IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

JOHNSON M MASEKO .... Appellant

EN

DIE STAAT .... Respondent

Coram: HEFER, EKSTEEN ARR et NICHOLAS, Wn AR

Verhoor: 27 Augustus 1993

Gelewer: 16 September 1993

U I T S P R A A K

<u>EKSTEEN</u>, AR :

Die appellant is deur 'n streekhof skuldig bevind aan verkragting en gevonnis tot sewe jaar gevangenisstraf. Die skuldigbevinding en vonnis is deur die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling op appèl bekragtig maar daardie hof het aan die appellant verlof verleen om teen die skuldig-bevinding en die vonnis na hierdie Hof te appel-leer.

Die klaagster in die saak was 'n jong meisie van 9 jaar oud. Haar moeder, Stella Bushula, moes iewers heen weggaan en het die

..../2

klaagster in die sorg van dié se tante, Mavis Bushula, gelaat. Op Sondag 12 Augustus 1990 was daar 'n "stokvel" partytjie aan Mavis se huis, en beide Mavis en die klaagster was uiteraard ook teenwoordig. Hierdie partytjie het, soos uit die getuienis blyk, ingehou dat daar van die oggend tot betreklik laat die aand in die huis gedrink was. Onder dié wat dit bygewoon het was die appellant. Klaagster het aan die hof vertel dat appellant haar die aand na sononder geroep het en haar op sy skoot laat sit het. Later het hy vir haar geld gegee en vir haar gesê om by die winkels koeldrank te gaan koop. By haar terugkeer het sy weer op

.... /3

appellant se skoot gaan sit. Hy gee haar toe 40 sent om lekkers mee te koop, en toe sy terug-kom, het hy haar weer geroep en haar op sy skoot laat sit. Later die aand, toe van die partytjie-gangers begin loop het, en daar net twee mans "by die beskuldigde agtergebly het", het appel-lant haar gesê om wydsbeen oor sy skoot te sit. Hy het haar broekie weggestoot en "iets" tus-sen haar bene in haar skaamdeel gedruk. Sy het seergekry en geskree en gehuil, maar die ander twee mans wat daar gesit het, het net ge-lag. Na die voorval het sy gaan slaap.

Gevra waar haar tante tydens die voor-val was, antwoord sy dat haar tante saam met

iemand anders "na Moses se moeder se plek" ge-gaan het.

Klaagster se moeder het eers die volgende middag om vyfuur vir haar kom haal, en klaagster het toe vir die eerste keer open-baar wat appellant aan haar sou gedoen het. Die dag daarna is 'n klag by die polisie gelê en klaagster is deur die distriksgeneesheer ondersoek. Hy het sekere kneusings en swel-lings aan haar geslagsorgane gevind en die me-ning uitgespreek dat daar "moontlik" penetrasie was. Op 'n vraag deur die landdros of dit moontlik of waarskynlik was, het hy sy getuienis gewysig deur toe te gee dat dit "waarskynlik" was.

Geen smere vir ontleding is geneem nie.

.... / 5

Die klaagster se tante, Mavis Bush-ula is ter stawing van die klaagster geroep. Sy het vertel van die stokvel by haar huis en van die appellant se teenwoordigheid daar. Op 'n sekere stadium het sy vir ene Margaret "half-pad geneem". By haar terugkeer het sy gesien hoedat die klaagster op appellant se skoot sit met haar rug na hom toe gedraai. Sy het klaag-ster nie sien huil nie. Later die aand het klaagster gaan slaap en het dwarsdeur die volg-ende dag geslaap totdat haar moeder haar teen vyfuur die middag kom haal het. In al daar-die tyd was Mavis salig onbewus van enige bese-ring of ongesteldheid by die klaagster. Selfs

.... /6

nadat die klaagster by haar moeder gekla het, het Mavis nie self na die klaagster gekyk nie of enïgiets gedoen om haarself van die toedrag van sake te verwittig nie.

Nunu Radebe was een van die twee mans wat klaagster beweer het "daar by die beskuldigde agtergebly het" en wat "so eenkant gesit en ge-lag het" terwyl die appellant haar sou verkrag het. Hy het getuig dat hy reeds vanaf die oggend 10 uur by die stokvel was, en eers om 7.45 n m daar weg is. So teen 6.30 n m het hy gesien dat die appellant met die klaagster praat. Hy het nooit gesien dat sy op appellant se skoot gaan sit het nie, en ook nie gesien dat hy haar

.... / 7

probeer verkrag nie, of dat sy huil nie. Hy en sy vriende was gedrink. Hulle was vrolik en almal het gelag. Dit was in wese die Staat se saak teen appellant.

Die appellant het geen regsverteen-woordiging by die verhoor geniet nie. Hy het aan die begin van die verhoor, ooreenkomstig die bepalinge van art 115 van die Strafproseswet 51 van 1977, 'n verklaring gemaak waarin hy gepoog het om die grondslag van sy verdediging aan te dui. Aan die einde van die Staat se saak het hy getuienis afgelê. Die landdros het hom blykbaar nie geglo nie en sy getuienis gevolg-lik verwerp. Ek sal weldra na hierdie aspek

.... /8

terugkeer.

