

• DIE SUID-AFRIKAANSE VERKRAGTINGSREG:

'N

STRAFREGSVERGELYKENDE ONDERSOEK

deur

Johan Martin Trotske Labuschagne

(M.A., LL.B., D.Phil.)

- - - - --0000000 - - - - -

Proefskrif aangebied ter voldoening
aan die vereistes van die graad

DOCTOR LEGUM

(Strafreg)

in die

FAKULTEIT VAN REGSGELEERDHEID

aan die

POTCHEFSTROOMSE UNIVERSITEIT

vir

CHRISTELIKE HOÛR ONDERWYS

Promotor: Prof. Dr. S. Postma

1972.

(i)

V O O R W O O R D

Hierdie werkstuk is aanvanklik onder leiding van wyle Prof. H.L. Swanepoel begin. Met laasgenoemde se afsterwe het Prof. S. Postma as promotor opgetree.

Sonder om voor te gee dat dié proefskrif sy nagedagtenis werd is, word dit opgedra aan die nagedagtenis van Prof. H.L. Swanepoel, ons leermeester en vriend. Prof. Postma het sy plek met eer volgestaan en aan hom is ek baie dank verskuldig vir opbouende kritiek en deurdagte leiding.

Graag wens ek die volgende persone en instansies te bedank:

(i) die Raad op Geesteswetenskaplike Navorsing vir hulle geldelike hulp. Standpunte in hierdie werkstuk uitgespreek is egter my eie;

(ii) die biblioteekpersoneel van die U.P.S. vir hulle onvermoeide diens;

(iii) Prof. F.J. van Zyl en my ander kollegas vir prikkelende gesprekke en insiggewende wenke; en

(iv) my vrou, Annatjie, vir haar hulp met die tegniese versorging van dié werkstuk.

J.M.T. Labuschagne.

Sept. 1972.

I N H O U D S O P G A W E

	<u>Bladsy</u>
Voorwoord	(f)

HOOFSTUK I

OOR DIE ONDERSOEK

1. Probleemstelling	1
2. Ondersoeksbeperkinge	3
3. Ondersoeksystematiek	3

HOOFSTUK II

'N HISTORIESE PERSPEKTIEF

<u>Die Bantoereg:</u>	8
I. Problematiese Grondslae van 'n Bantoeregtelike studie	10
(a) Die verskeidenheidsproblematiek	10
(b) Stofversamelingsproblematiek	11
(c) Regsistematiese problematiek	12
II. Verkragting in die Bantoeregstelsels	14
(a) Positiefregtelik-deskriptiewe uiteensetting	15
(b) Misdaadelementologiese analise	19
(i) Die dader en die slagoffer	19
(ii) Die handeling	20
(iii) Buite-egtelikheid	21
(iv) Na-besmydenisvergunning	22
(v) Skuld	22
(vi) Straf	23

III. Die Regsakkulturasiesteproses	23
<u>Die Romeinse Reg:</u>	26
1. <i>Per Vim Stuprum</i>	27
(a) <i>Die slagoffer</i>	28
(b) <i>Die dader</i>	29
(c) <i>Die handeling</i>	30
(d) <i>Skuld</i>	31
(e) <i>Buite-egtelikheid</i>	31
(f) <i>Straf</i>	31
2. <i>Injuria</i>	32
3. <i>Raptus</i>	33
4. <i>Stuprum van 'n Tutor met sy Pupilla</i>	33
5. <i>Geslagtelike gemeenskap deur omkoperij</i>	34
<u>Die Romeins-Hollandse Reg:</u>	35
I. <i>Verkragting</i>	35
(a) <i>Terminologie</i>	35
(b) <i>Verkragting in die misdadaadstruktuur</i>	36
(c) <i>Bepaling van die inhoud van die verkrachtingsmisdadaad</i>	37
(d) <i>Misdadaadelementologiese analise</i>	39
(i) <i>Die slagoffer</i>	39
(ii) <i>Die dader</i>	40
(iii) <i>Die handeling</i>	41
(iv) <i>Buite-egtelikheid</i>	47
(v) <i>Skuld</i>	49
(vi) <i>Straf</i>	49
(e) <i>Poging tot verkragting</i>	50

(f) Die na-verkrachtingsklagte	51
II. Stuprum	53
(a) Terminologie	53
(b) Simplex stuprum	53
(c) Gekwalifiseerde stuprum	56
III. Raptus	59

HOOFSTUK III'N REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

<u>Die Nederlandse Regs</u>	63
I. Agtergrond en Terminologie	63
II. Verkrachting	63
(a) Die slagoffer	64
(b) Die dader	65
(c) Die handeling	66
(d) Skuld	67
(e) Buite-egtelikheid	67
(f) Poging	68
III. Vleeslike Gemeenskap en die Pleeg van Ontugtige Hande- linge met 'n Vrou wat Bewusteloos is of in Onmag verkeer	68
IV. Vleeslike Gemeenskap met en Ontugtige Handelinge gepleeg teenoor Jeugdiges	71
V. Aanranding van die Eerbaarheid	74
<u>Die Duitse Regs</u>	76
I. Agtergrond en Terminologie	76

II. Notzucht	76
1) <i>Die dader en die slagoffer</i>	77
2) <i>Die handeling</i>	77
3) <i>Buite-egtelikheid</i>	78
4) <i>Skuld</i>	78
5) <i>Straf</i>	79
6) <i>Poging</i>	79
III. Gewaltsame Vornahme unzüchtiger Handlungen an einer Frau oder Mann	79
IV. Schändung	81
V. Geslagsmisdade teenoor Jeugdiges	82
1. <i>Unzucht mit Kindern</i>	82
2. <i>Verführung</i>	83
3. <i>Unzucht unter Misbrauch eines Betreuungsverhältnisses</i>	84
VI. Befaclaferschleichung	85
 <u>Die Noorweegse Reg:</u>	86
I. Agergrond en Terminologie	86
II. Verkragting	86
1. <i>Die dader en die slagoffer</i>	86
2. <i>Die handeling</i>	87
3. <i>Skuld</i>	88
4. <i>Buite-egtelikheid</i>	89
5. <i>Straf</i>	89
III. Ontugtige Omgang deur Dreigemente	89
IV. Ontugtige Omgang met Kranksinniges, Bewusteloses en ander Onmagtiges	90

V.	Ontugtige Omgang deur Bedrog	91
VI.	Ontugtige Handeling met Jeugdige	93
	(i) Kinders onder die Ouderdom van 14 jaar	93
	(ii) Kinders onder die Ouderdom van 16 jaar	94
	(iii) Kinders onder die Ouderdom van 18 jaar	95
VII.	Uitbuiting van 'n Afhanklikheidsverhouding vir Ontugtige Omgang	95
	<u>Die Engelse Req:</u>	97
I.	Agtergrond en Terminologie	97
II.	Verkragting	98
	A. Geskiedenis	98
	B. Inhoudsbepaling	99
	C. Misdaadelementologiese Analise	101
	1. Die dader en die slagoffer	101
	2. Die handeling	103
	3. Skuld	104
	4. Buite-egtelikheid	105
	5. Afwesigheid van Toestemming	107
	(a) Personifisering van 'n vrou se eggenoot ...	108
	(b) Geslagtelike gemeenskap met 'n slapende of andersins onmagtige vrou	110
	(c) Toestemming verkry van jeugdige en geeste- lik versteurde	114
	1. Jeugdige	114
	(i) Geslagtelike gemeenskap met 'n met- ste onder die ouderdom van 13 jaar	114

(ii) Geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar	115
2. Geestelik versteurdes	116
6. Straf	117
III. Poging tot verkragting	118
<u>Die Amerikaanse Regs</u>	120
I. Agtergrond en Terminologie	120
II. Verkragting (Rape)	120
1. Inhoudsbepaling	120
2. Misdaadelementologiese Analise	122
(a) Die dader en die slagoffer	122
(b) Die handeling	123
(c) Buite-egtelikheid	123
(d) Afwesigheid van toestemming	124
(e) Skuld	126
(f) Straf	126
III. Poging tot verkragting	126
IV. Statutêre Verkragting	127
<u>Die Nigeriese Regs</u>	129
I. Agtergrond en Terminologie	129
II. Verkragting	129
1. Inhoudsbepaling	129
2. Misdaadelementologiese analise	130
(a) Die dader en die slagoffer	130

	<u>Bladsy</u>
(b) Die handeling	131
(c) Buite-egtelikheid	131
(d) Skuld	133
(e) Afwesigheid van toestemming	133
(f) Straf	137
III. Poging tot verkragting	138

HOOFSTUK IV

"N POSITIEFREGTELIKE ANALITIES-
PRINSIPIËLE PERSPEKTIEF

I. Verkragting	140
1. Bepaling van die verkragtingsinhoud	140
2. Misdaadelementologiese analise	146
(a) Die slagoffer	146
(i) Geslag	146
(ii) Ouderdom	146
(iii) Morele lewe	147
(b) Die dader	148
(i) Geslag	148
(ii) Ouderdom	148
(iii) Medepligtigheid	153
(iv) Uttlokking	157
(v) Sameswering	158
(c) Die handeling	159
(d) Skuld	163
(e) Buite-egtelikheid	170
(i) Bantoeregterlike gewoontehandelik	170

(ii)	<i>Geregtelike skeiding</i>	174
(iii)	<i>Nietige en vernietigbare huwelike</i>	176
(iv)	<i>Kan 'n man sy vrou onsedelik aanrand?</i> ...	177
(f)	<i>Afwesigheid van toestemming</i>	179
(i)	<i>Toestemming en Submissie</i>	179
(ii)	<i>Gewelddadige en leedbedreigingsverkragting</i>	181
(a)	<i>Gewelddadige verkragting</i>	181
(b)	<i>Leedbedreigingsverkragting</i>	184
(iii)	<i>Ekstensiewe werking van die afwesigheid van toestemming-gedagte</i>	187
1.	<i>Geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar</i>	187
2.	<i>Geslagtelike gemeenskap met geestelik versteurde vroue</i>	195
3.	<i>Geslagtelike gemeenskap met slapende of andersins onmagtige vroue</i>	199
4.	<i>Geslagtelike gemeenskap deur bedrieglike voorstellinge</i>	202
(iv)	<i>Wanneer moet afwesigheid van toestemming bestaan?</i>	205
(g)	<i>Misdaadvoorwaardelikheid</i>	205
(h)	<i>Straf</i>	207
II.	<i>Poging tot verkragting</i>	210
III.	<i>Stuprum</i>	218

HOOFSTUK VSAMEVATTING VAN BELANGRIKSE KONKLUSIES

(a)	<i>Misdaadsistematies</i>	223
-----	---------------------------------	-----

<i>(b) Misdaadelementologies</i>	223
<i>Bibliografie</i>	225
<i>Gewysdes</i>	235
<i>Suid-Afrikaanse reg</i>	235
<i>Engelse reg</i>	244
<i>Nederlandse reg</i>	247
<i>Duitse reg</i>	248
<i>Minder bekende afkortings</i>	249
<i>English Summary</i>	250

HOOFSTUK I

OOR DIE ONDERSOEK

I. PROBLEEMSTELLING:

Afsonderlike bestudering van 'n misdaad of misdade het tot nog toe nie, vir doeleindes van gevorderde studie, groot byval in Suid-Afrika gevind nie. Tog bly die „besondere“ misdaad die wese van 'n strafreg-sisteem en die faktuele grondslag van die strafregswetenskap.

Die grondslag van strafregtelike aanspreeklikheid is tog geleë in die pleeg van 'n misdaad of anders gestel: in strafregsnormskending.

'n Misdad kan omskryf word as 'n deur die owerheid met strafbedreigde regsnorm of kortweg genoem: 'n strafregsnorm.¹⁾

Wanneer 'n mens die misdade analiseer om daaruit die elemente te abstraheer, tref 'n mens, afgesien van die regspolitiese,²⁾ verskeie, op buite-juridiese gronde gebaseer, algemene misdaadelemente aan. By beide roof en verkragting kan ons bv. 'n menslike handeling³⁾ identifiseer, maar die roofhandeling is tog nie die verkragtingshandeling nie.

Rabie,⁴⁾ na 'n omvattende ondersoek van strafregtelike daderskap,

-
- 1) 'n Misdad is 'n gedragsreël (norm) en wel 'n met strafbedreigde. Sien oor die algemeen Van Appeldoorn, L.J.: Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht, bl. 22. Sien verder Baumann, J.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, bl. 18; Pompe, W.P.J.: Handboek van het Nederlandse Strafrecht, bl. 5. Die woord „misdad“ word ook gangbaar gebruik om die oortreding (skending) van die gepositiveerde strafregsnorm aan te dui. Dié twee betekenis van die woord „misdad“ moet deeglik onderskei word.
 - 2) Die regspolitiese, en in hierdie geval die strafregspolitiese, is normatief van aard. Dit stel behorensiese, nie alleen t.o.v. wat as misdaad met straf bedreig moet word nie, maar ook hoe dit wat misdaad is omskryf moet word en welke elemente die misdaad behoort te bevat.
 - 3) Fisiek-kineties gefundeer.
 - 4) Rabie, M.A.: Die Deelnemingsleer in die Strafrecht, bl. 147. Sien ook bl. 154 hieronder.

konkludeer:

„Eers wanneer al die elemente van die misdaad aanwesig is, d.w.s. aan die misdaadomskruwing in sy geheel beantwoord is, is die handelende strafbaar. Die knoop word deur De Wet en Swanepoel deurgehak. Die standpunt wat hulle ten opsigte van daderskap huldig, kan m.i. as 'n deurbraak in die daderskapsproblematiek beskou word. Hulle is die eerste om daarop te wys dat die daderbegrip met die besondere misdaad in sy geheel genomé verbind moet word.“ Rabie se gevolgtrekking beklemtoon die belangrikheid van die studie van die individuele misdaad ook vir die algemene strafregsleerstukke.

Die problematiese van die verkrachtingsmisdad vertoon basies twee kante:

(i) t.o.v. die misdaadsistematiese.⁵⁾ Ter illustrasie: A hou geslagtelike gemeenskap met 'n 11-jarige meisie met haar (faktuele; psigies-intellektuele) toestemming. B hou geslagtelike gemeenskap met dieselfde meisie, maar sonder haar toestemming. Pleeg A en B dieselfde misdaad? Indien wel, behoort dit so te wees?

(ii) t.o.v. die misdaadelementologiese.⁶⁾ Ter illustrasie: X, 'n dertienjarige seun, hou, sonder haar toestemming, met 'n vrou geslagtelike gemeenskap. Pleeg hy verkragting?

In hierdie werkstuk word die verkrachtingsmisdad in die Suid-Afrikaanse reg misdaadsistematies en -elementologies betrag.

5) Onder die begrip „misdaadsistematiek“ verstaan ons die plek en samehang van die onderskeie misdade. Hierby is inbegrepe die vraag onder watter misdaad 'n strafbare handeling gestraf word of behoort gestraf te word.

6) Die begrip „misdaadelementologie“ slaan op die bepaling, analise en regspolitiese ebaluering van die misdaadelemente.

2. ONDERSOEKSEPERKINGE:

Verkragting, hoewel die term nie altyd in sy regsbetekenis deur ander vakwetenskaplikes gebruik word nie, vorm 'n studieobjek van verskeie vakwetenskappe, veral die psigologie,⁷⁾ sosiologie,⁸⁾ kriminologie (w.o. penologie)⁹⁾ en die regswetenskap.

In hierdie werkstuk word, soos die titel daarvan ook aandui, verkragting as regsverekynsel en in besonder as strafregsverekynsel, nl. as misdaad, bestudeer. Tog is ons bewus daarvan dat die strafregswetenskap nie in eksklusiwiteit bestaan of kan bestaan nie. Raakpunte met ander vakwetenskappe en afdelings van die reg is dus onvermydelik.

3. ONDERSOEKSSISTEMATIEK:

Omdat die werklikheid, in besonder ook die regswerklikheid, so onskelbaar saamhang, is alle sistematiese onderkeidings in eigsself blootgestel aan defektiwiteit: sistematiek voorveronderstel werklikheidsversteuring. Tog is die mens aangewese op sistematisering, want anders sou hy nie kennis tot sy voordeel kon aanwend nie: sonder sistematisering sou kennis sy sinvolle doelmatigheidskarakter verloor.

7) Sien bv. de River, J.P: Crime and the Sexual Psychopath, bl. 229 e.v.

8) Van Hamel, G.A: Inleiding tot de Studie van Het Nederlandsche Strafrecht, sê op bl. 8: „Het misdrijf is niet alleen een rechtens strafbaar feit; het is in de eerste plaats een menselijke handeling en een maatschappelijk verschijnsel; en wel een maatschappelijk euwel, den maatschappelijken vrede bedreigend, een sociaal pathologisch verschijnsel dus“.

9) Sien Gebherd, P.H., Gagnon, J.H., Pomeroy, W.B. and Christenson, C.V: Sex Offenders. An Analysis of Types, bl. 133 e.v. In hulle werk Criminology gee Taft, D.R. and England, R.W. verskeie redes waarom 'n studie van geslagsmisdade belangrik is vir die kriminologie. Op bl. 249 sê hulle ten slotte: „no aspect of penal and correctional treatment appears more irrational, unjust, and ineffective than the treatment of sex offenders“.

Die ondersoeksimatiek van dié werkstuk word aangebied, bewys van die feit dat daar ander bruikbare simatiese benaderinge van die gestelde probleem kan wees.

Makrosimaties, t.a.v. die breëre indeling van die gegewens (indeling in hoofstukke), word soos volg te werk gegaan: Hoofstuk II handel oor historiese aspekte van die Suid-Afrikaanse verkratingsreg. In hierdie verband word verwys na: (a) die Bantoereg wat meer van kultuurhistoriese waarde is; en (b) die Romeinse en Romeins-Hollandse reg wat, benewens die kultuurhistoriese betekenis daarvan, tot 'n groot mate die prinsipiële-simatiese pad van ons verkratingsreg verteenwoordig of verteenwoordig het.

In Hoofstuk III word die Suid-Afrikaanse verkratingsreg 'n regsvergelijkende agtergrond gegee.

Dié hoofstuk word soos volg onderverdeel:

(a) Regstelsels waarin gewelddadige en geweldsbedreigende geslagtelike gemeenskap as 'n afsonderlike misdaad beskou word. Hieronder word die volgende regstelsels behandel:

- (i) die Nederlandse,
- (ii) Duitse en
- (iii) Noorweegse.

(b) Regstelsels waarin verkrating primêr 'n toestemmingsafwesighedsmissdaad is. Hieronder word die volgende regstelsels behandel:

- (i) die Engelse,
- (ii) Amerikaanse, en
- (iii) Nigeriese.

Hoofstuk IV handel oor die Suid-Afrikaanse positiewe reg. In hierdie hoofstuk word die Suid-Afrikaanse positiewe reg (a) beskryf, (b) misdaadsimaties en -elementologies betrag en (c) histories en regsver-

gelykend geëvalueer.

In hoofstuk V word 'n kort samevatting van die belangrikste aanbevelings gegee.

Ten slotte kan net bygevoeg word dat besluit is op die afsonderlike bestudering van al die bespreekte regstelsels, omdat 'n algemene tematiëse of misdaadelementologiese benadering die interne misdaadsistematiek van die onderskeie regstelsels te veel sou skaad.

Mikrosistematies, t.a.v. die besondere indeling van die gegewens (onderverdeling van die hoofstukke), word soos volg te werk gegaan:

(i) afsonderlike misdade word afsonderlik behandel;

(ii) verkragting, of in sommige gevalle gewelddadige of geweldsbedreigende geslagtelike gemeenskap, word misdaadelementologies meer gedetailleerd ontleed. Sommige strafregseleerdes¹⁰⁾ maak die volgende misdaadelementologiese onderskeiding:

- (a) die dader of die aktiewe subjek;
- (b) die slagoffer of die passiewe subjek;¹¹⁾
- (c) die handeling; en
- (d) skuld.

T.o.v. dié benadering sê Vanhoudt en Calewaert:¹²⁾ „Deze opvatting heeft wellicht het voordeel het misdrijf minder statisch en meer dynamisch te beschouwen in zijn menselijk gebeuren door de gedraging

10) Sien Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W: Belgisch Strafrecht, Deel II, bl. 263 (voetnoot 1).

11) Vanuit 'n kriminologiese oogpunt gesien, het so 'n indeling veel betekenis. Om die begrip „dader“ het die Kriminologie as vakwetenskap ontspring. Om die begrip „slagoffer“ is 'n afdeling van die hedendaagse Kriminologie besig om te ontwikkel, nl. die Viktimologie. Sien Kempe, G.T: Inleiding tot de Criminologie, bl. 219-237.

12) Deel II, bl. 263.

met haar misdadig opzet onmiddellijk in verband te stellen met de dader en eventueel met het slachtoffer". Die probleem van dié benadering, soos Vanhoudt en Calewaert¹³⁾ tereg aantoon, is dat alle misdade nie slagoffermisdade is nie.

Verkragting is egter 'n slagoffermisdad. In hierdie werkstuk volg ons, met die toevoeging van enkele ander misdaadelemente, die bo genoemde benadering. Ons is bewus daarvan dat daar strafregtelik slegs sprake van 'n dader en slagoffer kan wees as aan al die misdaad vereistes voldoen is. Laasgenoemde hang saam met die feit dat die misdaadelemente nie strafregtelik geskei kan word nie. 'n Ander benadering sou gevolglik nie 'n ander resultaat kon bied nie.

13) Ibid.

HOOFSTUK II

'N HISTORIESE PERSPEKTIEF

In hierdie hoofstuk behandel ons:

DIE BANTOEREG wat van meer kultuurhistoriese waarde is en

DIE ROMEINSE EN ROMEINS-HOLLANDSE REG wat, benewens die kultuurhistoriese waarde daarvan, vir die Suid-Afrikaanse reg van primêre prinsipiëleel-sistematiese betekenis is of was.

DIE BANTOEREG

Die reg is 'n menslike gedragsreëlskepping, daarom normatief van aard en 'n kultuurmoment.¹⁴⁾

Die volk, met sy etniese kern, simboliseer die breëre sosio-organiese immateriële kultuurstruktuur. Die reg, as aspek van so 'n struktuur, ontstaan nie alleen vanuit die volk nie, maar staan ook binne juridies-territoriale geldingsgrense in 'n ordeningsdiens tot die volk. Dit word nie voorgegee dat daar nie gemeenskaplike regsreëls by verskillende volkere kan bestaan nie. Waar daar kultuurooreenkomste bestaan kan daar ook gelykluidende regsreëls wees. Teleologiese redes kan ook, soos later aangetoon sal word, regsuniformiteit noodsaak.

Die verskillende Bantoevolkere (etniese groepe) het elkeen hul eie regstelsel gehad. Dittmer¹⁵⁾ laat hom in die algemeen soos volg uit: "Wenn auch für die innerethnischen Beziehungen ein kodifiziertes Recht und ein eigener Richterstand erst von den Hochkulturen geschaffen wurden, so besitzen doch bereits die frühesten Kulturen eine Ethik und Begriffe für Recht und Unrecht".

Vanhoudt en Calewaert¹⁶⁾ beweer dat die ontwikkeling vanaf familiële solidariteit (groepswraak) tot staatsgesag beskou kan word as 'n konstante in die evolusie van 'n strafregstelsel. Hulle verduidelik:

14) Sien Dooyeweerd, H: A New Critique of Theoretical Thought, Deel II, bl. 197.

15) Dittmer, K: Allgemeine Völkerkunde, bl. 63. Sien ook de' Entreves, A.P: Natural Law, bl. 85; Birket-Smith, K: The Paths of Culture, bl. 325.

16) Vanhoudt en Calewaert, Deel I, bl. 37.

inhoud

"Op deze fase van familiële solidariteit volgt de langzame opheffing van het collectivisme en de groei naar een individueel strafrecht, wat de aansprakelijkheid betref, naar een publiekrechtelijk strafrecht, waar de beskerming van de veiligheid van het individu een openbare functie word".¹⁷⁾

In die lig van hierdie beskouing kan beweer word dat die Bantoes, ten tyde van die vroegste kontak met die Blankes, op 'n tussenstadium was. Dugmore¹⁸⁾ wys daarop dat die Bantoes nog vorme van familiaal-kollektiewe aanspreeklikheid geken het.

Die Suid-Afrikaanse strafreg ken vandag nog vorme van kollektiewe aanspreeklikheid,¹⁹⁾ maar familiaal-kollektiewe aanspreeklikheid is vir baie eeue al onbekend.

Met die territoriale ekspansie van die Blankes se staatsgesag oor Suid-Afrika het die Bantoes se strafreg geleidelik plek gemaak vir dié van die Blankes. Die strafregsteeem van die Blankes, gefundeer op die Romeins-Hollandse reg, is tot 'n groot mate uniform gemaak.

Dit is belangrik om by die bestudering van die Suid-Afrikaanse strafreg rekening te hou met die feit dat daar by die Suid-Afrikaanse strafregsubjekte (-onderdane) volkere inbegrepe is, wie se strafregstelsels in hulle evolusionele gang afgesny en sistematies uit hul breëre regsisteem ontkoppel is. Ter analise en verklaring van die probleme by die toepassing van die strafreg en dié van straftoemeting blyk dit nodig te wees om 'n studie te maak van die voorpolisatiewe²⁰⁾

17) Bl. 35.

18) Dugmore, H.H. in MacLean, Colonel: A Compendium of Kafir Laws and Customs, bl. 38. Sten ook Van Warmelo, N.J.: Venda Law, Deel II, bl. 329.

19) Sten art. 381 van die Strafproseswet, wet 56 van 1955.

20) Voordat die Blankes gesag oor die onderskeie Bantoevolkere gevestig het. Die woord "tradisioneel" wat gangbaar gebruik word, is onbevredigend omdat dit 'n te wye omvang het.

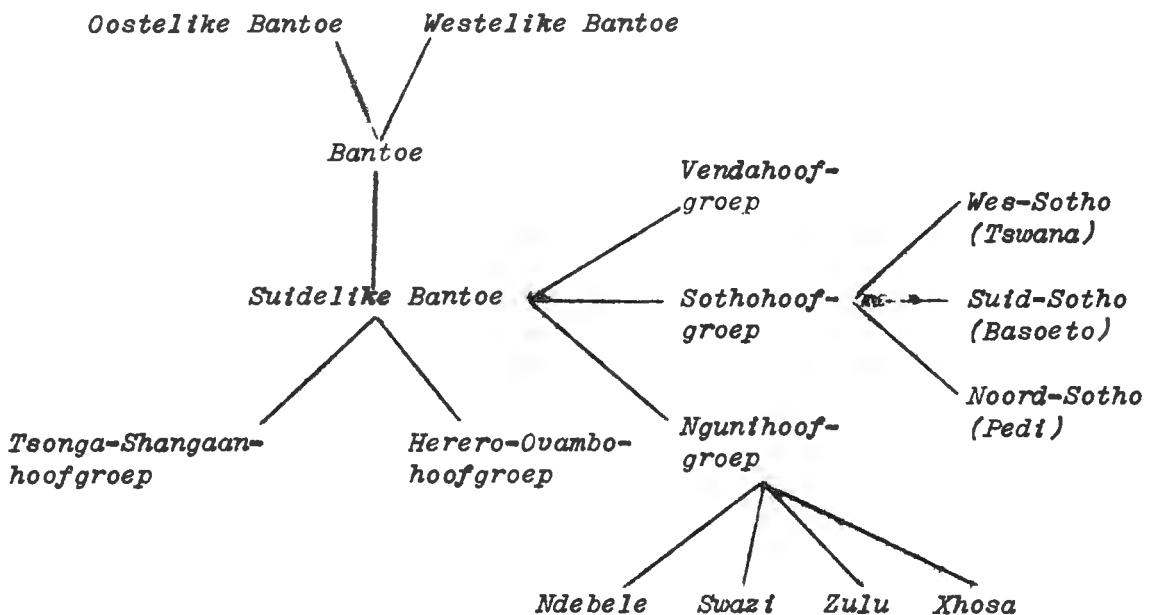
verkragtingsreg onder die Bantoe. So 'n studie kan vir die krimino-
loog (veral die misdaadetioloog) ook van besondere betekenis wees.²¹⁾

I. PROBLEMATIESE GRONDSLAE VAN 'n BANTOEREGTELIKE STUDIE:

a) Die verskeidenheidsproblematiek:

'n Feit wat dikwels by bestudering van die Bantoeregstelsels oor
die hoof gesien word, is die teenwoordigheid van merkbare regsverskille.

Etnies (en tot 'n groot mate ook regskundig) kan die Suid-Afrikaanse
Bantoes, in die breë, soos volg ingedeel word:²²⁾



Die Suid-Afrikaanse Bantoes vorm die grootste deel van die
Suidelike Bantoe.

21) Dit moet in gedagte gehou word dat daar nog steeds Bantoes is wat volgens sekere voorpolisatiewe gebruike leef.

22) Sien ook Bruwer, J.P: Die Bantoe van Suid-Afrika, bl. 26 - 28; Van Warmelo, N.J: A Preliminary Survey of the Bantu Tribes of South Africa, bl. 59; Seymour, S.M: Bantu Law in South Africa, bl. xxiii.

inhoud

Soos reeds genoem, bestaan daar nie 'n eenvormige Bantoeregstelsel nie. Selfs binne dieselfde stam bestaan daar soms regsverskille. Dat daar egter ook groot ooreenkomste bestaan, kan nie weggedeneer word nie.

b) Stofversamelingsproblematiek:

In nasporing van die voorpolisatiewe reg van die Bantoe word 'n mens deur verskeie probleme gekortwiek:

(i) daar bestaan geen selfgedokumenteerde kennis aangaande die inhoud van hulle regstelsels nie.²³⁾ Die rede hiervoor is voor die handliggend: hulle kon nie skryf nie;

(ii) omdat regs-kennis by die Bantoevolkere dikwels op oorleweringe berus en laasgenoemde soms 'n mitologiese karakter dra, word die histories-empiriese regsreëls moeilik akkuraat daaruit abstraherbaar;

(iii) gangbare rekonstruktiewe regsvasstellingsmetodes het soms die neiging om die reg neer te trek tot 'n statiese vlak. Vanhoudt en Calewaert²⁴⁾ sê tereg: "Het strafrecht, zoals wij het thans kennen, is slechts een fase van een eeuwenlange evolutie, een momentopname dus van dit recht zoals het zich vandaag de dag voordoet"; en

(iv) menige optekening van Bantoeregsreëls gaan mank aan ongemotiveerde veralgemenings en is dikwels gedoen nadat dit reeds grootskaalse beïnvloeding ondergaan het.

