G.P.-S. S. 445.

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

(Appèl DIVISION). AFDELING).

APPEAL IN CRIMINAL CASE.
APPÈL IN STRAFSAAK.

JAN HENDRINK JOHANNES BARNARD

Appellant.

*versus/teen*

DIE STAAT

Respondent.

*Appellant's Attorney* Kruts & Clark *Respondent's Attorney* P.G. (Pta.)
*Prokureur van Appellant* *Prokureur van Respondent*

*Appellant's Advocate* Adv. Mentz, S.C. *Respondent's Advocate* Adv. P.J. Straus.
*Advokaat van Appellant* *Advokaat van Respondent*

*Set down for hearing on* 10 – 5 – 1971
*Op die rol geplaas vir verhoor op*

2 – 4 – 10

(T.P.A.)

VAN BLERK, J.A. HOLMES J.A. KOTZÈ A.J.A.

9.45am – 11am.
11.15am – 11.38am.
11.38am – 12.35am.

[illegible] 20-5-1971 per Kotzè A.J.A.; appèl afgewys. Vonnis verander [illegible] in gestaande uitspraak.

[illegible signature]

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen:

JAN HENDRIK JOHANNES BARNARD Appellant

en

DIE STAAT Respondent

CORAM: VAN BLERK, HOLMES, A.RR. et KOTZÉ, Wnd. A.R.

VERHOOR: 10.5.1971. GELEWER: 25.5.1971.

---

U I T S P R A A K

KOTZÉ, Wnd. A.R. : -

Die appellant het voor Human R. in die Westelike Rondgang Plaaslike Afdeling te Klerksdorp tereggestaan op 'n aanklag dat hy op 9 Julie, 1970 te Potchefstroom sy eie dogter, Eugene Mary Barnard (hierna „die klaagster" genoem), verkrag het terwyl sy slegs 10 jaar oud (d.w.s. onder die toestemmingsouderdom van twaalf jaar) was. Hy het onskuldig gepleit en is nietemin skuldig bevind aan poging tot verkragting en is gevonnis tot vier jaar gevangenisstraf. Hy kom nou met verlof van die Verhoorregter in hoër beroep na hierdie Hof.

Getuienis/.....

Getuienis is ten behoewe van die Staat gelewer deur die klaagster, haar moeder (mevrou P.M. Barnard), twee Bantoevrouens (Katriena Kat en Siena Bokwa), twee lede van die Suid-Afrikaanse Polisiemag (Konstabels Riekert en van Rensburg), die distriksgeneesheer van Potchefstroom (Dr. Robinson) en 'n teologiese student (Mnr. van Wyk). Die appellant het self nie getuig nie. Sy moeder (Mev. H.P. Barnard) en 'n mediese praktisyn te Parys (Dr. van der Merwe) het namens die appellant getuienis gelewer.

Die klaagster se getuienis was dat terwyl sy op die namiddag van 9 Julie saam met haar boeties buite hulle huis gespeel het, die appellant haar na binne geroep het. Haar boetie, Jan, het saam met haar die appellant se slaapkamer, waar hy toe was, binne gegaan. Jan was uitgestuur en sy het agtergebly. Die appellant het haar toe op die bed gestamp sodat sy op haar rug gelê het. Nadat sy die appellant se bevel om haar broekie uit te trek verontagsaam het, het hy self die broekie tot op haar knieë afgetrek. Die volgende bevel was dat sy haar bene moes oopmaak. Toe sy weier om te gehoorsaam het

hy/....

hy self haar bene oopgetrek. Daarna het die appellant, wat in ŉ hemp en langbroek geklee was, met sy maag op haar gaan lê en sy gulp oopgemaak. Sy het pyn op haar heup gevoel. Hy het haar handjies op die bed vasgedruk. In antwoord op ŉ wenkvraag het sy gesê dat appellant toe op en af op haar beweeg het. Sy het weer verklaar dat sy seergekry het waarop die volgende vrae en antwoorde tussen die geleerde Regter en die getuie gewissel is: -

> „Tussen jou bene? —— Ja.
> Tussen jou bene. Weet jy waar jou privaatdeeltjie is? Weet jy waar dit is? —— Ja.
> Waar het jy seergekry? —— Ek het hierso seergekry.
> Op jou heup? —— Ja."

