Bib

116/88

477/87

N v H

GRIFFIER, HOOGGEREGSHOF
1988 -09- 29
LIBRARY
REGISTRAR, SUPREME COURT
OF SOUTH AFRICA

MELVIN JANUARY

en

DIE STAAT

SMALBERGER, AR :-

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

MELVIN JANUARY — Appellant

en

DIE STAAT — Respondent

CORAM: CORBETT, SMALBERGER, ARR, et VILJOEN, Wn AR

VERHOORDATUM: 9 SEPTEMBER 1988

LEWERINGSDATUM: 29 SEPTEMBER 1988

U I T S P R A A K

SMALBERGER, AR:-

Die appellant, destyds 'n 23-jarige Kleurlingman, is in die Streekhof te Johannesburg skuldig bevind aan verkragting en gevonnis tot vier jaar gevangenisstraf. Sy appèl na die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling teen sy skuldigbevinding is afgewys, maar die helfte

van sy vonnis is voorwaardelik opgeskort. Die appellant kom nou in hoër beroep teen sy skuldigbevinding en vonnis met verlof van hierdie Hof.

Luidens die klagstaat is dit die appellant ten laste gelê dat hy ene Susan Savage, 'n 10-jarige Kleurling=dogter, verkrag het. Ek sal voortaan na haar as die klaagster verwys. Die appellant, wat by sy verhoor regsverteenwoordiging geniet het, het onskuldig gepleit op die aanklag. 'n Verklaring wat namens die appellant opgestel is, is kragtens artikel 115 van die Strafproseswet 51 van 1977 aan die verhoorlanddros voorgelê. Die verklaring lui soos volg:-

"1. Op 29 November 1985 het ek by die huis van mev Binkamei (May?) gaan loseer. Die huis is geleë in Tambokkie Laan, Westbury Uitbreiding.

2. Op die Vrydagaand het ek kennis gemaak met die oudste dogter van mev Binkamei maar alhoewel ek haar gesig onthou kan ek nie haar naam onthou nie. Daardie

Vrydagaand het ons nie baie gepraat nie maar na televisie geluister.

3. Op die Saterdagaand het ek tussen 22h00 en 23h00 in my kamer gelê en na die radio geluister.

4. Tussen 24h00 op 30 November 1985 en 01h00 op 1 Desember 1985 het ek my kamer verlaat en na die kamer van die oudste dogter van mev Binkamei gegaan.

5. Die oudste dogter was in haar eie bed en in die tweede bed in die kamer het haar drie susters geslaap.

6. Ek het in die ore van die oudste dogter gefluister 'Kan ek by jou slaap?'. Sy het 'Ja' geantwoord.

7. Ek het geslagsomgang net een keer met haar gehad en tussen 04h00 en 05h00 op 1 Desember 1985 terug na my kamer toe gegaan.

8. Sy het heeltemal vrywillig geslagsomgang met my gehad.

9. Ek het die ouderdom van die betrokke meisie as omtrent sestien jaar geskat gebaseer op haar spraak, ontwikkelde liggaam en haar algemene gedrag.

.....4/

10. Die volgende dag toe ek opgestaan het, het ek badkamer toe gestap en gaan was.
11. Sy het die insident die hele dag geheim gehou.
12. Die Sondagaand tussen 21h00 en 22h00 wil die mense skielik 'n saak teen my maak.
13. Die mense het my op die Sondagaand weggejaag.
14. Ek was nie bewus van die feit dat daar 'n wet is wat verbied 'n mansmens met vroumense onder die ouderdom van sestien te slaap.
15. Op die basis van bogenoemde verweer pleit ek onskuldig tot die klag van verkragting."

Die verklaring is deur die appellant onderteken. Op navraag deur die verhoorlanddros is die inhoud daarvan ook deur hom bevestig. Die erkennings daarin bevat is egter nie as erkennings kragtens artikel 115(2)(b) aangeteken nie. Toe hy later getuig het, het die appellant in sy hoofgetuienis onder eed weereens die inhoud van die verklaring bevestig.