23) Sien verder Lewin, J: Studies in African Law, bl. 104; Schapera, I: The Bantu-speaking Tribes of South Africa, bl. 197.

24) Deel I, bl. 33.

c) Regsystematiese problematiek:

By bestudering van die Bantoeregstelsels ondervind 'n mens, bereken vanuit ons denk- en beleweniswêreld, fundamentele analities-sistematiese probleme:

(i) daar bestaan 'n strukturele en funksionele gemeenskapsongedifferensieerdheid,²⁵⁾ en

(ii) die immanente en transkendente vorm 'n reële belewenis-eenheid.²⁶⁾

Uit 'n registematiese oogpunt gesien, vind ons 'n kaaktyllose konkreetheid wat sterk op die psigiese steun. Daar bestaan feitlik geen sistematiese regsdenke nie.

Verskeie persone het pogings aangewend om die onderskeie regstelsels of afdelings daarvan sistematies te rekonstrueer en/of kontemporêr te beskryf. Dit is opmerklik dat juriste feitlik glad nie deelgeneem het aan genoemde pogings nie.

Aan die hand van die werke van enkele van dié skrywers word vervolgens gepoog om die regsistematiese aard van die Bantoeregstelsels te peil.

Soga²⁷⁾ beweer dat die Xhosas nie 'n onderskeid tussen straf- en privaatreë geken het nie. Tog sê hy dat die doodstraf vir toordery

25 & 26) In die stamorganisasie word dit meer konkreet uitgedruk in die posisie van die stamhoof: hy simboliseer die etniese eenheid, is godsdienstige hoof (verbind ook die stamlede met die voorvaders), die „staatshoof“ en is ook hoofuitvoerende, -regspreekende en -regskeppende amptenaar. Die toekoms, hede en verlede is in hom gevestig en daarom kan, tereg, na die Bantoestamgemeenskappe verwys word as diachroniese gemeenskappe.

27) Soga, J.H: The Ama-Xhosa: Life and Customs, bl. 41. Sien ook Duncan, P: Sotho Laws and Customs, bl. 103; Molema, S.M: The Bantu. Past and Present, bl. 140; Junod, H: The Life of a South African Tribe, bl. 439; Dugmore, bl. 37.

opgelê kon word. 'n Geldige vraag is: is sy analise suiwer? Dit is duidelik dat sy stelling nie korrek is nie. Soga fouteer omdat hy die prosesregtelike verwar met die materieelregtelike: die straf- en burgerlike prosesreg was grootliks geïntegreer, maar daar het, soos hieronder verduidelik, tog sekere strafbedreigde regsnorme bestaan.

Holden²⁸⁾ sien wel 'n onderskeid: "The criminal cases belong to the king, in which he becomes 'public prosecutor', levies and receives the fines, taking all the benefit to himself, which forms one very important part of his revenue. The principle is, the king claims the person and all matters relating to him, as his property; the subject claims the property, as cattle, as his own. Hence, whatever offence relates to the person becomes criminal,²⁹⁾ or constitutes a criminal case and whatever offence relates to the property of the individual is a civil case".³⁰⁾

Cook³¹⁾ het dit oor die Bomwana as hy sê: "Action is not taken in the first instance by the Chief. He only acts if the complainant appears before him and lays a charge". In geval die klaer wel 'n klagte lê en daar 'n gevolglike skuldigbevinding is, gaan 'n sekere gedeelte van die boete soms na hom.³²⁾ Dit is opvallend dat die benadeelde 'n bepaalde aandeel in strafgedingvoering het: word daar nie gekla nie, word daar

28) Holden, W.C: The Past and Future of the Kaffir Races, bl. 333. Sien ook Kidd, D: The Essential Kafir, bl. 352; Nkwana v. Nonganaba I.N.A.H.79; Mbambo v. Swaai 1931 N.A.H. (K. en O.) 19; Mkunoana and Others v. Dumke 1939 N.A.H. (K. en O.) 68.

29) Strafsake sluit, volgens hom, moord, toordery, hoogverraad, verkragting, aborsie, bloedskaande en onnatuurlike geslagsmisdade in.

30) Sien ook Ashton, H: The Basuto, bl. 254.

31) Cook, P.A.W: Social Organisation and Ceremonial Institutions of the Bomwana, bl. 150. Sien ook Casalis, bl. 224. Sien verder Schapera, I: A Handbook of Tswana Law and Custom, bl. 46 en bl. 257 e.v.; Hammond-Tooke, W.D: Bhaca Society, bl. 219 sien 'n misdad as 'n gedraging teen die stamhoof as simboliseerder van stamsolidariteit.

32) In strafsake gee die stamhoof soms as 'n teken van welwillendheid 'n gedeelte van die boete aan die klaer. Sien Schapera, I: Bantu-speaking Tribes of South Africa, bl. 208.

nie strafregtelik opgetree nie.³³⁾

Uit bogaande kort bespreking kan konkluderend-analities die volgende opgemerk word:

(i) dit is duidelik dat daar 'n basiese juridies-sistematiese onderskeiding gemaak kan word. Daar bestaan 'n onderskeid tussen wat ons vandag sou neem die straf- en privaatrege. Die grondslag vir so 'n onderskeiding verskil egter indringend van dié wat ons ken. Aanvaar 'n mens egter dat die stamhoof prinsipieel gelyk gestel kan word aan ons hedendaagse staat, en daar bestaan m.i. geen rede waarom dit nie gedoen kan word nie, dan was daar sekere gedraginge, soos deur Holden uiteengesit, wat met owerheidsstraf verbied was; en

(ii) daar het verder nie 'n duidelike onderskeid bestaan tussen straf- en privaatregtelike prosedures nie.³⁴⁾

Samevattend kan ons dan verklaar dat die Bantoeregstelsels nie na behore vanuit 'n hedendaagse regsistematiese uitkyktoring beoordeel kan word nie.

II. VERKRAGTING IN DIE BANTOEREGSTELSELS:

Omdat die optekening van die Bantoereg in die reël gedoen is deur persone wat nie in die regsweetenskap onderlê is nie, is dit nie verrasend

33) Hierdie reël bestaan ook t.o.v. sekere misdade in moderne regstelsels. Sien bv. art. 194(2) van die Noorweegse Strafkode en art. 182(2) van die Duitse Strafkode.

34) Sien Schapera, Bantu-speaking Tribes of South Africa, bl. 199; du Plessis, L.J.: Inleiding tot die Algemene Regsleer of Jurisprudensie, bl. 94. Hierdie verskynsel word algemeen onder primitiewe volkere aangetref. Sien bv. Wilda, W.E.: Das Strafrecht der Germanen, bl. 196; Malinowski, B.: Crime and Custom in Savage Society, bl. 56. Bewysregtelik bestaan daar ook ingrypende verskille tussen ons reg en dié van die Bantoes. Die belangrikste hiervan is dat die beskuldigde in die Bantoereg skuldig vermoed word en die bewyslas is op hom om dit te weerlê. Sien bv. Dugmore, bl. 39.

dat daar feitlik niks oor die juridiese aard van verkragting gedoen is nie. Antwoorde op belangrike regs vrae bestaan daar nie.

In die verdere bespreking word soos volg te werk gegaan:

- (i) aanvanklik word 'n positiesregtelik-deskriptiewe uiteensetting van die beskikbare gegewens gegee; en
- (ii) daarna word 'n verkrachtingsmisdaadelementologiese analise probeer.

a) Positiesregtelik-deskriptiewe uiteensetting:

Brownlee³⁵⁾ hoewel hy nie verkragting omskryf nie,³⁶⁾ verklaar dat daar geen vasgestelde boete vir verkragting was nie. Word verkragting gepleeg op 'n getroude vrou gaan die „boete” na haar man en indien dit gepleeg is op 'n ongetroude vrou, gaan dit na haar voog. 'n Sekere gedeelte van die toegekende bedrag gaan, volgens hom, na die stamhoof.³⁷⁾

Soga,³⁸⁾ daarenteen, verklaar: „Rape (U-Dlwengulo) was treated as a civil case,³⁹⁾ and where guilt was proved the offender was fined such number of cattle as were considered an equivalent for the offence”.⁴⁰⁾ Soga verwys nie uitdruklik na enige boete wat na die stamhoof gaan nie.

Soga omskryf nie verkragting nie, maar uit sy gebruik van die woord „U-Dlwengulo”⁴¹⁾ spreek duidelik dat dit om gewelddadige geslagtelike

35) Brownlee, in MacLean, bl. 115.

36) Blykbaar verstaan hy dieselfde onder die begrip „verkragting” as wat nie-juriste gangbaar daaronder verstaan, nl. gewelddadige geslagtelike gemeenskap teen die wil van die slagoffer.

37) Hierin lê die strafelement.

38) Bl. 62.

39) Kidd, bl. 353 sê weer dis 'n strafszaak. Kidd skryf ook oor die Xhosas.

40) Kidd, bl. 353 sê die boete was van 1 tot 4 beeste.

41) Hierdie woord dra basies die gedagte van geweld. Sien McLaren, J: A New Concise Xhosa-English Dictionary.

gemeenskap gaan.

Die Xhosastamme ken ook die sg. uku-twala-gebruik.⁴²⁾ Hier het ons eintlik te make met gewelddadige wegwouering van 'n voornemende bruid. In werklikheid is die vrou in meeste gevalle 'n toestemmende party, sy stribbel vir die skyn egter teë. Onder die Pondos is dit die algemene wyse van huweliksluiting. Werklike gewelddadige bruidwegwouering word egter nie geduld nie en nog minder gepaardgaande geslagtelike gemeenskap.

Die Tswana het gewelddadige geslagtelike verkeer (pâtêlêlo) as 'n ernstige misdad beskou.⁴³⁾ In die ou dae was dit 'n halsmisdad.⁴⁴⁾ Onder die Kgatla (substam van die Tswana) is die skuldige gevonniss tot betaling van 'n sekere aantal heeste, een waarvan by die hof geslag word of deur die stamhoof vir homself geneem is,⁴⁵⁾ en die res gaan na die klaagster se vader (of voog) en indien sy getroud was, na haar man. Soms is lyfstraf ook toegedien. Onder die Nqwato (substam van die Tswana) is, daarenteen, geen vergoeding verhaal nie, maar baie swaar lyfstraf is opgelê.

In die Tswanareg is poging tot verkragting as 'n vorm van ernstige aanranding beskou.⁴⁶⁾

42) Sten Seymour, bl. 94 e.v.; Reuter, A: Native Marriages in South Africa, bl. 143 e.v.; R. v. Njova 1906 O.D.71; Nedent and others v. R. 1908 O.D.243; R. v. Swartpool and others 1916 O.D.170; Qoga v. Lange 1929 N.A.H. (K. en O.)14; Diomo v. Mohadi 1946 N.A.H. (K. en O.)61. 'n Soortgelyke gebruik, Chobeliso, bestaan by die Suid-Sotho. Sten Duncan, bl. 107; Ashton, bl. 259.

43) Schapera, A Handbook of Tswana Law and Custom, bl. 260.

44) Sten ook Molema, bl. 142.

45) Hierin lê die strafelement.

46) Schapera, A Handbook of Tswana Law and Custom, bl. 260. Bestialiteit was ook 'n halsmisdad. Sodomie is met lyfstraf gestraf. In die Hottentotereg is oorspel, bloedskande en sodomie met die dood gestraf - Schapera, I. and Farrington, B: The Early Cape Hottentots, bl. 68.

Onder die Tswana tref ons die volgende bewysregtelike interessantheid aan: die verkrachtingslagoffer moes onmiddellik na die beweerde verkragting by 'n familielid of vriend(in) gaan kla, anders kon die verweer opgewerp word dat sy 'n toestemmende party was.⁴⁷⁾

In die Pedireg was verkragting⁴⁸⁾ op 'n gewone vrou gepleeg nie as vreeslik ernstig beskou nie.⁴⁹⁾ 'n Boete aan die stamhoof betaal, is as voldoende beskou. Skadevergoeding is ook betaal aan die vrou se vader of voog of, indien sy getroud is, aan haar man. Verkragting gepleeg op die hoofvrou van die stamhoof is met die dood gestraf. Selfs al het die hoofvrou toegestem tot geslagtelike gemeenskap, is dit strafregtelik nooit as 'n geldige verweer aanvaar nie.⁵⁰⁾

Ook in die Suid-Sothoreg was gewelddadige geslagtelike verkeer strafbaar.⁵¹⁾⁾ Indien dit bewys kon word dat die beskuldigde begerig was om met die slagoffer te trou en dat die beweerde verkragting plaasgevind het terwyl hy (die beskuldigde) haar (die slagoffer) ontvoer het, is die aangeleentheid behandel as ontvoering. Is die beskuldigde skuldig bevind aan verkragting, is 'n groot boete opgelê en is hy verder beveel om die normale skadevergoeding vir oorspel of seduksie aan die slagoffer se man of vader (voog) te betaal. Die skuldige kon verder

- 47) Schapera, A Handbook of Tswana Law and Custom, bl. 285. Sten verder oor die Ntlonze-gebruik onder sekere Ngunistamme, Ntantiso v. Maxatazo 2.N.A.H.42; Dalisiko v. Notyanga 2 N.A.H. 53; Jaca v. Senana 1939 N.A.H. (K. en O.)12.
- 48) Die begrip word nie omskryf nie.
- 49) Harries, C.L.: The Laws and Customs of the Bapedi and Cognate Tribes, bl. 106.
- 50) Soortgelyke reëlings bestaan by die Bomvana van die Transkei en die Moshona van Rhodesië. Sten resp. Cook, bl. 152 en Bullock, C: The Mashona, bl. 308. Of geslagtelike gemeenskap met die hoofvrou met haar toestemming as verkragting gestraf is, is nie duidelik nie.
- 51) Sten Ashton, bl. 259; Casalis, E: The Basutos, bl. 228. Sten ook Mongama v. Lemeko, Mosuoë se hof, Okt. 1936 (Gerapporteer deur Ashton, bl. 259).

gedwing word om met die slagoffer te trou.⁵²⁾

Konkluderend-analities kan die volgende opgemerk word:

(i) uit bobeskrewe karige gegewens blyk dit dat gewelddadige geslagtelike gemeenskap in die Bantoeregstelsels strafbaar was.⁵³⁾ Nêrens word spesifiek gesê dat dit teen die wil van die slagoffer moet wees nie. Die na-verkrachtingsklagtevereiste, soos deur Schapera genoem,⁵⁴⁾ wys egter duidelik daarop dat lamlegging van die slagoffer se wil ten minste in die Tswanareg 'n vereiste vir die misdadige verkrachting was;

(ii) die verkrachtingsmisdadige het prosesregtelik ongedifferensieerd van die ooreenstemmende delik bestaan;

(iii) dit is verder duidelik dat 'n misdadige nie los gesien kan word van die breër waardesisteme van die onderskeie Bantoevolkere nie. Die feit dat die hoofvrou van die stamhoof nie strafloos kon toestem tot geslagsomgang met 'n derde nie, is 'n goeie voorbeeld hiervan. Laasgenoemde reël hang saam met die genealogiese verhoudings van die stamhoof: minderwaardige bloed word nie in die genealogiese lyn van die stamhoof geduld nie; en

(iv) nêrens word enigszins 'n elementologiese analise van die verkrachtingsmisdadige aangedurf nie.

52) Casalis, bl. 229.

53) Sien verder Seymour, bl. 12; Schapera, The Bantu-speaking Tribes of South Africa, bl. 211; Laubscher, B.F.J.: Sex, Custom and Psychopathology, bl. 265. In die Zoeloereg is geslagtelike gemeenskap met onryp meisies blykbaar afsonderlik behandel. In so 'n geval is 'n ukwimba-bees aan die vader of voog van die slagoffer betaal. Sien R. v. Duka 4 C.C.129(N). Sien ook van Warmelo, Deel I, bl. 159 t.o.v. die Venda.

54) Sien bl. 17 hierbo.

b) Misdaadelementologiese analise:

Vervolgens word 'n poging aangewend om die verkrachtingsmisdaad-vereistes nader te bepaal.

(i) Die dader en die slagoffer:

Omdat die Bantoes nie ons algemene tydsberekenningsmetodes geken het nie, sou dit onvanpas wees om na 'n chronologiese ouderdomsgrens vir strafregtelike aanspreeklikheid te soek. Daar moet eerder gesoek word na strafregtelike aanspreeklikheidsnorme binne hulle eie waardesisteme.

Volgens van Warmelo word 'n seun wat geslagtelik onryp is en wat geslagtelike gemeenskap hou met 'n vrou, gestraf met 'n pakslae. Sulke sake word deur die families onderling behartig en kom nie voor die hofe nie.⁵⁵⁾

Geslagtelike gemeenskap deur onbesnedene is nie geduld nie. Harries⁵⁶⁾ wys daarop dat 'n geslagtelike ryp persoon wat nog nie besny is nie, in die ou dae in die Pedireg met die dood strafbaar was as hy geslagtelike gemeenskap met 'n vrou hou.

Uit wat Harries ons meedeel, is dit duidelik dat strafregtelike aanspreeklikheid nie met die vraag of 'n persoon besny was, of nie, saamgehang het nie.⁵⁷⁾

55) Deel II, bl. 273. Die vrou, blykbaar verwys van Warmelo na 'n geslagtelik ryp vrou, pleeg 'n ernstige oortreding, want die Venda glo dat die seun, omdat hy nog nie geslagtelik ryp is nie, van geslagtelike gemeenskap kan doodgaan.

56) Bl. 64.

57) Kidd, bl. 357 wys daarop dat vir seduksie waarop swangerskap volg die skadevergoeding betaalbaar hoër is as die dader onbesnyd is.

In *Skenjana v. Geoa*⁵⁸⁾ moes die Bantoeappèlhof beslis wanneer 'n handeling deur 'n kind deliktuele aanspreeklikheid tot gevolg kan hê.⁵⁹⁾ Die hof bevind dat die kind in die onderhawige geval die gevolge van sy handeling kon voorsien, want "(he) has reached the age at which it is usual to entrust the care of cattle to native boys and in the opinion of this Court he was old enough to foresee the consequences of his wrongful and negligent act...".⁶⁰⁾

Of strafregtelike aanspreeklikheid van 'n kind volgens dieselfde norm bereken is, kan nie met sekerheid gesê word nie. Die beskikbare gegewens laat ons nie toe om 'n afdoende antwoord te gee nie.

Die vraag of 'n vrou 'n verkrachtingsdader of 'n verkrachtingsdeelnemer kon wees, is eweneens onbeantwoordbaar.

Dit wil voorkom of enige vrou, met behoud van wat hieronder gesê word,⁶¹⁾ 'n verkrachtingslagoffer kon wees. Geen outeur maak melding van 'n uitsondering nie.

(ii) Die handeling:

Daar is reeds op gewys dat gewelddadige geslagtelike verkeer strafbaar was. Die presiese inhoud van die woord „gewelddadig”⁶²⁾ in die Bantoreg is onbekend.

Wat is verstaan onder geslagtelike gemeenskap? Geslagtelike

58) 6 N.A.H.4 (Tsolo).

59) In die Bantoreg word die vader of voog in die reël aanspreeklik gehou vir delikte deur sy kinders gepleeg. *Sten Seymour*, bl. 80-81; *Holden*, bl. 337; *Junod*, bl. 437.

60) *Sten verder Daza v. Ngetshola* 2 N.A.H.101 (Flagstaff); *Rolinyati v. Mpinyame* 4 N.A.H.283 (Kentani); *Sinigwa v. Petse* 6 N.A.H.3 (Engcobo); *Kaula v. Mtinkulu* 1938 N.A.H. (T. en N.) 68 (Umzinto).

61) *Sten* bl. 21.

62) Of geweldsbedreiging gelykgestel is aan geweld weet ons nie.

gemeenskap is klaarblyklik minstens die penetrasie van die manlike geslagsdeel in dié van die vrou. Hierdie bewering is op die volgende gebaseer:

Metsha⁶³⁾ („geslagtelike verkeer“ sonder penetrasie) is nie as voldoende beskou om oorspel daar te stel nie.⁶⁴⁾ Vir oorspel, soos vir verkragting, word geslagtelike gemeenskap vereis.⁶⁵⁾

(iii) Buite-egtelikheid:

Hoewel daar sekere taboes bestaan m.b.t. geslagtelike gemeenskap tussen man en vrou,⁶⁶⁾ blyk dit tog dat 'n man nie sy vrou kon verkrag nie.

Die enigste uitdruklike inligting vind ons by van Warmelo wat oor die Vendarereg skryf. Hy skryf nl. dat 'n vrou wat ~~weter~~ om met haar man gemeenskap te hou, deur die ouer vroue vasgedruk kon word sodat gemeenskap kon plaasvind.⁶⁷⁾

Ook uit 'n opmerking van Warner⁶⁸⁾ kan afgelei word dat 'n man nie sy vrou kon verkrag nie: „the power of the husband over the wife is considered absolute in everything but taking her life“.⁶⁹⁾

63) Sien Soga, bl. 131-136; Stayt, H.A: The Bavenda, bl. 111; Seymour, bl. 326. 'n Soortgelyke gebruik, Ukuhlobonga, bestaan onder die Zoeloes. Sien R. v. Majaji 1909 N.H.C.53.

64) Sien bv. Raji v. Silongalonga 4 N.A.H.12.

65) Sien Seymour, bl. 344 e.v. 'n Verkrachtingsdader is soms gelyktydig aangespreek vir oorspel of seduksie - Seymour, bl. 12.

66) 'n Man hou bv. nie geslagtelike gemeenskap met sy vrou voordat haar kind gespeen is nie - Mabilana v. Gege 1959 N.A.H.(S) 42 (Soutrivier). Sien ook van Warmelo, Deel II, bl. 277.

67) Van Warmelo, Deel II, bl. 273. Sien ook bl. 269 en bl. 275.

68) Warner in MacLean bl. 72. Sien ook van Warmelo, Deel II, bl. 331.

69) Brownlee in MacLean, bl. 121 sê egter dat 'n man wat sy vrou ernstig aanrand deur die stamhoof beboet kon word. Sien ook S. v. Mvelase 1966(2) P.H.H. 257(N).

inhoud

Enige twyfel oor die vraag of 'n man sy vrou kon verkrag, word uit die weg geruim as gelet word op die seksueel-funksionele posisie van die vrou in die Bantoeregstelsels. Die vrugbaarheid en baarvermoë van 'n vrou is van besondere belang, want daardeur verkry sy ook ekonomiese waarde. Dit is juis vir haar vrugbaarheid en baarvermoë waarvoor lobola betaal word en deur lobolabetaling verkry die man aanspraak daarop.⁷⁰⁾

(iv) Na-besnydenisvergunning:

Warner het dit oor die Xhosa:⁷¹⁾ „As soon as the soreness occasioned by the act of circumcision is healed, they are, as it were, let loose upon society, and exempted from nearly all restraints of law, and they have the special privilege of seizing by force, if force be necessary, every unmarried woman they choose, for the purpose of gratifying their passions“.

(v) Skuld:

Die skuldbegrip was in die Bantoeregstelsels nie baie hoër ontwikkel nie.⁷²⁾ Die begrippe „opset“ en „nalatigheid“ was, soos ons dit vandag ken, nie in die Bantoeregstelsels bekend nie.⁷³⁾

Enigiets wat ons meer as dit m.b.t. verkragting sou sê, sou elegs neerkom op bespiegeling.

70) Sien oor die algemeen Bruwer, bl. 72. Casalis, op bl. 225, sê oor oorspel: „Adultery, when it is punished, is not considered so much in the light of an offence against decency, as an illegitimate appropriation of the exclusive rights which the husband has acquired by the purchase of his wife“.

71) Bl. 101. Sien ook Holden, bl. 183.

72) Sien Schapera, A Handbook of Tswana Law and Custom, bl. 50 e.v.

73) Sien ook Schapera, The Bantu-speaking Tribes of South Africa, bl. 217 e.v.

(vi) Straf:

Die straf vir verkragting het gewissel vanaf 'n boete,⁷⁴⁾ aan die eenkant, tot lyfstraf en selfs die doodstraf, aan die anderkant.⁷⁵⁾

III. DIE REGSAKKULTURASIEPROSES:

Die Bantoes staan nou onder 'n ander strafregstelsel. Hoe kan dié situasie wetenskaplik verklaar word?

Die reg is, soos reeds genoem, kultuurgoed.⁷⁶⁾ Kulture kan mekaar beïnvloed. Die kultuurbeïnvloedingsproses word akkulturasie genoem.⁷⁷⁾ Omdat die reg kultuurgoed is, is dit ook vatbaar vir akkulturasie.

Akkulturasie kan gedwonge of vrywillig wees.⁷⁸⁾ Verder kan dit substitutief of additief wees.

As gevolg van die raskundige en etniese, histories-gefundeerde en juridies-gekonkretiseerde, stratifiseringstruktuur⁷⁹⁾ in die Suid-Afrikaanse staatsopset, was en is die akkulturasieproses in Suid-Afrika eensydig en gedwonge.

Die strafregstelsel in Suid-Afrika is om teleologiese redes geleidelik⁸⁰⁾ uniform gemaak: die strafregstelsel van die Blankes, gefundeër

74) Sten Nkosi v. Mhadhla 1945 N.A.H.46 (T. en N.) waarin verwys word na 'n beslissing van 'n hoofman.

75) Sten bl. 15 tot bl. 18 hierbo.

76) Sten verder Kroeber, A.L: Anthropology, bl. 253.

77) Herskovits, M.J: Acculturation, bl. 133; Malinowski, B: The Dynamics of Culture Change, bl. 15; Coertze, R.D: Geleide Akkulturasie, bl. 55.

78) Kroeber, bl. 425.

79) Die Blankes bowe en die Bantoes benede.

80) Namate die Blanke sy staatsgesag geleidelik oor Suid-Afrika uitgebrei het.

op die Romeins-Hollandse reg, het die strafregstelsels van die Bantoes vervang.

Die bestaan van verskeie konflikterende strafregstelsels binne dieselfde geldingsgrense sou uiteraard chaos tot gevolg hê. Die Blankes, synde die staatsgesaghebbers, het gevolglik hulle strafregstelsel in die plek gestel van die Bantoesstrafregstelsels.⁸¹⁾

Die effek van die vervanging van die Bantoesstrafregstelsels met dié van die Blankes was verkrachtingsregtelik tot 'n groot mate substitutief. Daar was geen sprake van 'n algehele misdadadaditiwiteit nie. Gewelddadige geslagtelike verkeer was ook in die Romeins-Hollandse reg strafbaar.

Die koms van 'n ander verkrachtingsmisdad moes egter in baie opsigte verwarring in die Bantoesgemeenskap veroorsaak het. Ter illustrasie van hierdie stelling verwys ons kortliks na die volgende:

(i) (materieel-)strafregtelik gesien, het die misdadinhoud in sommige opsigte verander. Die besnedene kon bv. nie meer, soos bo uiteengesit,⁸²⁾ „strafvrye verkrachting“ pleeg nie en die stamhoof se hoofvrou kon nou regsgeldig tot geslagsomgang toestemming gee,⁸³⁾ ens.;

(ii) strafprosedesregtelik gesien, is die strafprosedure nou duidelik afsonderlik van die delikregtelike prosedure gereël;

81) Dit moet steeds in gedagte gehou word dat die Blankes se strafregstelsel relatief hoër ontwikkel was as dié van die Bantoes.

82) Sten bl. 22.

83) Sten bl. 17.

(iii) strafbewysregtelik gesien, is die bewyslas nou feitlik deurgaans⁸⁴⁾ op die staat om die verkrachtingsnormskending te bewys, terwyl in die Bantoereg die bewyslas op die beskuldigde was om te bewys dat hy nie die verkrachtingsnorm geskend het nie; en

(iv) straftoemettingsregtelik gesien, was die innovasie soms ingrypend. Die betaal van 'n aantal beeste as boete is, volgens die Blanke se reg, nie as voldoende beskou om die verkrachtingsleed goed te maak nie.⁸⁵⁾

84) Sten Burchell, E.M. and Hunt, P.M.A: South African Criminal Law and Procedure, Vol. I, bl. 217 vir 'n voorbeeld waar die bewyslas op die beskuldigde is.

85) Sten hieronder bl. 207 i.v.m. die verkrachtingstraftoemettingsreg in die Suid-Afrikaanse reg.

DIE ROMEINSE REG

Oor die Romeinse reg, anders as die Bantoereg, bestaan daar selfgedokumenteerde gegewens.

Regsistematies het hulle 'n onderskeid getref tussen jus publicum en jus privatum.¹⁾ Prosesregtelik gesien, het hierdie onderskeiding egter nie altyd weerklank gevind nie.²⁾

'n Behoorlike studie van die Romeinse reg word deur die volgende faktore bemoeilik:

(i) oor die vroë Romeinse reg bestaan daar weinig inligting.

Die historiese oorsprong van sekere regsreëls is gevolglik moeilik, of glad nie, bepaalbaar nie; en

(ii) sistematiese werke oor die Romeinse strafreg is skaars.

Hoewel daar in die Romeinse reg nie 'n afsonderlik gesistematiseerde en elementologies deeglik omskrewe verkrachtingsmisdaad bestaan het nie, vind ons tog daarin 'n misdaad wat enigszins ooreenkom met die verkrachtingsmisdaad in die Romeins-Hollandse reg. Hierdie Romeinsregtelike misdaad word in die regs literatuur aangedui as per vim stuprum.³⁾

Per vim stuprum is beskrywend, want dit openbaar meteens die twee juridiese grondpilare waarop dit staan, nl. vis en stuprum.

- 1) Dig. 1.1.1.2. Sien ook Wilinski, A: Das Römische Recht, bl. 14. Sien verder Kaser, Max: Römische Privatrecht, bl. 21; Kunkel, Wolfgang: An Introduction to Roman Legal and Constitutional History, bl. 61 e.v.
- 2) Sien ook Rein, W: Das Kriminalrecht der Römer, bl. 244 e.v.; Verloren van Themaat, J.P: Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-Hollandse reg, bl. 1.
- 3) Sien bv. Dig. 48.5.30.9. Rein, bl. 868, verwys daarna as „Gewaltsames Stuprum oder Nothzucht“. Sien verder Mommsen, T: Römisches Strafrecht, bl. 664; Maurach, R: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, bl. 419.

Omdat die trefwydte van die verkrachtingsmisdad in die Suid-Afrikaanse reg so omvangryk is, is dit, vir 'n beter perspektief van die historiese ontwikkeling daarvan, nodig om ook by enkele ander Romeinsregtelike misdade aan te doen.

