162/70

G.P.-S. J. 445.

In the Supreme Court of South Africa
In die Hooggeregshof van Suid-Afrika

(Appèl DIVISION). AFDELING).

APPEAL IN CRIMINAL CASE.
APPÈL IN STRAFSAAK.

ANDRIES JOHANNES STEPHANUS SMIT

Appellant.

versus/teen

DIE STAAT

Respondent.

Appellant's Attorney Adj. S.P. (Bmfn) *Respondent's Attorney* Adj. P.G. (Jhb.)
Prokureur van Appellant *Prokureur van Respondent*

Appellant's Advocate E. NINOW *Respondent's Advocate* M. C. TUCKER.
Advokaat van Appellant *Advokaat van Respondent*

Set down for hearing on 19-3-1971
Op die rol geplaas vir verhoor op 3.6.7.

CORAM: HOLMES, J.A, DIEMONT, ET MULLER, A.JJ.A.

(W.P.A.) APPELLANT: 9.45 VM - 11.00 VM. 11.15 VM - 12.05 NM

RESPONDENT: 12.05 NM - 12.15 NM.

APPELLANT: 12.15 NM - 12.20 NM. (antwoord)

C.A.V.

Appèl van die hand gewys.

GRIFFIER.
25.3.1971

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA.

APPELAFDELING.

In die saak tussen:

ANDRIES JOHANNES STEPHANUS SMIT .... APPELLANT

TEEN

DIE STAAT .... RESPONDENT

Coram : Holmes, A.R., Diemont et Miller, Wnd. A.RR.

Verhoor : 19 Maart 1971 Gelewer: 25 Maart 1971

U I T S P R A A K .

Miller, Wnd. A.R. :

Die appellant het in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling (Marais, R.,) terreggestaan op 'n aanklag dat hy op Sondagaand, 25 Januarie 1970, te of naby Randburg, 'n Bantoevrou verkrag het. Hy het onskuldig gepleit maar is skuldig bevind en gevonnis tot vier jaar gevangenisstraf. Hy kom in hoër beroep met verlof van die geleerde Verhoorregter.

Die klaagster, wat deur die Verhoorregter beskryf word as "'n intelligente en ietwat gesofistikeerde .... en beskaafde 22 - jarige Bantoevrou", het getuig dat sy en 'n vriendin, Lydia, laat die namiddag na 'n winkelsentrum

in ..... /2

in Blairgowie, naby Randburg, gegaan het. Daar het hulle vis en aartappelskyfies gekoop en saam met ander Bantoes gestaan en gesels. Twee konstabels, nl. die appellant en konstabel Smal, het later in 'n polisiemotor daar aangekom. Klaagster ~~hulle~~ en van die ander het weggehardloop. Hulle is deur die konstabels agtervolg en Smal het die klaagster ingehaal en in hegtenis geneem. Hy het haar na die polisiemotor geneem en haar beveel om in te klim. Die appellant het toe reeds in die motor gesit. Klaagster het op die agterste sitplek gesit en die appellant en Smal het voor gesit. Hulle het 'n kort entjie gery en toe terruggekeer na die winkelsentrum waar hulle stilgehou het. Smal het uit die motor geklim en die appellant het toe weggery met die klaagster. Hy het aan die klaagster gesê dat daar nog ander is wat gevang moet word. Dit was toe al donker gewees. Klaagster het verder getuig dat nadat hulle 'n kort afstand gery het, appellant haar beveel het om voor te kom sit. Sy het die bevel gehoorsaam en oorgespring na die voorste sitplek waar sy langs hom gaan sit het. Sy het 'n beret opgehad wat appellant afgehaal en op haar bobeen gesit het. Hy neem toe haar hand en sit dit op