Hierna het die klaagster vertel dat daar ŉ klop aan die venster was, dat sy die appellant se aandag daarop gevestig het, haar broekie aangetrek het, gaan kyk het wie by die venster was en niemand gewaar het nie. Intussen het die appellant sy gulp toegetrek en op die bed bly lê. Sy het probeer uitgaan, die appellant het haar beetgegryp, weer op die bed gestamp en haar broekie heeltemal afgetrek. Appellant het weereens op en af op haar beweeg. Sy het tussen haar bene

seergekry, begin huil en toe klap die appellant haar in haar gesig. Op daardie stadium het die polisie die kamer binnegekom. Sy het op die bed gesit, appellant het op die bed gelê en haar broekie was op die grond. Die polisie het die appellant beveel om ander klere aan te trek en het hom weggeneem.

Kruisverhoor van die klaagster het wesenlike verskille van n ernstige aard tussen haar getuienis by die verhoor en die getuienis wat sy by die voorlopige verhoor gelewer het aan die lig gebring. O.a. was daar by die voorlopige verhoor geen sprake van enige op en af beweging nie - die appellant het doodstil op haar gelê terwyl haar bene toe was; terwyl sy by die voorlopige verhoor vertel het dat sy in haar „koekie" - n woord wat sy self neergeskryf het - seer gekry het, het sy onder kruisverhoor by die verhoor voorgegee dat sy nie weet wat n „koekie" is nie; by die voorlopige verhoor het sy verklaar dat appellant sy broek heeltemal uitgetrek het; tydens die voorlopige verhoor het sy gesê dat sy binne haar privaatdeel seergekry het en haar heup nie gemeld nie terwyl sy by die verhoor geen melding van binne beserings gemaak het nie

nie/.....

nie behalwe toe sy herinner is aan wat sy tevore gesê het.

Die klaagster se moeder se hoofgetuienis was tot die klaagster se ouderdom beperk. Onder kruisverhoor het sy gesê dat die appellant op die dag van die beweerde oortreding en die vorige dag 'n aansienlike hoeveelheid sterk drank geneem het as gevolg waarvan hy sterk onder die invloed daarvan was. Hy wou selfs met die polisie baklei toe hulle hom wegneem. Daarna het sy in sy kamer vier leë brandewyn bottels gevind.

Katriena Kat se hoofgetuienis was dat sy 'n berig van Siena Bokwa ontvang het en saam met haar gegaan het na die appellant se huis toe, waar Siena werksaam was. Hulle het albei deur 'n opening van die skuifblinding van 'n venster gekyk. Binne die kamer op 'n bed het sy gesien dat die appellant met sy broek aan bo-op die klaagster lê. Haar bene was oopgespalk en die appellant het op en af beweeg. Sy gulp was oop. Sy kon egter nie sy manlike geslagsdeel sien nie. Siena het teen die venster gestamp, hulle het na 'n buurhuis gehardloop waar Van Wyk geroep is. Siena se getuienis strook met dié van Katriena alhoewel daar wel weersprekings tussen hulle is.

Die/.....

Die Verhoorregter het hulle getuienis aanvaar insoverre hulle getuig het dat hulle in die kamer geloer het voordat van Wyk ontbied is en dat hulle die appellant toe bo-op die klaagster gesien het. Origens was die Verhoorregter nie beindruk deur hulle nie soos blyk uit die volgende passasie uit sy uitspraak: -

> „Wat hulle verder waargeneem het is nie duidelik nie. Beide hierdie getuies het getuienis afgelê van wat hulle verder gesien het, wat botsend is met hulle getuienis by die voorlopige ondersoek in belangrike opsigte. Dit is vir my duidelik dat hulle besig was om te vergroot van wat hulle verder waargeneem het en om daardie rede is dit nie vir my moontlik om hulle getuienis te aanvaar as synde die waarheid bo enige redelike twyfel van wat hulle verder waargeneem het nie. Dit is duidelik dat hulle nie die waarheid vertel nie. Byvoorbeeld die een het gesê dat sy selfs die penis in die skaamdele van die klaagster gesien het. Dit is onnodig om verder daarop in te gaan."