1. PER VIM STUPRUM:

Stuprum het in die Romeinse reg 'n wye strafregtelike veld beslaan. Mommsen⁴⁾ vat die omvang daarvan soos volg saam: „Jede Geschlechtsgemeinschaft, die nicht in den bezeichneten Grenzen gestattet ist, fällt unter das Strafgesetz“.⁵⁾

Inst. 4.18.4.werp lig op sommige verskyningsvorme van stuprum:

Item lex Iulia adulterii coercendis,⁶⁾ quae non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit,⁷⁾ sed etiam eos, qui cum masculis infandam libidinem⁸⁾ exercere audent. sed eadem lege Iulia etiam stupri flagitium punitur cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit.⁹⁾

Volgens Artzenius¹⁰⁾ is 'n bigamis in die Romeinse reg vir stuprum gestraf.¹¹⁾

4) Bl. 494. Sien ook Rein, bl. 858, e.v.

5) Incestus bv. val buite stuprum. Sien Rein, bl. 870 e.v. en Mommsen, bl. 684 (voetnoot 2). Sien ook bl. 32 hieronder.

6) Sien Mommsen, bl. 691 (voetnoot 1) t.v.m. die lex. Hierdie lex vorm die basis van ons kennis oor die Romeinsregtelike stuprum.

7) Sien ook Voet, J: Commentarius ad Pandectas, 48.5.2; Rein, bl. 858.

8) Sien ook Voet, 48.5.2; Rein, bl. 863 e.v.

9) Met 'n oneerbare vrou of slaaf kon stuprum nie gepleeg word nie. Sien Rein, bl. 860. Sien ook Dig. 48.5.6.1.

10) Artzenius, H.J: Institutiones Juris Belgici de Conditione Hominum, 2.3.5. Ter motivering verwys hy na Cod. 9.9.18. In Cod. 9.9.18.1 word van bigamie gepraat as 'n „crimen ... stupri“.

11) Sien ook Rein, bl. 857. Sien verder Mommsen, bl. 701.

Stuprum het volgens Rein selfs 'n wyer trefkrag as, soos Mommsen beweer, blote onregmatige geslagtelike verkeer gehad: „Als stuprum galt auch die Heirath eines Provinzialbeamten mit einer Frau aus diezer Provinz".¹²⁾

Dit is duidelik dat die Romeinsregtelike stuprum 'n veelheid van strafwaardige omvat het. Een hiervan was per vim stuprum.¹³⁾

Die verdere bespreking word vervolgens gewy aan die bepaling van die elemente van per vim stuprum.

(a) Die slagoffer:

In Dig. 48.6.3.4 word bepaal: Praeterea punitur huius legis¹⁴⁾ poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit.

Dig. 48.5.30.9 het 'n soortgelyke strekking: Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel feminae

Dit is duidelik dat beide 'n manlike en vroulike persoon 'n per vim stuprum-slagoffer kon wees.¹⁵⁾

Die woorde feminam vel quemquam in Dig. 48.6.3.4 is insiggewend. Die byvoeging van die ongekwalifiseerde woord quemquam beteken dat entgeen 'n slagoffer kon wees.

12) Rein, bl. 861.

13) Rein, bl. 868: „Nothzucht ist eine besonders ausgezeichnete Form, unter welcher stuprum sowohl gegen Personen weiblichen, als männlichen Geschlechts erscheint".

14) Dig. 48.6: Ad legem Iuliam de vi publica.

15) Sien ook Mommsen, bl. 665 (voetnoot 1) en bl. 792; Rein, bl. 868.

Die gebruik van die woorde puerum in Dig. 48.6.3.4 en mari in Dig. 48.5.30.9 tref uitdruklik alle manlike persone.

Enigeen kon dus 'n per vim stuprum-slagoffer wees, solank daar net gewelddadige geslagtelike gemeenskap was.

(b) Die dader:

Vir skuldigbevinding aan per vim stuprum is vereis dat die dader puberteit bereik het.¹⁶⁾

In die Romeinse reg is 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar en 'n dogter onder die ouderdom van 12 jaar beskou as impuberes.¹⁷⁾

Reeds is daarop gewys dat 'n manlike persoon ook 'n per vim stuprum-slagoffer kon wees. Kon 'n vrou dan 'n per vim stuprum-dader wees?

Rein¹⁸⁾ verwys na 'n geval waar 'n vrou van „Knabenschändung“ aangekla is. Die prestiese inhoud van „Knabenschändung“ is onbekend, hoewel dit klaarblyklik een of ander vorm van stuprum was. Is hierdie misdaad met geweld gepleeg, kon dit moontlik per vim stuprum daarstel.¹⁹⁾

Aan die anderkant, soos reeds op gewys, het stuprum ook onnatuurlike geslagtelike verkeer tussen mans omvat.²⁰⁾

- 16) Mommsen, bl. 76 (voetnoot 6): „Bei der Vergewaltigung wird im Gesetz die Pubertät gefordert“. Sien hieroor Dig. 48.6.3.1. Sien ook Dig. 48.5.36: Si minor annis adulterium commiserit, lege Julia, tenetur, quoniam tale crimen post pubertatem incipit. Sien i.v.m. laasgenoemde teks The State v. Jeremy 12 L.C.J. 231. per de Villiers, H.R. op bl. 232.
- 17) Inst. 1.22. In hierdie teks word na 'n meisie vanaf die ouderdom van 12 jaar verwys as synde viripotens. Sien ook Cod. 5.60.3.
- 18) Bl. 867. Sien ook Mommsen, bl. 700.
- 19) 'n Vrou kon aan 'n geslagsmisdaad skuldig bevind word. Uit Inst. 2.14 blyk dit baie duidelik dat sy aan oorspel skuldig bevind kon word. Sien ook Dig. 25.7.1.2 en Cod. 9.11.
- 20) Sien Inst. 4.18.4. Sien ook Voet, 48.5.2 en Mommsen, bl. 703 (voetnoot1).

Rabie²¹⁾ voer aan dat in die Romeinse reg „ondersteuners of ondersteunershandeling uitdruklik strafbaar gestel is” in geval van verkragting en ook stuprum. T.o.v. verkragting verwys hy na Cod. 9.13.1.3.²²⁾ Cod. 9.13 handel oor raptus, maar soos ons later sal aantoon,²³⁾ kon raptus en per vim stuprum saamval. Rabie se siening kan gevolglik onderskryf word.²⁴⁾

(c) Die handeling:

Uit voorgaande bespreking blyk dit duidelik dat die per vim stuprum-handeling twee duidelik onderskeibare aspekte of kante vertoon nl. (i) gewelddadige (vis) (ii) geslagtelike gemeenskap (stuprum).

Ad(i): Mommsen omskryf vis soos volg:²⁵⁾ „Vis ist die Gewalt und insonderheit die Uebergewalt, der Zwang, durch welchen eine Person die andere entweder physisch nöthigt gegen ihren Willen eine Handlung geschehen zu lassen oder auch sie dem Willen nach vergewaltigt, durch Androhung eines Uebels, also durch die Furcht (metus) sie zur Vornahme oder zur Unterlassung einer Handlung bestimmend”.²⁶⁾

Vanaf die slagoffersy het vis bestaan in wilslamlegging.

Ulpianus omskryf vis dan ook as necessitas imposita contraria voluntati.²⁷⁾

21) Bl. 38-39.

22) Sien ook Inst. 4.18.8; Voet, 48.6.5.

23) Bl. 33 hieronder.

24) T.o.v. stuprum verwys hy, en suiwer ook, na Dig. 48.5.9, Dig. 48.5.10.1 en Dig. 48.5.11.1. Sien ook Mommsen, bl. 700. Sien ook voetnoot 13 hierbo op bl. 28.

25) Bl. 652. Sien ook Rein, bl. 734.

26) Per vim stuprum is in die Romeinse reg as 'n vorm van vis publica gestraf. Sien Dig. 48.5.30.9; Rein, bl. 869; Mommsen, bl. 664.

27) Dig. 4.2.1. Sien ook Mommsen, bl. 652 (voetnoot1).

Mommsen²⁸⁾ haal Paulus²⁹⁾ aan: qui masculum liberum inuitum stuprauerit...

Ad(ii): Uit voorgaande bespreking het geblyk dat stuprum kon slaan op normale geslagtelike gemeenskap tussen 'n man en 'n vrou asook op onnatuurlike geslagtelike gemeenskap tussen mans.³⁰⁾

(d) Skuld:

Per vim stuprum was 'n opsetsaaiedaad.³¹⁾

(e) Buite-egtelikheid:

Die vraag of 'n man per vim stuprum op sy vrou kon pleeg, word nêrens uitdruklik beantwoord nie.

In Dig. 48.6.3.4 word die moontlike per vim stuprum-slagoffers so wyd omskryf dat geargumenteer kan word dat dit 'n man se vrou insluit.

Schulz,³²⁾ wat oor die Klassieke Romeinse reg skryf, bevestig dié argument: „Legal duties as to sexual intercourse do not exist between husband and wife”.

(f) Straf:

Per vim stuprum is met die dood gestraf.³³⁾

28) Bl. 665 (voetnoot 1).

29) Sent. 2.26.12.

30) Uit Inst. 4.18.4 is dit duidelik dat dit slegs gaan om onnatuurlike geslagtelike gemeenskap tussen mans. Die vraag of 'n man wat onnatuurlike geslagtelike gemeenskap met 'n vrou hou, skuldig kon wees aan per vim stuprum, staan op grond van die beskikbare gegewens onbeantwoord.

31) Dig. 48.5.13. Sien ook Mommsen bl. 695 en bl. 86; Rein, bl. 144.

32) Schulz, F: Classical Roman Law, bl. 115. Sien ook Wilinski, bl. 52 se opmerkings oor die Romeinse huwelik.

33) Mommsen, bl. 665; Rein, bl. 869.

2. INJURIA:

Stuprum, w.o. per vim stuprum, het uit injuria ontwikkel.³⁴⁾

Sommige strafbare handelingte wat vir die doeleindes van ons ondersoek van belang is, het egter onder injuria gebly.³⁵⁾

(i) poging tot die pleeg van stuprum is steeds as 'n vorm van injuria behandel.³⁶⁾

(ii) in Dig. 47.10.25 word bepaal: Si stuprum serva passa sit, iniuriarum actio dabitur.³⁷⁾ en

(iii) volgens Mommsen³⁸⁾ het geslagtelike gemeenskap „mit einem freigeboerenen³⁹⁾ Kinde nicht delictfähigen Alters“ nie onder stuprum geval nie, maar onder injuria gebly.⁴⁰⁾

34) Rein, bl. 868; Mommsen, bl. 792: „Die Nothzucht gegen Personen beiderlei Geschlechts fällt insofern bei der iniuria aus, als dieselbe wenigstens in der uns bekannten Zeit criminell bestraft wird“.

35) Sten Buckland, W.W. and McNair, A.D: Roman Law and Common Law, bl. 381: „Some forms of injuria were also criminal from early times and it seems that in later law all forms of it were“.

36) Sten Inst. 4.4.1; Dig. 47.10.1.2; Mommsen, bl. 695. Volgens Rein, bl. 868, is 'n per vim stuprum-poging behandel onder vis.

37) Sten ook Mommsen, bl. 694. Sten verder Dig. 47.2.83.2: Qui ancillam non meretricam libinis causa subripuit, furti actione tenebitur ... Sten verder Dig. 47.2.39.

38) Bl. 792. Sten ook Mommsen, bl. 494 (voetnoot 1) en Dig. 48.5.14.8.

39) Sten m.b.t. slavinne Dig. 47.10.25: si virginem immaturam stupraverit, etiam legis Aquiliae actionem competere quidam putant. Sten ook Rein, bl. 861.

40) Sten Dig. 48.19.38.3: Qui nondum viripotentes virgines corrumpunt humiliores in metallum damnatur, honestiores in insulam relegantur aut in exilium mittuntur. Sten ook voetnoot 17 hierbo op bl. 29.

3. RAPTUS:

Uit Cod. 9.13.1 blyk dit duidelik dat raptus en per vim stuprum kon saamval.⁴¹⁾ Die verwysing in dié teks na virginitas vel castitas corrupta restitui non potest kan slegs verwys na geslagtelike gemeenskap wat op raptus, waaroor die teks dit eintlik het, volg.

Raptus en per vim stuprum is egter nie strafregtelike sinonieme nie.⁴²⁾ By raptus het dit primêr gegaan om die beskerming van die gesagsregte van die ouers of ander persone wat gesag oor die ontvoerde het. Daarom kan Mommsen⁴³⁾ ook tereg sê: „Ausgeschlossen wird das Verbrechen durch die Einwilligung der Eltern oder der sonstigen Angehörigen der Entführten“.

Per vim stuprum is gestraf onder vis publica, terwyl raptus ook selfstandig kon bestaan.⁴⁴⁾

4. STUPRUM VAN 'n TUTOR MET SY PUPILLA:

In Cod. 9.10 tref ons die volgende bepaling aan: Si tutor pupillam

41) Het raptus, en gevolglike geslagtelike gemeenskap, nie teen die ontvoerde se wil geskied nie, kon daar nie sprake van per vim stuprum wees nie. Selfs al stem die ontvoerde toe tot die ontvoering, bly dit nog raptus en word sy strafbaar soos die dader. Sien Mommsen, bl. 702; Hertog, R. in Tobie v. S. (1899) 16 C.L.J. 45 op bl. 47; Van den Heever, R. in R. v. Pearston 1940 O.P.A. 153 op bl. 154 en ook in Hlapo v. R. 1944 O.P.A. op bl. 172. Wilda, bl. 829, wys daarop dat in die Germaanse reg nie deeglik onderskei is tussen verkragting en vroueroof nie.

42) Sien ook van den Heever, R. in Hlapo v. R. 1944 O.P.A. 166 op bl. 172: „The crime is not stuprum; consequently, to establish raptus there must be an abduction de loco ad locum“.

43) Bl. 702.

44) Sien Inst. 4.18.8 en Dig. 48.5.30.9. Sien ook Mommsen, bl. 701 gelees met bl. 664. Slegs in die geval van per vim raptus kon raptus gestraf word onder vis publica. Sien ook van den Heever, R. in R. v. Pearston, supra, bl. 154.

quordam suam violata castitate stupraverit, deportatione subiugetur atque universae eius facultates fisci viribus vindicentur, quamvis eam poenam dubuerit sustinere, quam raptori leges imponunt.

Hierdie strafbare handeling het blykbaar onder stuprum geval, maar die straftoematingsregtelike koppeling daarvan aan raptus, al sou dit blykbaar slegs by wyse van kommentaar wees, is onverklaarbaar.⁴⁵⁾

5. GESLAGTELIKE GEMEENSKAP DEUR OMKOPERY:

Onder die crimina extraordinaria⁴⁶⁾ tref ons 'n misdad aan wat later, hoewel aangepas, 'n invloed uitgeoefen het op ons ou skrywers.⁴⁷⁾

Dig. 47.11.1.2 bepaal o.a. dat enigeen wat 'n geskenk of 'n prys aanbied met die doel om 'n onsedelike daad met 'n meisie of 'n vrou te pleeg, by die bereiking van sy doel met die dood strafbaar is. Bereik hy nie sy doel nie, word hy verban.⁴⁸⁾

45) Sien ook Voet, 48.5.2.

46) Sien Dig. 47.11: De extraordinariis criminibus; Voet, 47.11.1.

47) Sien bv. Huber, U: Heedensdaegse Rechtsgeleertheit, 6.12.15.

48) Hierdie teks bevat ook verdere bepalinge i.v.m. die straf vir omkoperij van die begeleier wat nie vir ons doeleindes van belang is nie.

DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die Romeins-Hollandse reg het 'n sterk Romeinsregtelike inslag gehad. Tog was daar in die Romeins-Hollandse reg 'n eie sistematiese regs dinamiek te bespeur.

Uit die karige gegewens wat die Romeinse strafreg gebied het, kon al die probleemvrae m.b.t. die verkrachtingsmisdaad nie beantwoord word nie. Die Romeins-Hollandse verkrachtingsreg het, met die Justinaanse Kode as grondslag, geleidelik sistematies ontplooi.

Ons ou skrywers het dan ook verskeie van die verkrachtingsregtelike probleemvrae van die Romeinse reg uitgestryk en leemtes wat bestaan het, is tot 'n groot mate aangevul.

Soos later aangetoon sal word, het die Suid-Afrikaanse verkrachtingsreg misdaadsistematies geleidelik van die Romeins-Hollandsregtelike ontwikkelingsgang begin afwyk. Verskeie Romeins-Hollandsregtelike misdade het in die Suid-Afrikaanse reg 'n plek gevind onder die misdaad „verkragting“. Dit spreek gevolglik vir sigself dat ons, terwille van 'n beter perspektief van die historiese ontwikkeling van die huidige Suid-Afrikaanse reg, by verskeie Romeins-Hollandsregtelike misdade sal moet aandoen.

I. VERKRAGTING:(a) TERMINOLOGIE:

Dit moet aanwanklik genoem word dat die woord wat deur die Romeins-Hollandse juriste gebruik is om dié misdaad aan te dui, nie deurgaans dieselfde gebly het nie. Die etimologiese ontwikkeling van die Afrikaanse woord „verkragting“ kan tot 'n groot mate vasgestel word, omdat die skrywers waarna verwys word chronologies soms eeue uit

mekaar geleef het.

Verskeie vooraanstaande juriste het daarbenewens Latyn as skryftaal gebruik. Opvallend is dat die Romeins-Hollandse juriste nie die woorde per vim stuprum van die Romeinse reg gebruik het nie, maar feitlik deurgaans van violentum stuprum gepraat het.

Hoewel die inhoud van die verkrachtingsmisdaad in die Romeins-Hollandse reg nie korrespondeer met dié van die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg nie, gebruik ons, terwille van uniformiteit, deurgaans die Afrikaanse woord „verkragting“.

(b) VERKRAGTING IN DIE MISDAADSTRUKTUUR:

Waar per vim stuprum in die Romeinse reg bykans geen strafregtelik-sistematiese behandeling gekry het nie, is verkragting tog deur enkele Romeins-Hollandse juriste strafregtelik gesistematiseer. Verskeie Romeins-Hollandse strafregseleerdes het egter die regsbrongebondenheid van die Romeine behou en slegs kommentaar gelewer op die tersaaklike tekse van die Justiniaanse Kode.

De Groot, seker die grootste sistematiese regswetenskaplike van die Romeins-Hollandse regsperiode, maak die volgende onderskeiding van die gegewe regsmateriaal:¹⁾

„Een ander onderscheid des wets werd ghenomen uit haer straffe ende inzicht. Want

Alle wet is raeckende lands-stand,²⁾ ofte byzonder burgerrecht.³⁾

1) De Groot, H: Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid, 1.2.24.

2) *Jus publicum*.

3) *Jus privatum*. Sten de Groot, 1.2.25.

Wet raeckende lands-stand is, als van de godsdienste, van beleid van vrede ende oorlog, van de palen van't land, macht ende manier om wette te maken ende voorrechten te vergunnen, macht om recht te spreekken van's lands goed; van de straffe der misdaden, met de ampten daar toe dienende".⁴⁾

De Groot gaan verder en sistematiseer ook die misdade. Hy onderskei onder andere „Misdade jegens de vrijheid" en noem dit „hoon". Hieronder plaas hy ook die sg. „vrouwe-kracht".⁵⁾

Soos reeds genoem, het weinig van die ander Romeins-Hollandse regsgeleerdes 'n poging aangewend om die misdade te sistematiseer. Oor die algemeen is die misdaadssystematiek meer verwarrend en is die plek en aard van die Romeins-Hollandsregtelike misdade nie duidelik nie.

(c) BEPALING VAN DIE INHOUD VAN DIE VERKRAGTINGSMISDAAD:

Voordat 'n enigszins sinvolle analise van verkragting gemaak kan word, is dit nodig om kortliks iets aangaande die basiese aard van dié misdaad mee te deel.

Clarus,⁶⁾ wanneer hy dit het oor stuprum, verklaar: nam si violentia interuenerit,⁷⁾ utique punitur poena mortis. Vir Clarus is verkragting slegs gewelddadige stuprum.

Damhouder⁸⁾ gebruik die woord Vrouwen-kracht en voeg by dat daar

4) De Groot, 1.2.26.

5) 3.35.7. Sten ook van Leeuwen, S: Het Roomsche Hollandsche Recht, 4.36.4.

6) Clarus, J: Opera, Lib. 5, par. stuprum.3. Hoewel Clarus 'n Italianer is, het hy niesteenstaande 'n groot invloed op ons ou skrywers uitgeoefen.

7) Dit wil voorkom of ons hier te make het met 'n drukfout. Die woord interuenerit moet klaarblyklik intervenerit wees.

8) De Damhouder, J: Practycke in Crimineele Saken, Hfst.-95.1.

in Vlaandere 'n onderskeid getref word tussen Vrouwen-kracht en Ontschaecken. Damhouder self meen egter dat hulle strafregtelik dieselfde is en bestaan uit gewelddadige geslagtelike verkeer met 'n eerbare vrou.⁹⁾

Ook Matthaeus,¹⁰⁾ as hy dit het oor geslagtelike verkeer-misdade, beweeg bykans op dieselfde spore as Damhouder: nam si servae, si libertinae aut violatae,¹¹⁾ feminae vis facta sit, publica animadversione res vindicanda est, quemadmodum si raptae forent.¹²⁾

Van Leeuwen¹³⁾ se omskrywing is meer identifiserend: Vrouwe-kracht,¹⁴⁾ is de schofftering en ontëring van een Vrouws persoon, met geweld, en tegen haar wil gedaan¹⁵⁾

Carpzovius¹⁶⁾ se omskrywing kom baie ooreen met dié van Van Leeuwen: De Gewelddadige Onteering, welke aan eene vrouwe teegen haaren wille en zich daartegen aanzettende wordt toegebracht, of wel de

- 9) In Kilianus se woordeboek word vrouwen-kracht aangegee as stuprum, probrum. Ontschaecken word aangegee as violenter rapere, vitare virginem, devirginare, vitium pudicitiae addere, vim adferre sive inferre virgini violare. Dit wil voorkom of ook taalkudiges hierdie twee begrippe nie baie suiwer onderskei het nie.
- 10) Matthaeus, Anthonius II: De Criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dig. Commentarius, 48.3.5.4. Sien ook 48.3.5.9 en 48.4.2.7.
- 11) Verkragting kan dus ook gepleeg word op vroue van laer sedes.
- 12) Sien ook Matthaeus, 48.4.4.2 waaruit blyk dat raptus wel van verkragting onderskei kan word.
- 13) Het Roomsche Hollandsche Recht, 4.36.5. Sien ook Moorman, J: Verhandelinge over de misdaden en der selver straffen, 2.16.7.
- 14) Vergelyk die „kracht“ van Van Leeuwen met Damhouder se „kracht“.
- 15) In sy Censura Forensis, 1.5.23.10, gee hy die volgende omskrywing: Stuprum violentum, quo quis virgini vel viduae per vim stuprum infert Hy sê later in dieselfde teks dat 'n prostituut ook verkrag kan word.
- 16) Carpzovius, B: Verhandeling de Lufstraffelyke Misdaden en Haare Berechtiging, naar't voorschrift des Gemeenen Rechts, Getrokken uit de schriften van den Heer Benedictus Carpzovius, (Van Hogendorp se versorging), Hfst. 68.1. Carpzovius is eintlik 'n Duitser, maar hy het 'n groot invloed op ons ou skrywers uitgeoefen. Ons howe het ook dikwels op hom gesteun.

Gewelddadige Verkrachting¹⁷⁾ eener vrouwe

Hoewel nie een van ons ou skrywers verkrachting elementologies deeglik omskryf nie, bied hulle tog 'n beeld van die basiese aard van dié misdaad.

(d) MISDAADELEMENTOLOGIESE ANALISE:

(i) Die Slagoffer:

Volgens Damhouder¹⁸⁾ word verkrachting gepleeg op 'n Maecht, Weduwe, Religiöse oft andere eerbare Vrouwen.

Volgens Boehmer¹⁹⁾ word verkrachting slegs gepleeg op 'n honesta persona. Boehmer skryf egter kommentaar op art. 119 van die Constitutio Carolina Criminalis (C.C.C.) waarin bepaal word dat Notzucht slegs gepleeg kan word op unverleümbten Ehefrauen, Widwen oder Jungfrauen. Dit blyk duidelik dat 'n mens met groot versigtigheid na werke van die Duitse juriste van die Romeins-Hollandsregtelike periode moet verwys.²⁰⁾

Ons ou skrywers wys uitdruklik daarop dat gewelddadige oorspel,²¹⁾ gewelddadige geslagtelike gemeenskap met 'n onhubare dogter²²⁾ en 'n hoer of 'n prostituut²³⁾ ook verkrachting is.

17) Vergelyk die ontwikkeling van die woord sedert Damhouder.

18) Hfst. 95.2. Sien ook Hfst. 95.6 en 10.

19) De Boehmer, J.S.F: Meditationes in Constitutum Criminalem Carolinam, 119.1. Sien ook Boehmer se Observatio VII op Carpzovius, B: Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Qu. 75.

20) Sien ook hieronder bl. 46.

21) Sien Carpzovius, Hfst. 68.8; Van der Keessel, Praelectiones ad Jus Criminale, 48.5.25.

22) Sien Carpzovius, Hfst. 68.14; Damhouder, Hfst. 95.11: Soo wie ontschaecht een jonck Dochterken van 9 oft 10 jaren ende alsoo noch den Man onmachtigh ...; Van der Linden, J: Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek, 2.7.4.

23) Sien Matthaeus, 48.3.5.4; Van Leeuwen, Censura Forensis, 1.5.23.10; Carpzovius, Hfst. 68.27; Moorman, 2.16.7; Van der Keessel, Crim., 48.5.25; Huber, 6.6.22. Sien ook Van Zurck, E: Codex Batavus, Tit. Rapt. 6.8.

Verkragting kan slegs gepleeg word op 'n lewende vrou. Geslagtelike gemeenskap met 'n dooie vrou is volgens Damhouder²⁴⁾ by naest sodomite.

(ii) Die Dader:

In die Romeins-Hollandse reg het daar 'n algemene reël bestaan dat 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar juridies ontoerekeningsvatbaar is.²⁵⁾ Tussen die ouderdom van 7 en 14 jaar²⁶⁾ het daar 'n weerlegbare vermoede bestaan dat hy ontoerekeningsvatbaar is.²⁷⁾

Die puberteitsouderdomsgrense is, op maat van die Romeinse reg, vasgestel op 12 jaar vir dogters en 14 jaar vir seuns.²⁸⁾

Kon 'n seun onder die puberteitsouderdom, d.w.s. onder die ouderdom van 14 jaar, skuldig bevind word aan verkragting? Die meerderheid van ons ou skrywers gee 'n negatiewe antwoord op die vraag.²⁹⁾

Matthaeus,³⁰⁾ aan die anderkant, vra waarom so 'n persoon nie skuldig bevind kan word nie: nam si impubes coire possit, quis curit negare, crimen in ejus aetate cadere?

Hoewel Matthaeus se standpunt die mees aanvaarbare is, kan nie alleen op grond daarvan afgelei word dat 'n seun onder die ouderdom van 14

24) Hfst. 96.12. Volgens die Romeins-Hollandse reg is dié misdaad eintlik lykskending. Sien Hunt, bl. 297.

25) Sien bv. Van der Linden, 2.1.6; De Wet, J.C. en Swanepoel, H.L.: Die Suid-Afrikaanse Strafreë, bl. 100 en verwysing aangehaal in voetnoot 64.

26) Met insluiting van die 7jarige en uitsluiting van die 14jarige.

27) Sien van der Linden, 2.1.6 en de Wet en Swanepoel, bl. 100.

28) Matthaeus, Prol. 2.4; Van Bynkershoek, C: Observationum Juris Romani, 3.24; Van Leeuwen, Het Roomsche Hollandsch Recht, 1.4.2; Van der Linden, 1.3.6; De Groot, 1.5.3: Jong-gezellen beneden de XIV ende jonge-dochters beneden de XII jaaren en maghen niet huwelicken.

29) Vinnius, A: In Quatuor libros Institutionem Imperialium Commentarius, 4.1.18.3; Brouwer, H: De Jure Connubiorum. Libri Duo, 1.26.6; Van Bynkershoek, 3.24.

30) Matthaeus, Prol. 2.4. Sien ook Carpzovius, Res. Crim., 1.143.58.

jaar 'n verkrachtingsdader kon wees nie. Die teendeel moet eerder afgelei word.

Met betrekking tot die vraag of, en, indien wel, tot welke mate 'n verkrachtingsdeelnemer aanspreeklik gehou en gestraf kon word, bestaan daar duidelikheid.

Damhouder³¹⁾ sê dat alle de mede-hulpers die by't faict aheweest hebben ende raedt fabeur hulpe oft bystant daer toe ghedaen oft ghegheben hebben, soos die dader, met den swaerde gestraf word.

Carpzovius³²⁾ is dieselfde mening toegedaan, want hy wat verkrachting met raad, daad of andere hulpe voortzet en bevordert word tot de straffe des doods verweezen.³³⁾

(iii) Die Handeling:

Vanaf die dadersy vertoon die verkrachtingshandeling twee aspekte, nl.

1. gewelddadige
2. geslagtelike gemeenskap
3. Vanaf die slaoffersy is dit basies 'n wilslamleggingshandeling.

1. Verkrachtingsgeweld:

In die Romeins-Hollandse reg kon die geweld fisies-feitelik toegevoeg word of slegs bedreig word. Eersgenoemde spreek vir sigself en ons gee gevolglik slegs aandag aan laasgenoemde.

31) Hfst. 95.3. Sien ook Matthaeus, 48.3.5.7; Huber, 6.6.18; Van Zurck, Tit rapt. 3.

32) Hfst. 68.7. Sien ook sy Rer. Crim., Qu. 75.13.

33) Sien oor die algemeen, Rabie, bl. 40-77.

Volgens Carpzovius³⁴⁾ word verkragting gepleeg as die slagoffer door wapenen en dreugementen gedwongen, zigt ter vermydinge van't gevaar aan des onteerers wellust overgewe.

Van Leeuwen³⁵⁾ is dieselfde mening toegedaan: Inque eam stupri violenti poenam incurrit, non tantum qui ipsemet stuprum violentum infert, sed qui minis armis metum incutiendo foeminam ad libidem, et sui ipsius prostitutionem compellit.

Van der Linden³⁶⁾ verwys ook, hoewel slegs straftoematingsregtelik, na verkragting wat gepleeg word door bedrijsingen met schietgeweer of andere wapenen.