sy ..... /3

op sy privaatdeel tussen sy bene. Daarna het hy haar gesê om op sy bobeen te lê sodat sy nie kon sien waarheen hulle ry nie. Weereens het sy gedoen wat hy haar gelas het om te doen. Uiteindelik het die motor tot stilstand gekom tussen bome. Appellant het haar gesoen en sy hand gevryf op haar borste en op haar lyf. Daarna het hy "... sy hand tussen my borste gesit, een uitgehaal en dit gesuig. Toe het hy uitgeklim uit die motor, sy gulp oopgemaak en gesê ek moet my broek uittrek." Sy het aan hom gesê dat sy siek is maar hy het haar laat lê op die sitplek van die motor en nadat haar broek uitgetrek is, het hy met haar volle gemeenskap gehad. Nadat hy sy doel bereik het, het klaagster haar bene skoongevee met 'n sakdoek, haar broek aangetrek en weereens, op die appellant se instruksies, op die agterste sitplek gaan sit. Appellant het toe teruggery winkelsentrum toe en daar aangekom, het hy aan haar gesê dat sy moet uitklim en dat sy kan loop, wat sy ook gedoen het. Sy het onmiddellik huis toe gestap. By die hek van haar werksplek het sy Lydia teëgekom sowel as Willie, haar minaar. Aan hulle het sy vertel wat met haar gebeur het en volgens haar getuienis was sy toe baie ontsteld

en het sy gehuil. Later die aand het sy gebad en ook die broek wat sy gedra het gewas. Sy het egter nie die sakdoek waarmee sy haar in die motor skoongevee het, gewas nie, want dit was in haar baadjiesak en daarna het sy vergeet om dit te was. Sy het Dinsdag eers aan haar werkgewer vertel wat gebeur het en op Woensdag het sy die saak by die polisie aangemeld. Sy het toe ook die sakdoek aan die polisie oorhandig en is op Woensdag deur die distriksgeneesheer ondersoek.

Daar dien gelet te word dat klaagster deurgaans in haar getuienis rondborstig erken het dat sy die appellant op geen tydstip teëgesit het nie. Sy het geensins probeer om by die Hof die indruk te skep dat sy met geweld deur die appellant oorrompel is nie; inteendeel, haar getuienis is dat sy eenvoudig gedoen het wat hy aan haar gesê het om te doen en behalwe dat sy probeer het om hom af te skrik deur te sê dat sy siek is, sy geen weerstand hoegenaamd gebied het voordat of terwyl hy met haar gemeenskap gehad het nie. Sy het egter beklemtoon dat dit teen haar wil en sin was dat appellant met haar gemeenskap gehad het en dat sy nooit ingewillig of toegestem

het nie. Haar verduideliking van haar passiewe en gehoorsame gedrag is,

> „Ek was bang hy gaan my slaan of my miskien skiet. Ek weet hy was 'n Blanke polisieman en hy moet 'n vuurwapen hê."

Die appellant se verdediging was nie dat gemeenskap met klaagster se toestemming plaasgevind het nie; hy het gesê dat die klaagster se verhaal van die rit en wat tussen hulle plaasgevind het, 'n versinsel is - dat daar geen waarheid hoegenaamd daarin is nie. Die Verhoorregter het die klaagster se getuienis aanvaar en dié van die appellant verwerp. Die klaagster het by hom die indruk geskep „dat sy in alle opsigte die waarheid praat"; sy was ook „heeltemaal op haar gemak in die getuiebank en sy het 'n baie goeie indruk gemaak behalwe .... dat haar voorkoms miskien meer gesofistikeerd was as wat ek sou verwag het van 'n vrou van haar ouderdom". Die appellant, sowel as konstabel Smal, was egter „sigbaar ongemaklik in die getuiebank en het nie die indruk op my gemaak van twee mense - veral die beskuldigde - van 'n man wat volkome 'n rein gewete het en hier op 'n bose, gewetenlose valse aanklag voor die hof gebring is nie". Afgesien van die

indruk wat die getuies deur hulle gedrag by hom geskep het, het die geleerde Regter ook verwys na verskeie aspekte van die appellant se getuienis wat hy as uiters onwaarskynlik en selfs ongelooflik beskou het.

