusithi nie strook met die waarskynlikhede nie.

[5.3.1] Lusithi het getuig dat, toe hy deur die polisie vanaf die plaas van die appellant weggeneem is, hy die polisie meegedeel het dat die appellant hom onsedelik aangerand het. Indien dit so was – aldus die argument – sou die polisie waarskynlik toegesien het dat Lusithi dieselfde aand nog by 'n geneesheer uitkom. (Dit is gemeesaak dat Lusithi eers die volgende dag deur 'n geneesheer ondersoek is.) Dus, so argumenteer mnr Galloway, praat Lusithi leuens as hy sÍ dat hy reeds met sy arrestasie die polisie meegedeel het dat hy onsedelik aangerand was.

[5.3.2]Uit 'n sogenaamde sel inspeksieverslag wat by die Hof as 'n bewysstuk ingehandig is, blyk dit dat Lusithi geen klagtes die Saterdagaand na sy arrestasie en terwyl hy in 'n sel by die polisiestasie aangehou was, gehad het nie. Volgens die register is hy eers die volgende oggend na die hospitaal geneem. Vervolgens – aldus die argument – dui die waarskynlikhede daarop dat Lusithi nie die Saterdag van 10 Maart 2001 onsedelik aangerand was nie, maar – indien hoegenaamd – eers terwyl hy in aanhouding was en na die laaste sel besoek op die Saterdagaand.

[5.3.3]Ook voer adv Galloway aan dat, indien Lusithi onsedelik aangerand was op die wyse soos hy beweer, sou hy aansienlik gebloei het, en sou Mohlai, die Polisie en dr Meyer op waarskynlikhede die bloeding moes waargeneem het. Omdat Mohlai geen bloeding by Lusithi gesien het waar hy op die vloer van die stoor gelÍ het nie, en omdat dr Meyer geen bloeding waargeneem het aan die onderbroek van Lusithi nie, volg dit – aldus adv Galloway – dat Lusithi nie onsedelik aangerand was soos hy beweer nie.

[5.3.4] Laastens betoog adv Galloway dat, op sterkte van die getuienis van dr Wagner waarna hierbo verwys is, Lusithi op waarskynlikhede nie onsedelik aangerand was nie.

6] In die tweede plek het adv Galloway aangevoer dat die versuim aan die kant van die Staat om óf Thys óf Maria óf die bouer (wat volgens Lusithi aanwesig was toe hy die polisie meegedeel het dat hy onsedelik aangerand was) óf enige polisiebeampte wat met die saak gemoeid was, te roep om te getuig, die afleiding regverdig dat hierdie getuies nie die weergawe van Lusithi kan staaf nie, en dat dit aanduidend daarvan is dat Lusithi nie die waarheid gepraat het nie.

7] Ek is van mening dat die lotgevalle van hierdie appél afhanklik is van die antwoord op die vraag naamlik of die Staat *prima facie* die skuld van die appellant bewys het tot die mate dat bevind kan word dat daardie bewys as afdoende bo redelike twyfel aangemerk kan word weens die versuim van die appellant om te getuig en te antwoord op daardie getuienis.

Die toets hieraangaande is as volg formuleer in **S v Mthetwa 1972 (3) SA 766 (A) te 769 D**:

> "Where, however, there is direct prima facie evidence implicating the accused in the commission of the offence, his failure to give evidence, whatever his reason may be for such failure, in general

> ipso facto tends to strengthen the State case, because there is then nothing to gainsay it, and therefore less reason for doubting its credibility or reliability”,

en is steeds die geldende reg. (Sien **S v Brown 1996 (2) SASV 49 (NK) te 61 f** en **S v Chabalala 2003 (1) SASV 134 (HHA) te 142 d tot f**)

8] Wat vervolgens beslis moet word is of die Staat ‘n *prima facie* saak teen die appellant bewys het.