Die klaagster (klaarblyklik die "oudste dogter" na wie in die appellant se verklaring verwys word), het nie getuig nie. Dit blyk uit die getuienis van dr Mohanlal, 'n geneesheer wat besig is om in pediatrie te spesialiseer, dat die klaagster verstandelik vertraag is. Sy het 'n intelligen= siekwosiënt van 34.9, en 'n verstandsouderdom van 5 jaar. Ofskoon sy in staat is om te kan praat, is haar woordeskat baie beperk, asook haar vermoë om te kan kommunikeer. Sy is blykbaar ook nie in staat om behoorlik vir haarself te sorg nie. Volgens die getuienis, onder andere dié van die appellant self, moes sy gewas word en "kos gegee" word. Dit is onseker wat presies laasgenoemde begrip behels. Dit wil voorkom dat die klaagster nie daartoe in staat is om na haar eie kosbehoeftes om te sien nie, maar dat sy self kan eet en dit dus nie nodig is om haar te voer nie. Ondanks die bewering in die klagstaat dat die klaagster slegs 10 jaar oud

was ten tyde van die pleging van die beweerde misdaad, was sy blykbaar om en by 16 jaar oud toe die voorval plaasgevind het. Daar bestaan egter nie voldoende bewys dat sy onder 16 jaar oud was nie. Fisies is sy redelik normaal ontwikkel vir haar ouderdom. Volgens dr Mohanlal, "her physical development is probably appropriate (for her chronological age) or very slightly delayed". Daar is 'n gebrek aan getuienis aangaande of die klaagster ooglopend as verstandelik vertraag voorkom. Omdat die klaagster nie getuig het nie is die verhoorlanddros ongelukkig die geleentheid ontneem om haar te sien , en kon hy gevolglik nie enige indruk vorm, of afleiding maak, van haar voorkoms of gedrag nie.

Die voorval wat tot die appellant se skuldig= bevinding aanleiding gegee het, het gedurende die nag van Saterdag 30 November/Sondag 1 Desember 1985 plaasgevind.

Die oorkonde is ietwat onduidelik aangaande hoeveel kontak daar voor die voorval tussen die appellant en die klaagster was. Die klaagster het by haar tante, mev Rachel May, tuisgegaan. Die appellant was met mev May se seun bevriend. Blykens die getuienis het die appellant vroeg op Vrydagoggend 29 November by mev May verblyfplek kom soek. Hy is meegedeel dat hy 'n paar aande daar kon oornag. Hy is toe daar weg (waarskynlik werk toe, want hy het vaste werk gehad), en het die aand teruggekeer. Dit is toe dat hy die klaagster vir die eerste keer te sien gekry het. Volgens die appellant het hy haar naam gevra, maar andersins het hulle nie met mekaar gepraat nie. Daar is geen getuienis tot die teendeel nie. Dit blyk nie uit die getuienis hoe lank hulle daardie aand in mekaar se teenwoordigheid was nie. Die volgende dag (Saterdag) het mev May vir die res van die naweek weggegaan, en haar suster, Mercy May, het by die huis kom toesig hou. Die appellant was blykbaar vir die grootste

deel van die dag nie tuis nie. Hy het weer die aand teruggekeer, en het in die voorkamer na musiek sit en luister. Onder andere was die klaagster ook aanwesig. Die appellant het beweer dat hy ook nie die Saterdagaand met die klaagster gepraat het nie, en sy getuienis in die verband word deur Mercy May bevestig. Sy het die appellant beskryf as "baie stil, hy was nie 'n mens wat baie gepraat het nie" en later bygevoeg "ek het gedink hy is 'n stil, eenvoudige mens, net vir homself". Later het almal gaan slaap. Mercy May het ook bevestig dat die appellant en die klaagster nooit voor dit alleen by mekaar was nie.