Hierdie geloofwaardigheidsbevindings is deur adv. Ninow, namens appellant, aangeval in hierdie Hof. Hy het, o.a., daarop gewys dat die mediese getuienis geensins die klaagster se verhaal ondersteun nie, dat klaagster eers op Woensdag (d.w.s. drie dae na die beweerde verkragting) die voorval by die polisie aangemeld het, dat sy nie onmiddellik of met die eerste geleentheid haar werkgewer daarvan vertel het nie, dat haar getuienis nie in alle opsigte ooreenstem met dié van Lydia of Willie nie; ook het hy betoog dat klaagster se getuienis nie deur die waarskynlikhede van die saak ondersteun word nie. Dit is waar dat die distriksgeneesheer geen tekens hoegenaamd gevind het wat sou aandui dat klaagster onlangs verkrag is of geslagsverkeer gehad het nie. Sodanige getuienis is egter neutraal wanneer in gedagte gehou word dat sy haar nie teëgesit het nie, dat sy vorige seksuele ondervinding gehad het, dat sy

een swangerskap tevore gehad het en dat tydens die ondersoek sy 2 - 2½ maande swanger was. Die blote feit dat geen manssaad in haar privaatdele gevind is nie weerspreek geensins haar getuienis dat appellant wel gemeenskap met haar gehad het op 25 September nie, want die geneesheer se getuienis is dat alhoewel dit moontlik is dat spermatazoa na 72 uur nog gevind kan word, die afwesigheid daarvan geensins aandui dat geslagsverkeer nie in die afgelope 72 uur kon plaasgevind het nie. Die broek wat klaagster die aand gedra het is nie ondersoek nie omdat klaagster dit gewas het maar die sakdoek het wel spermatazoa bevat en dit is behoorlik deur die Staat bewys. Die verskeie punte aangaande die beweerde onbevredigende getuienis wat klaagster sou afgelê het wat adv. Ninow aan ons voorgelê het, is ook onder die aandag van die Verhoorregter gebring. Hy het hulle sorgvuldig oorweeg en breedvoerig behandel en tot die gevolgtrekking gekom dat hulle die klaagster se geloofwaardigheid nie aantas nie. Hy het ook daarop gewys dat klaagster se getuienis dat sy na die voorval ontsteld was, gestaaf is deur Lydia en Willie aan wie sy verslag

gedoen .... /8

gedoen het baie kort nadat sy van die appellant weg is.

Na sorgvuldige oorweging van die betoog van die appellant se advokaat, is ek tevrede dat in hierdie geval nie ingemeng kan word met die geleerde Verhoorregter se bevinding dat die appellant wel met die klaagster gemeenskap gehad het nie. Haar getuienis is duidelik en oortuigend. Die besonderhede wat sy gee van die appellant se doen en late, van hoe hy te werk gegaan het en hoe sy daarop ge-reageer het, skep beslis nie die indruk dat sy alles versin het nie; inteendeel, haar besonder matige relaas van wat gebeur het, dui op voorbeeldige objektiwiteit; sy het nie probeer om feite te verbloem of om te oordryf nie. Indien sy, soos betoog is, moedswilliglik besluit het om valse getuienis af te lê òf om haarself te beskerm òf om die appellant in die verleentheid te bring, is dit heel onwaarskynlik dat sy die getuienis wat sy wel afgelê het sou gegee het. Dit sou vir haar maklik gewees het om te sê dat die appellant haar met geweld verkrag het of dat hy uitdruklik gedreig het om haar te skiet of te slaan. Maar sy sê dit nie; sy erken openlik dat hy geen geweld teenoor haar gebruik het nie