Die student, Van Wyk, het bevestig dat hy deur Siena ontbied is en dat hy om ongeveer 4.35 nm. deur n gaping in die skuifblinding gekyk het. Hy kon slegs een persoon op n bed sien. Hy het erken dat hy vlugtig gekyk het en hy kon nie sê of die persoon bewegings gemaak het nie. Dit was donker in die kamer en onder kruisverhoor het hy verduidelik dat hy in werklikheid net die silhoeët van n persoon kon sien. Hy kon

nie/.....

nie sien of die persoon manlik of vroulik is nie. Sy moeder het hom weggeroep en die polisie was binne 8 na 10 minute op die toneel.

Die getuienis van die twee konstabels, Riekert en van Rensburg, het wesenlik ooreengestem. Albei het gesê dat hul deur ꞌn opening in die skuifblinding gesien het dat ꞌn persoon op ꞌn ander lê. Die een het gepraat van ꞌn silhoeët. Die boonste persoon het op en af beweeg. Hulle is na binne en het die betrokke kamer se deur toe gevind. Riekert het vertel dat hul oor ꞌn hond geval het. Van Rensburg het daarvan nie melding gemaak nie. Hulle het die deur oopgedraai en die kamer binne gegaan. Die appellant het op die regterkant van die bed gelê. Sy gulp was oop en hy het ꞌn ereksie gehad. Die klaagster het op die linkerkant van die bed gesit. Haar broekie het by die appellant se kop gelê. Die klaagster het, volgens Riekert, gehuil en gesê dat die appellant met haar gemeenskap gehou het. Daar was, volgens hom, bloed op die laken en matras. Volgens van Rensburg was die broekie ook bebloed. Beide het getuig dat die appellant nie na drank geruik het nie.

Onder/.....

Onder kruisverhoor het Riekert toegegee dat, met inagneming van die swak lig, hy verkeerd kon gewees het ten opsigte van die op en af beweging. Verder het hy gesê dat hy nie uit die silhoeët kon vasstel wat die persone op die bed se geslag was nie. Met betrekking tot die ereksie het beide toegegee dat hulle verkeerd kon wees. Wat die bloed op die laken betref het albei gesê dat dit net so wel politoer kon gewees het. In verband met die appellant se toestand het albei konstabels gesê dat hy „doodnugter" voorgekom het.

Die mediese getuienis het bevestig dat daar skeurtjies in die klaagster se maagdevlies was. Dit was nie seker dat hul van onlangse oorsprong was nie. Daar was ook getuienis dat die uiterlike geslagsdele rooi en opgeswel was en dat hierdie toestand deur 'n manlike geslagsdeel veroorsaak kon gewees het. In sy geheel gesien kom die getuienis van die twee geneeshere egter daarop neer dat dit baie redelik moontlik is dat die rooiheid en swelling op heel onskuldige wyse deur die klaagster self veroorsaak kon gewees het.

Die getuienis van die appellant se moeder was

dat/.....

dat sy die klaagster twee dae na die beweerde oortreding ondersoek het en geen fout met haar geslagsdele kon vind nie.

Die geleerde Verhoorregter het bevind dat die Staat nie bo redelike twyfel bewys het dat die appellant die klaagster se geslagsdele gepenetreer het nie. Hy het egter wel, op sterkte van die klaagster se getuienis soos deur sekere ander getuienis gestaaf, bevind dat die appellant bo-op die klaagster op en af bewegings gemaak het terwyl haar broekie af was en dat hy derhalwe 'n poging aangewend het om haar te verkrag.

Namens die appellant is aangevoer dat die getuienis ten opsigte van die gebeure in die slaapkamer in sy geheel so onoortuigend is dat, selfs met inagneming van die appellant se versuim om getuienis te lewer, bewys van sy skuld nie bo redelike twyfel aangevoer is nie.