Die klaagster se suster, Rachel Savage, het getuig dat sy, die klaagster en nog twee susters die betrokke aand in een kamer geslaap het. Die klaagster het alleen in 'n bed geslaap. Toe Rachel om sesuur die volgende oggend wakker skrik, het sy gesien dat die appellant "saam met Susan in die kooi" is. Sy het een van haar susters

wakker gemaak, en haar aandag op hulle gevestig. Die appellant, wat wakker was, het geskrik, opgestaan en die kamer verlaat. Volgens Rachel het sy die klaagster gevra of sy geweet het die appellant "lê in haar kooi", waarop sy (die klaagster) ontkennend geantwoord het. Toe die klaagster opstaan het Rachel opgelet dat haar bed vol bloed was - waarskynlik veroorsaak deur die klaagster se maandstonde aangesien daar geen getuienis is dat sy enige beserings die betrokke nag opgedoen het nie. Rachel het verder getuig dat sy gedurende die nag geen geluide in die kamer gehoor het nie, en dat sy die appellant vir die eerste keer in die kamer gewaar het toe sy wakker geword het. Nog Rachel nog een van haar susters het Mercy May van die voorval vertel.

Die Sondagoggend, nadat hy gewas het, is die appellant vir ŉ tydlank van die huis weg. Met sy terugkeer het hy blykbaar ontbyt saam met die ander inwoners geniet. Daarna is hy weer tot kort voor middagete weg. Wat hy in die

middag gedoen het blyk nie uit die getuienis nie. Mev May het die Sondagaand teruggekeer. Die voorval het, volgens haar, eers die volgende oggend op die lappe gekom toe Rachel haar vertel het dat sy die klaagster en die appellant saam in die bed gesien het. (Die appellant beweer dat hy reeds laat die Sondagaand van die huis weggejaag is, blykbaar omdat wat gebeur het bekend geraak het - die verskil is egter nie van wesenlike belang nie). Toe mev May die klaagster omtrent die voorval uitvra wou sy niks sê nie behalwe "Ek is bang". Later is die saak by die polisie aanhangig gemaak.

Soos reeds gemeld, het die appellant aanvanklik sy artikel 115 verklaring onder eed bevestg. Volgens hom het die klaagster geloop en gepraat "soos 'n normale persoon". By verdere ondervraging het dit geblyk dat, afgesien van die "Ja" wat sy gesê het in antwoord op sy vraag "Kan ek by jou slaap", het hy haar net die Sondagoggend hoor praat toe sy vir seep en water gevra het. Ofskoon die

appellant aanvanklik in sy verklaring ondubbelsinnig te kenne gegee het dat hy geslagsomgang met die klaagster gehad het, het hy op 'n laat stadium tydens sy kruisondervraging dit ewe skielik ontken. Hy het toe beweer dat hy alleenlik by haar op die bed geslaap het, maar nie met haar gemeenskap gehad het nie.

By die aanhoor van die appèl het daar drie geskilpunte ontstaan : (1) Is dit bewys dat die appellant met die klaagster gemeenskap gehad het; (2) Was die klaagster regtens in staat om tot gemeenskap toe te stem; en (3) Is dit bewys dat die appellant die nodige **mens rea**, wat 'n voorvereiste is vir 'n skuldigbevinding aan verkragting, gehad het?

Aangesien die appèl, myns insiens, op die derde geskilpunt besleg kan word, is dit nie nodig om die ander geskilpunte breedvoerig te behandel nie. Wat die eerste geskilpunt betref, soos reeds aangedui, is die

.....12/

erkennings in die appellant se artikel 115 verklaring bevat nie ingevolge artikel 115(2)(b) as erkennings aangeteken nie. Gevolglik word hulle nie geag erkennings ingevolge artikel 220 van die Strafproseswet te wees nie. Dit is egter nie nodig om op die omstrede vraag na die bewyswaarde van so 'n erkenning in te gaan nie - kyk byv. **S v Sesetse en 'n Ander** 1981(3) SA 353 (A); **S v Mjoli and Another** 1981(3) SA 1233 (A); **S v Becket** 1987(4) SA 8 (K). In die onderhawige geval het die appellant sy artikel 115 verklaring in sy hoofgetuienis onder eed bevestig. Sodoende het hy beaam dat hy met die klaagster geslagsomgang gehad het. Dit word bevestig deur die waarneming van Rachel Savage (wat nie betwis is nie) dat die appellant in die klaagster se bed was, en nie slegs op haar bed was nie, soos die appellant later in sy getuienis wou voorgee. Die appellant se onverwagte ontkenning op 'n laat stadium tydens sy kruisondervraging dat hy geslagsomgang met die klaagster gehad het, is geheel en al onaanvaarbaar