Boehmer³⁷⁾ verklaar dat dreigemente met die dood of ernstige liggaamlike letsel verkragting kan daarstel. Hy voer 'n gedetailleerde bespreking oor sekere ander dreigemente wat volgens hom verkragting sou kon daarstel of nie.³⁸⁾ Van der Keesel³⁹⁾ stem met Boehmer saam en sê dat die dreigement van so 'n aard moet wees dat dit 'n constantem puellam tot geslagtelike gemeenskap sou dwing.

2. Geslagtelike gemeenskap:

Volgens Van Leeuwen⁴⁰⁾ is ontmaagding⁴¹⁾ voldoende om verkragting

34) Hfst. 68.5. Sien ook Hfst. 68.6 en sy Rer. Crim., Qu. 75.11; Leyser, A.A: Meditationes ad Pandectas, vol. 9.634.12. Sien verder Maes, L.T: Vijf Eeuwen stedelijk Strafrecht, bl. 235.

35) Censura Forensis, 1.5.23.10.

36) 2.7.4.

37) Boehmer, 119.3. Sien ook sy Observatio II op Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 75.

38) Sien verder Strauss, S.A: Toestemming tot Benadeling in die Strafrege en die Delikterege, bl. 168 en bl. 172-174.

39) Crim., 48.5.25.

40) Censura Forensis, 1.5.23.12.

41) Van Leeuwen verwys na begrippe, soos virginatis flos en defloratio, wat op meer slaan as blote vulvale penetrasie.

daar te stel. Saadstorting is volgens hom nie 'n verofate nie.

Carpzovius⁴²⁾ deel die volgende mee: „Doch men zal (myns oordeels) met geene ongerymdheyd konnen staande houden, dat ook aan eene onhuurbare dochter geweldadige onteering toegebragt, en met haar de misdaad zou konnen volbragt worden, zynde het in deezen opzigte voldoende, dat de onteerer gedaan hebbe, zo veel in hem geweest is, en ter bekenninge gevorderd wordt. Waarom ook hy, die, eene onrype dochter willende bekennen, haaren maagdom⁴³⁾ verbroken heeft indien hy slechts het zaad geschooten, en dus de vermenging,⁴⁴⁾ zoveel in hem is, volbragt hebbe”.

Huber⁴⁵⁾ verwys na 'n geval waar geslagtelike gemeenskap nie eens as nodig beskou is nie. In die geval waarna hy verwys, is dit as verkragting beskou waar die dader 'n 16-jarige meisie met geweld oorrompel het en alles wat hy kon, gedoen het om geslagtelike gemeenskap met haar te hou. „Poging” word dus gelykgestel aan die voltooide misdaad.⁴⁶⁾ Dit moet steeds in gedagte gehou word dat Huber meer in besonder oor die Frieselandse reg geskryf het.

Boehmer⁴⁷⁾ na bespreking van Carpzovius se standpunt, konkludeer soos volg: Rectius itaque tota hac disputatione supersedere possumus, si, ut recta ratio docet, supponimus, raptum pudicitiae, et sic stuprum sola concussione pudendorum per membrum virile perfici. Van der Keessel⁴⁸⁾ onderskryf Boehmer se standpunt.

42) Hfst. 68.16. Sien ook sy Rer. Crim., Qu. 75.30.

43) In sy Rer. Crim., Qu. 75.30 word die woord pudenda gebruik.

44) In sy Rer. Crim., Qu. 75.30 word die woord coitum gebruik.

45) 6.6.20.

46) Die voorbeeld wat Huber gee, wys op 'n sterk subjektivistiese misdaadbenadering. Sien verder Leyser, Vol. 9.631.26.

47) 119.6. Sien ook sy Observatio V op Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 75.

48) Crim., 48.5.20.

Van Leeuwen se verwysing na ontmaagding strook nie met die reël dat 'n hoer en prostituut ook verkrag kan word nie.⁴⁹⁾ Aan die ander kant, so hy uitdruklik dat saadstorting nie 'n vereiste is nie. Die enigste afleiding wat ons gevolglik kan maak, is dat penetrasie voldoende is. Hierdie standpunt vind ook, soos genoem, by Boehmer en Van der Keessel ondersteuning en verteenwoordig klaarblyklik die posisie in die Romeins-Hollandse reg.

3. Wilslamlegging:

Slagofferswilsteenstrydigheid met gevolglike - wilslamlegging blyk baie duidelik 'n element van die Romeins-Hollandsregtelike verkragting te wees.

Damhouder⁵⁰⁾ onderskei tussen schoffieringe wat ghewillighe en by forse is. Gewelddadige stuprum (schoffieringe) is volgens hom raptus (ontschaecken) wat ook vrouwen-kracht⁵¹⁾ genoem word. Dit is duidelik uit die onderskeiding wat hy maak dat verkragting teen die slagoffer se wil moet geskied.

Van Leeuwen⁵²⁾ wys ook daarop dat geslagtelike gemeenskap tegen haar wil moet geskied.

Verskeie ander Romeins-Hollandse juriste noem uitdruklik dat die geslagtelike verkeer teen die slagoffer se wil moet geskied.⁵³⁾

49) Sien ook voetnoot 15 hierbo.

50) Hfst. 92.4 tot 5.

51) Hfst. 95.1.

52) Het Roomsche Hollandsche Recht, 4.36.5.

53) Sien Carpzovius, Hfst. 68.1; Voet, 48.5.2. Boehmer, 119.1 omskryf verkragting soos volg: Stuprum violentum absolutur commixtione carnali per vim maiorem cum persona honesta reluctante celebrata. Sien ook Leyser, Vol. 9.634.2.

Carpzovius⁵⁴⁾ voeg die volgende by: 't En zy iemand zich met een dochterke van een, twee, drie, vier, vyf of ses jaren vermenqd hebbe. Want, dewyl zulk kindeke buyten staat is eenige toestemminge te geeven, als hebbende geens de minste bevatting wordt dusdanige onteering gehouden veel eer door geweld dan wel by wege van toestemming gepleegd te zun.⁵⁵⁾

Uit bogenoemde beskouing van Carpzovius verdien die volgende twee vrae aandag:

- (i) waarom verwys hy spesifiek na dogters tot en met die ouderdom van 6 jaar; en
- (ii) hoe kan die feit dat hulle buyten staat is enige toestemminge te geeven en geweld as vereiste vir verkragting met mekaar in verband gebring word.

Ad(i): Soos reeds genoem, was 'n kind onder die ouderdom van 7 jaar strafregtelik ontoerekeningsvatbaar. So 'n kind kon gevolglik ook nie strafregtelik 'n wil vorm nie. Dit is blykbaar om dié rede dat Carpzovius verwys na 'n dogtertjie onder die ouderdom van 7 jaar.

Ad(ii): Ons het reeds daarop gewys dat lamlegging van die wil van die slagoffer die teenkant van die verkragtingshandeling is. Dit wil voorkom of 'n dogtertjie onder 7, volgens wat Carpzovius sê, verkragtingsregtelik 'n voortdurend lamgelegde wil het en dat geslagtelike gemeenskap met haar strafregtelik altyd geweld impliseer.⁵⁶⁾

54) Hfst. 68.21. Sien ook sy Rer. Crim., Qu. 75.41.

55) Sien ook Van der Keessel, Crime., 48.5.25.

56) Die geweld lê blykbaar in die liggaamlike aantasting deur penetrasie, want normale penetrasie sal feitlik deurgaans onmoontlik wees. Sien ook bl. 192 hieronder.

Strafregtelik in stryd met Carpzovius se opmerking so pas bespreek, is Leyser⁵⁷⁾ se siening van geslagtelike gemeenskap met 'n furiosa (waansinnige): Stuprum violentum in virginem furiosam⁵⁸⁾ non committitur. Hy verwys na art. 119 van die C.C.C. waarin Mit Gewalt und wider ihren Willen vir verkragting vereis word.⁵⁹⁾ Die reël nec nolle nec velle geld vir 'n furiosa en daarom kan sy, volgens hom, nie verkrag word nie. Dieselfde geld vir geslagtelike gemeenskap met 'n slapende meisie.⁶⁰⁾ Van der Keessel⁶¹⁾ onderskryf Leyser se standpunt, en verwys in dieselfde asem na 'n furiosa en 'n mente capta.⁶²⁾

Van der Linden,⁶³⁾ daarenteen, verklaar dat verkragting wat gepleeg word op 'n meisie het welk't gebruik van haare zielsvermogen niet heeft as 'n verswarende faktor by strafoplegging gereken moet word. Van der Linden onderskei nie duidelik tussen raptus en verkragting nie, maar dit sou geen verskil in hierdie argument maak nie, want hy verwys in elk geval na onwillige ontvoering.

Van der Linden se mening vind ondersteuning by Moorman, Carpzovius en Voet. Moorman⁶⁴⁾ sê dat hy ten aansien van geslagtelike gemeenskap wat vrwillig geschied en zonder geweld word in het werk gestelt wil aanmerk dat sekere gevalle daarvan sekerlik strafbaar is. Hieronder

57) Vol. 9.634.22.

58) Later gebruik hy, in dieselfde verband, die sinsnede furiosam aut dementem.

59) Sien ook Boehmer, 119.5.

60) Leyser, Vol. 9.634.24. Volgens Leyser word dit as verkragting beskou as 'n persoon, nadat die meisie geweier het om weer geslagtelike gemeenskap met hom te hou, haar 'n slaapmiddel toedien en terwyl sy slaap met haar geslagtelik verkeer. Sien ook Boehmer, 119.4, Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

61) Crim., 48.5.25.

62) Vir 'n soortgelyke gebruik van dié woorde sien Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 69.35.

63) 2.7.4.

64) 2.16.6.

noem hy geslagtelike gemeenskap met 'n onzinnige. Carpzovius⁶⁵⁾ en Voet⁶⁶⁾ se uiteensetting is van dieselfde aard.

Uit inligting verskaf deur Carpzovius, Voet, Moorman en van der Linden blyk dit tog dat sekere kranksinniges strafregtelik 'n wil, hoewel miskien nie 'n aanspreeklikheidswil⁶⁷⁾ nie, kon vorm. Die reël nec nolle nec velle kon dus nie vir 'n mente capta⁶⁸⁾ (of onzinnige)⁶⁹⁾ geld nie. Laasgenoemde sou dus verkrag kon word.

Insiggewend is Carpzovius⁷⁰⁾ se opmerking dat deur de naderhand tusschenbeudenkomende bewilliginge de misdaad van geweldadige ont-eeringe niet gezuiverd wordt.

Leyser⁷¹⁾ noem die volgende: Mulier, quae in principio arcritera⁷²⁾ reluctata tandem consentit, vis stuprata dici nequit.

Uit hierdie opmerkings van Carpzovius en Leyser kan ons met 'n groot mate van sekerheid aflei dat wilsteenstrydigheid, waarop verkragtingsaanspreeklikheid kon volg, by geslagtelike gemeenskap moes bestaan het.

(iv) Buite-egtelikheid:

De Groot⁷³⁾ deel ons die volgende regsbeginsel mee:

65) Hfst. 62.11.

66) 48.5.2.

67) Sien de Wet en Swanepoel, bl. 101.

68) Voet, 48.5.2.

69) Moorman, 2.16.6. Carpzovius, Hfst. 62.11 praat van 'n meisie niet wel by haare zinnen zunde.

70) Hfst. 68.6. Sien ook sy Rer. Crim., Qu. 75.11: cum per consensum ex postfacto intervententem, crimen stupri violenti non purgetur.

71) Vol. 9.634.12. Sien ook Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

72) Dit blyk duidelik uit Leyser se bespreking dat arcriter vervang moet word met acriter.

73) 1.5.1.

Huwelick ofte echt is een verzameling van man ende wijf tot een gemeen leven, medebrenkende een wettelick gebruik van malkanders lichaem.

Die beginsel is duidelik en daarom kon Damhouder⁷⁴⁾ ook sê dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie, want hy het vol Recht in den Persoon van sijnen Wijve daer hy Huwelick mede gheconsumeert heeft.⁷⁵⁾

In die Romeins-Hollandse reg het 'n skeiding a mensa et thoro same-woning tussen man en vrou opgeskort.⁷⁶⁾ De Groot⁷⁷⁾ stel dit soos volg: De onlusten lang duirende werd oock wel by't gerecht toegestaan scheidinge van de by-woning, den echt-band blijvende, ende met verstand dat altijd wederom getracht moet worden tot versening.

Die aard van dié skeiding impliseer die opskorting van die persoonlike gevolge van die huwelik. Dit wil voorkom of 'n man gedurende die bestaan van so 'n skeiding wel sy vrou kon verkrag.

Onnatuurlike geslagtelike gemeenskap met 'n vrou, en selfs met jou eie vrou, was in die Romeins-Hollandse reg strafbaar.⁷⁸⁾

74) Hfst. 95.16.

75) Sien ook Boehmer, 119.3.

76) Voet, 24.2.16; Brouwer, 2.29; Van Bynkershoek, Quaestiones Juris Privati, 2.13; Van Leeuwen, Het Roomsch Hollandsch Recht, 1.15.3; Van der Linden, 1.3.9. Sien ook Banks v. Clement, N.O. 1921 K.P.A. 197 op bl. 201.

77) De Groot, 1.5.20.

78) Damhouder, Hfst. 96.3; Carpovius, Hfst. 69.15 en sy Rer. Crim. Qu. 76.24; Matthaeus, 48.3.6.8. Sien ook R. v. K. en F. 1932 O.D. 71 op bl. 72. Hierdie misdad is onder sodomie gestraf, maar die latere Romeins-Hollandse juriste noem dit nie meer nie. Dit kan egter nie sondermeer uit die feit dat die latere juriste dit nie meer noem nie, afgelei word dat dié misdad nie gedurende die latere periode bestaan het nie.

(v) Skuld:

Dit is voldoende om slegs te noem dat verkragting in die Romeins-Hollandse reg 'n opsetsmisdaad was.⁷⁹⁾

(vi) Straf:

Dit is m.i. juis die strafvraagstuk wat aanleiding gegee het tot misdaadsistematiese verwarring in die Romeins-Hollandse reg.

De Groot verwys bv. in sy indeling van die publieke regsmateriaal na straffe der misdaad.⁸⁰⁾ Die klem lê vir hom dus op die strafelement.

Matthaeus, Damhouder en Van der Linden verwys in dieselfde asem na verkragting en raptus.⁸¹⁾ Albei misdade is misdade met 'n seksuele karakter wat teenoor vroue gepleeg word of, in die geval van raptus hoofsaaklik teenoor vroue gepleeg word, en wat met dieselfde straf bedreig is. Die strafelement verkry gevolglik tot 'n groot mate sistematiese prioriteit. Laasgenoemde is 'n tipiese stadium in die ontwikkeling van die Sistematiese Strafreg.⁸²⁾

Verkragting was in die Romeins-Hollandse reg 'n halsmisdaad,⁸³⁾ maar oplegging van die doodstraf was nie verpligtend nie. Lyfstraf of selfs 'n boete kon onder omstandighede opgelê word.⁸⁴⁾

79) Matthaeus, 48.3.5.8; Carpzovius, Hfst. 68.38; Boehmer, 119.2; Ante omnia dolus in stupratore desideratur; Van der Linden, 2.1.3. gelees met 2.7.4.

80) 7.2.26.

81) Sien ook Van Zurck, Tit. rapt.

82) Sien ook Cod. 9.10 en bl. 33 hierbo.

83) Clarus, Lib. 5, par. Stuprum.3; Matthaeus, 48.3.5.8; Damhouder, Hfst. 95.2; Voet, 48.5.2; Van Leeuwen, Het Roomsche Hollandsche Recht, 4.36.5; Huber, 6.6.20; Carpzovius, Hfst. 68.3; Van Zurck, Tit. rapt.2. Sien ook Maes, bl. 227.

84) Van der Keessel, Praelectiones, 3.35.8; Huber, 6.6.20; Van der Linden, 2.7.4.

Van der Linden⁸⁵⁾ wys op die volgende faktore wat hy as strafver-
swarend beskou:

- (1) verkragting gepleeg deur dreigemente met 'n vuurwapen of
ander wapen;
- (2) verkragting gepleeg op 'n openbare weg;
- (3) verkragting gepleeg op 'n getroude vrou, 'n onhubare of
geesteskranke meisie; en
- (4) voogde, onderwysers en opstieners wat meisies onder hulle
sorg verkrag.

In zeer verzwarende omstandigheden, sê hy, kan die doodstraf op-
gelê word.⁸⁶⁾

Huber⁸⁷⁾ wys daarop dat verkragting van 'n prostituut ligter ge-
straf word.

Benewens die suiwer strafregtelike gevolge wat aan verkragting
geheg is, was daar ook gevolge wat 'n meer privaatregtelike strafka-
rakter gedra het.⁸⁸⁾

(e) POGING TOT VERKRAGTING:

Poging tot verkragting was in die Romeins-Hollandse reg straf-
baar.⁸⁹⁾

85) 2.7.4. Sien verder Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

86) Sien ook Carpzovius, Hfst. 68.4 e.v.

87) 6.6.22. Sien ook van der Keessel, Crim., 48.5.25. Sien
egter Carpzovius, Hfst. 68.27.

88) Sien de Groot, 3.35.7; Artnzenius, 2.1.41; Huber, 6.6.21;
Van der Keessel, Praelectiones, 3.35.7-8.

89) Sien oor die algemeen Van Leeuwen, Proces Crimineel en Regtelike
Bewering, 6.3.

In die 14de eeu is dit selfs as poging tot verkragting beskou as 'n man 'n vrou ontklee.⁹⁰⁾

'n Man wat 'n vrou teen die grond gooi met die opset om haar te verkrag en nie in staat is om sy voorneme uit te voer nie, pleeg reeds poging tot verkragting.⁹¹⁾ Poging tot verkragting het gevolglik in die Romeins-Hollandse reg reeds bestaan by geweldstoevoeging gepaardgaande met die opset om te verkrag.

Poging tot verkragting is ligter gestraf as verkragting. Volgens Van Leeuwen⁹²⁾ is poging tot verkragting gestraf met lyfstraf en verbanning. Volgens Leyser⁹³⁾ kon poging tot verkragting met die dood gestraf word as daar besondere verswarende omstandighede teenwoordig was.

(f) DIE NA-VERKRAGTINGSKLAGTE:

Die verkragtingslagoffer moes die beweerde verkragting so spoedig moontlik onder die aandag van die publiek bring.

Maes⁹⁴⁾ vat die omstandighede waaronder sy die beweerde verkragting openbaar bekend moes maak soos volg saam: „Daarenboven moest zij aan iedereen, die zij ontmoette, wenende, met gescheurd kleet, gewonde handen en verwarde haren het voorgevallen misdrijf vertellen”.

90) Maes, bl. 228.

91) Matthaeus, Prol. 1.6. Sien ook R. v. Sharpe 1903 T.S. 868 per Innes, H.R. op bl. 872. Sien ook Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 75.56 waar hy die volgende oor conatus stupri violenti sê: si quis pudicitiam alicujus mulieris attentans, coniciendo eam in terram, repugnantem vincere, ac comprimere non possit, vel ab alio impeditur, ad effectum non perveniat. Sien ook Carpzovius, Hfst. 68.29.

92) Het Roomsche Hollandsche Recht, 4.36.2. Sien ook Carpzovius, Hfst. 68.18 en 29; Van der Linden, 2.1.2.

93) Leyser, Vol. 9.634.17. Sien verder Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

94) Bl. 226. Sien ook Boehmer, 119.7.

Hierdie reël het mettertyd 'n gedaanteverwisseling ondergaan en is tot 'n groot mate afgewater. Van der Keessel⁹⁵⁾ skryf dat die verkrachtingslagoffer in Seeland binne ses weke⁹⁶⁾ nadat die beweerde verkrachting sou plaasgevind het of as sy haar vryheid herwin het, 'n klagte moes gaan lê, anders verbeur sy alle eise en die strafgeding het blykbaar ook verval.

Oor die algemeen is bewyswaarde geheg aan die uitroep van die verkrachtingslagoffer.⁹⁷⁾ Carpzovius⁹⁸⁾ stel dit besonder sterk: En waarlik, 't geweld wordt bewezen, zo de vrouw met sterk geroep iemands hulp en bystand hebbe afgesmeekt. Doch, zo 't geweld in bosschen en andere afgesonderde plaatsen, waar de stem der onderdrukte niet zo gemaklyk kan gehoord worden, gepleegd zy, kan aan de verzekeringe der vrouwe, welke over toegebracht geweld klagtig valt, geen geloof worden gegeeuen, hoezeer ze van een onbesproken leeven en gedrag te zyn bewezen wierde.

Die rede vir die bestaan van die na-verkrachtingsklagtereël is om aan te toon dat geslagtelike gemeenskap teen die slagoffer se wil geskied het.⁹⁹⁾

95) Praelectiones, 3.35.7. Sien ook sy Crim., 48.5.25 waarin slegs meegedeel word dat die klagte bewyswaarde het. Sien verder Van Zurck, Tit. rapt. 7.

96) In Groningen was dit, volgens Van der Keessel, slegs 24 uur.

97) Sien Damhouder, Hfst. 92.11 waarin hy sê dat die eed van die stuprum-slagoffer geglo word teen dié van die Schoffierder; Van Zurck, tit. rapt. 2.1.; Carpzovius, Hfst. 68.41-42; Moorman, 2.16.9; Leyser, Vol. 9.634.3-5. Sien ook regter van den Heever se opmerkings in R. v. Ellis 1936 S.W.A. 10 op bl. 11. Sien verder Voet, 48.5.2.

98) Hfst. 68.41. Sien ook sy Rer. Crim., Qu. 75.86.

99) Sien Carpzovius, Hfst. 68.42; Moorman, 2.16.9: wanneer een meisje eenigen tyd zwygt, en daar over niet en klaagt, zulks gedachten geeft, dat de onteringe met haar zin en believen is geschied.

II. STUPRUM:(a) TERMINOLOGIE:

Benewens die suiwer taalkundige betekenis van die woord stuprum,¹⁰⁰⁾ wat onder andere „onteer“¹⁰¹⁾ beteken, het dit ook regs-taalkundig 'n besondere betekenis gehad.¹⁰²⁾

In die regliteratuur is dié woord dikwels voor of na 'n beskrywende byvoeglike naamwoord gevoeg. Ons tref bv. die woorde simplex stuprum en stuprum qualificatum aan.¹⁰³⁾

Sommige skrywers het in die vroeë Nederlandse taal geskryf en daar was gevolglik ook ooreenstemmende Nederlandse terme.

(b) SIMPLEX STUPRUM:

Verskeie juriste gebruik gewoonweg slegs die woord stuprum om simplex stuprum aan te dui. Die onderskeiding tussen simplex stuprum en stuprum qualificatum tref ons onder die latere juriste aan.

Volgens Clarus¹⁰⁴⁾ word stuprum gepleeg deur geslagtelike gemeenskap met 'n maagd of 'n weduwee te hou. Word stuprum met geweld gepleeg, is dit met die dood strafbaar, maar andersins¹⁰⁵⁾ word dit gestraf met 'n boete. Hy voel egter dat geslagtelike gemeenskap met 'n weduwee nie gestraf behoort te word nie.¹⁰⁶⁾

100) Ook in die werkwoordsvorm stuprare gebruik.

101) Op Engels: „defile“.

102) Sien ook bl. 27 hierbo.

103) Sien bv. Van Leeuwen, Censura Forensis, 1.5.23.9.

104) Lib. 5. par. stuprum.1. Hy wys daarop dat stuprum met 'n seun gepleeg onder die misdaad sodomie val. Sien ook bl. 27 m.b.t. stuprum in die Romeinse reg.

105) Sien ook hieronder bl. 56.

106) Lib. 5. Par. stuprum.5-7 en ook die Additiones.

Damhouder¹⁰⁷⁾ praat van maeghden t' ontsetten oft schoffieren¹⁰⁸⁾ wat, volgens hom, in regte stuprum genoem word en gepleeg word deur geslagtelike gemeenskap te hou met 'n maagd of 'n weduwee wat 'n eerbare lewe lei. Hierdie misdaad word by wille ende consente van die maagd of weduwee gepleeg, want anders sou dit verkragting wees. Laasgenoemde is met die dood strafbaar, terwyl eersgenoemde met boete strafbaar is. Die Schoffierder kan verder gedwing word om met die ghestrupeerde te trou.¹⁰⁹⁾

Matthaeus¹¹⁰⁾ se bespreking is van dieselfde aard, hoewel hy die woord corruptio¹¹¹⁾ gebruik wat daarop wys dat dit nie bloot om geslagtelike gemeenskap met 'n maagd of 'n eerbare weduwee gegaan het nie, maar dat daar 'n element van verleiding moes wees.¹¹²⁾

'n Meisie wat haar maagdelikheid as 'n verkrachtingslagoffer verloor, word regtens nog as 'n maagd beskou. Carpzovius¹¹³⁾ verduidelik dat de maagd, welke met geweld onteerd is, niet wordt verboden, de krans of kroon des maagdoms op haar hoofd te draagen, en wel daarom, dat eene, welke met geweld verkracht is, aensins haare kuysheyd en maagdom

107) Hfst. 92.1-5.

108) In Killianus se woordeboek word schoffieren aangegee as violare, corrumpere, officere ignominia, inferre labem, infamiam, ignominiam. Schoffieren oft schenden een maecht word aangegee as violare virginem, vim inferre virgini, rapere virginem, vi opprimere virginem.

109) Hfst. 92.6. Carpzovius, Hfst. 62.16 en sy Rer. Crim., Qu. 69.47, wys daarop dat stuprum slegs buite-egtelik gepleeg kon word.

110) 48.3.5. Sien ook Huber, 6.12.1-7.

111) Van der Keessel, Crim., 48.5.24 sê uitdruklik dat as dit blyk dat die meisie die man verlei het, lg. nie aanspreeklik is nie. Sien verder Carpzovius, Hfst. 62.20.

112) 48.3.5.2. Sien ook 48.3.5.3: Excludimus meretrices, quarum consuetudo extra legis poenam est, quoniam licentiam stupri apud aediles profitebantur. Dit blyk dat 'n seun ook, volgens hom, 'n stuprum-slagoffer kon wees. Sien ook Van der Keessel, Crim., 48.5.21.

113) Hfst. 68.40.

verliest, die, als eene deugd zynde, in de ziele en niet in't lighaam gelegen is.

Volgens Voet¹¹⁴⁾ is die straf (poena) vir simplex stuprum dat die verleier verplig kan word om die verleide¹¹⁵⁾ as vrou te neem of 'n bruidskat vir haar te betaal. Weier hy om met haar te trou of kan hy nie die bruidskat betaal nie, word hy onder die Crimina extraordinaria gestraf.

Van Leeuwen¹¹⁶⁾ se uiteensetting kom baie ooreen met dié van bo-genoemde skrywers, maar hy voeg by dat slegs privaatregtelike remedies van belang is by simplex stuprum.¹¹⁷⁾

Moorman¹¹⁸⁾ verklaar dat by het Pausselyk recht is aangenomen ... dat een onteerder ingevolge het selve verpligt is het onteerde vrouws-persoon te trouwen of te goeden, en word dit hedendaags noch gevolgt ... Hy verkies om hom nie verder hieroor uit te laat nie, want die probleemrae wat hulle die meeste voordoën, behoort tot die geltzaken en nie tot die lufstraffelyke nie.

Dit kan gekonkludeer word dat simplex stuprum in die Romeins-Hollandse reg sy suiwer publiekregtelike strafkarakter¹¹⁹⁾ geleidelik verloor het.

114) 48.5.3. Sien ook Van der Keessel, Crim., 48.5.24.

115) Voet voeg by dat 'n weduwee met wie geslagtelik verkeer is, nie as vrou geneem hoef te word nie en dat 'n bruidskat ook nie vir haar betaal hoef te word nie.

116) Censura Forensis, 1.5.23.1-3. Sien verder Leyser, Vol. 9.633.

117) 1.5.23.2: Stupri non violenti poena Jure Civile. Sien ook sy Het Roomsche Hollandsch Recht, 4.36.2 en 6. Sien egter Carpzovius, Hfst. 62.1 en sy Rer. Crim., Qu. 69.1.

118) 2.16.5-6.

119) Sien ook Scholtemeyer v. Potgieter 1916 T.P.A. 188 op bl. 194; Bensimon v. Barton 1919 A.A. 13 op bl. 18.

(c) GEKWALIFISEERDE STUPRUM (STUPRUM QUALIFICATUM):

Voet¹²⁰⁾ wys op die volgende strafbare handelingte waarvoor die straf vir stuprum verskerp moet word:

(i) geslagtelike gemeenskap met 'n innaturam seu modum viripotentem virginem;¹²¹⁾

(ii) geslagtelike gemeenskap deur 'n voog of kurator met sy pupil en ook 'n onderwyser of 'n ander persoon aan wie se sorg die onderrig van die slagoffer opgedra is;¹²²⁾

(iii) geslagtelike gemeenskap deur 'n bewaarder met 'n vroulike gevangene of 'n gevangene met 'n bewaarderes;¹²³⁾

(iv) geslagtelike gemeenskap met 'n mente captam;¹²⁴⁾

(v) geslagtelike verkeer met 'n eerbare vrou wat deur die dader dronk gemaak is met die doel om haar meer willekeurig¹²⁵⁾ te misbruik;¹²⁶⁾

(vi) verleiding van 'n meesteres deur 'n slaaf;¹²⁷⁾

(vii) verleiding van 'n non;

120) 48.5.2. Sien verder oor die algemeen Carpzovius, Hfst. 62 en sy Rer. Crim. soos hieronder spesifiek aangehaal.

121) Sien ook Clarus, Lib.5.par.stuprum.9; Damhouder, Hfst. 92.7 en Hfst. 95.11; Matthaeus, 48.3.5.8; Carpzovius, Hfst. 68.20 en sy Rer. Crim., Qu. 75.27 e.v. en Qu. 69.37-46; Boehmer, 119.6; Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

122) Sien ook Damhouder, Hfst. 92.8; Matthaeus, 48.3.5.8; Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

123) Sien ook Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 69.23; Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

124) Sien ook Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 69.33; Boehmer, 119.5 en sy Observatio V op Carpzovius se Rer. Crim., Qu. 75.

125) Voet gebruik die woord licentius (meer willekeurig) wat daarop dui dat die slagoffer baie dronk moet wees. Sien ook Steyn, A.R. in R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A) op bl. 424.

126) Sien ook Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 69.35 wat 'n toestand gelykstaande aan 'n toestand van slaap by die slagoffer vereis.

127) Sien ook Matthaeus, 48.3.5.8; Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 69.14; Van der Keessel, Crim., 48.5.25.