Dit blyk uit die benadering van die Verhoorregter dat hy uitgegaan het van die gesigspunt dat stawing van die klaagster se getuienis in wesenlike opsigte 'n voorvereiste vir skuldigbevinding is. Met inagneming van die seksuele aard

van die saak, die klaagster se jeug, die verskille tussen haar getuienis in die Verhoorhof en die voorlopige verhoor en verskillende botsings tussen haar getuienis en ander Staatsgetuies (wat geredelik toegegee word deur Adv. Strauss wat namens die Staat verskyn het) was hierdie benadering in ooreenstemming met die veiligheidsreël wat geld in sodanige sake. R. v. Ncanana, 1948 (4) S.A. 399 (A.D.). Die Verhoorregter het hoofsaaklik stawing vir haar getuienis gevind in ondervermelde omstandighede: -

(a) Dat die appellant in die kamer bo-op die klaagster gelê het en op en af bewegings op haar uitgevoer het.

(b) Die mediese getuienis.

(c) Die feit dat die klaagster se broekie af was toe die twee konstabels die kamer binnegegaan het.

(d) Die appellant se versuim om te getuig.

Insoverre die eerste faktor as stawend van die klaagster se getuienis aangesien kan word, berus dit op die aanvaarding as betroubaar van die getuienis van Katriena, Siena, Riekert en van Rensburg. Wat Katriena en Siena betref was die bevinding in die Hof a quo, soos hierbo reeds aangedui,

dat/.....

dat net deel van hulle getuienis aanvaar kon word. Die kritiek wat die geleerde Regter op die oorblywende deel van hulle getuienis uitspreek is tereg streng gestel. Bykomend tot die opmerkings in die aangehaalde passasie kan vermeld word dat beide van hulle die klaagster in sommige opsigte nie staaf nie dog weerspreek deur versonne verhale waartoe hulle klaarblyklik saamgesweer het. As voorbeeld daarvan is hulle getuienis (wat in besonderhede onderling verskil) dat die appellant die klaagster se geslagsdeel gevryf het - iets wat die klaagster self geen woord van gerep het nie. In die lig van al die omstandighede en die Verhoorregter se bevinding dat hulle vergroot het en nie die waarheid vertel het nie, is dit, volgens my mening, gevaarlik om in enige opsig te steun op die getuienis van Katriena of Siena. Die getuienis van die twee konstabels oor hulle waarnemings deur die venster laat ook veel te wense oor. Hulle geleentheid vir waarneming was nie gunstig nie. Riekert het toegegee dat die lig so swak was dat hy verkeerd kon wees ten opsigte van die op en af beweging. Hy maak melding van n silhoeët wat spreek van onduidelike

uitsig. Met inagneming van Van Wyk se getuienis dat toe hy minstens 8 minute voor die polisie se aankoms op die toneel in die kamer gekyk het en dat dit toe so donker was dat hy nie kon uitmaak of die silhoeët van die enkele persoon wat hy gesien het beweeg het of nie, lê daar ook gevaar in die aanvaarding van hierdie getuienis. Van Wyk is oënskynlik 'n getuie sonder belang in die saak en die Verhoorregter meld nie dat hy sy geloofwaardigheid betwyfel nie. Ten aansien van hierdie faset van die getuienis van Riekert en van Rensburg is ek van oordeel dat adv. Mentz se submissie ten behoewe van die appellant dat hulle nie doelbewus meineed gepleeg het nie maar eerder waarheid toegedig het aan wat hulle verwag het, 'n realistiese beskouing is. Hulle geredelike en waarskynlik ongegronde afleiding dat daar bloed op die laken en matras (en volgens van Rensburg ook op die broekie) was, dui ook in dieselfde rigting. Gevolglik is ek van mening dat die geleerde Regter in die Hof a quo fouteer het deur te bevind dat daar afgesien van die klaagster se getuienis, bewys bo redelike twyfel aangevoer is dat die appellant te enige tyd bo-op die

klaagster/....

klaagster gelê het en op en af bewegings uitgevoer het.