Die appellant was klaarblyklik heel-temal onbevoeg, en kwalik in staat om sy saak na behore voor te dra. In sy art 115-verkla-ring aan die begin van die verhoor het hy toe-gegee dat hy by die stokvel was en dat hy klaag-ster daar gesien het, maar hy ontken dat hy met haar gepraat het of enigiets met haar te doen gehad het. Hy verduidelik dat hy slegs bier gedrink het en daarna geloop het. Sy kruis-ondervraging van die Staatsgetuies was onbe-nullig en oneffektief. Hy het slegs ses vrae aan die klaagster gestel en geensins gepoog om haar geloofwaardigheid aan te tas nie. Aan

..../9

Mavis Bushula het hy slegs drie vrae gevra, aan Stella Bushula een, en aan Nunu Radebe geen vrae nie. Sy eie getuienis het uit vyf kort sin-netjies bestaan en neergekom op 'n besliste ont-kenning van enige aandadigheid aan die ten laste gelegde misdaad. Hierop het die aan-klaer hom breedvoerig ondervra, en kort-kort groot gewag daarvan gemaak dat die appellant sou versuim het om aspekte van sy verweer aan die Staatsgetuies te stel.

In sy uitspraak, by sy beoordeling van die aanvaarbaarheid van die klaagster se getuienis, merk die landdros op dat :

"Die enkele vrae wat die beskuldigde in

> kruisondervraging aan haar gestel het, het sy beantwoord sonder dat sy haarself weer-spreek het."

In die lig van die volslae onbeholpenheid van die kruisondervraging en die feit dat haar geloofwaardigheid geensins getoets is nie, skyn hierdie opmerking niksseggend te wees. Met verwysing na die appellant se getuienis wys die landdros op sekere "onbevredigende aspekte" daarvan. Een van hierdie aspekte is die volgende:

> "Dit is ook so dat verskeie aspekte in kruisverhoor nie deur die beskuldigde met die getuies opgeneem is nie. Die enigste verweer wat hy daarteen het is dat hy vergeet het om die vrae te vra."

Dat so 'n stelling ongeregverdig kan

wees waar die hof, soos in die onderhawige geval, te make het met 'n ongesofistikeerde beskuldigde wat nie verteenwoordig is nie, is reeds meermale in ons howe na verwys. (R v M 1946 AD 1023 op 1027-1029, en S v M 1989 (4) SA 421 (T) op 424 D -425 I en die gewysdes daar aangehaal.) Die aard en omvang van kruisondervraging is nie altyd vir 'n beskuldigde duidelik nie. Die bondige verduideliking van sy verpligting in dié verband wat 'n landdros gewoonlik aan so 'n persoon gee - soos wat hy ook in die onderha-wige geval gedoen het - dring ook nie altyd na behore tot hom deur nie. Di e hele opset en pro-sedure is vir hom vreemd, en dit is onbillik

om van hom te verwag dat hy soos 'n ervare regs-geleerde die opdrag sou uitvoer. Soos blyk uit R v M (supra) kan selfs regsgeleerdes in dié opsig te kort skiet sonder dat die hof 'n nadelige afleiding teen die beskuldigdes sal maak.

In sy verklaring aan die begin van die verhoor het die appellant die wesenlike aspekte van sy verweer probeer aandui, en die landdros het ook aan hom vrae gestel om meer helderheid daaroor te kry. Die landdros was dus op hoogte gewees van die verweer. In sul-ke omstandighede, meen ek, kan dit met reg ge-sê word dat dit wenslik vir die landdros was om die appellant te help, by wyse van perti-

.... / 13

nente vrae aan die Staatsgetuies, om sy verdediging na behore voor die hof te plaas, sonder om sy onbevange oordeel enigsins in te boet. (Cf S v Sebatana 1983 (1) SA 809 (0) op 812 G - 813 A en S v Dipholo 1983 (4) SA 757 (T) op 760 A - D.) In dié verband kan die bekende dictum van Curlewis AR in R v Hepworth 1928 AD 265 in gedagte gehou word, waar die geleerde regter op 277 gesê het :

> "A criminal trial is not a game where one side is entitled to claim the benefit of any omission or mistake made by the other side, and a judge's position in a criminal trial is not merely that of an umpire to see that the rules of the game are observed by both sides. A judge is an administra-tor of justice, he is not merely a figure-head, he has not only to direct and

> control the proceedings according to re-cognized rules of procedure but to see that justice is done."

Ek vind dus die kritiek van die landdros op die appellant se versuim om sy saak na behore aan die Staatsgetuies te stel ietwat onbillik. Groter omsigtigheid by die toetsing van die Staat se getuienis in die lig van die appellant se geopenbaarde verweer, kon die landdros gevrywaar het teen die wanvoorligting op die feite waarin hy ongelukkig geval het, soos ek aanstons sal aantoon.