- (viii) verleiding van 'n weduwe in die annus luctus,¹²⁸⁾
 (ix) verleiding van 'n Christen deur 'n Jood of vice versa,¹²⁹⁾
 (x) verleiding van meer as een meisie op ongeveer dieselfde tyd;¹³⁰⁾ en
 (xi) verleiding van 'n meisie van 'n hoër stand deur 'n persoon van 'n laer stand.¹³¹⁾

Van Leeuwen,¹³²⁾ na behandeling van simplex stuprum,¹³³⁾ sê die volgende: Caeterum propter stuprum qualificatum,¹³⁴⁾ quod in aliud, praeter simplex voluntarium stuprum, crimen, ex gravioribus circumstantiarum qualitatibus incurrit, stupratorem etiam criminaliter puniri constat, veluti si idem cum diversis puellis praetextu sponsaliorum, omnibus ac singulis promissorum, fuerit commissum. Dieselfde geld as 'n meisie se tutor vel curator haar onteer of as 'n man geslagtelike gemeenskap hou met 'n impubes.¹³⁵⁾

Moorman¹³⁶⁾ sê dat hy noch maar ten aanzien van de ontferinge, die vrywillig geschied en zonder geweld word in het werk gestelt, aanmerken, dat dezelve in de volgende gevallen zekerlyk strafbaar is:

- (i) 'n voog wat 'n onmundig meisje aan sy sorg toevertrou onteer;
 (ii) Schoolmeesters en anderen wat diegene aan hulle onderrig

128) Sten ook Matthaeus, 48.3.5.9.

129) Sten ook Arntzenius, 2.3.5. Sten egter Van der Keessel, Crim., 48.5.25; Leyser, Vol. 9.631.10.

130) Sten ook Matthaeus, 48.3.5.8; Carpovius, Res. Crim., Qu. 69.14.

131) Sten ook Carpovius, Res. Crim., Qu. 69.44.

132) Censura Forensis, 1.5.23.9. Sten ook sy Het Roomsche Hollandsche Recht, 4.36.2.

133) Sten hierbo bl. 53.

134) Arntzenius, 2.3.5. praat van gequalificeerde hoererijsen.

135) 'n Meisie onder die ouderdom van 12 jaar was, soos in die Romeinse reg, 'n impubes. Sten bv. Van Bynkershoek, 3.24.

136) 2.16.6.

en tug onderworpe, oonters

(iii) 'n Cypier of Provoost wat 'n gevangene oonteer en ook geslagtelike verkeer deur gevangenes onderling;

(iv) 'n persoon wat 'n onzinnige oonteer of een meisie dronken maakt en zich daar mede vleesselyk vermenqt; en

(v) hulle wat met groot beloftes en geskenke 'n meisie bedrieg en tot zijn wille brenqt.¹³⁷⁾

Hoewel ons ou skrywers dit nie noem nie, wys die Duitse juriste daarop dat geslagtelike gemeenskap met 'n slapende vrou ook strafbaar was.¹³⁸⁾

Waar stuprum in die Romeinse reg 'n wye omvang gehad het, is die omvang daarvan in die Romeins-Hollandse reg geleidelik vernou. Onnatuurlike geslagtelike gemeenskap tussen mans en bigamie¹³⁹⁾ het bv. in die Romeins-Hollandse reg afsonderlike sistematiese plekke gekry. Ander verskyningsvorme van die Romeinsregtelike stuprum het in die Romeins-Hollandse reg hulle suiwere strafkarakter ingeboet. Wat oorgebly het, was 'n groep misdade wat op strafregtelik-sistematiese ontsluiting gewag het. Soos ons later sal aantoon,¹⁴⁰⁾ het hierdie misdade of samestellinge daarvan in die Nederlandse en Duitse regstelsels afsonderlike bestaanwerkry, terwyl hulle in die Suid-Afrikaanse reg 'n ander pad gevolg het.

137) Sten ook Huber, 6.12.15; Van der Keessel, Crim., 48.5.25; Groenewegen, S. van G. van der M: Tractatus de Legibus Abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, Ad. Cod. 9.13. par. 2.5; Leyser, Vol. 9.631.9.

138) Sten Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 69.35. Sten verder Boehmer, 119.4 en sy Observatio V op Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 75; Leyser, Vol. 9.634.24.

139) Sten bv. Arntzenius, 2.3.5.

140) Sten bl. 63 e.v. en bl. 76 e.v. hieronder.

III. RAPTUS:

Verskeie Romeins-Hollandse juriste het slegs een term gebruik om beide verkragting en raptus aan te dui.¹⁴¹⁾

Die raptus van die Romeinse reg¹⁴²⁾ was nie meer die raptus van die Romeins-Hollandse reg nie. In die Romeins-Hollandse reg was die misdaad nie slegs meer gerig teen die beskerming van die gesagsregte van ouers of voogde nie, maar ook teen die beskerming van die vryheid en integriteit van die ontvoerde: raptus was in die Romeins-Hollandse reg die gewelddadige of bedriegtelike (listige) wegname van 'n persoon met die doel om met haar/hom te trou of geslagtelik te verkeer.¹⁴³⁾

Die elemente van raptus was dan in die besonder:

(i) gewelddadige of listige (ii) wegvoering van 'n (iii) persoon (iv) met die opset om met hom/haar te trou of geslagtelik te verkeer.

Ad(i): Geeneen van ons ou skrywers betwis die feit dat hierdie misdaad met geweld gepleeg kon word nie. Inteendeel, raptus word feitlik deurgaans in terme van geweld beskryf.¹⁴⁴⁾ Verskeie skrywers wys egter daarop dat dié misdaad ook deur lis of bedriegtelike voorstellinge kan geskied.¹⁴⁵⁾ Dreigemente was ook voldoende.¹⁴⁶⁾

141) Sien bl. 49 hierbo. Sien verder Maes, bl. 221.

142) Sien bl. 33 hierbo.

143) Sien verder Hertzog, R. in *Tobie v. S.* (1899) 16 C.L.J. 45 op bl. 47; *De Wet en Swanepoel*, bl. 259; Van den Heever, R. in *R. v. Elapo* 1944 O.P.A. 166 op bl. 169.

144) *Damhouder*, Hfst. 95.1; *Matthaeus*, 48.4.4.7; *Voet*, 48.6.4; *Van Leeuwen*, *Censura Forensis*, 1.5.24; *Van der Linden*, 2.7.4. Sien ook *Nederlands Advys-boek*, 4.174; *Van Zurck*, tit. rapt. 6.5; *Carpzovius*, Hfst. 37.14 en sy *Rer. Crim.*, Qu. 40.26; *Groenewegen*, *Ad. Cod.* 9.13. Par. 1.

145) *Matthaeus*, 48.4.2.1; *Vinnius*, 4.18.8; *Van Leeuwen*, *Censura Forensis*, 1.5.24; *Moorman*, 2.17.1. Sien ook *Artnzentius*, 2.3.54; *Van der Keessel*, *Crim.*, 48.6.7; *Voet*, 48.6.4; *Boehmer*, 118.2; *Groenewegen*, *Ad. Cod.* 9.13.par.2.2; *Kersteman*, F.L.: *Hollandsch Rechtsgeleerd Woordenboek*, tit. Schaaken,

146) *Moorman*, 2.17.1; *Van der Keessel*, *Crim.*, 48.6.7; *Boehmer*, 118.2; *Leyser*, Vol. 9.630.2.

Verkragting geskied altyd teen die wil van die slagoffer, terwyl raptus ook met die toestemming van die ontvoerde kan geskied,¹⁴⁷⁾ Waar die ontvoerde toestem, moet die ontvoering geskied sonder die toestemming van haar ouers of ander persone in loco parentis wat tot haar huwelik moet toestem.¹⁴⁸⁾

Ad(ii): Daar moet 'n wegvoering van de eene plaets na de andere wees.¹⁴⁹⁾ Van der Keessel¹⁵⁰⁾ wys daarop dat daar t.o.v. dié element van raptus 'n belangrike verskil met verkragting bestaan, want lg. kan gepleeg word selfs al is daar nie 'n wegvoering nie.

Ad(iii): Dié misdad kan ook t.o.v. 'n manspersoon gepleeg word.¹⁵¹⁾ Volgens Van der Keessel¹⁵²⁾ kan 'n vrou ook 'n raptus-dader wees.

Ad(iv): Van Leeuwen wys daarop dat daar 'n opset om met die slagoffer te trou of geslagtelike gemeenskap te hou, by die dader moet wees.¹⁵³⁾ Voet, daarenteen, noem slegs dat daar 'n wellustige opset moet wees.¹⁵⁴⁾

147) Sien van der Keessel, Crim., 48.5.25; Voet, 48.6.4.

148) Voet, 48.6.4; Van der Keessel, Crim., 48.6.7; Van Zurck, Tit. rapt. 1 en 6.1-3; Moorman, 2.17.4; Kersteman, Tit. Schaaken; Loenius, J: Decisien en Observatien, Casus 10.

149) Moorman, 2.17.1. Sien ook Van Leeuwen, Censura Forensis, 1.5.23; Carpzovius, Hfst. 37.14 en sy Rer. Crim., Qu. 40.26.

150) Crim., 48.5.25 en ook 48.6.7. Sien ook Kersteman, Tit. Schaaken; Boehmer, 118.2.

151) Matthaeus, 48.4.2.3; Voet, 48.6.4; Moorman, 2.17.1; Van der Keessel, Crim., 48.6.7. Volgens van der Keessel (met beroep op Boehmer, Observatio III op Carpzovius, Rer. Crim., Qu. 40) kan raptus slegs met 'n eerbare persoon gepleeg word. Sien verder Voet, 48.6.6; Carpzovius, Hfst. 37.15 en sy Rer. Crim., Qu. 40.26; Boehmer, 118.3.

152) Crim., 48.6.7.

153) Censura Forensis, 1.5.24.

154) 48.6.4. Sien ook Carpzovius, Hfst. 37.15 en sy Rer. Crim., Qu. 40.26; Moorman, 2.17.1 en 2; Kersteman, Tit. Schaaken; Boehmer, 118.4.

Van der Keessel¹⁵⁵⁾ stem saam dat raptus libidinis causa gepleeg word. Libido slaan volgens hom op beide wegvoering matrimonii causa en wegvoering met die doel om onregmatig geslagtelike gemeenskap te hê. Onder „onregmatige geslagtelike gemeenskap” word ook geslagsverkeer teen die orde van die natuur verstaan.

Raptus was met die dood strafbaar.¹⁵⁶⁾

Hoewel sommige juriste slegs een term gebruik het om beide raptus en verkragting aan te dui, blyk dit tog duidelik dat daar positiefregtelik 'n verskil was tussen dié twee misdade.

155) Crim., 48.6.7. Sten verder sy Theses Selectae Juris Hollandici en Zelandici, 72.

156) Sten bv. Artnzenius, 2.3.54; Voet, 48.6.5-6; Van der Keessel, Crim., 48.6.7; Kersteman, Tit. Schaaken.

HOOFSTUK III

'N REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF.

In hierdie hoofstuk behandel ons:

*DIE NEDERLANDSE, DUITSE EN NOORWEEGSE REGSTELSELS
waarin gewelddadige geslagtelike gemeenskap basies
'n afsonderlike misdaad is; en*

*DIE ENGELSE, AMERIKAANSE EN NIGERIESE REGSTELSELS
waarin gewelddadige geslagtelike gemeenskap 'n
onderafdeling van 'n meer omvattende misdaad is.*

DIE NEDERLANDSE REGI. AGTERGROND EN TERMINOLOGIE:

Die Nederlandse reg, soos ook die Duitse reg, het prinsipiële-sistematies veel suiwerder vanuit die Romeinse en Romeins-Hollandse (of Romeins-Duitse) reg ontwikkel as die Suid-Afrikaanse reg.

In die Nederlandse reg is gewelddadige geslagtelike verkeer basies as afsonderlike misdaad behou. Laasgenoemde word „verkrachting“ genoem. In ons verdere bespreking word die Afrikaanse terminologiese ekwivalent daarvan gebruik.

In stede van ander strafwaardige handeling van 'n seksuele aard onder verkrachting in te forseer, het die Nederlandse reg afsonderlik voorsiening daarvoor gemaak.

Omdat verskeie Nederlandsregtelike misdade binne die trefkrag van die Suid-Afrikaansregtelike verkrachtingsmisdade val en ander op die periferieë daarvan lê, is dit nodig, ter behoorlike vergelyking, om 'n studie van verskeie Nederlandsregtelike misdade te maak.

In die Nederlandse Strafwetboek word die meeste misdade, sonder om aan elke misdaad 'n naam te gee, soms net omskryf. Die benaminge is gevolglik in die meeste gevalle ons eie.

II. VERKRACHTING:

Art. 242 van die Nederlandse Strafwetboek bepaal: „Hij die door geweld of bedreiging met geweld eene vrouw dwingt met hem buiten echt vleeschelijke gemeenschap te hebben, wordt, als schuldig aan verkrach-

ting, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren".¹⁾

(a) Die Slagoffer:

Volgens Noyon²⁾ kan die verkrachtingslagoffer slegs 'n vrouspersoon van 12 jaar en ouer wees. Hy argumenteer dat art. 242 slegs verwys na 'n „vrouw". In art. 244³⁾ word gepraat van 'n „meisje" onder die ouderdom van 12 jaar. In art. 245⁴⁾ word weer verwys na 'n „vrouw" den leeftyd van twaalf, maar nog niet dien van zestien jaren heeft bereikt". Uit hierdie gegewens lei hy dan af dat die woord „vrouw", in art. 242 gebruik, 'n vrouspersoon van 12 jaar en ouer aandui.

Reeds in 1938 het die Hoge Raad beslis dat enige vrouspersoon 'n verkrachtingslagoffer kan wees.⁵⁾ „dat toch de enkele omstandigheid, dat het wetboek van strafrecht in het artikel, dat alleen op vrouwelijke personen beneden den leeftijd van twaalf jaren betrekking heeft, de aanduiding 'meisje' gebruikt, niet tot de conclusie kan leiden, dat het begrip 'vrouw', in een geval, waarin het wetboek zelf geen leeftijds-grenzen aangeeft, tot vrouwelijke personen van twaalf jaar of ouder is beperkt en uit de geschiedenis van de totstandkoming van het wetboek ook niet blijkt, dat, met name in art. 242, eene dergelijke beperking is bedoeld".

1) Sien ook van Bemmelen, J.M. en van Hattum, W.F.C: Hand- en Leerboek van Het Nederlandse Strafrecht, Deel II, bl. 465; Zeegers, M: Seksuele Delinquenten, bl. 22 en bl. 82; Noyon, T.J: Het Wetboek van Strafrecht (sesde uitgawe bewerk deur G.E. Langemeijer), Deel II, bl. 198. Sien verder art. 248 van die Nederlandse Strafwetboek. Die Nederlandse houe lê nie swaar strawwe op nie. Dit gebeur selde dat 'n persoon meer as 5 jaar gevangenisstraf kry. Sien Schiff, A.F: Rape in other Countries, bl. 141.

2) Noyon, II, bl. 199.

3) Sien hieronder op bl. 71.

4) Sien hieronder op bl. 71.

5) Hoge Raad 14 Maart 1938, N.J. 1938, 956.

(b) Die Dader:

Slegs 'n manspersoon kan 'n verkrachtingsdader wees.⁶⁾ Dit spreek duidelik uit die taal van art. 242 self: „vleeschelijke gemeenschap” hou met „eene vrouw”.⁷⁾

Streng gesproke bestaan daar in die Nederlandse Strafreëg geen chronologiese beperkinge t.o.v. die strafregtelike aanspreeklikheid van kinders nie.⁸⁾ „Dit betekeniet niet dat kinderen ... perse strafbaar zijn ook al handelden zij zonder oordeel des onderscheids”.⁹⁾ Die vraag in elke geval is dus of 'n kind 'n „oordeel des onderscheids” het.¹⁰⁾ 'n Persoon het 'n „oordeel des onderscheids” as hy die gevolge van sy handeling kan bereken en die strafbare karakter daarvan kan besef. Dit word bepaal „ten aanzien van het concrete strafbare feit, dat gepleegd was, dus niet of het kind in het algemeen, maar of het ten aanzien van dit bepaalde feit met oordeel des onderscheids had gehandeld”.¹¹⁾

Jeugdige seksoortreders kom egter weinig voor die strafhoue. Volgens Zeegers¹²⁾ was die jongste persoon waarmee hy in sy ondersoek te

6) Simons, D: Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht, Deel II, bl. 191.

7) Sten ook bl. 63. hierbo.

8) Van Bemmelen en van Hattum, Deel I, bl. 342. Sten in die algemeen art. 39 van die Nederlandse Strafwetboek en Hoge Raad beslissing van 10 Nov. 1924, A.18.

9) Van Bemmelen, en van Hattum, Deel I, bl. 342. Sten ook Vos, H.B: Leerboek van Nederlands Strafrecht, bl. 284.

10) Van Bemmelen, J.M. en Burgersdijk, H: Arresten over Strafrecht, in kommentaar op Hoge Raad beslissing van 10 Nov. 1924, A.18 beveel aan dat in geval van ernstige misdade (w.o. verkrachting) daar 'n vermoede moet bestaan dat die dader by die pleeg van die misdryf nie toerekeningsvatbaar was nie.

11) Vos, bl. 284.

12) Bl. 96. Sten verder Drukker, L: De Sexueele Criminaliteit in Nederland, bl. 18 - 28.

doen gekry het vyftien jaar oud.

'n Vrou kan, volgens van Bemmelen en van Hattum,¹³⁾ wel as 'n middelelike dader aan verkragting skuldig bevind word.

Opsommenderwys kan dan gesê word dat die verkragtingsdader teoreties 'n manspersoon van enige ouderdom kan wees. Die Nederlandse deelnemingsleer maak verder ook voorsiening vir verkragtingsaanspreeklikheid van 'n vrou.

(c) Die Handeling:

Die verkragtingshandeling bestaan in gewelddadige of bedreigingsgewelddadige vleeslike gemeenskap. Voordat daar sprake kan wees van 'n verkragtingshandeling moet daar (i) geweld of geweldsbedreiging en (ii) vleeslike gemeenskap wees.

Ad.(i): Die woord „geweld” beteken nie slegs feitelike liggaamlike aantasting nie. Dit moet gelees word met art. 81 van die Nederlandse Strafwetboek: „Met het plegen van geweld wordt gelijkgesteld het brengen in een staat van bewusteloosheid of onmacht”.¹⁴⁾

Die geweld of dwang hoef nie uit te gaan van die persoon wat geslagtelik verkeer nie. Gaan dit uit van 'n ander persoon, pleeg hy ook die misdaad verkragting.¹⁵⁾

Blote geweldstoevoeging is nie voldoende nie. Die slagoffer se weerstandsvermoë moet daardeur gebreek word.¹⁶⁾

13) Deel I, bl. 424. Sien ook Rabie, bl. 172 e.v.

14) Vir die betekenis van „bewusteloosheid of onmacht” sien Hoge Raad 21 Junie 1943, N.J. 1943, 559. Sien ook Smidt, H.J.: Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, bl. 308.

15) Van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 465. Sien egter Noyon, Deel II, bl. 198.

16) Sien Hoge Raad 26 Julie 1949, N.J. 1949, 731. Dit kan ook afgelei word uit die gebruik van die woord „dwingt” in art. 242.

Volgens Noyon¹⁷⁾ is bedreiging van geweld teenoor iemand anders as die slagoffer ook voldoende. In 'n saak waarin die Hoge Raad op 26 Julie 1949¹⁸⁾ 'n beslissing gegee het, is die slagoffer volgens die akte van beskuldiging bedreig „met doodslag of zware mishandeling teen haar of haar nabestaanden“.

Ad(ii): Wat beteken die begrip „vleeschelike gemeenskap“ in die Nederlandse Strafrege?

Volgens Noyon¹⁹⁾ is ejaculatio seminis 'n voorvereiste vir vleeslike gemeenskap. Die opinie-oorwig dui egter daarop dat blote penetrasie van die vroulike geslagsorgaan deur dié van die man voldoende is om vleeslike gemeenskap daar te stel.²⁰⁾

(d) Skuld:

Verkragting is 'n opsetsmisdaad.²¹⁾

(e) Buite-egtelikheid:

Dit kan verder net opgemerk word dat 'n man nie sy vrou kan :

17) Deel II, bl. 198.

18) N.J. 1949, 731.

19) Deel II, bl. 196.

20) Van Bemmelen en van Hattum, Deel II, Bl. 465; Langemeijer se kommentaar op Noyon, Deel II, bl. 196; Hoge Raad 5 Feb. 1912, W. 9292; Gerechtshof te Leeuwarden 28 Jan. 1925, W. 11356.

21) Sien van Bemmelen en van Hattum, Deel I, bl. 127.

verkrag nie.²²⁾

(f) Poging:

Poging tot verkragting is strafbaar.²³⁾ Volgens Noyon moet geslagtelike gemeenskap beoog word.²⁴⁾

Problematies is dit om die grens te bepaal tussen poging tot verkragting en aanranding van die eerbaarheid.²⁵⁾ Noyon se opmerking dat geslagtelike gemeenskap by poging tot verkragting beoog moet word, skakel hierdie probleme tot 'n groot mate uit.

III. VLEESLIKE GEMEENSAP EN DIE PLEEG VAN ONTUGTIGE HANDELINGE MET 'N VROU WAT BEWUSTELOOS IS OF IN ONMAG VERKEER:

(i) Art. 243 van die Nederlandse Strafwetboek bepaal: „Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met eene vrouw van wie hij weet dat zij in staat van bewusteloosheid of onmacht verkeert, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren”.²⁶⁾

22) Art. 242. Sien ook van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 465 (voetnoot 2); Hoge Raad 26 Julie 1949, N.J. 1949, 731. Dit lyk of dié reël opgehef word by 'n „scheiding van tafel en bed”. In laasgenoemde geval word die persoonlike gevolge van die huwelik opgehef. Sien Völlmar, H.F.A.: Inleiding tot Het Nederlands Burgerlijke Recht, bl. 85. Die posisie i.v.m. nietige huwelike is onduidelik. Sien in die algemeen Völlmar, bl. 40.

23) Sien artt. 45 en 46 van die Nederlandse Strafwetboek; Hoge Raad 11 Jan. 1904, A37.

24) Deel II, bl. 197.

25) Sien art. 246 van die Nederlandse Strafwetboek en die bespreking infra op bl. 74.

26) Sien ook Zeegers, bl. 22.

Die begrippe „bewusteloosheid of onmacht” word nie in die Wetboek omskryf nie. Die Hoge Raad het dit egter soos volg uitgelê:²⁷⁾ „De woorden 'bewusteloosheid of onmacht' in art. 243 Sr. zijn niet alternatief gesteld, doch daaraan ligt dezelfde gedachte ten grondslag, te weten, dat het slachtoffer fysiek weerloos is, welke weerloosheid zich zowel met behoud als met verlies van het bewustzijn kan voordoen, alsook dat het fysiek buiten machte zijn der vrouw om zich te verzetten, het kenmerkende is van het in dit artikel omschreven misdrijf”.²⁸⁾

Indien die dader egter self die toestand, nl. die bewusteloosheid of onmag teweeggebring het,²⁹⁾ pleeg hy verkrating.

Geslagtelike verkeer met 'n slapende vrou val binne die trefkrag van dié artikel.³⁰⁾

Volgens van Bemmelen en van Hattum,³¹⁾ ondersteun deur 'n beslissing van die Hoge Raad,³²⁾ bestaan daar 'n leemte in art. 243: „Aan deze categorieën behoorden te worden toegevoegd de personen, die op grond van hun gebrekkige ontwikkeling of zedelijke storing hunner geestvermogens geen inzicht hebben in de betekenis van ontuchtige handelingen”.³³⁾

27) Hoge Raad 21 Junie 1943, N.J. 1943, 559.

28) Sien ook Hoge Raad 30 Aug. 1909, W. 8903.

29) Met behoud van al die misdaadelemente. Sien ook bl. 66 hierbo.

30) Arrondissements-Rechtbank te Heerenveen 24 Jan. 1895, W. 6630; Gerechtshof te Leeuwarden 31 Aug. 1904, W. 3238.

31) Deel II, bl. 466; ook Noyon, Deel II, bl. 200.

32) Hoge Raad 21 Junie 1943, N.J. 1943, 559.

33) Sien hieronder op bl. 70.

(ii) Art. 247 van die Nederlandse Strafwetboek maak strafbaar die pleeg van ontugtige handeling met 'n persoon wat in 'n staat van bewusteloosheid of onmag verkeer.³⁴⁾

Die dader kan 'n man of 'n vrou wees³⁵⁾ en die slagoffer kan ook, ongeag die geslag van die dader, 'n man of 'n vrou wees. Ook hierdie misdaad is 'n opsetsmisdaad en die dader moes bewus gewees het van die toestand van die slagoffer.³⁶⁾

Volgens van Bemmelen en van Hattum³⁷⁾ is vleeslike gemeenskap 'n spesies van die genusbegrip ontugtige handeling.³⁸⁾

Oor die begrip ontug sê die Hoge Raad³⁹⁾ „dat toch het woord 'ontucht' taalkundig beteekent in het algemeen 'onorde, wanordelijkheid'; in het bijzonder 'onkuischheid, onzedigheid', en in die bijzondere, in het gemeene spraakgebruik meest voorkomende beteekenis omvat niet alleen vleeschlijke gemeenschap buiten echt, maar ook alle andere onkuische, onzedelijke, ontuchtige handeling“.

Dit wil dus voorkom of die juridiese inhoud van die woord „ontugtige handeling“ afhanklik is van die kuisheids-(sedelikeids)gevoel van die gemeenskap.⁴⁰⁾ In die Nederlandse gewysdes is daar verskeie optredes wat as ontugtige handeling beskou is, bv. aanraak van 'n vrou

34) Sien ook Hoge Raad 16 Junie 1930, N.J. 1930, 1339; Hoge Raad 27 Mei 1931, N.J. 1931, 1040.

35) Sien Hoge Raad 14 Jan. 1947, N.J. 1947, 160.

36) Art. 247; Hoge Raad 30 Aug. 1909, W. 8903.

37) Deel II, bl. 465.

38) Sien ook Noyon, Deel II, bl. 197; Hoge Raad 19 Maart 1946, N.J. 1946, 209; Hoge Raad 27 Feb. 1951, N.J. 1951, 334; Hof Leeuwarden 2 Maart 1933, N.J. 1933, 28.

39) Hoge Raad 2 Maart 1896, W. 6777.

40) Afleibaar uit die verwysing na „gemeene spraakgebruik“.

se bobeen,⁴¹⁾ hand onder die rok van 'n vrou insteek,⁴²⁾ vasgryp van 'n ander se geslagsdele,⁴³⁾ ens.

Die straf vir oortreding van art. 247 is 'n maksimum gevangenisstraf van 6 jaar.⁴⁴⁾

IV. VLEESLIKE GEMEENSKAP MET EN ONTUGTIGE HANDELINGE GEPLEEG
TEENOOR JEUGDIGES:

(i) Vleeslike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar is strafbaar met gevangenisstraf tot 'n maksimum van 12 jaar.⁴⁵⁾

Art. 245 van die Nederlandse Strafwetboek bepaal: „Hij die buiten echt vleeschelijke gemeenschap heeft met een vrouw die den leeftijd van twaalf, maar nog niet dien van zestien heeft bereikt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren”.⁴⁶⁾

Die feit dat die dader nie geweet het dat die slagoffer onder 'n betrokke ouderdom is nie, is geen verweer nie.⁴⁷⁾

Slegs 'n man kan vir oortreding van beide artt. 244 en 245 'n dader wees.⁴⁸⁾

Art. 245 skep 'n „klachtdelfot”.⁴⁹⁾ Dit beteken dat vervolging

41) Hoge Raad 16 Julie 1935, N.J. 1935, 1447.

42) Hoge Raad 2 Maart 1896, W. 6777.

43) Hoge Raad 16 Junie 1930, N.J. 1930, 1339; Hoge Raad 15 Junie 1931, N.J. 1932, 1300.

44) Art. 247. Sien ook art. 248.

45) Art. 244. Sien ook Hoge Raad 2 Maart 1896, W. 6777; Hof Leeuwarden 2 Maart 1933, N.J. 1934, 28. Sien verder art. 248.

46) Sien ook Noyon, Deel II, bl. 205. Sien verder art. 248.

47) Van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 468; Noyon, Deel II, bl. 201. Sien ook Hoge Raad 24 Okt. 1898, W. 7194.

48) Sien verder Hoge Raad 14 Jan. 1947, N.J. 1947, 160.

49) Sien ook Hoge Raad 19 Maart, 1946, N.J. 1946, 209. Sien verder Vos, bl. 227 - 233.

slegs kan geskied op klagte. Volgens van Bemmelen en van Hattum⁵⁰⁾ is die rede hiervoor dat die wetgewer nie 'n daaropvolgende huwelik in die weg wou staan nie.

(ii) Art. 247 van die Nederlandse Strafwetboek bepaal: „Hij die met iemand beneden den leeftijd van zestien⁵¹⁾ jaren ontuchtige handelingen pleegt of laatsgemelden tot het plegen of dulden van zodanige handelingen of, buiten echt, van vleeschelijke gemeenschap met een derde verleidt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren”.

Die dader kan 'n man of 'n vrou wees en die slagoffer se geslag is nie van belang nie.⁵²⁾

Die Hoge Raad het ook bevind dat „in dit geval bekendheid van den dader met den leeftijd van het kind geen bestaandeel van het misdrijf uitmaakt”.⁵³⁾

'n Vrou wat buite-egtelik met 'n seun onder die ouderdom van 16 jaar geslagtelike gemeenskap hou, kan skuldig bevind word aan oortreding van dié artikel. Hierdie bewering word gegrond op 'n Hoge Raad beslissing van 19 Maart 1946⁵⁴⁾ waarin gesê word: „Het hebben van vleeschelijke gemeenschap buiten echt is te beschouwen als een ontuchtige handeling”.

(iii) Art. 249(1) van die Nederlandse Strafwetboek bepaal: „Hij

50) Deel II, bl. 470.

51) Van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 469 beveel aan dat die grens opgeskuiw word na 18 jaar.

52) Hoge Raad 14 Jan. 1947, N.J. 1947, 160. In hierdie saak is 'n meisie van 12 jaar daarvan aangekla dat sy ontuchtige handeling gepleeg het met 'n seun van 13 jaar. Sy word skuldig bevind deur die Gerechtshof te Arnheim en die beslissing word deur die Hoge Raad bekragtig.