Soos reeds aangedui is die mediese getuienis ewe versoenbaar met gepoogde verkragting as met onskuldige optrede deur die klaagster self.

Die twee oorblywende faktore wat deur die Verhoorregter as stawende omstandighede aanvaar is nl. die feit dat die klaagster se broekie af was en dat die appellant versuim het om te getuig val gerieflik saam vir doeleindes van bespreking: -

Alhoewel Riekert en van Rensburg in stryd met die klaagster se moeder se getuienis gesê het dat die klaagster „doodnugter" voorgekom het en alhoewel die Verhoorregter in die loop van vonnisoplegging opgemerk het dat die appellant op die betrokke dag „moontlik onder die invloed van drank gewees het", volg dit nie dat hulle getuienis met betrekking tot wat hulle in die kamer na hulle binnekoms aangetref het, verwerp moet word nie. In hierdie opsig word hulle deur niemand weerspreek nie. Daar is wel n verskil tussen die klaagster en hulle in verband met waar die broekie was. Die

klaagster/...

klaagster sê die broekie was op die grond; die konstabels sê die broekie was op die bed. Hulle is dit egter al drie eens dat 'n broekie van die klaagster in die appellant se kamer rondgelê het. Op hierdie punt van kardinale belang sowel as op die bykomende getuienis dat sy gulp oop was en dat die klaagster gehuil het, het die appellant geswyg. In S. v. Snyman, 1968 (2) S.A. 582, sê Holmes A.R. op bl. 588 F - H: -

> „There have been decisions in this Court dealing with the effect of an accused's failure to testify when the State case rests on inference from circumstantial evidence. An example is R. v. Ismail, 1952 (1) S.A. 204 (A.D.) at p. 210, first paragraph. But where there is direct evidence that the accused committed the crime, in general his failure to testify (whatever his reason therefor) ipso facto tends to strengthen the State case, since there is no testimony to gainsay it and therefore less occasion or material for doubting it; see S. v. Nkombani and Another, 1963 (4) S.A. 877 (A.D.) at p. 893F-G, and S. v. Letsoko and Others, 1964 (4) S.A. 768 (A.D.) at p. 776A-F."

(Kyk ook S. v. Nkomo and Another, 1966 (1) S.A. 831 (A.D.) op bl. 833D-F). In die omstandighede van hierdie saak is dit redelik om te aanvaar dat, indien 'n onskuldige verduideliking gegee kon word, die appellant nie sou versuim het om dit te

verstrek/...

verstrek het. Hierdie is, na my mening, ꞌn saak waar die algemene gevolg deur Holmes, A.R. vermeld intree en die saak van die Staat verstewig word deur die appellant se stilswye. Dit kan derhalwe, na my oordeel, bo redelike twyfel aanvaar word dat die appellant en die klaagster alleen in ꞌn betreklike donker slaapkamer was, dat die appellant se gulp oop was en sy geslagsdeel ontbloot was, dat die klaagster se broekie in daardie kamer uitgetrek was en dat sy gehuil het. Hierdie feite dui nie bo redelike twyfel aan dat die appellant ꞌn poging tot verkragting aangewend het nie dog dit blyk feitlik onvermydelik dat die appellant, ꞌn manspersoon, ꞌn onsedelike of onbehoorlike daad met die klaagster, synde ꞌn meisie onder die ouderdom van sestien jaar, gepleeg of probeer pleeg het en derhalwe artikel 14 (1) (b) van Wet Nr. 23 van 1957 oortree het. Vir so ꞌn oortreding skyn ꞌn vonnis van 12 maande gevangenisstraf gepas te wees.

Volgens my mening slaag die appèl tot dié mate dat die skuldigbevinding en vonnis tersyde gestel word

en/....

en vervang word met 'n skuldigbevinding van 'n oortreding van artikel 14 (1) (b) van Wet Nr. 23 van 1957 en 'n vonnis van 12 maande gevangenisstraf.

KOTZÉ, Wnd.A.R.

VAN BLERK, A.R. } Stem saam.
HOLMES, A.R. }