[8.1] Schmidt omskryf die begrip *“prima facie bewys”* as volg in sy werk, *“Bewysreg”* (Vierde uitgawe):

> “Daar word onderskei tussen ‘prima facie’ en ‘afdoende’ of konklusiewe bewys. Eersgenoemde veronderstel die moontlikheid dat dit wat nou (prima facie – by die eerste aanskouing) as bewese geag word, later nie meer so geag sal word nie. As die huidige posisie gehandhaaf word, is die betrokke feit bewese maar die moontlikheid van verdere getuienis wat tot ‘n ander konklusie sou lei, word voorsien.” (p 2).

In die regspraak is die begrip *“prima facie bewys”* as volg formuleer:

> “If the party, on whom lies the burden of proof, goes as far as he reasonably can in producing evidence and that evidence ‘calls for an answer’ then, in such case, he has produced prima facie proof, and, in the absence of an answer from the other side it becomes conclusive proof and he completely discharges his onus of proof.” (Ex parte Minister of Justice: In re **R v Jacobson and Levy, 1931 AD 466 te 479**)

> en, *“ ‘Prima facie evidence’ in its customary sense is not merely ‘some evidence’. It must be of such a character that if unanswered it would justify men*

> *of ordinary reason and fairness in affirming the question which the party upon whom the onus lies is bound to maintain.*

… what can be categorized as prima facie evidence must be such as 'calls for an answer'. What is decisive is not the fact that there was no, or no acceptable, answer: it is the fact that what called for an answer was in the circumstances so cogent that, if unanswered, it would amount to 'sufficient proof' ". (**R v Mantell, 1959 (1) SA 771 (K) te 775 H en 776 A tot B**)

[8.2] Kan daar bevind word dat die getuienis *in casu* deur die Staat aangebied sodanig oortuigend was dat dit 'n antwoord van die appellant geverg het? Ek meen die antwoord hierop is bevestigend, en wel op grond van die redes wat hieronder volg.

[8.3] In die eerste plek meen ek dat die Landdros korrek die getuienis soos aangebied holisties oorweeg het. Dat dit die korrekte benadering is, spreek vanself. Sien **S v Chabalala** (supra) **te 139 i tot j**.

[8.4] Hoewel, soos hierbo aangemerk, die getuienis van Lusithi nie bo kritiek verhewe is nie, meen ek nie dat dit so gebrekkig is dat dit in die geheel as ongeloofwaardig verwerp kan word nie. As in gedagte gehou word dat Lusithi diep onder die invloed van sterk drank was tydens die tersaaklike gebeure en waarskynlik vir die res van daardie aand nog besope was, verbaas dit my allermins dat sy getuienis oor gebeure soos of die stoor se deur gesluit of oop was en of die appellant saam met Mohlai gestap het of nie, verskil van dié van ander

getuies. Die aspekte waarop Lusithi van Mohlai verskil is in iedere geval nie wesenlik van aard nie.

[8.5] Die feit dat Lusithi die aard van die aanranding op hom en die gevolge van die onsedelike aanranding oordryf het, kan myns insiens nie die afleiding regverdig dat hy opsetlik leuens hieraangaande vertel het nie. Hy het hierdie gebeure beleef in 'n beskonke toestand, en is dit menslik gesproke moontlik dat hy dit in sy besope toestand as meer ernstig beleef het as wat dit, *ex post facto* en met die hulp van mediese getuienis gesien, in werklikheid was.

[8.6] Dat Mohlai nie bloed aan die liggaam van Lusithi opgemerk het waar hy op die vloer van die stoor gelÍ het, is nie noodwendig aanduidend daarvan dat daar nie bloed aan die anus van Lusithi was nie. Soos adv De Nysschen tereg betoog het, was Mohlai uitgenooi om te gaan kyk hoe lyk 'n man wat sÍ hy word nie dronk nie, en was daar niks wat hom bedag daarop sou maak om op te let na bloed by die anus of elders op die liggaam van Lusithi nie. Trouens, hy het duidelik verwag om 'n dronk persoon te sien en was hy dan ook onder die indruk dat Lusithi in 'n dronkmanslaap verkeer het.