– veral as daar gelet word op die waarskynlikhede, die besonderhede in sy verklaring en die onbeholpe en onoortuigende wyse waarop hy die ommeswaai in sy getuienis probeer verduidelik het. Ondanks die gebrek aan mediese getuienis (en die noodsaaklikheid van 'n volledige mediese ondersoek in gevalle soos die onderhawige moet weereens beklemtoon word), is daar voldoende bewys bo redelike twyfel dat die appellant wel met die klaagster gemeenskap gehad het.

Wat die tweede geskilpunt betref, is daar tydens die betoog namens die appellant toegegee, myns insiens tereg, dat die klaagster nie regtens bevoegd was om toestemming tot gemeenskap te verleen nie. Ofskoon dit nie bewys is dat die klaagster 'n idioot of 'n swaksinnige is binne die omvang van artikel 15(a) van Wet 23 van 1957 nie, as daar op die geheelbeeld van die getuienis gelet word, en veral op die klaagster se lae intelligensiepeil en beperkte geestesontwikkeling, kan daar tereg tot die gevolgtrekking

gekom word dat sy 'n persoon is "so devoid of reason that she cannot exercise any judgment at all on the question whether she will consent to or dissent from ..... intercourse". **R v Ryperd Bosman** 1942(1) PH H63 (SWA), per **HOEXTER, R.**

Ek kom nou by die crux van die appèl, naamlik, of die appellant die vereiste **mens rea** gehad het. Die blote feit dat die appellant met die klaagster gemeenskap gehad het regtens sonder haar toestemming maak hom nie noodwendig aan verkragting skuldig nie. Indien die klaagster oënskynlik tot gemeenskap ingestem het, en die appellant **bona fide** geglo het dat sy regtens in staat was om toestemming te verleen, sou die vereiste opset by hom ontbreek het. Anders gestel, in die omstandighede van die onderhawige geval, tensy die Staat bewys òf dat die appellant subjektief besef het dat die klaagster nie in staat was om tot gemeenskap toe te stem nie, òf dat hy die moontlikheid daarvan besef het maar desondanks voortgegaan het met die pleging van die daad, is die vereiste

opset nie bewys nie (kyk R v K 1958(3) SA 420 (A) op 425 H; R v Z 1960(1) SA 739 (A) op 743 A; S v S 1971(2) SA 591 (A) op 597 B - D).

By ontstentenis van getuienis of aanduidings tot die teendeel moet daar aanvaar word dat die appellant die klaagster gevra het of hy saam met haar kon slaap - in die sin van gemeenskap met haar hê - en dat sy bevestigend geantwoord het. Sy het dus die indruk geskep dat sy toestem. Sy het haar klaarblyklik nie teen gemeenskap verset nie - indien sy weerstand gebied het, is dit waarskynlik dat die ander inwoners van die kamer wakker sou geword het. Te oordeel na haar ontkenning teenoor Rachel die volgende oggend het sy moontlik aanvanklik nie behoorlik besef wat met haar aangevang is nie. Feit bly staan dat aanvaar moet word dat die klaagster oënskynlik tot gemeenskap ingewillig het. Die netelige vraag bly egter of die appellant besef het dat die klaagster se geestestoestand sodanig was dat sy nie toestemming tot gemeenskap kon verleen

nie, of dat hy die moontlikheid daarvan voorsien het.