Nadat die landdros na die "onbevredigende aspekte" van die appellant se getuienis verwys het, besluit hy dat -

> "Die weergawe van die beskuldigde is op grond van die probleme daaraan vir my moeilik aan-vaarbaar. Aan die ander kant is ek tevrede dat die getuienis van die Staatsgetuies in-soverre dit met dié van die beskuldigde in stryd is, die waarheid is."

Dit kom my voor 'n mistasting te wees. Die bewyslas het deurgaans op die Staat gerus om die skuld van die appellant bo redelike twyfel te bewys. Dit was nie nodig vir die landdros om die getuienis van die appellant te glo nie, of dit, in dié sin, aanvaarbaar te vind nie. As daardie getuienis redelik moontlik waar kon wees, was hy nie geregtig om dit te verwerp nie, maar moes hy dit in aanmerking geneem het by die beslissing van die skuld van die

appellant. (R v DiEford 1937 AD 370 op 373 en R v M (supra) op 1027.)

Om na die feite van die saak terug te keer blyk dit, soos ek reeds daarop gewys het, dat Nunu Radebe nie die klaagster staaf nie. Hy was, op klaagster se getuienis, een van die twee mans wat "daar by die beskuldigde agtergebly het" na van die ander mense geloop het, en wat "so eenkant ge-sit het en gelag het" terwyl appellant haar ver-krag het. Nunu ontken egter dat hy ooit vir die klaagster op appellant se skoot gesien het, of dat hy haar ooit sien huil het. Daar was dus geen stawing vir die klaagster by Nunu se getuienis te vind nie. Die landdros heb dit ook in sy uitspraak

so ingesien, en inderdaad bevind dat Nunu die klaagster se weergawe ontken het. Desondanks vind hy hierin 'n waarborg vir die klaagster se geloofwaardigheid, omdat sy nogtans bereid was "om vir die hof te sê dat daar inderdaad mense was, juis op gevaar af dat haar weergawe bevestig of ont-ken kan word". In hierdie geval was dit ontken, en haar geloofwaardigheid word daardeur in twyfel gestel. Dit kan dus kwalik tot haar voordeel gereken word.

Weereens, volgens die klaagster se ge-tuienis sou die verkragting plaasgevind het ter-wyl haar tante, Mavis Bushula, en 'n ander persoon weg was "na Moses-hulle se huis". Mavis getuig ook dat sy en ene Margaret op 'n stadium van haar

huis weggegaan het. By haar terugkeer sê sy, kry sy die klaagster op appellant se skoot sit "naby die deur" met haar rug na hom gekeer. Sy het ook nie gesien dat klaagster op daardie tydstip ge-huil het nie. Dit kom my haas ondenkbaar voor dat kort na die beweerde verkragting die klaag-ster nog steeds op appellant se skoot sou bly sit het, en geen tekens van ontsteltenis sou getoon het nie - selEs nie toe haar tante by die deur naby haar in die kamer inkom nie. Indien Mavis se getuienis aanvaar word, - en die landdros het dit klaablyklik aanvaar - dan kan die klaag-ster se getuienis kwalik waar wees. Dit moet die wese van die Staatsaak raak.

.... / 19

Dat daar wel met die klaagster se skaam-dele "gepeuter" is, word deur die bevindige van die geneeskundige ondersoek bevestig, maar of daardie kneusings op verkragting of 'n poging tot verkragting dui moet, afgesien van die klaagster se onbevestigde getuienis, 'n oop vraag bly. Die distriksgeneesheer het geen smere geneem om die teenwoordigheid van spermatozoa vas te stel nie, en haar moeder se bewering as sou sy ""mansaad" aan die klaagster se privaatdele ge-sien het, kan geen gewig hoegenaamd dra nie. Daar is nie ingegaan op presies wat sy waargeneem het nie en geen toetse is op die stof gedoen nie. Die distriksgeneesheer het geen soortgelyke

.... / 20

waarneming gedoen nie. Dit wil my dus voorkom dat die distriksgeneesheer se aanvanklike gevolg-trekking, nl dat daar <u>moontlik</u> penetrasie kon ge-wees het, 'n juiste weergawe van sy bevindings was. Al die ander faktore wat die landdros be-Invloed het, berus slegs op die onbevestigde getuienis van die klaagster self, en waar daar-die getuienis verdag is, kan dit nie gesê word dat die Staat sy saak bo redelike twyfel bewys het nie. Weliswaar was die appellant nie 'n goeie getuie nie, maar in di e omstandighede kan sy leuens nie gebruik word om "n Staatsaak, wat insigself onoortuigend is, op te lap nie.

.... / 21

Bygevolg slaag die appèl en die skul-digbevinding en vonnis word tersyde gestel.

J P G EKSTEEN, AR

HEFER, AR)
stem saam
NICHOLAS, Wn AR)