[8.7] Die sogenaamde waarskynlikhede waarop adv Galloway steun, regverdig eweneens nie die afleiding dat Lusithi leuens vertel het nie. Ek het reeds gehandel

met die getuienis van Mohlai.

Die aantekeninge in die sel register staan onverduidelik. Indien egter in ag geneem word dat Lusithi getuig het dat hy wel die Saterdag nadat hy die polisie meegedeel het van die onsedelike aanranding op hom, na die hospitaal geneem is, maar omdat daar nie ‘n geneesheer beskikbaar was nie, hy na die selle geneem is en die volgende dag weer na die hospitaal geneem sou word, kan dit ‘n verduideliking bied waarom hy nie met die sel besoek later die aand ‘n klagte aangemeld het nie. Dit mag selfs wees dat hy tydens hierdie sel inspeksie geslaap het. Niks in hierdie verslag dui daarop dat die beampte wat die inspeksie gedoen het vir Lusithi spesifiek gevra het of hy enige klagtes het nie. Die inskrywing lui bloot,

> “20:00 Besoek aan sel: S/kstab Andreas met 22 eenhede in bewaring. Geen klagtes.”

[8.8]Ek meen ook nie dat die getuienis van dr Wagner aanduidend is daarvan dat Lusithi leuens vertel het nie. Soos hierbo vermeld, kan dr Wagner nie die moontlikheid uitskakel dat Lusithi onsedelik aangerand is nie.

[8.9]Die versuim aan die kant van die Staat om stawende getuienis vir die weergawe van Lusithi aan te bied,

regverdig myns insiens ook nie noodwendig die afleiding dat hulle hom nie sou staaf nie. Waarom die Staat nie die getuienis aangebied het nie, kan bloot oor bespiegel word. Dit mag wees dat van die getuies die Staat nie goedgesind is nie, of nie wou getuig nie, of nie beskikbaar was nie.

(Sien **S v Kelly, 1980 (3) SA 301 (A) te 310 D**)

Die vraag bly egter steeds of die getuienis wat wel aangebied was 'n antwoord van die appellant geverg het of nie.

[8.10]Ten spyte van die kritiek wat teen die getuienis van Lusithi ingebring kan word, is dit egter ook so dat hy homself in geen wesenlike opsig weerspreek het of dat hy onseker of vaag was aangaande die wyse waarop die appellant hom onsedelik aangerand het nie. Hy het deurgaans en onder behendige kruisondervraging nooit van sy weergawe afgewyk nie.

Daarbenewens is daar stawing te vind vir sy weergawe in die getuienis van Mohlai en dr Meyer: Mohlai het hom kaal in die stoor waar hy na bewering aangerand was, gesien, en dr Meyer het skeure in sy anus gevind met bloeding wat aanduidend kon wees van anale gemeenskap.

Die Landdros, en wat Lusithi in die getuiebank

waargeneem het terwyl hy getuig het, was ook nie die mening toegedaan dat hy ‘n ongeloofwaardige getuie was nie. (Sien **R v Dhlumayo & Another, 1948 (2) SA 677 (A) te 705**)

[8.11]Uit hoofde van die voorgaande kom ek tot die gevolgtrekking dat die getuienis wat voor die Hof *a quo* geplaas was, sodanig oortuigend was dat dit ‘n antwoord van die appellant geverg het; die afwesigheid waarvan tot gevolg het dat die *prima facie* bewys van die skuld van die appellant, afdoende bewys van sy skuld geword het.

Die appellant was by uitstek die persoon en in ’n posisie om te verduidelik waarom hy die hoeveelheid drank aan Lusithi gegee het; hoe en vir welke rede Lusithi in die stoor beland het waar die daad na bewering met hom gepleeg was; hoe dit gekom het dat Lusithi kaal op die vloer van die stoor gelÍ het; en of hy enige meedeling aan die polisie gemaak het dat die appellant hom, soos hy dit gestel het, *“verkrag”* het. Die direkte getuienis van Lusithi aangaande die wyse waarop hy onsedelik aangerand is, naamlik dat hy met geweld oor ‘n rosyntjiekrat gebuig is terwyl die appellant anale gemeenskap met hom voer, het duidelik ‘n antwoord geverg van die appellant indien hy in sy onskuld wou volhard.