53) Hoge Raad 24 Okt. 1898, W. 7194.

54) N.J. 1946, 209.

die ontucht pleegt met zijn minderjarig⁵⁵⁾ kind, stiefkind of pleegkind, zijn pupil, een aan zijn zorg, opleiding of waakzaamheid toevertrouwen minderjarige of zijn minderjarige bediende of ondergeschikte, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren".⁵⁶⁾

Die dader kan 'n man of 'n vrou wees en die geslag van die slagoffer is nie ter sake nie.⁵⁷⁾

In 'n saak van 2 Maart 1933⁵⁸⁾ is 'n vader daarvan aangekla dat hy geslagtelike gemeenskap gevoer het met sy dogter wat onder die ouderdom van 12 jaar was. Hierdie feitestel val binne die trefkrag van beide art. 244 en art. 249. Die Hof van Leeuwarden het hom skuldig bevind aan oortreding van art. 249.⁵⁹⁾ Of dié benadering korrek is, is 'n ope vraag. Is art. 244 dan nie die ernstiger misdaad nie? Of watter toets word dan aangewend?

(iv) „Hy die door giften of beloften van geld, of goed, misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiend overwicht of misleiding een minderjarige van onbesproken gedrag, wiens minderjarigheid hij kent of redelikerwijs moet vermoeden, opzettelijk beweegt ontuchtige handelingen met hem te plegen of zoodanige handelingen van hem te dulden,

55) 'n Meisie onder die ouderdom van 21 jaar. Sien Völlmar, bl. 100.

56) Sien Hoge Raad 16 Julie 1935, N.J. 1935, 1447. Sien ook art. 249(2) wat die uitbuiting van sekere gesagsverhoudinge strafbaar maak: „Met dezelfde straf word gestraft: 1. de ambtenaar die ontucht pleegt met een persoon aan zijn gezag onderworpen of aan zijne waakzaamheid toevertrouwd of aanbevolen; 2. de bestuurder, geneeskundige, onderwijzer, beambte, opzichter of bediende in eene gevangenis, rijkswerkinrichting, opvoedingsgesticht, weeskuis, ziekenhuis, krankzinnigengesticht of instelling van weldadigheid, die ontucht pleegt met een persoon daarin opgenomen“.

57) Van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 464.

58) N.J. 1934, 28.

59) Sien ook Hoge Raad 2 Maart 1896, W. 6777.

wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren".⁶⁰⁾

Die dader kan 'n man of 'n vrou wees en die geslag van die slagoffer is nie ter sake nie.⁶¹⁾

Dit is ook duidelik dat die dader moes geweet het of redelikerwys moes vermoed het dat die slagoffer 'n minderjarige is.⁶²⁾ 'n Geldige vraag is: waarom speel kennis van die ouderdom van die slagoffer by hierdie misdaad 'n rol en nie by die misdade kragtens artt. 244 en 245 nie?⁶³⁾

Die inhoud van „onbesproken gedrag“ is problematies. Volgens Noyon⁶⁴⁾ is die inhoud daarvan nie presies omskryfbaar nie.

Art. 248 ter (1) skep ook 'n sg. „klachtdelict“.⁶⁵⁾

Die begrip „misbruik van uit feitelijke verhoudingen voortvloeiende overwicht of misleiding“ kwalifiseer Noyon⁶⁶⁾ deur by te voeg dat die minderjarige se psigiese weerstand daardeur gebreek moet word.⁶⁷⁾

V. AANRANDING VAN DIE EERBAARHEID:

Art. 246 van die Nederlandse Strafwetboek⁶⁸⁾ bepaal: „Hij die door geweld of bedreiging met geweld iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handeling, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding

60) Art. 248 ter (1) van die Nederlandse Strafwetboek.

61) Noyon, Deel II, bl. 210.

62) Sten van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 468.

63) Is die slagoffer 'n meisie onder die ouderdom van 12 of 16 jaar, al na gelang die geval, kan art. 244 en art. 245 resp. geld. Sten Noyon, Deel II, bl. 210.

64) Noyon, Deel II, bl. 211.

65) Sten van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 470.

66) Noyon, Deel II, bl. 209.

67) Sten ook Hoge Raad 14 Feb. 1938, N.J. 1938, 959.

68) Sten ook art. 248.

van de eerbaarheid gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren⁶⁹⁾.

Ook in hierdie geval kan die dader 'n man of 'n vrou wees en die geslag van die slagoffer is nie ter sake nie.

Die geweld of bedreiging kan van 'n ander persoon as die dader uitgaan.⁶⁹⁾

Die woord „dwingen” moet nie eng uitgelê word nie. Hieroor sê Noyon:⁷⁰⁾ „Dwingen” sluit niet in, dat het aangewende geweld onder alle omstandigheden voor de gedwongene onoverwinnelijk moet zijn geweest. Het is ook dan aanwezig wanneer de aanrander mede door het onverhoedse van zijn optreden zijn doel bereikt”.⁷¹⁾

'n Vrou wat 'n man dwing om met haar geslagtelike gemeenskap te hou, sal onder art. 246 skuldig bevind word.⁷²⁾

'n Misdad kragtens art. 246 kan blykbaar ook binne die eg gepleeg word.⁷³⁾

69) Van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 465.

70) Noyon, Deel II, bl. 204. In die Belgiese reg bestaan daar 'n misdad „aanranding van die eerbaarheid met geweld”. Sien art. 373 van die Belgiese Strafwetboek en Delva, J: Aanranding van die Eerbaarheid en Verkrachting, bl. 38 en bl. 95 e.v.

71) Sien ook Hoge Raad 15 Feb. 1926, N.J. 1926, 264. Misdad wat op die grens van veral hierdie misdad kan lê, is skaking (art. 281) ontvoering (artt. 279 en 280) en „vrouwenhandel” (art. 250 ter).

72) Noyon, Deel II, bl. 203.

73) Hoge Raad 5 Feb. 1912, W, 9292. Sien egter Noyon, Deel II, bl. 204; Van Bemmelen en van Hattum, Deel II, bl. 465. Met laasgenoemde standpunt moet in die lig van die Nederlandse reg saamgestem word.

DIE DUITSE REG

I. AGTERGROND EN TERMINOLOGIE:

Waar gewelddadige geslagtelike verkeer met 'n vrou in verskeie regstelsels, histories en sistematies dikwels daaraan ontrou, inhoudelik geleidelik afgewater is en plek gemaak het vir die afwesigheid van toestemming-beginsel en sodoende eintlik ontaard het in 'n konglomo-raatmisdaad, het dit in die Duitse reg basies sy spesifieke misdaad-karakter behou. 'n Hele reeks misdade het egter sistematies daarnaas ontwikkel.

Om verwarring te voorkom, is dit wenslik om gebruik te maak van die Duitsregtelike terminologie. Die ter saaklike misdade word afsonderlike bespreek.

Dit moet verder genoem word dat die Duitse Strafwetboek¹⁾ verskeie wyses van gevangenisstraf onderskei. In ons bespreking word deurgaans slegs die woord „gevangenisstraf“ gebruik.

II. NOTZUCHT:

Hierdie misdaad bestaan in die buite-egtelike geslagsverkeer („Beischlaf“)²⁾ „(a) ... durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben, und zwar im letzteren Falle auch gegen der Frau nahestehende Personen,³⁾“ oder (b) durch absichtstragene Herbeiführung eines willen-oder bewusstlosen Zustandes beim

1) Sten artt. 14-18.

2) Maurach, bl. 419. Sten art. 177(1) van hulle Strafwetboek. Schönke, A. en Schröder, H: Strafgesetzbuch. Kommentar, bl. 1016; Welzel, A: Das Deutsche Strafrecht, bl. 433.

3) Hieroor swyg Mezger, E. en Blei, H: Strafrecht.

Opfer⁴⁾.

1) Die dader en die slagoffer:

'n Vrou van enige ouderdom en enige sedes kan 'n slagoffer wees.⁵⁾

Slegs 'n man kan 'n dader wees. 'n Vrou kan wel 'n „mittäterin“ wees.⁶⁾

Kan enige manlike persoon 'n dader wees? Welzel⁷⁾ antwoord soos volg: „Schuldunfähig ist das Kind bis zum vollendeten 14. Lebensjahr infolge gesetzlich präsumierter geistiger und sozialer Unreife“.⁸⁾

2) Die Handeling:

Notzucht is vanaf die dadersy 'n gewelds- of geweldsbedreigingsmisdad. Vanaf die slagoffersy is dit 'n wilsteenstrydigheidsmisdad.⁹⁾

Omdat laasgenoemde strafregtelik die teenpool van eersgenoemde is, word in die Duitse reg ook ander gevalle betrek waar wilsteenstrydigheid en moontlike weerstand vroegtydig uitgeskakel word.

4) Art. 237 van hulle Strafwetboek bepaal dat enige persoon wat 'n vrou met geweld of dreigement of lis wegvoer met die doel om haar tot onregmatige ontug te verlei, strafbaar is met tot 5 jaar gevangenisstraf. Word geslagtelike gemeenskap gevoer, kan dit Notzucht wees. Sien B.G.H. St. 18,29. Sien ook B.G.H. St. 18,26. Sien verder art. 236 en Schönke en Schröder, bl. 1183.

5) Maurach, bl. 420; Schönke en Schröder, bl. 1018.

6) Welzel, bl. 434; Maurach, bl. 420. Sien ook B.G.H. St. 15,133.

7) Bl. 154 „Bedingt schuldig ist der Jugendliche vom vollendeten 14. bis zum vollendeten 18. Lebensjahr; ... seine Schuldfähigkeit ist im Einzelfall zu prüfen“. Sien ook B.G.H., N.J.W. 70,523.

8) Sien verder art. 51(1) van hulle Strafwetboek; Welzel, bl. 139; O.L.G. KÖLN, N.J.W. 66, 1183; O.L.G. CELLE, N.J.W. 70, 341.

9) Die gewelddadige uitkakeling van weerstand kan onmiddellik of oor 'n langer termyn wees. „Die Gewalt kann sich sowohl auf die unmittelbare Erzwingung des Beischlafes richten als auch auf die Lähmung des Widerstandes des Opfers; beide Erscheinungsformen sind gleichwertig“ - Maurach, bl. 419.

Die slagofferswil kan strafregtelik lamgelê word deur dreigemente wat oënskynlik 'n objektiewe balans moet vorm met die Notzucht-leed nl. teen die liggaam of lewe van die slagoffer of selfs haar naasbestandes.¹⁰⁾ Strafregtelik kan wilsteenstrydigheid ook uitgeskakel word deur dit onmoontlik te maak.^{11) 12)}

Die Notzucht-handeling omvat ook geslagtelike gemeenskap („Beischlaf“). Laasgenoemde beteken in die Duitse Strafrege „normale Geschlechtsverkehr durch Vereinigung der Geschlechtsteile“.¹³⁾ Blote penetrasie is voldoende.¹⁴⁾

3) Buite-egtelikheid:

'n Man kan nie Notzucht op sy vrou pleeg nie.¹⁵⁾

4) Skuld:

Nolzucht is 'n opsetsmisdaad.¹⁶⁾

10) Maurach, bl. 419; Schönke en Schröder, bl. 1017.

11) Soos bv. deur die toediening van narkose, gebruikmaking van hipnose ens. Sien Maurach, bl. 419; Welzel, bl. 433; Mezger en Blei, bl. 69. Sien oor die algemeen art. 177(1) van hulle Strafkode.

12) Die Notzucht van die Oostenrykse reg is iets heel anders. Rittler, T: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Besonderer Teil, bl. 298 omskryf dit as omvattende drie verskyningsvorme: „Der erste Fall betrifft die Nötigung einer Frau zur Duldung des Beischlafes, der zweite den Missbrauch einer wehr- oder bewusslosen Frau, der dritte den Missbrauch eines Mädchens, dass noch nicht das 14 Lebensjahr zurückgelegt hat“. Sien ook Malanuk, W: Lehrbuch des Strafrechts, Zweiter Band, bl. 157.

13) Welzel, bl. 431.

14) Sien B.G.H. St. 15, 132; B.G.H. St. 16, 175. Schönke en Schröder, bl. 1018: „Vollendet ist die Notzucht, sobald der Täter mit seinem Glied in die Scheide der Angegriffenen einzudringen beginnt“.

15) Art. 177(1) van hulle Strafwetboek. Die posisie t.o.v. nietige en vernietigebare huwelike is nie duidelik nie. Vir die bestaan van laasgenoemde sien Lehman, H. und Henrich, D: Deutsches Familienrecht, bl. 49 e.v. Op bl. 140 sê genoemde skrywers: „Die Ehe wird durch gerichtliches Urteil geschieden“. Dit wil voorkom of 'n man tot op die stadium van die egskeidingsbevel gevrywaar is teen aanspreeklikheid vir Notzucht op sy vrou gepleeg.

16) Sien bv. Maurach, bl. 420. Dolus eventualis is voldoende.

5) Straf:

Die maksimum straf vir dié misdaad is lewenslange gevangenisstraf.¹⁷⁾

6) Poging:

Poging tot die pleeg van dié misdaad is ook strafbaar.¹⁸⁾ Poging bestaan by geweldsaanwending (of bedreiging) met die nodige opset om die misdaad te voltooi.¹⁹⁾

III. GEWALTSAME VORNAHME UNZÜCHTIGER HANDLUNGEN AN EINER FRAU²⁰⁾
ODER MANN²¹⁾

Bestraf word wie met geweld of dreigemente tot onmiddellike gevaar vir lewe of liggaam 'n ontugtige handeling teenoor 'n ander (vrou of man) pleeg.²²⁾

Die weerstand van die slagoffer moet deur die geweld of dreigemente gebreek word. In 'n saak wat voor die Bundesgerichtshof²³⁾ gedien het, is die feite soos volg: die beskuldigde gee gewelddadig 8 tot 10 glase jenever („Wacholder“) vir 'n meisie in „um dessen Widerstand gegen die

- 17) Sien art. 177(1) gelees met art. 14(1) van hulle Strafwetboek. Sien verder artt. 177(2) en 178 m.b.t. versagte en verswarende omstandighede onderskeidelik. Sien ook Maurach, bl. 420.
- 18) Sien artt. 43 en 46 van hulle Strafwetboek en B.G.H. St. 17,1. Poging kan ligter gestraf word - art. 44.
- 19) Sien Schönke en Schröder, bl. 1018. Poging kan selfs vroeër bestaan: „Beginn der Ausführung ist auch bereits Gewaltanwendung gegenüber dem Begleiter der Frau“.
- 20) Hierdie misdaad het aanvanklik slegs die vrou as slagoffer getref.
- 21) Dikwels word na hierdie misdaad verwys as „Gewaltunzucht“. Sien bv. B.G.H., N.J.W. 67, 941; B.G.H., N.J.W. 70, 1464.
- 22) Art. 176(1) (1) van hulle Strafwetboek; Maurach, bl. 416; Welzel, bl. 432; Schönke en Schröder, bl. 1005; Mezger en Blet, bl. 70.
- 23) B.G.H. St. 14,82.

beabsigtigen Unzuchthandlungen zu brechen". Die hof verklaart: „Der Sinn des Gesetzes ist es, das Opfer dagegen zu schützen, dass der Täter es durch Gewalt gegen seine unzüchtigen Angriffe wehrlos macht". Die hof verduidelik verder: „wurde der Alkohol dem Mädchen nicht gegen seinen Willen beigebracht, so entfällt dagegen eine Gewaltanwendung im Sinne der genannten Vorschrift".

Wat is 'n ontugtige handeling? Die Bundesgerichtshof²⁴⁾ antwoord soos volg: „Unter unzüchtigen Handlungen im Sinne des §176 Abs. 1 Nr. 1 St. G.B. sind Handlungen zu verstehen, die objektiv das Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung verletzen und subjectiv in wollüstiger Absicht vorgenommen werden, also auf Erregung oder Befriedigung eigener oder fremder Geschlechtslust gerichtet sind".²⁵⁾

'n Vrou kan ook 'n dader wees.²⁶⁾

Hierdie misdaad kan ook binne die eg gepleeg word.²⁷⁾

Die straf vir dië misdaad is tot 10 jaar gevangenisstraf.²⁸⁾

24) B.G.H. St. 17,2. Sien ook B.G.H. St. 17,280; B.G.H. N.J.W, 70,1465.

25) Sien ook Maurach, bl. 416. Die geweld of dreigemente kan ook gerig word teen die slagoffer se naasbestaandes - Welzel, bl. 432.

26) Welzel, bl. 432; Mezger en Blei, bl. 70. Enige persoon kan 'n slagoffer wees - Welzel, bl. 432.

27) Art. 176(1) (1) van hulle Strafwetboek verwys na enige vrou of man. Waarom 'n man met sy vrou gewelddadiglik geslagtelik kan verkeer, maar nie 'n „mindere" handeling kan verrig nie, is nie duidelik nie. Welzel, bl. 432 verwys na „besonders schamloser und unzüchtiger Handlungen" waarvoor 'n man, gepleeg teenoor sy vrou, aanspreeklik gehou kan word.

28) Art. 176(1) van hulle Strafwetboek.

IV. SCHÄNDUNG:²⁹⁾

Hierdie misdaad bestaan in die „Ausnützung der Willenlosigkeit, Bewusstlosigkeit oder Geisteskrankheit einer Frau, um mit ihr den ausserehelichen Beischlaf zu vollziehen“.³⁰⁾

Word die toestand by 'n vrou geskep met die opset om met haar geslagtelik te verkeer en geslagtelike gemeenskap word in daardie toestand met haar gehou, word Notzucht gepleeg.³¹⁾

Vir die Schändung-misdaad word vereis dat die dader weet die vrou is in so 'n toestand.³²⁾

Slegs 'n man, anders as die eggenoot³³⁾ van die slagoffer, kan 'n Schändung-dader wees.³⁴⁾

'n Willose vrou is 'n vrou wat geen wil het nie of haar wil nie kan uitdruk nie.³⁵⁾

'n Bewustelose vrou is 'n vrou wat haar bewussyn verloor het.³⁶⁾

Schönke en Schröder wys daarop dat geesteskrankheid nie hier 'n suiwer mediese betekenis het nie, maar slaan op 'n vrou wat ingevolge

29) Art. 176(1) (2) van hulle Strafwetboek. Die Oostenrykse Schändung-misdaad is iets heel anders. Rittler, bl. 301, verduidelik: „Wer einem Knaben oder ein Mädchen unter Vierzehn Jahren oder wer eine im Zustande der Wehr- oder Bewusstlosigkeit befindliche Person zur Befriedigung seiner Lüste nicht zum Beischlaf, sondern auf andere Weise geschlechtlich missbraucht, begeht das Verbrechen der Schändung“. Sien ook Malanuk, bl. 161.

30) Maurach, bl. 417. Sien ook Welzel, bl. 433; Schönke en Schröder, bl. 1008.

31) Sien bl. 76 hierbo.

32) B.G.H. St. 15, 132.

33) Art. 176(1) (2) van hulle Strafwetboek.

34) I.g.v. dié misdaad is „mittelbare Täterschaft“ onmoontlik. Sien Welzel, bl. 484.

35) Schönke en Schröder, bl. 1009. Sien ook Welzel, bl. 433.

36) Schönke en Schröder, bl. 1009.

haar geestestoestand nie in 'n posisie te „zwischen einer dem Sittengesetz entsprechenden und einer ihm widerstrebenden Befriedigung des Geschlechtstriebes zu unterscheiden“.³⁷⁾ Die maksimum straf vir Schändung is 10 jaar gevangenisstraf.³⁸⁾

V. GESLAGSMISDADE TEENOR JEUGDIGES:

1. Unzucht mit Kindern:³⁹⁾

Strafbaar is 'n persoon wat ontugtige handeling pleeg met kinders onder die ouderdom van 14 jaar of hulle verlei tot pleging of duldung daarvan.⁴⁰⁾

Die dader⁴¹⁾ kan 'n man of 'n vrou wees en die slagoffer kan, ongeag die geslag van die dader, 'n seun of 'n dogter wees.⁴²⁾

Die dader moet weet die kind is onder die ouderdom van 14 jaar.⁴³⁾ Toestemming is geen verweer nie,⁴⁴⁾ selfs al is die dader deur die slagoffer verlei.^{45) 46)}

37) Bl. 1009. Sien ook Welzel, bl. 433.

38) Art. 176(1) van hulle Strafwetboek. Sien ook art. 176(2).

39) Sien Welzel, bl. 436; Mezger en Blei, bl. 73; Maurach, bl. 425; Schönke en Schröder, bl. 1010.

40) Art. 176(1) (3) van hulle Strafwetboek.

41) Soos reeds aangetoon, nie onder die ouderdom van 14 jaar nie. Sien Maurach, bl. 425.

42) Maurach, bl. 425; Welzel, bl. 437; Mezger en Blei, bl. 73.

43) Welzel, bl. 437.

44) Hierdie misdad kan ook op 'n slapende kind gepleeg word. In B.G.H. St. 15,197 het die beskuldigde aan die geslagsdele van 'n slapende 10-jarige dogter gevat. Die hof bevind: „Es genügt, dass der Körper des Kindes als Mittel für die Erregung oder Befriedigung der Geschlechtslust des Täters benutzt wird“. Sien ook B.G.H. St. 17,280.

45) Sien B.G.H., N.J.W. 66,1326. Sien ook H. Ostermeyer se kritiek op dié reël, N.J.W. 67,1596.

46) B.G.H. St. 9,304: „Das Verleiten kann jedoch auch in einer gelinde einsetzenden und sich dann steigenden Einwirkung auf das Verstellungs- und Gefühlsleben des Kindes bestehen“.

Die straf is tot 10 jaar gevangenisstraf.⁴⁷⁾

2. Verführung:⁴⁸⁾

Hierdie misdaad bestaan in verleiding⁴⁹⁾ van 'n „unbescholten” meisie onder die ouderdom van 16 jaar tot die hou van geslagtelike gemeenskap.⁵⁰⁾

„Unbescholtenheit” is nie 'n sinoniem vir maagdelikheid nie.⁵¹⁾ 'n Meisie kon bv. 'n „Notzuchtopfer” gewees het, dan is sy tog nie meer 'n maagd nie, maar sy is wel 'n „unbescholten” meisie. By die bewys van „Unbescholtenheit” geld die grondreël quisquis bonus praesumitur.⁵²⁾

Die dader⁵³⁾ moet weet die meisie is onder die ouderdom van 16 jaar en sy is „unbescholten”.⁵⁴⁾

Vervolging geskied slegs op aanvraag van die ouers of voog van die slagoffer.⁵⁵⁾

47) Art. 176(1) van hulle Strafwetboek. Sien ook art. 176(2) en B.G.H., N.J.W. 66,894.

48) Welzel, bl. 437; Maurach, bl. 427; Schönke en Schröder, bl. 1033; Mezger en Blet, bl. 74. Sien ook B.G.H., J.Z. 68,571. In die Oostenrykse reg is „Verführung” iets heeltemal anders. Rittler, bl.305.

49) B.G.H. St. 7,100: „Zum Verführen gehört nur, dass der Mann als bestimmender Teil zur Befriedigung seiner sinnlichen Begierde die Jungendliche unter Ausnützung ihrer geschlechtslichen Unerfahrenheit und ihrer geringen Widerstandskraft beeinflusst, sich ihm hinzugeben. Das Mittel mit dem er sein Ziel zu erreichen sucht, kann verschieden sein und wie im vorliegenden Falle auch in der Anwendung einer gewissen Gewalt bestehen, solange nicht die Merkmale der SS 176 Abs. 2 oder 177 St. G.B. vorliegen”. Sien ook B.G.H., N.J.W. 68,1888.

50) Art. 182(1) van hulle Strafwetboek. Sien ook art. 235(3) m.b.t. die ontvoering van minderjariges sonder toestemming van hulle ouers, voogde of toesighouers met die doel om met hulle ontugtige handeling te pleeg. Sien verder Welzel, bl. 331.

51) Welzel, bl. 438.

52) Ibid.

53) Wat uit die aard van die misdaad slegs 'n man kan wees.

54) Welzel, bl. 438: „Nur die positive Annahme der Bescholtenheit und eines höheren Alters schliesst den Vorsatz aus”.

55) Art. 182(2).

Die straf is 'n maksimum van 1 jaar gevangenisstraf.⁵⁶⁾

3. Unzucht unter Missbrauch eines Betreuungsverhältnisses.⁵⁷⁾

'n Persoon wat toesig of voogdy het oor 'n persoon onder die ouderdom van 21 jaar⁵⁸⁾ en hierdie vertrouensverhouding vir die pleeg van ontugtige handeling uitbuit, word tot gevangenisstraf van nie minder nie as 6 maande gestraf.⁵⁹⁾

„Toesig” slaan op faktuele toesig en hoef nie noodwendig staatl. k-juridies gesanksioneer te word nie.⁶⁰⁾

Onder hierdie artikel word gestraf ouers wat ontugtige handeling pleeg met hulle kinders,⁶¹⁾ onderwysers met hulle leerlinge⁶²⁾ ens.⁶³⁾

Die dader kan 'n man of 'n vrou wees en die slagoffer kan, ongeag die geslag van die dader, 'n vrou of 'n man wees.⁶⁴⁾

Die dader moet weet dat die slagoffer onder die ouderdom van 21

56) Art. 182(1).

57) Maurach, bl. 427; Welzel, bl. 435; Schönke en Schröder, bl. 991; Mezger en Blei, bl. 72.

58) Oor hierdie ouderdomsvasstelling sê Woensner, N.J.W. 68,676: „Wie die unterscheidlichen Schutzaltersgrenzen im geltenden Recht zu begründen sind, weiss niemand”.

59) Art. 174(1) van hulle Strafwetboek.

60) Sten B.G.H., N.J.W. 69,581.

61) Ook Stiefkinders. Sten B.G.H., N.J.W. 68,1293.

62) Sluit ook in die verhouding „Fahrlehrer - Fahrschüler”. Sten B.G.H., N.J.W. 67,988.

63) Sten ook O.L.G. HAMM, N.J.W. 66,559. In dië saak is 'n „Berufsoffizier” ten laste gelê dat hy „bei drei Gelegenheiten minderjährige Angehörige seines Zuges an den Geschlechtsteilen berührt”. Die hof bevind dat „der Angeklagte ein bestehendes Abhängigkeitsverhältnis zur Unzucht missbraucht hat”.

64) Maurach, bl. 424.

21 jaar oud is.⁶⁵⁾

Art. 174(1)(2) bepaal dat iemand wat sy amptelike status⁶⁶⁾ of sy posisie in 'n stelsieke-inrigting⁶⁷⁾ of 'n inrigting vir behoeftiges vir die pleeg van ontugtige handeling misbruik strafbaar is.⁶⁸⁾

VI. BEISCHLAFERSCHLEICHUNG:⁶⁹⁾

Hierdie misdaad is in 1969 deurgehaal⁷⁰⁾ en is nou slegs van historiese betekenis.

Enigeen wat 'n vrou tot buite-egtelike geslagsgemeenskap verlei het deur voor te gee dat hy met haar in die huwelik sou tree of deur gebruikmaking van ander bedrieklike metodes as gevolg waarvan sy geglo het dat genoemde geslagtelike gemeenskap binne die huweliksverband geskied het, was skuldig aan 'n misdryf.⁷¹⁾

Hieronder was 'n persoon wat die eggenoot van die slagoffer persoonliseer strafbaar.⁷²⁾

Vervolging het slegs op aanvraag geskied.⁷³⁾

65) Welzel, bl. 436.

66) Sien art. 359 van hulle Strafwetboek en B.G.H. St. 13,260.

67) Sien ook B.G.H. St. 1,122.

68) Strafbaar soos vir oortreding van art. 174(1).

69) Maurach, bl. 42; Mezger en Blet, bl. 71.

70) Sien Schönke en Schröder, bl. 1020.

71) Art. 179(1) van hulle Strafwetboek.

72) O.L.G. Koblenz, N.J.W. 66,1524. Dit was 'n opsetsmisdad. Sien ook art. 59(1) van hulle Strafwetboek.

73) Art. 179(3).

DIE NOORWEEGSE REG

I. AGTERGROND EN TERMINOLOGIE:

Die Noorweegse strafreg is in baie opsigte uniek. Ook ten opsigte van hul geslagsmisdade tref 'n mens verskynsels aan wat nêrens anders, binne die kader van die regstelsels wat ons bestudeer het, gevind word nie.

Terminologiese probleme word ondervind omdat daar so 'n groot verskil bestaan tussen hul geslagsmisdade en dié van die Suid-Afrikaanse reg. Indien die woord „verkragting” dus gebruik word, word dit gedoen bewus van die verskille m.b.t. die misdaadinhoud wat bestaan.

II. VERKRAGTING:¹⁾

Art. 192(1) van die Noorweegse Strafkode²⁾ bepaal dat enigeen³⁾ wat deur gebruikmaking van geweld of deur verwekking van vrees vir lewe of gesondheid 'n ander dwing tot ontugtige omgang,⁴⁾ skuldig is aan 'n misdryf en strafbaar is met gevangenisstraf van een tot tien jaar.⁵⁾

1. Die Dader en die Slaqoffer:

Die dader kan slegs 'n persoon van 14 jaar en ouer wees.⁶⁾

-
- 1) Andenaes, J: Das norweegische Strafrecht, bl. 390 verwys na dié misdaad as „Vergewaltigung”.
 - 2) The Norwegian Penal Code vertaal deur H. Schjoldager.
 - 3) 'n Medepligtige word straftoemittingsregtelik oor dieselfde kam as 'n dader geskeer. Sien art. 192(2).
 - 4) Andenaes, Das norweegische Strafrecht, bl. 390 gebruik die woorde „unzüchtiger Umgang”. In Schjoldager se vertaling word die woorde „indecent relations” gebruik.
 - 5) Sien ook Andenaes, Das norweegische Strafrecht, bl. 390.
 - 6) Art. 46. Sien ook Andenaes, Das norweegische Strafrecht, bl. 390.

Andenaes vat die antwoord op die vraag wie dader en slagoffer van 'n geslagsmisdaad kan wees, soos volg saam:⁷⁾

„In der Regel⁸⁾ können Personen beiderlei Geschlechts sowohl Subjekt als auch Objekt der Verbrechen sein“.

Hoewel slegs 'n persoon van 14 jaar en ouer 'n dader kan wees, gebeur dit weinig dat 'n persoon onder die ouderdom van 16 jaar gestraf word. Waar die dader jonger as 16 jaar oud is, word hy/sy in die reël onderwerp aan opvoedkundige maatreëls. Andenaes⁹⁾ beveel aan dat die strafregtelike aanspreeklikheidsouderdom opgeskuijf word na 16 jaar of selfs hoër.