en dat sy eenvoudig gedoen het wat hy aan haar gesê het om te doen, omdat sy bang was. Ook moet genoem word dat indien sy appellant valslik wou aankla, dit waarskynlik is dat sy dadelik die klagte sou ingedien het. Die appellant moes toegee dat hy saam met die klaagster in die motor gery het nadat Smal by die winkelsentrum uitgeklim het. Die rede wat hy aanvoer vir daardie rit is, soos die Verhoorregter genoem het, uiters onwaarskynlik en selfs ongelooflik. Appellant se doel, volgens sy eie getuienis,sou gewees het om 'n vlugtende Bantoe agterna te sit, maar dit is onduidelik watter misdaad, indien enige, die Bantoe sou gepleeg het nie. Appellant moes naderhand toegee dat al sou hy die Bantoe gevang het, hy hom in alle waarskynlikheid nie in hegtenis sou geneem het of aangekla het nie. Waarom, dan, sou hy hom agterna gesit het en waarom sou hy die klaagster saam geneem het? Hy was daarvan bewus dat dit onraadsaam is om snags met 'n Bantoevrou alleen in 'n motor rond te ry en dat dit deur die owerhede afgekeur word. Hy kon maklik vir die klaagster afgelaai het toe konstabel Smal uit die motor geklim het, maar dit het hy nie gedoen nie. Met watter doel of oogmerk het hy dan van die

winkel af weggery tesame met die klaagster? Al aanneemlike verduideliking van sy optrede kom van die klaagster af; hy wou gemeenskap met haar hou. En soos alreeds genoem is, is die klaagster se verklaring dat hy wel met haar gemeenskap gehad het in 'n mate gestaaf deur die getuienis dat haar sakdoek waarmee sy haar skoongevee het, manssaad bevat het. Daar bestaan geen rede om te vermoed dat die sakdoek met 'n ander geleentheid bevlek geraak het en dat sy valslik voorgegee het dat dit die sakdoek is wat sy op die betrokke aand in die motor gebruik het nie. En dit is ook nie aan haar gestel nie. Dit is slegs betoog dat dit eienaardig is dat sy die sakdoek nie gewas het toe sy haar broek gewas het nie. Ek het alreeds verwys na die verduideliking wat sy in daardie verband gegee het. Die Verhoorregter was van mening dat dit 'n redelike en anneemlike verduideling is en dit kom my ook so voor.

Die betoog dat die Verhoorregter die "cautionary rule" (Sien, bv. R.v.W. 1949(3) S.A. 772 te bl. 779-780 (A.A.) en S. v. Snyman 1968(2) S.A. 582 te 585(A.A.)) wat in

sake van 'n seksuele aard van toepassing is, oor die hoof gesien het of nie behoorlik toegepas het nie, kan ook nie opgaan nie. Dit blyk baie duidelik uit sy uitspraak en sy benadering tot die klaagster se getuienis, dat hy dit wel met die nodige omsigtigheid oorweeg het en dat hy die moontlikheid dat 'n klaagster in 'n saak van hierdie aard, om verskeie moontlike redes, valse beskuldigings teenoor 'n onskuldige man kan maak, wel in gedagte gehou het. Ook het hy aandag geskenk aan die vraag of die klaagster se getuienis dat sy nie tot gelagsverkeer met die appellant ingestem het nie,aanneemlik is, gesien haar erkenning dat sy geen weerstand gebied het nie. In hierdie verband het hy hom soos volg uitgelaat:

> "Nietemin rus daar natuurlik op die Staat die verpligting om aan te toon bo alle redelike twyfel dat daar inderdaad gemeenskap teen die sin en sonder die toestemming van die klaagster was. Nou is dit amper vanselfsprekend dat 'n jong Bantoevrou wat gearresteer is deur 'n Blanke polisieman en onder sy beheer staan,

selde ..... /12

selde die vrymoedigheid of die moed sou hê om haar met enige mate van geweld te verset indien hy onbehoorlike voorstelle aan haar sou maak. Iemand wat bekend is met die mentaliteit van die nie-Blanke mense, veral in hulle verhouding teenoor die gesaghebbende polisiemanne, moet weet en moet aanvaar dat daar 'n morele oorheersing is in so'n geval, wat baie min ruimte laat vir verset deur 'n nie-Blanke vrou, veral as sy jeugdig is soos in hierdie geval. Indien ek sou bevind dat die klaagster se verhaal inderdaad in sy geheel of substansieël waar is en die verdediging onwaar en vals, dan is ek bereid om die afleiding te maak bo alle redelike twyfel dat daar nie toestemming was aan haar kant tot die gemeenskap nie. In die eerste plek is daar geen sprake van dat daar 'n liefdesverklaring was nie en is dit duidelik uit haar latere gedrag, soos sal blyk uit wat ek verder uit die getuienis sal aanhaal, dat sy ter gener tyd gewilliglik hierdie gemeenskap laat plaasvind het nie."

Die ..... /13

Die stelling dat 'n jong Bantoevrou in sulke omstandighede „selde die vrymoedigheid of die moed sou hê" om haar te verset teen 'n blanke konstabel wat haar in hegtenis geneem het, is moontlik te sterk uitgedruk. Maar insoverre die geleerde Verhoorregter in die aangehaalde passasie te kenne gee dat dit nie onwaarskynlik is nie dat 'n Bantoevrou in sodanige omstandighede sou vrees om weerstand te bied en dat klaagster se gedrag in die onderhawige geval nie teen die waarskynlikhede indruis nie, stem ek met hom volkome saam. M.a.w., die feit dat klaagster geen weerstand hoegenaamd gebied het nie en eenvoudig alles gedoen het wat die appellant haar gelas het om te doen, is op sigself onvoldoende rede om haar getuienis dat gemeenskap teen haar wil en sin plaasgevind het te verwerp of te betwyfel nie.

Die vraag wat ontstaan wanneer 'n vrou wat geen weerstand hoegenaamd gebied het nie en heel passief toegelaat het dat gemeenskap plaasvind, kla dat sy verkrag is, is dikwels moeilik om te besleg. Die gedrag van die vrou is altoos 'n belangrike faktoor wanneer afgelei moet word of sy toestemming

verleen ..... /14

verleen het al dan nie. Tog moet gewaak word teen 'n veronderstelling dat afwesigheid van weerstand aan die vrou se kant toestemming aandui. Wnd. Appèlregter Murray stel dit baie duidelik in R. v. Swiggelaar, 1950(1) P.H., H.61 (die volledige uitspraak is tot my beskikking):

> "Submission by itself is no grant of consent, and if a man so intimidates a woman as to induce her to abandon resistance and submit to intercourse to which she is unwilling, he commits the crime of rape. All the circumstances must be taken into account to determine whether passivity is proof of implied consent or whether it is merely the abandonment of outward resistance which the woman, while persisting in her objection to intercourse, is afraid to display or realizes is useless".

Weliswaar het die klaagster in die onderhawige saak nooit uitdruklik aan die appellant gesê dat sy weier om met hom gemeenskap te hou nie maar vanweë die verhouding tussen hulle - 'n

verhouding van bewaarder en gevangene - kon sy wel gemeen het, soos sy ook sê dat sy gemeen het, dat dit vergeefs sou wees om aan hom te sê dat sy beswaar maak. Ook kan met veiligheid aanvaar word dat sy gevrees het dat indien sy sou probeer om hom te dwarsboom, hetsy deur hom met geweld teë te staan of deur hom te probeer oorreed om van sy plan af te sien, hy haar sou aanrand of op een of ander wyse straf. Al wat sy gewaag het om te doen was om te sê dat sy siek is. Of sy daardeur te kenne wou gee dat sy haar maandstondes het (wat nie die geval was nie) en of sy dit slegs gesê het omdat sy swanger was, is nie van belang nie. Wat wel duidelik is, is dat sy daardeur 'n poging aangewend het om die appellant af te skrik van uitvoering van sy klaarblyklike voorneme. Onder al die omstandighede en gesien die gunstige indruk wat die klaagster by die Verhoorregter geskep het en die afwesigheid van enige getuienis wat haar verklaring dat sy nooit tot geslagsverkeer ingestem het ~~nie~~ weerspreek nie, is ek tevrede dat dit veilig is om te aanvaar dat gemeenskap plaasgevind het sonder die toestemming en teen die wil en sin van die klaagster.