Die volgende aanhaling uit **S v Chabalala** (supra) **te 142 g tot h** is myns insiens ook op hierdie saak toepaslik:

> "The appellant was faced with direct and apparently credible evidence which made him the prime mover in the offence. He was also called on to answer evidence of a similar nature relating to the parade. Both attacks were those of a single witness and capable of being neutralized by an honest rebuttal. There can be no acceptable explanation for him not rising to the challenge. If he was innocent appellant must have ascertained his own whereabouts and activities on 29 May and been able to vouch for his non-participation. He was also readily able to confirm that the complainant indeed placed his hand on someone else's shoulder. To have remained silent in the face of the evidence was damning. He thereby left the prima facie case to speak for itself. One is bound to conclude that the totality of the evidence taken in conjunction with his silence excluded any reasonable doubt about his guilt."

9] Die appél teen die skuldigbevinding op die eerste aanklag kan vervolgens nie slaag nie.

10] In sy betoog het adv Galloway toegegee, en na my mening tereg so, dat die vonnis van agt jaar gevangenisstraf op die eerste anklag nie skokkend onvanpas is nie. Daar is ook nie gesteun op enige beweerde mistasting wat die Landdros sou gepleeg het nie – weereens tereg na my mening.

Vervolgens is daar geen meriete vir inmenging deur hierdie Hof met die vonnis opgelÍ deur die Landdros op die eerste aanklag nie.

11] Wat betref die tweede aanklag het adv De Nysschen toegegee dat twee jaar gevangenisstraf totaal onvanpas is. Hiermee stem ek saam.

Die appellant is slegs aan aanranding gewoon skuldig bevind deurdat hy Lusithi met ‘n kabel of plastiese pyp geslaan het. Dit is totaal onseker of hierdie aanranding enige letsel of besering tot gevolg gehad het. Daarbenewens is Lusithi op sy eie weergawe ook deur twee ander persone aangerand, en is die aard van die totale aanrandings op hom deur die geneesheer beskryf as ‘n aanranding in ‘n ligte graad.

[11] Indien ek die appellant op hierdie aanklag in die eerste instansie sou vonnis, sou ek ‘n vonnis van ses maande gevangenisstraf opgelÍ het. Hierdie vonnis verskil dermate van die vonnis wat die Landdros opgelÍ het dat dit ‘n inmenging deur hierdie Hof regverdig.

12] Bygevolg word die volgende bevele verleen:

A. DIE APPÉL TEEN DIE SKULDIGBEVINDING EN DIE VONNIS DIE APPELLANT OPGELÊ OP DIE EERSTE AANKLAG (ONSEDELIKE AANRANDING) WORD VAN DIE HAND GEWYS.

B. DIE SKULDIGBEVINDING OP DIE TWEEDE AANKLAG

(AANRANDING) WORD BEKRAGTIG.

C.DIE VONNIS DIE APPELLANT OPGELÊ OP DIE TWEEDE AANKLAG WORD TER SYDE GESTEL EN VERVANG MET ‘N VONNIS VAN SES (6) MAANDE GEVANGENISSTRAF.

D.**DIE LASGEWING VAN DIE HOF *A QUO* DAT DIE VONNIS OPGELÊ OP DIE TWEEDE AANKLAG GELYKTYDIG UITGEDIEN MOET WORD MET DIE VONNIS OPGELÊ OP DIE EERSTE AANKLAG, WORD BEKRAGTIG.**

HJ Lacock
REGTER

Ek stem saam.

CC Williams
REGTER

Namens die appellant: **Adv Galloway**

Namens die Staat: **Adv JM de Nysschen**