2. Die Handeling:

Die verkrachtingshandeling is tweesydig van aard:¹⁰⁾

(i) daar moet geweldstoevoeging of vreesverwekking ten aansien van lewe of gesondheid wees; en

(ii) daar moet ontugtige omgang wees.

Ad(i): Geweldstoevoeging spreek vir sigself.

In art. 192(4) word gesê dat as die slagoffer doodgaan of ernstig beseer word na liggaam of gesondheid kan 'n swaarder straf as die voorgeskrewe opgelê word.¹¹⁾ Die oordra van veneriese siekte word beskou

7) Andenaes, Das norwegische Strafrecht, bl. 389.

8) Sodomie is 'n uitsondering, want dit kan slegs tussen mans gepleeg word. Sien art. 213 van hulle Strafkode.

9) Andenaes, J: The General Part of the Criminal Law of Norway, bl. 25.

10) Sien art. 192(1).

11) Sien bl. 89 hieronder m.b.t. die straf.

as 'n ernstige besering aan liggaam of 'n ernstige benadeling van gesondheid.¹²⁾

Art. 9(1) van die Noorweegse Strafkode bepaal:¹³⁾ „By serious injury to body or health this Code means injury whereby somebody loses, or suffers substantial impairment of sight, hearing, speech or reproduction, becomes disabled, seriously disfigured, or unable to continue his work, or suffers critical or protracted illness or mental disease”.

Art. 9(2) voeg by dat indien die misdadig gepleeg word teenoor 'n swanger vrou en die foetus daardeur vernietig of beskadig word, dit geag word gepleeg te gewees het met toevoeging van 'n ernstige besering aan liggaam of gesondheid.

Ad(2): Oor die vraag wat ontugtige omgang beteken, vat Andenaes die Noorweegse gewysdereg soos volg saam:¹⁴⁾ „In Zusammenfassung der Rechtsprechung kann gesagt werden, dass 'unzüchtiger Umgang' sowohl den natürlichen Beischlaf, als auch reibende Bewegungen zwischen einem entblössten Geschlechtsteil und einem - in der Regel entblössten - Teil des Körpers einer anderen Person umfasst”.

Hierdie misdadig van die Noorweegse reg is sonder twyfel 'n wellusmisdadig.¹⁵⁾

3. Skuld:

Verkragting is 'n opsetsmisdadig.¹⁶⁾

12) Art. 192(4).

13) Schjoldager se vertaling.

14) Das norwegische Strafrecht, bl. 390.

15) Andenaes, Das norwegische Strafrecht, bl. 390.

16) Andenaes, Das norwegische Strafrecht, bl. 390. Volgens art. 40(1) is alle misdadig opsetsmisdadig, behalwe as anders bepaal word. I.g.v. art. 192 word nie anders bepaal nie. Sien ook Andenaes, The General Part of the Criminal Law of Norway, bl. 194.

4. Buite-egtelikheid:

Nêrens word gesê dat 'n man nie sy vrou, of andersom, kan verkrag nie. Dit wil dus voorkom of dié misdaad ook binne die eg gepleeg kan word.

Insiggewend is art. 214 van die Noorweegse Strafkode. Kragtens hierdie artikel word die wederregtelikheid van misdade gepleeg kragtens artt. 191, 193(1), 194, 196, 197, 198 en 210 opgehef deur 'n daaropvolgende huwelik tussen die dader en die slagoffer. Art. 192 word nie genoem nie. 'n Daaropvolgende huwelik kan dus nie 'n misdaad gepleeg kragtens art. 192 suiwer nie.

5. Straf:

Die straf vir verkragting is van een tot tien jaar gevangenisstraf.¹⁷⁾ In geval van verswarende omstandighede kan die straf tot lewenslange gevangenisstraf wees.¹⁸⁾

Poging¹⁹⁾ tot verkragting is strafbaar soos die voltooide misdaad.²⁰⁾

III. ONTUGTIGE ONGANG DEUR DREIGEMENTE:

Art. 191(1) bepaal dat enigeen wat 'n ander deur dreigemente tot ontugtige omgang oorhaal, skuldig is aan 'n misdaad en strafbaar is met gevangenisstraf van 3 maande tot 6 jaar.

17) Art. 192(1).

18) Sten art. 192(4). Sten ook art. 192(3). Sten ook hierbo bl. 88

19) Art. 192(2). Sten artt. 49 -51 m.b.t. hulle pogingsreg oor die algemeen.

20) Sten ook Andenaes, Das norwegische Strafrecht, bl. 390.

Art. 191(2) bepaal verder dat vervolging, behalwe as dit in openbare belang is, slegs sal geskied op aanwraag van die slagoffer.

Indien die dreigement van so 'n aard is dat dit vrees vir lewe of gesondheid inboesem, geld art. 192(1). Wat die aard van die dreigemente vir doeleindes van art. 191(1) moet wees, is nie duidelik nie. Die woorde van die artikel laat 'n baie wyse trefkrag en dit kan blykbaar enige dreigement wees. Die dreigement moet in elke geval van so 'n aard wees dat dit die slagoffer tot ontugtige omgang oorhaal.²¹⁾

Nêrens word gesê dat hierdie misdaad nie binne die eg gepleeg kan word nie.²²⁾

IV. ONTUGTIGE OMGANG MET KRANKSINNIGES, BEWUSTELOSES EN ANDER ONMAGTIGES:

Enigeen wat ontugtige omgang hou met 'n persoon wat kranksinig of bewusteloos is of om 'n ander rede nie in staat is om die handeling te weerstaan nie, is skuldig aan 'n misdaad en strafbaar met tot 5 jaar gevangenisstraf.²³⁾

Bewusteloosheid sluit ook hipnose, koorsdeliria, uitputting en epilepsie in.²⁴⁾ Kranksinigheid sluit ook opvallende verstandelike vertraagdheid in.²⁵⁾

Indien die dader genoemde toestand te weeg bring met die opset om

21) Medepligtige en dader word straftoematingsregtelik oor dieselfde kam geskeer - art. 191(1). Sien ook art. 200(1).

22) Sien ook art. 214 en die opmerkings op bl. 89 hierbo gemaak.

23) Art. 193(1).

24) Andenaas, The General Part of the Criminal Law of Norway, bl. 258.

25) *Ibid.* bl. 252.

dié misdaad te pleeg, word hy gestraf met gevangenisstraf van nie minder as 3 jaar nie.²⁶⁾

Indien ontugtige omgang bestaan uit geslagtelike gemeenskap met 'n vrou²⁷⁾ in so 'n toestand, word 'n swaarder straf opgelê.²⁸⁾

V. ONTUGTIGE OMGANG DEUR BEDROG:

(i) Kragtens art. 194(1) van die Noorweegse Strafkode is enigeen wat 'n ander onder die skyn van 'n huwelik tot die voer van geslagtelike gemeenskap²⁹⁾ mislei,³⁰⁾ skuldig aan 'n misdaad en strafbaar met gevangenisstraf van een tot ses jaar.

Openbare vervolging kan slegs op aanvraag van die slagoffer ingestel word.³¹⁾

Onder hierdie artikel word 'n persoon wat geslagtelike gemeenskap voer met 'n ander onder voorwendsel dat hy/sy die slagoffer se man/vrou is, gestraf.

Die bedrieglike voorstelling word begrens deur die woord „mislei“. Enige bedrieglike voorstelling waarop geslagtelike gemeenskap volg, is nie strafbaar nie. Die bedrieglike voorstelling moet misleiding van die slagoffer tot gevolg hê.

(ii) Art. 198(1) kan beskou word art. 194(1) te oorvleuel.

26) Art. 193(2).

27) Hier word 'n vrou straftoematingsregtelik as slagoffer uitgesonder.

28) Art. 193(2). Onder uiterste versagende omstandighede kan gevangenisstraf van nie minder as 6 maande nie opgelê word.

29) Hier gaan dit uitdruklik slegs om geslagtelike gemeenskap.

30) Schjoldager gebruik die woord „deceives“.

31) Art. 194(2). Sien ook art. 78 en art. 214 van hulle Strafkode.

Schjoldager vertaal eersgenoemde artikel soos volg: „Anybody who, by especially underhand conduct or abuse of a dependency-relation, deceives another into indecent relations, shall be punished by imprisonment up to one year, but up to two years if the deceived person is under eighteen years of age or under twenty-one years of age³²⁾ and subject to the authority or supervision of the offender”.

In hierdie artikel word bedrieglike optrede waardeur ontugtige omgang bewerkstellig word oor die algemeen gestraf. Art. 194(1), daarenteen, is op tweërlei wyse beperk:

(a) dit handel slegs oor bedrieglike optrede onder die skyn van 'n huwelik; en

(b) dit handel verder spesifiek oor geslagtelike gemeenskap.

Ook in art. 198(1) word die bedrieglike optrede begrens deur die woord „mislei” („deceive”).

Openbare vervolging geskied slegs op aanvraag van die slagoffer.³³⁾

(iii) Art. 210(1) van die Noorweegse Strafkode skep 'n misdad wat baie herinner aan een van die vorme van gekwalifiseerde stuprum van die Romeins-Hollandse reg.

Kragtens dié artikel is 'n persoon strafbaar wat sonder 'n goeie rede weter (of opsetlik 'n huwelikstruikelblok³⁴⁾ veroorsaak) om te trou met 'n vrou, aan wie hy amptelik verloof is of aan wie hy 'n huwelike-aanbod gemaak het en wat toegelaat het dat hy haar beswanger.

32) Dwaling t.a.v. die ouderdom van die slagoffer sluit nie aanspreeklikheid uit nie - art. 198(2).

33) Art. 198(3).

34) Deur bv. met iemand anders te trou.

Die dader kan slegs 'n manlike persoon van 21 jaar en ouer wees.³⁵⁾

Indien 'n persoon binne een jaar na geboorte van die kind nog nie met die slagoffer in die huwelik bevestig is nie, word geag dat hy weier om met haar te trou.³⁶⁾

Openbare vervolging geskied slegs op aanvraag van die slagoffer.³⁷⁾

Die straf vir dié misdad kan van drie maande tot twee jaar gevangenisstraf wees.³⁸⁾

VI. ONTUGTIGE HANDELINGE MET JEUGDIGES:

Die Noorweegse reg ten aansten van ontugtige verkeer met jeugdiges word, aan die hand van die ouderdom van die slagoffer, in drie misdade ingedeel.

(i) Kinders onder die ouderdom van 14 jaar.³⁹⁾

Enigeen wat 'n ontugtige handeling pleeg met 'n kind onder die ouderdom van 14 jaar, is skuldig aan 'n misdryf en strafbaar met gevangenisstraf van nie minder nie as drie jaar.⁴⁰⁾

Poging is strafbaar soos die voltooide misdaad.⁴¹⁾

Is besondere versagtende omstandighede teenwoordig, kan die straf verminder word tot een jaar gevangenisstraf.⁴²⁾ Is die slagoffer egter

35) Art. 210(1).

36) Art. 210(2).

37) Art. 210(3).

38) Art. 210(1).

39) Sien ook Andenaes, Das norwegische Strafrecht, bl. 391.

40) Art. 195(1). Die medepligtige word straftoematingsregtelik oor dieselfde kam geskeer as die dader.

41) Art. 195(1).

42) Art. 195(2).

onder die ouderdom van 12 jaar, kan die straf nie minder as 2 jaar gevangenisstraf wees nie.⁴³⁾

Indien die slagoffer doodgaan of ernstige beserings aan liggaam of gesondheid opdoen, kan lewenslange gevangenisstraf opgelê word.⁴⁴⁾

Dwaling t.a.v. die ouderdom van die slagoffer skakel nie strafregtelike aanspreeklikheid uit nie.⁴⁵⁾

By beskrywing van dié misdaad hierbo, is die woorde „ontugtige handeling“⁴⁶⁾ gebruik en nie die gangbare „ontugtige omgang“ nie. Andenaes gee die rede hiervoor:⁴⁷⁾ „Eine 'unzüchtige Handlung' mit einer Person kann jegliche Berührung des Körpers des andern sein, in der Absicht, seinen Geschlechtstrieb zu befriedigen. Der Oberste Gerichtshof hat diesen Ausdruck auch einen Fall bezogen, in dem eine solche Berührung nicht vorlag.“⁴⁸⁾

(ii) Kinders onder die ouderdom van 16 jaar:

Enigeen wat 'n ontugtige handeling met 'n kind onder die ouderdom van 16 jaar pleeg,⁴⁹⁾ pleeg 'n misdaad en is strafbaar met gevangenisstraf van 6 maande tot 5 jaar.⁵⁰⁾

43) Art. 195(2).

44) Art. 195(3). Die oordra van veneriese siekte word beskou as 'n ernstige besering aan liggaam of gesondheid.

45) Volgens Andenaes, Das norweqische Strafrecht, bl. 392, is die feit dat dwaling t.a.v. die ouderdom van die slagoffer, t.o.v. artt. 195-197, nie 'n verweer is nie, 'n groot geskilpunt onder Noorweegse juriste.

46) Schjoldager gebruik steeds die woorde „indecent relations“.

47) Das norweqische Strafrecht, bl. 392.

48) Hierdie reël geld vir artt. 195-197 van hulle Strafkode.

49) Sien ook art. 201(1): Enigeen wat die pleeg van ontugtige handeling met 'n kind onder 16 jaar bevorder, is skuldig aan 'n misdaad.

50) Art. 196(1). Sien ook art. 196(2) m.b.t. strafverswarende omstandighede.

Dwaling t.a.v. die ouderdom van die slagoffer sluit nie strafregtelike aanspreeklikheid uit nie.⁵¹⁾

(iii) Kinders onder die ouderdom van 18 jaar:

'n Persoon wat 'n ontugtige handeling pleeg met 'n kind onder die ouderdom van 18 jaar en wat onderworpe is aan sy/haar gesag of toesig, word gestraf met 'n maksimum van 1 jaar gevangenisstraf.⁵²⁾

Dwaling t.a.v. die ouderdom van die slagoffer sluit nie strafregtelike aanspreeklikheid uit nie.⁵³⁾

VII. UITBUITING VAN 'N AFHANKLIKHEIDSVERHOUDING VIR ONTUGTIGE OMGANG:

Tot 4 jaar gevangenisstraf word opgelê:

(i) indien 'n persoon ontugtige omgang het met 'n ander deur uitbuiting van sy openbare posisie,⁵⁴⁾ of

(ii) indien 'n geneesheer, onderwyser, predikant of gesaghebber sy posisie teenoor die slagoffer uitbuit vir die doeleindes van ontugtige omgang,⁵⁵⁾ of

(iii) indien 'n persoon ontugtige omgang hou met iemand wat onder sy gesag of toesig in 'n gevangenis, werkkolonie, hospitaal, arm-

51) Art. 196(3).

52) Art. 197(1).

53) Art. 197(2).

54) Art. 199(1).

55) Art. 199(1).

huis, verbeteringskool of soortgelyke inrigting is,⁵⁶⁾ of

(iv) indien 'n persoon ontugtige omgang het met 'n deskendent, 'n stiefkind, 'n pleegkind, aangenome kind of 'n pupil wat onder sy gesag of toesig is.⁵⁷⁾

56) Art. 199(2).

57) Art. 199(3). Art. 207(1) skeep bloedskaande as 'n misdad. In geval van bloedskaande gaan dit egter slegs om geslagtelike gemeenskap.

DIE ENGELSE REG

I. AGTERGROND EN TERMINOLOGIE:

Hoewel die Suid-Afrikaanse verkrachtingsreg groot invloed van die Engelse reg ondergaan het, het daar nog nooit enige juridiese regverdiging voor bestaan nie. In hierdie verband word die wetteregtelike¹⁾ inkorporering van die Engelse reg buite rekening gelaat en word slegs verwys na inkorporering via die Suid-Afrikaanse gewysdes. Hoofregter Steyn vat die werklike regsposisie soos volg saam:²⁾

„Geen Hof, ook nie hierdie Hof nie, besit die bevoegdheid om ons gemenerereg met die reg van enige ander land te vervang nie. Dit kan alleen die Wetgewer doen“.

Wat die regsposisie ookal mag wees, ons verkrachtingsreg is deur die Engelse reg beïnvloed en daarom moet 'n deeglike studie van laasgenoemde gemaak word.

Die gangbare terminologiese problematiek word ook ondervind by die bestudering van die Engelse reg. Hierdie probleem word egter verskerp omdat Engels een van die amptelike landstale in Suid-Afrika is. Die term „rape“ in die Engelse reg het nie presies dieselfde inhoud as in die Suid-Afrikaanse reg nie. „Rape“ in die Suid-Afrikaanse reg is weer 'n juridiese sinoniem vir „verkragting“. Omdat ons die woord „verkragting“, waar dit enigsins moontlik is, gebruik, word dit ook in hierdie geval gebruik. Die inhoudsverskille moet egter in gedagte gehou word.

1) Sien bv. art. 159 van die B.T.P.C. Sien ook Harcourt, A.B., e.o.s Swift's Law of Criminal Procedure, bl. 466.

2) Trust Bank van Afrika Beperk v. Eksteen, 1964(3) S.A. 402(A) op bl. 410.

In die uiteensetting van die Engelse verkrachtingsreg gaan ons metodies soos volg te werk:

- (i) die verkrachtingsmisdad word beskryf en geanaliseer; en
- (ii) ons verwys deurgaans na die verkrachtingsperiferale misdade.

II. VERKRAGTING:

A. GESKIEDENIS:

Die historiese ontwikkeling van die Engelse reg verskil grootliks van dié van die Suid-Afrikaanse reg, veral omdat dit nie 'n groot direkte invloed van die Romeinse reg ondergaan het nie.

Die Germane het, soos ook die geval was met die Romeine en die Bantoes, aanvanklik nie 'n suiwere onderskeid getref tussen delikte en misdade nie. Wessels³⁾ stel die ontwikkelingsgang daarvan soos volg:

„Gradually, however, the idea of penalty grows weaker and that of punishment grows stronger. Wrongful acts which were regarded as purely private wrongs lost that character and came to be dealt with as public offences. Penalties claimable by the injured party often disappear entirely and are replaced by punishments“.

In die vroëere Engelse reg is verkragting nie deeglik onderskei van abduksie nie. Later het die sogenaamde violentus concubitus 'n afsonderlike sistematiese plek gekry.⁴⁾ Verkragting is beskou as 'n

3) Wessels, J.W: History of the Roman-Dutch Law, bl. 698.

4) Pollock, F. and Maitland, F.W: The History of English Law, Vol. II, bl. 490. M.b.t. abduksie sien Stephen, J.F: A Digest of the Criminal Law, bl. 215 en R. v. Chapman (1958) 3 All E.R. 143 (C.C.A.).

ernstige misdada, 'n „felony”.⁵⁾ Die straf vir dié misdada was kastrasie, verblindings, lyfstraf of die doodstraf.⁶⁾

Die geweldselement is aanvanklik as deurslaggewend beskou, maar later is afwesigheid van toestemming beskou as „the gist of the offence”.⁷⁾

B. INHOUDSEBEPALING:

Art. 1(1) van die Sexual Offences Act van 1956 bepaal: „It is an offence for a man to rape a woman.”⁸⁾ Die inhoud van verkragting word egter nie omskryf nie en moet derhalwe gesoek word in die Engelse „common law”.

In *R. v. Miller*⁹⁾ omskryf regter Lynskey verkragting soos volg: „Rape is unlawful carnal knowledge of a woman without her consent by force, fear or fraud”.¹⁰⁾

Turner¹¹⁾ omskryf verkragting as „having unlawful carnal knowledge of a woman without her consent, i.e. her free and conscious permission”.

Stephens¹²⁾ stel die misdadinhoud daarvan soos volg: „Rape is the act of having carnal knowledge of a woman without her conscious

5) Pollock en Matland, bl. 490.

6) Ibid.

7) Turner, J.W.C: Kenny's Outlines of Criminal Law, bl. 200. Sien ook Koh, K.L: Consent and Responsibility in Sexual Offences, bl. 87 e.v.

8) Sien ook Smith, J.C. and Hogan, B: Criminal Law, bl. 288; Hooper, A: Harris's Criminal Law, bl. 42.

9) (1954) 2 All E.R. 529 (W.A.) op bl. 530.

10) Dit is opvallend dat hierdie omskrywing so skerp ooreenkom met dié van appèlregter Van den Heever die vorige jaar. Sien *R. v. M.* 1953(4) S.A. 393(A) op bl. 398.

11) Turner, J.W.C: Russell on Crime, Vol. I, bl. 706. Sien ook Carvell, I.G. and Green, S.E: Criminal Law and Procedure, bl. 66.

12) Bl. 207. Giles, F.T: The Criminal Law, bl. 262, gooi nog steeds verkragting oor die boeg van geweld.

permission, such permission not being extorted by force or fear of immediate bodily harm; but if such permission is given the act does not, except in the case next hereinafter mentioned,¹³⁾ amount to rape, although such permission may have been obtained by fraud, and although the woman may not have been aware of the nature of the act".

'n Kritiese analise van hierdie definisies bring ons by die volgende:

(i) dit is opmerklik dat nie in een van bogenoemde definisies na die skuldelement verwys word nie. Hierop word later ingegaan;

(ii) daar bestaan 'n verskil tussen Stephen en regter Lynskey oor die presiese omvang en aard van afwesigheid van toestemming as gevolg van 'n bedrieglike voorstelling. Hierdie probleemskappende konflik word weer in die verdere uiteensetting aangerak; en

(iii) hoewel al die definieerders verwys na die feit dat geslagtelike verkeer moet geskied sonder die vrou se toestemming, kan dit soms verwarring veroorsaak. In *R. v. Harling*¹⁴⁾ sê regter Humphreys: "Where, however, the charge is one of rape, it is necessary that the prosecution should prove that the girl or woman did not consent and¹⁵⁾ that the crime was committed against her will".

Dit moet duidelik gestel word dat die begrippe "did not consent" en "against her will" nie sinonieme is nie. Hierdie onderskeid moet

13) Verwys na die geval waar 'n vrou se man personifiseer word deur 'n ander man.

14) (1938) 1 All E.R. 307 (C.C.A.) op bl. 308.

15) Ons onderstreep. Sien ook Strauss, *Toestemming*, bl. 20 (voetnoot 6). Sien ook art. 375 van die Indiese Strafkode waarin hierdie probleem in 'n sekere sin wettereglik gekonkretiseer is.

van meet af aan baie deeglik in gedagte gehou word.

Bogenoemde kompakte omskrywings kan noodwendig nie 'n analise van die misdadelemente weergee nie. Ons bespreek vervolgens die misdadelemente afsonderlik.

C. MISDAADELEMENTOLOGIESE ANALISE:

1. DIE DADER EN DIE SLAGOFFER:

Die verkrachtingsmisdad kan in die Engelse reg slegs gepleeg word deur 'n manlike persoon van en bo die ouderdom van 14 jaar. Dat dit 'n manlike persoon moet wees, volg duidelik uit art. 1(1) van die Sexual Offences Act, 1956:¹⁶⁾ „It is an offence for a man to rape a woman.”¹⁷⁾ Hieruit blyk ook duidelik dat slegs 'n vrou verkrag kan word.

Daar bestaan 'n onweerslegbare vermoede dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie geslagtelike gemeenskap kan hou nie.¹⁸⁾ Hieruit voortvloeiend kan hy ook nie skuldig wees aan die sogenaamde „assault with intent to commit rape” nie.¹⁹⁾ 'n Seun onder die ouderdom van

16) Sien ook Smith en Hogan, bl. 288.

17) Ons onderstreep.

18) R. v. Eldershaw (1828) 3 C and P 396; Queen v. Williams (1893) 1 Q.B.D. 320; R. v. Waite 17 Cox C.C. 554. Sien verder Stephen, bl. 208; Smith en Hogan, bl. 295; Turner, Russell on Crime, bl. 707; Halsbury, Earl of, and other Lawyers: The Laws of England, Vol. 10, bl. 750; Hooper, bl. 421.

19) R. v. Eldershaw (1828) 3 C. & P. 396; Halsbury, bl. 750; Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law, bl. 200 (voetnoot 5). Hooper, bl. 421 - ook moontlik 'n poging. Sien egter R. v. Waite 17 Cox C.C. 554 per Coleridge, H.R. op bl. 556.

14 jaar kan wel skuldig bevind word aan „indecent assault”.²⁰⁾ Ook kan hy skuldig bevind word as 'n sogenaamde „principal in the second degree” by verkragting.²¹⁾

Wat is die posisie in verband met 'n vrou? Kan sy op een of ander wyse as 'n deelneemster skuldig bevind word? Uit die Engelse gewysdereg kry ons die volgende voorbeeld:²²⁾ Ram en sy vrou is saam aangekla van verkragting. Die slagoffer was hulle 13-jarige bediende. Na 'n drinkery waaraan Ram, sy vrou en die slagoffer deelgeneem het, het Ram na 'n ander kamer in die gebou gegaan. Dit moet bygevoeg word dat die slagoffer deur Ram se vrou gedwing is om drank in te neem. Kort nadat Ram vertrek het, het sy vrou die slagoffer gewelddadig agterna gedwing. Ram het toe sonder haar toestemming met laasgenoemde geslagtelike gemeenskap gehou.

Die hof beslis dat 'n vrou skuldig kan wees as 'n „principal in the second degree”.²³⁾

Hoewel slegs 'n manspersoon van en bo die ouderdom van 14 jaar 'n verkrachtingsdader kan wees, maak die Engelsregtelike deelnemingsleer dus ook voorsiening vir aanspreeklikheid van persone wat nie self dié misdaad kan pleeg nie.

'n Vrou van enige ouderdom kan 'n verkrachtingslagoffer wees.

20) *Queen v. Williams* (1893) 1 Q.B.D. 320. Volgens Smith en Hogan, bl. 294, kan 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie 'n misdaad pleeg waarvan „sexual intercourse is an ingredient” nie. Sien ook *R. v. Angel* 1968 Crim. L.R. 342 m.b.t. „buggery”.

21) *R. v. Eldershaw* (1828) 3 C. and P. 396. Sien ook Hughes, G: Consent in Sexual Offences, bl. 679. Vir die betekenis van „principal in the second degree” sien Smith en Hogan, bl. 80 en Rabie, bl. 368 e.v.

22) *R. v. Ram and Ram* 17 Cox C.C. 609.

23) Sien ook Turner, Russell on Crime, bl. 708.

Nêrens het ons enige uitsondering aangetref nie.

2. DIE HANDELING:

Smith en Hogan²⁴⁾ verklaar: „The actus reus consists in having unlawful sexual intercourse with a woman without her consent. The term 'unlawful' in this context probably means simply intercourse outside the bonds of marriage".²⁵⁾

Dit is opvallend dat genoemde skrywers die verkrachtingshandeling in terme van sekere ander misdaadelemente beskryf. As gevolg van die geïntegreerdheid van die misdaadelemente is dit egter nie moontlik om een misdaadelement strafregtelik suiwer te beskryf sonder verwysing na die ander elemente nie.

Wat beteken „sexual intercourse" in die Engelse verkrachtingsreg? Art. 44 van die Sexual Offences Act, 1956, beantwoord hierdie vraag in ooreenstemming met die Engelse gemeenskap²⁶⁾ soos volg:

„Where on the trial of any offence²⁷⁾ under this Act, it is necessary to prove sexual intercourse (whether natural or unnatural), it shall not be necessary to prove the completion of the intercourse by the emission of seed, but the intercourse shall be deemed complete upon proof of penetration only".²⁸⁾

Penetrasie is dus voldoende. Die effek van hierdie regsreëling

24) Bl. 288.

25) Sien ook Halsbury, bl. 746; Turner, Kenny's Outlines of Criminal Law, bl. 199; Cross, R. and Jones, P.A: An Introduction to Criminal Law, bl. 166.

26) Sien Turner, Russell on Crime, bl. 709 (voetnoot 25).

27) Sien art. 1(1) m.b.t. verkrachting.

28) Sien ook Smith en Hogan, bl. 290; Cross en Jones, bl. 167; Carvell en Green, bl. 66; Halsbury, bl. 746; Hooper, bl. 421.

het blykbaar nie by al die Engelse strafreggeleerdes deurgedring nie. Kenny maak by. die volgende misdadindeling:²⁹⁾ „Offences against the person that are not fatal”, en hy voeg by „Crimes of this class are of two sharply distinguished types, the sexual and the non-sexual; the one springing from lust, the other from anger”.

Verkragting resorteer volgens hom onder die seksmisdade wat wellus-gefundeerd is. Wellus is tog nie 'n vereiste vir verkragting nie, want penetrasie is voldoende en seksuele beurediging is strafregtelik glad nie eers ter sprake nie.

3. SKULD:

Hieroor sê Smith en Hogan³⁰⁾

„According to the general principles of mens rea ... it is clear that the mens rea of rape is an intention to have sexual intercourse with a woman, knowing that she does not consent or being reckless whether she consents or not”.³¹⁾

Weereens omskryf die skrywers die een element in terme van die ander. Die skuldelement word in hierdie geval omskryf in terme van sekere ander misdadelemente. Hulle noem egter nie al die misdaad .. elemente nie. Die negering van die ander elemente maak die omskrywing defektief. Veronderstel bv. 'n man het die opset om geslagtelike gemeenskap te hou met sy vrou, wetende dat sy nie toestem nie. Veronder-

29) Kenny, C.S: Outlines of Criminal Law, bl. 144.

30) Bl. 293.

31) Sten ook R. v. Young 14 Cox C.C. 114 op bl. 115.

stel verder hy hou inderdaad met haar gemeenskap. Het hy haar verkrag?
 Die antwoord volgens die Engelse reg is, soos later sal blyk, nee!
 Kan hy dan 'n verkragtingsopset hê? Strafregtelik gesproke het hy nie
 'n verkragtingsopset gehad nie, bloot omdat die strafreg nie gevolge
 daaraan heg nie.

Hoe dit ookal sy, verkragting is in die Engelse reg 'n opsetsmis-
 daad. Uit wat Smith en Hogan sê, blyk duidelik dat dolus eventualis
 voldoende is.

4. BUIITE-EGTELIKHEID:

Volgens die Engelse reg kan 'n man nie sy vrou verkrag nie. Die
 leidende gewysde in dié verband is *R. v. Clarke*³²⁾ waarin regter Byrne
 die rede vir die bestaan van dié reël soos volg verduidelik.³³⁾

„As a general proposition it can be stated that a husband cannot
 be guilty of a rape on his wife. No doubt the reason for that is that
 on marriage the wife consents to the husband's exercising the marital
 right of intercourse during such time as the ordinary relations created
 by the marriage contract of the husband in such circumstances exists
 by virtue of the consent given by the wife at the time of the marriage
 and not by virtue of a consent given at the time of each act of inter-
 course as in the case of unmarried persons. Thus, the intercourse is

32) (1949) 2 All E.R. 448 (L.A.).