Die appellant het nie die klaagster voor die Vrydagaand geken nie. Hulle was hoofsaaklik gedurende die Vrydag- en Saterdagaande in mekaar se teenwoordigheid. Dit blyk egter dat hulle nooit alleen bymekaar was nie en omtrent nie met mekaar gepraat het nie. Volgens die appellant se waarnemings en oordeel (en daar is niks wat sy getuienis in die verband weerlê of aanvegbaar maak nie), het die klaagster normaal geloop en, by die enkele geleenthede wat hy haar hoor praat het, normaal gepraat. Hy was reeds die Saterdagaand daarvan bewus dat die klaagster "kos gegee" moes word. Wat ookal dié begrip inhou, blyk dit nie dat sy gevoer moes word nie. Beide die verhoorlanddros en die hof _a quo_ het gewag gemaak van die feit dat die appellant ook geweet het dat die klaagster haarself nie kon was nie. Dit dui op ŉ beduidende mate van vertraging. As die appellant die Saterdagaand/ Sondagoggend daarvan bewus was toe hy na die klaagster se slaapkamer gegaan het, sou dit die afleiding versterk dat hy

besef het, of minstens die moontlikheid voorsien het, dat die klaagster nie in staat was om tot gemeenskap toe te stem nie. Dit blyk egter duidelik uit die getuienis van die appellant dat hy eers die Sondagoggend na die voorval agtergekom het dat die klaagster nie haarself kon was nie. Deur kennis van dié feit voor die voorval aan die appellant toe te dig, het beide die verhoorlanddros en die hof a quo 'n mistasting begaan. Dit staan hierdie Hof dus vry om opnuut oor die getuienis te besin.

Soos reeds gemeld, omdat die klaagster nie as 'n getuie geroep was nie, en blykbaar selfs nie in die hof was nie, kon die verhoorlanddros nie enige waarnemings omtrent haar voorkoms en gedrag maak nie. Daar is geen getuienis om aan te dui dat sy vir die gemiddelde persoon by aanvanklike kennismaking as ooglopend verstandelik vertraag sou voorkom nie. Die appellant se subjektiewe gewaarwording van haar sou tot 'n groot mate afhang van sy eie intelligensie en ontwikkelingspeil. Uit die getuienis van Mercy May blyk dit

.....18/

dat die appellant stil en ietwat teruggetrokke was. Ek deel die siening van die hof <u>a quo</u> dat dit vanuit die oorkonde deurskemer dat die appellant "nie juis so verskriklik hoogs intelligent is nie". Volgens dr Mohanlal sal die indruk wat die klaagster op iemand maak (d w s of sy voorkom verstandelik vertraag te wees) ook tot ŉ mate afhang van die intelligensie van die betrokke waarnemer.

Daar is twee verdere faktore waarvan melding gemaak moet word. Die eerste het betrekking op die appellant se optrede na die voorval. Indien hy besef het dat hy verkeerd gedoen het, sou hy beswaarlik in die klaagster se slaapkamer gebly het nadat hy geslagsomgang met haar gehad het. Daarbenewens is sy latere optrede nie te rym met ŉ skuldige gewete nie. Tweedens, ofskoon die appellant op ŉ laat stadium valslik ontken het dat hy met die klaagster gemeenskap gehad het, regverdig sy valse ontkenning, in die omstandighede van die onderhawige saak, nie enige nadelige afleiding teen hom wat betref die

aanwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn nie.

Dit is beslis 'n grensgeval. Van die Staat word vereis om die appellant se opset bo alle redelike twyfel te bewys. Indien die Staat se getuienis met groter sorgvuldigheid gelei was, en daar 'n duideliker beeld was van die klaagster se voorkoms, gedrag en fisiese beperkings, sou die enigste redelike afleiding miskien gewees het dat die appellant besef het, of die moontlikheid voorsien het, dat die klaagster nie in staat was om tot gemeenskap toe te stem nie. Hoe dit ookal sy, geoordeel na die getuienis op rekord as geheel, kan die redelike moontlikheid nie uitgesluit word dat die appellant dit nie subjektief besef of voorsien het nie. Daar bestaan gevolglik 'n redelike twyfel of die appellant die vereiste opset gehad het. Die appellant is op die voordeel van daardie twyfel geregtig.

Die appèl slaag. Die appellant se skuldigbevinding en vonnis word tersyde gestel.

J W SMALBERGER
APPèLREGTER

CORBETT, AR)
Stem saam
VILJOEN, Wn AR)