Hierdie bevinding is egter nie op sigself voldoende om die misdaad van verkragting aan die appellant tuis te bring nie. Ofskoon die appellant gemeenskap met die klaagster gehad het sonder haar toestemming en teen haar wil is hy nie skuldig aan verkragting nie indien hy bona fide geglo het dat sy toestem. In R. v. Mosago and Another, 1935 A.A. 32 te bl.35, het hierdie Hof beslis, by monde van Wessels, H.R., dat

> " .... if a woman by her actions induces a man to believe that she is willing to have carnal connection with him and he acts on such inducements, he cannot be said to have had a mens rea or an intention to ravish her."

In R. v. Z., 1960(1) S.A. 739, te bl.743, het Van Blerk, A.R., die bewyslas wat op die Staat in dié verband rus aldus gestel:-

> "Sonder dat die Staat dus bewys het dat appellant in werklikheid geweet het dat die klaagster onder twaalf was, of dat hy ten minste die moontlikheid daarvan besef het en nie omgegee het nie, maar voortgegaan het met die pleging van die daad, is die vereiste opset nie bewys nie."

In die onderhawige saak beweer die appellant nie dat hy geglo het dat klaagster tot gemeenskap instem nie en kon hy dit nie beweer nie, gesien sy ontkenning dat hy met haar gemeenskap gehad het. Dit verlos die Staat egter nie van die verpligting om mens rea te bewys nie, alhoewel die appellant se valse ontkenning dat gemeenskap plaasgevind het die Staat se taak in daardie opsig aansienlik vergemaklik. Appellant het gepoog om deur valse getuienis af te lê, alle strafregtelike aanspreeklikheid te ontduik. Hy het vermoedelik besef dat al sou hy beweer dat die klaagster ingestem het, hy ten minste skuldig sou wees aan 'n oortreding van die Ontugwet. Hy het die risiko geneem dat indien sy getuienis verwerp word die Hof ongunstige afleidings sou kon maak aangaande die vraag of hy bona fide geglo het dat klaagster ingestem het al dan nie, (Vgl. R. v. Mlambo, 1957(4) S.A. 727 (A.A.) te bl. 737; S. v. Rama, 1966(2) S.A. 395 (A.A.) te bl. 400-401) en dat daar in daardie geval geen direkte getuienis van sy gemoedstoestand sou wees nie. Onder soortgelyke omstandighede het hierdie Hof beslis in R. v. Swiggelaar, supra, dat dit feitlik onmoontlik is vir die appellant om hom te

verlaat op 'n betoog dat hy <u>bona fide</u> geglo het dat die klaagster instem. Maar in elk geval is die getuienis in die onderhawige saak, in sy geheel gesien, en veral teen die agtergrond dat die klaagster 'n gevangene onder die beheer van appellant was, voldoende om te bewys dat appellant ten volle besef het dat sy nie tot geslagsverkeer instem nie maar slegs sy gewetelose bevele uitvoer. Hy het van sy oorheersende gesag gebruik gemaak om sy wil op haar af te dwing en hy het dit doelbewus gedoen. Dit is derhalwe bewys dat die klaagster verkrag is.

Daar is in hierdie saak met reg nie aangevoer dat die vonnis ~~nie~~ te kras is nie.

Die appèl word van die hand gewys.

Miller, Wnd. A.R.

Holmes, A.R.

Diemont, Wnd. A.R.