33) Bl. 448. Bromley, P.Ms Family Law, bl. 162 (voetnoot r) beveel
 aan dat dieselfde beginsel moet geld t.o.v. nietige huwelike.
 Sien ook art. 6(2) van die *Sexual Offences Act, 1956* i.v.m. ge-
 slagtelike gemeenskap met meisies onder die ouderdom van 16 jaar.
 Vir die doeleindes van laasgenoemde misdaad word sekere nietige
 huwelike as regsgeldige huwelike beskou.

not by virtue of any special consent, but is based on an obligation imposed on the wife by reason of the marriage".³⁴⁾

Die verduideliking van die regter kan nie onderskryf word nie. Die onderliggende grondslag vir die bestaan van so 'n regsreël is tog nie in die verkrachtingsregtelike self geleë nie. Waarom moet dit gesoek word in die toestemmingsafwesigheidsbeginsel? Dit is geensins nodig om die bestaansmotivering daarvan op enige plek in te forseer nie. Die probleem kan langs die volgende lyne opgelos word: dit is nie wederregtelik (teen die verkrachtingsnorm) vir 'n man om sonder sy vrou se toestemming met haar gemeenskap te hou nie en daarom kan hy haar nie verkrag nie.

'n Egskeiding of geregtelike skeiding onthef egter so 'n handeling van sy regmatige karakter.³⁵⁾ Die feit dat 'n man gedurende die bestaan van 'n geregtelike skeiding wel sy vrou kan verkrag, wys daarop dat die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie, nie saamhang met die privaatregtelike bestaan van die huwelik nie. 'n Geregtelike skeiding ontbind tog nie die huwelik nie.

'n Man kan wel 'n „principal in the second degree" wees in geval van verkrachting gepleeg op sy vrou.³⁶⁾ Onder sekere omstandighede

34) Sien ook *R. v. Miller* (1954) 2 All E.R. 529 (W.A.). In hierdie gewysde sê regter Lynskey op bl. 533: „It is not until a decree nisi, or, possibly, a decree absolute, has been pronounced that the marriage and its obligations can be said to have been terminated”.

35) *R. v. Clarke* (1949) 2 All E.R. 448 (L.A.) op bl. 449; *R. v. Miller* (1954) 2 All E.R. 529 (W.A.) op bl. 533. Sien ook *Cross en Jones*, bl. 167; *Turner*, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, bl. 201; *Hooper*, bl. 421.

36) *Stephen*, bl. 208; *Turner*, *Russell on Crime*, bl. 708.

kan hy ook skuldig bevind word aan „common assault” op sy vrou.³⁷⁾

Dit moet bygevoeg word dat 'n man die misdaad „buggery” met sy vrou kan plaag.³⁸⁾

5. AFWESIGHEID VAN TOESTEMMING:

Soos reeds genoem, het verkragting in die Engelse reg vanuit gewelddadige geslagtelike gemeenskap, met gepaardgaande wilsteenstrydigheid van die slagoffer, ontwikkel tot geslagtelike verkeer sonder die toestemming van die slagoffer. Wilsteenstrydigheid, met gevolglike wilslamlegging, vorm egter 'n belangrike verskyningsvorm van afwesigheid van toestemming. Daarom vorm gewelddadige geslagtelike verkeer vandag nog 'n belangrike verskyningsvorm van verkragting.

Slagofferwilsteenstrydigheid kan ook uitgeskakel word deur dreigemente³⁹⁾ wat, volgens Smith en Hogan,⁴⁰⁾ op „immediate personal”⁴¹⁾ violence” gerig moet wees.

-
- 37) *R. v. Miller* (1954) 2 All E.R. 529 op 534; Smith en Hogan, bl. 290; Halsbury, bl. 746. Sien ook *Queen v. Clarence*, 22 Q.B.D. 23 (1888). 'n Man kan volgens Smith en Hogan, bl. 301, nie „indecent assault” t.o.v. sy vrou pleeg nie. Lg. beskouing lyk ook logies, gesien in die lig van die opmerkings van regter Lynskey in die Miller-gewysde op bl. 534.
- 38) Sien art. 12 van die *Sexual Offences Act*, 1956; Smith en Hogan, bl. 320. In hierdie geval sal „buggery” bestaan uit geslagtelike gemeenskap per anum. Sien verder *R. v. Blanchard* (1952) 1 All E.R. 114 (L.A.); *Bampton v. Bampton* (1959) 2 All E.R. 766(C.A.).
- 39) Op die vloei-bare grensgebied van hierdie verskyningsvorm van verkragting is die misdaad geskep deur art. 2(1) van die *Sexual Offences Act*, 1956: „It is an offence for a person to procure a woman, by threats or intimidation, to have unlawful sexual intercourse in any part of the world”. Smith en Hogan, bl. 291, sê hieroor: „It may be that the statutory offence may be committed by threats of less gravity than are required for rape”.
- 40) Bl. 295. Sien ook *Stephen*, bl. 207.
- 41) Wat, volgens Smith en Hogan, 'n naasbestaande, soos bv. die slagoffer se kind insluit.

In ons verdere bespreking word die volgende meer problematiese verskyningsvorme van afwesigheid van toestemming by verkragting in meer besonderhede behandel:

- (a) *Personifisering van 'n vrou se eggenoot.*
- (b) *Geslagtelike gemeenskap met 'n slapende of andersins onmagtige vrou.*
- (c) *Toestemming verkry op ander⁴²⁾ bedrieglike wyses.*
- (d) *Toestemming deur jeugdiges of geestelik versteurdes.*

(a) Personifisering van 'n vrou se eggenoot:

Die Engelsregtelike antwoord op die vraag of 'n man wat die eggenoot van 'n vrou personifiseer skuldig is aan verkragting, het nie deurgaans dieselfde gebly nie.

Reeds in 1822, in die gewysde *R. v. Joseph Jackson*,⁴³⁾ het dié geval hom voorgedoen. Die fette van dié saak was kortliks soos volg: Jackson het by die huis van die slagoffer ingebreek en homself voorgedoen as haar man. Onder hierdie voorwendsel hou hy met haar geslagtelike gemeenskap. 'n Meerderheid van agt teenoor vier regters bevind dat 'n man wat 'n vrou se eggenoot personifiseer nie verkragting pleeg nie, omdat die vrou 'n toestemmende party is.

In 1854, in die saak van *R. v. Richard Clarke*,⁴⁴⁾ hou hoofregter Jarvis hom gebonde aan die bevinding in die Jackson-gewysde. Dié reël

42) Sien ook die tema oor personifisering van 'n vrou se eggenoot.

43) 168 E.R. 911.

44) 169 E.R. 779.

word ook in verdere sake bevestig.⁴⁵⁾

In die Barrow-gevysde motiveer hoofregter Bovill die bestaan van dié reël soos volg:⁴⁶⁾ „It does not appear that the prosecutrix was asleep or unconcious at the time when the first act of connection took place. What was done was, therefore, with her consent, though that was obtained by a fraud”.

In 1884 kom daar egter 'n kentering. Die Ierse hof het nl. in daardie jaar in die saak *R. v. Dee*⁴⁷⁾ bevind dat in geval van personifisering van die eggenoot van 'n vrou, die personifiseerder skuldig is aan die misdad van verkragting.⁴⁸⁾

Om 'n einde te maak aan die verwarring wat geskep is, het die wetgewer ingegryp en bepaal dat personifisering van 'n vrou se eggenoot en gepaardgaande geslagtelike verkeer, verkragting daarstel.⁴⁹⁾

In die Engelse reg is die inhoud van verkragting hierdeur dus uitgebrei. Die geweldsvereiste het geleidelik vervaag en het plek gemaak vir 'n veel wyer vereiste van afwesigheid van toestemming. Daardeur is verkragting in die Engelse reg histories tot 'n groot mate ontwortel en is misdadssystematies gebruik om plek te vind vir strafwaardige handeling wat nêrens anders kon inpas nie.

45) Sien bv. *R. v. Barrow* 11 Cox C.C. 191; *R. v. Bernard Saunders* 173 E.R. 488; *R. v. William Williams* 173 E.R. 497.

46) Op bl. 192.

47) 15 Cox C.C. 579.

48) Sien ook *Carvell en Green*, bl. 66; *Cross en Jones*, bl. 167; *Halsbury*, bl. 747; *Smith en Hogan*, bl. 292.

49) Art. 4 van die *Criminal Law Amendment Act, 1885*, 48 and 49 Vict. Sien ook *R. v. C.* 1952(4) S.A. 117 (0) bl. 120. Sien nou art. 1(2) van die *Sexual Offences Act, 1956*; „A man who induces a married woman to have sexual intercourse with him by impersonating her husband commits rape”. Sien ook *Koh*, bl. 88.

Die Engelse reg maak net voorsiening vir die geval waar 'n vrou se eggenoot persoonlîseer word. Hierdie reëling is basies beperkend. Neem die volgende hipotetiese voorbeeld: A, identiese tweelingbroer van B, doen hom teenoor B se verloofde, C, voor as B. Onder die indruk dat hy B is, hou C met hom geslagtelike gemeenskap. Vir so 'n geval word nie spesifiek voorsiening gemaak nie.⁵⁰⁾

(b) Geslagtelike gemeenskap met 'n slapende of andersins onmagtige vrou:

Die Engelsregtelike reël met betrekking tot die vraag of 'n man wat gemeenskap hou met 'n slapende vrou skuldig is aan verkragting, is duidelik. Reeds in 1872 stel regter Lush die reël soos volg:⁵¹⁾ „if a man gets into bed with a woman while she is asleep, and he has connection with her, or attempted to do so while she is in that state, he is guilty of rape in the one case and of the attempt in the other“.⁵²⁾

'n Saak wat ietwat van 'n ander aard is, maar tog dieselfde prinsipiële problematiek verteenwoordig, is dié van *R. v. William Camplin*.⁵³⁾

50) Sien ook *H.M. Advocate v. Montgomery*, 1926 J.C., soos bespreek in Annual Survey of Commonwealth Law, 1968, bl. 207. In hierdie saak het M. 'n getroude vrou onder die indruk gebring dat hy haar vorige man is, wat deur haar (die slagoffer) doodgewaan is en ook inderdaad reeds dood was. M. is skuldig bevind aan verkragting. Smith en Hogan, bl. 292, stel blykbaar voor dat enige bedrieglike voorstelling t.o.v. die „identity of the man“ toestemming vir die doeleindes van verkragting moet uitsluit. Op bl. 295 sê genoemde skrywers egter: „Certainly cases of impersonation, if they are not rape, will be offences under s. 3“. Sien hieronder op bl. 113 'n bespreking van art. 3 van die *Sexual Offences Act*, 1956.

51) *R. v. Mayers* 12 Cox C.C. 311. Sien ook Koh, bl. 155; Puttkammer, E.W: Consent in Rape, bl. 413.

52) Sien ook *R. v. Young* 14 Cox C.C. 114. Na hierdie gewysde is verwys in *R. v. C.* 1952(4) S.A. 117(0) op bl. 120. Sien ook Carvell en Green, bl. 66.

53) 169 E.R. 163. Sien ook Koh, bl. 156.

Uit die feite van hierdie saak blyk dat *Camplin* die klaagster dronk gemaak het met die doel om haar seksueel te prikkel. Toe sy in 'n „state of insensibility“ is, hou hy met haar geslagtelike gemeenskap. In sy uitspraak bevestig hoofregter Lord Denman dat slagoffersweerstand nie essensieel vir 'n skuldigbevinding aan verkragting is nie en dat waar sy in genoemde „state of insensibility“ is, sy nie verkragtingeregte kan toestem nie.⁵⁴⁾

(c) Toestemming verkry op ander bedrieglike wyses:

„When the consent of the woman or girl is obtained by fraud which induces in her mind a mistake of a fundamental character - it must probably be a mistake as to the nature of the act“ word dit vir die doeleindes van verkragting nie beskou as toestemming nie.⁵⁵⁾

Hierdie aanhaling, hoewel gebrekkig, verteenwoordig 'n algemene Engelsregtelike uitgangspunt. Die gebrekkigheid daarvan lê in die feit dat 'n man wat homself voordoen as die eggenoot van 'n vrou, ook skuldig is aan verkragting. In laasgenoemde geval het die bedrieglike voorstelling tog te make met die dadersidentiteit en nie met die aard van die handeling nie.

Die problematiek vervat in hierdie wyse van toestemmingsafwesigheid, kan aan die hand van voorbeelde uit Engelse gewysdes gedemonstreer word.

54) Op bl. 164. Sien ook *Steyn, A.R. in R. v. K. 1958(3) S.A. 420 (A)* op bl. 425.

55) *Carvell en Green, bl. 66. Sien ook Smith en Hogan, bl. 292; Koh, bl. 92.*

In *R. v. Flattery*⁵⁶⁾ is die feite soos volg: die slagoffer is 'n epileptikus. Flattery doen homself voor as 'n geneesheer. Onder voorwendsel dat hy haar genees en 'n operasie op haar uitvoer, hou hy met haar geslagtelike gemeenskap.

Die verdere feite blyk uit die volgende aanhaling uit die uitspraak van hoofbaron Kelly:⁵⁷⁾

"We are now asked to say, because the prosecutrix was 19 years of age, that she knew what was going on and consented to a violation of her person. It would be straining the language of the case to hold that there was any consent to what took place under the circumstances. It was contended that it lay on the part of the prosecution to show that the woman did not know what the nature of sexual connection was. I know of no principle of law on which that contention rests, and I am not prepared to say that, if she did know the nature of sexual intercourse it would have been any evidence of consent".

Die laaste sin van dié aanhaling is, soos hieronder verduidelik, probleemskeppend.

In *King v. Williams*⁵⁸⁾ is die feite soos volg: Williams is 'n kerksangmeester. Die slagoffer, 16 jaar oud, neem by hom sanglesse. Williams hou met haar geslagtelike gemeenskap onder voorwendsel dat hy daardeur 'n lugkanaal veroorsaak wat haar asemhaling en gevolglik haar sang sal verbeter. Hy word skuldig bevind aan verkragting.⁵⁹⁾

56) 13 Cox C.C. 388; 2 Q.B.D. 410.

57) Bl. 390.

58) 1923(1) K.B. 340.

59) Bl. 347.

In die Williams-gewysde⁶⁰⁾ verwys hoofregter Lord Hewart met goedkeuring na die volgende passasie uit Russell on Crime:⁶¹⁾

„A consent or submission obtained by fraud is, it would seem, not a defence to a charge of rape or cognate offences“.

Hierdie opvatting, wat in lyn is met wat in Flattery se saak gesê is, kan probleme skep. Dit kan geïllustreer word met die volgende: A bedrieg 'n meisie deur voor te gee dat hy 'n miljoenêr is en stel voor dat sy met hom geslagtelike gemeenskap hou teen betaling van £1,000. In werklikheid is A 'n armlastige. Is dit nie 'n bedrieglike voorstelling waardeur geslagtelike verkeer bekom is nie? Is dit in die Engelse reg verkragting? Uit die gewysdes blyk dit so.⁶²⁾ Tog word aan die hand gedoen dat die dienswyse van Carvell en Green, bo genoem, die meer realistiese is.

Problematies is ook art. 3(1) van die Sexual Offences Act, 1956. Volgens hierdie artikel is dit „an offence for a person to procure a woman, by false pretences or false representations, to have unlawful sexual intercourse in any part of the world“.⁶³⁾

Die presiese omvang en betekenis van dié artikel is onseker.⁶⁴⁾

60) Bl. 347.

61) 7 de uitgawe, Vol. I, bl. 934. Sien ook Hooper, bl. 420.

62) Sien egter Regter Stephen se opmerkings in Queen v. Clarence, 22 Q.B.D. 23 op bl. 44. Sien ook Koh, bl. 97.

63) Sien ook Koh, bl. 94.

64) Sien Smith en Hogan, bl. 295: „It may be that any false pretence which in fact induces P to give a consent which she would not otherwise have given is enough, though it is arguable that the pretence must be one which would influence a reasonable woman“. Sien ook R. v. Johnson (1963) 3 All E.R. 577 (C.C.A.). Sien ook hierbo bl. 110.

Dit is egter duidelik dat dit verkragting kan oorvleuel.

(d) Toestemming deur jeugdiges en geestelik versteurdes:

(1) Jeugdiges:

„No doubt it is also rape to have intercourse with a child too young to understand the nature of the act; but there is no fixed age limit below which consent is impossible as a matter of law. It is a question of fact in each case.....“⁶⁵⁾

Hierdie reël is outwerder as dié waar daar 'n chronologiese ouderdomsgrens bestaan. Ongelukkig het ook in die Engelse reg onsekerhede ingeglip. Daar is bv. die gevaal waar voorgegee word dat daar wel 'n ouderdomsgrens bestaan en dat daardie grens op 10 jaar vasgestel is, d.w.s. 'n meisie onder die ouderdom van 10 jaar kan nie verkragtingsregtelik toestem nie.⁶⁶⁾

In die Engelse reg bestaan daar ook ander misdade wat gemik is op bestraffing van geslagtelike gemeenskap met jeugdige meisies. Dit is geleë om op hierdie stadium kortliks daarna te verwys.

(i) Geslagtelike verkeer met 'n meisie onder die ouderdom van 13 jaar:

Art. 5 van die Sexual Offences Act, 1956 bepaal: „It is an

65) *Smith en Hogan, bl. 291. Sten ook Hooper, bl. 420; Carvell en Green, bl. 67; Turner, Russell on Crime, bl. 711. Sten verder R. v. Howard (1965) 3 All E.R. 684 (C.C.A.) per hoofregter Parker op bl. 685.*

66) *R. v. Cockburn 3 Cox C.C. 543. Ook by duidelike implikasie deur regter Coleridge in R. v. Day 173 E.R. 1026 op bl. 1027. Sten ook R. v. Meredith 8 C and P 589.*

offence for a man to have unlawful sexual intercourse with a girl under the age of thirteen years.⁶⁷⁾

Penetrasie is voldoende om dié misdaad te voltooi.⁶⁸⁾

Mens rea is nie 'n vereiste vir die pleeg van dié misdaad nie.⁶⁹⁾

Toestemming is ook geen verweer nie.

Die maksimum straf wat vir oortreding van dié art. opgelê kan word, is, soos vir verkragting, lewenslange gevangenisstraf.⁷⁰⁾

Dit is duidelik dat hierdie misdaad verkragting kan oorleuel. Uit 'n straftoematingsregtelike oogpunt⁷¹⁾ gesien, is dit irrelevant van watter misdaad 'n persoon aangekla word. Is die meisie egter van so 'n lae ouderdom dat sy nie verkragtingsregtelik kan toestem tot geslagtelike verkeer nie, is die gebruik blykbaar om die beskuldigde van verkragting aan te kla.⁷²⁾

(ii) Geslagtelike verkeer met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar.⁷³⁾

Dit is in die Engelse reg 'n misdaad om buite-egtelike⁷⁴⁾

67) Sien ook Smith en Hogan, bl. 296; Cross en Jones, bl. 166; Carvell en Green, bl. 68.

68) Art. 44 van die Sexual Offences Act, 1956.

69) Sien Hooper, bl. 422.

70) Art. 2(a) van die Tweede Bylaag van die Sexual Offences Act, 1956. Poging is strafbaar met 'n maksimum van 2 jaar gevangenisstraf - art. 2(b).

71) Die maksimum straf is in beide gevalle dieselfde. I.g.v. poging is daar egter 'n verskil. Sien hieronder bl. 117.

72) Sien R. v. Howard (1965) 3 All E.R. 684 (C.C.A.).

73) Sien ook artt. 19 en 20 van die Sexual Offences Act, 1956 m.b.t. abduksie van meisies onder 18 en 16 jaar respektiewelik.

74) Sien R. v. Chapman (1958) 3 All E.R. 143 (C.C.A.). Sien ook art. 6(2).

geslagtelike verkeer te hê met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar.⁷⁵⁾
 Is die meisie egter onder die ouderdom van 13 jaar word bogenoemde
 ernstiger misdaad ook „gepleeg“.

Vir hierdie misdaad is toestemming geen geldige verweer nie.⁷⁶⁾

Die straf kan tot 'n maksimum van 2 jaar gevangenisstraf wees.⁷⁷⁾

(2) Geestelik versteurdes:

Met betrekking tot die vraag wanneer geestelik versteurde
 meisies nie verkrachtingsregtelik kan toestem tot geslagtelike verkeer
 nie, sê hoofbaron Kelly:⁷⁸⁾ „I entirely concur in the definition of
 the crime of rape, as given by Willes, J. in his direction to the jury,
 that if the jury were satisfied that the girl was in such a state of
 idiotcy as to be incapable of expressing either consent or dissent it
 was their duty to find him guilty“.⁷⁹⁾

Is 'n vrou gevolglik tot so 'n mate geestelik versteurd dat sy nie

- 75) Art. 6(1) van die Sexual Offences Act, 1956. Sien ook R. v. Harling (1938) 1 All E.R. 307 (C.C.A.); Cross en Jones, bl. 169; Smith en Hogan, bl. 296; Hooper, bl. 422.
- 76) Sien R. v. Prince 13 Cox C.C. 138; R. v. Forde (1923) 2 K.B. 400; R. v. Harling (1938) 1 All E.R. 307 (C.C.A.). Sien verder art. 6(3) van die Sexual Offences Act, 1956 en R. v. Harrison (1938) 2 All E.R. 134 (C.C.A.); R. v. Rider (1954) 1 All E.R. 5 (C.C.); R. v. Banks (1916) 2 K.B. 621. 'n Meisie onder die ouderdom van 16 jaar kan ook nie toestem tot „indecent assault“ nie. Sien art. 14(2) van die Sexual Offences Act, 1956.
- 77) Sien art. 10(a) van die Tweede Bylaag van die Sexual Offences Act, 1956. Dieselfde straf is van toepassing vir 'n poging tot die pleeg van dié misdaad. Sien art. 10(b) van die Tweede Bylaag.
- 78) R. v. Robert Barrat 12 Cox C.C. 498 op bl. 500.
- 79) Sien ook Carvell en Green, bl. 67. Sien verder R. v. Fletcher 10 Cox C.C. 248 en in verband hiermee Stephen, bl. 209. Sien ook Strauss, Toestemming, bl. 20.

kan weer of toestem nie, pleeg iemand wat met haar geslagtelike gemeenskap hou verkragting.

Art. 7(1)⁸⁰⁾ van die Sexual Offences Act, 1956 maak dit 'n misdad vir „a man to have unlawful sexual intercourse with a woman who is a defective”.⁸¹⁾ 'n „Defective” is 'n persoon wat in „a state of arrested or incomplete development of mind” is.⁸²⁾

Die dader moet weet dat die vrou 'n „defective” is, anders word dié misdad nie gepleeg nie.⁸³⁾

Die straf is tot 2 jaar gevangenisstraf.⁸⁴⁾

Is die vrou geestelik so defektief dat sy nie verkragtingsregtelik kan toestem nie, word ook verkragting „gepleeg”.

6. STRAF:

Verkragting was aanvanklik strafbaar met die dood. Die maksimum straf is egter nou lewenslange gevangenisstraf.⁸⁵⁾ Vir poging tot verkragting is die straf 'n maksimum van 7 jaar gevangenisstraf.⁸⁶⁾

80) Sien ook artt. 9 en 21.

81) Sien verder Smith en Hogan, bl. 298; Turner, Russell on Crime, bl. 715; Carvell en Green, bl. 67.

82) Sluit in „subnormality of intelligence (which) is of such a nature or degree that the patient is incapable of living an independent life or of guarding (herself) against serious exploitation, or will be so incapable when of an age to do so” - art. 45.

83) Art. 7(2). Sien ook R. v. Hudson (1965) 1 All E.R. 721 (C.C.A.) per Aldworth, R. op bl. 722. 'n „Defective” kan nie regsgeldig toestem tot „indecent assault” nie - art. 14(4).

84) Art. 12(a) van die Tweede Bylaag van die Sexual Offences Act, 1956.

85) Art. 1(a) van die Tweede Bylaag van die Sexual Offences Act, 1956.

86) Art. 1(b) van die Tweede Bylaag.

III. POGING TOT VERKRACHTING:

Die Engelse reg ken 'n sogenaamde „assault with intent⁸⁷⁾ to commit rape⁸⁸⁾ en ook „attempted rape⁸⁹⁾. In eersgenoemde geval moet daar 'n aanranding wees.⁹⁰⁾

Volgens art. 14(1) van die *Sexual Offences Act, 1956* is dit 'n misdadad vir 'n persoon⁹¹⁾ „to make an indecent assault on a woman⁹²⁾. Daar word, behalwe vir die toepaslike algemene misdadadelemente, twee vereistes gestel vir die pleeg van dié misdadad:

- (i) daar moet 'n aanranding⁹³⁾ wees; en
- (ii) dit moet onsedelik wees.⁹⁴⁾

Die grenslyn tussen „assault with intent to commit rape“ en „indecent assault“ is nie altyd maklik te bepaal nie.

Ter illustrasie van dié problematiek van misdadadidentifisering kan verwys word na die gewysde *R. v. Rolfe*.⁹⁵⁾ In laasgenoemde saak het *R.*, met sy privaatdele ontbloom, na 'n vrou gestap en haar uitgenooi om met hom geslagtelike gemeenskap te hou. Hoofregter Lord Goddard⁹⁶⁾

87) Dit is 'n vrywel algemene gebruik in die Engelse reg om, m.b.t. toepaslike misdadad, te verwys na aanranding met die opset om daardie misdadad te pleeg. Sien by. met betrekking tot „buggery“ art. 16(1) van die *Sexual Offences Act, 1956*.

88) Sien Turner, *Russell on Crime*, bl. 713.

89) Sien Smith en Hogan, bl. 163 e.v. oor hulle pogingsleer.

90) Sien *R. v. Cockburn* 3 Cox C.C. 543.

91) Wat ook 'n vrou kan wees.

92) Sien ook art. 15(1) van die *Sexual Offences Act, 1956*. Dié misdadad kan volgens dié artikel ook op 'n man gepleeg word. Sien ook *Beal v. Kelly* (1951) 2 All E.R. 763 (K.B.).

93) 'n „Hostile act“ is voldoende. Sien *Fairclough v. Whip* (1951) 2 All E.R. 834 (K.B.); *R. v. Burrows* (1952) 1 All E.R. 58 (C.C.A.); *R. v. Rolfe* (1952) 36 Cr. App. Rep. 4, C.C.A. Sien ook Koh, bl. 158.

94) Sien Smith en Hogan, bl. 303; *R. v. George* 1956 Crim. L.R. 52; *R. v. Leeson* 1968 Crim. L.R. 283.

95) (1952) 36 Cr. App. Rep. 4, C.C.A.

96) Op bl. 6.

verklaar: „An assault may be constituted by a threat or a hostile act committed towards a person, and if a man indecently exposes himself and makes an indecent suggestion to her that, in the opinion of this court, can amount to an assault". Die probleemverduidelikende vraag is: veronderstel R het, met behoud van die basiese feite van dié saak, die opset gehad om met die vrou sonder haar toestemming geslagtelike gemeenskap te hou, sou hy skuldig wees aan aanranding met die opset om te verkrag? Daar was tog 'n aanranding met die opset om te verkrag? Wanneer sou dit dan aanranding met die opset om te verkrag wees?

Art. 4(1) van die Sexual Offences Act, 1956 bepaal: „It is an offence for a person⁹⁷⁾ to apply or administer, to, or cause to be taken by, a woman any drug, matter or thing with intent to stupefy or overpower her so as thereby to enable any man to have unlawful sexual intercourse with her".

Hierdie misdaad is voltooi by toediening van die verdowings- of ander middel met genoemde opset.⁹⁸⁾

Dié misdaad is moeilik te onderskei van poging tot verkragting. Neem die feite in R. v. Shillingford: S en V, twee manspersone, neem X, 'n vrouspersoon, na S se woonstel. Daar gee hulle vir haar slaappille onder die voorwendsel dat dit haar sal wakker hou. Sy raak aan die slaap en terwyl sy slaap, poog hulle om met haar geslagtelike gemeenskap te hou. S word aangekla en skuldig bevind aan oortreding van art. 4(1). S kon m.i. net sowel van poging tot verkragting aangekla en skuldig bevind gewees het.

97) Kan ook 'n vrou wees. Sien Smith en Hogan, bl. 296.

98) Sien R. v. Shillingford 1968 Crim. L.R. 282; Smith en Hogan, bl. 296.

DIE AMERIKAANSE REG

I. AGTERGROND EN TERMINOLOGIE:

Binne die grense van die Amerikaanse federale staat bestaan daar geen uniforme regstelsel nie. Die reg verskil van staat tot staat. In hierdie bespreking word slegs verwys na meer algemene bepalings en word nie op detailverskille ingegaan nie.

In die Amerikaanse regsterminologie word deurgaans gebruik gemaak van die woord „rape”. Daar bestaan ook misdade wat Anderson¹⁾ saamvat met die begrip „statutory rape”. Perkins²⁾ wys egter daarop dat die onderskeie statute nie self dié woorde gebruik nie, maar die misdade slegs omskryf.

II. VERKRAGTING (RAPE):

1. INHOUDSBEPALING:

Anderson³⁾ omskryf verkragting in die Amerikaanse reg soos volgens „Rape consists of (1) the unlawful (2) carnal knowledge (3) by a man (4) of a woman other than his wife (5) with force and (6) either (a) without her consent, or (b) without regard to her consent if she is under the age of consent or in such physical or mental condition that she lacks capacity or ability to consent”.

-
- 1) Anderson, R.A: Wharton's Criminal Law and Procedure, Vol. I, bl. 652.
 - 2) Perkins, R.M: Criminal Law, bl. 152.
 - 3) Bl. 628. Clark and Marshall: A Treatise on the Law of Crimes, bl. 752 beweeg op dieselfde spore as Anderson. Sien ook Michael, J., and Wechsler, H: Criminal Law and its Administration, bl. 318 en bl. 325.

Dit is duidelik dat Anderson se omskrywing inherente tekortkominge openbaar. Hy verwys naamlik na gewelddadige geslagtelike gemeenskap en stel in verband daarmee verskyningsvorme van verkragting waar dit strafregtelik slegs om afwesigheid van toestemming gaan.

Analities fouteer Anderson omdat hy krampagtig vaskleeft aan die historiese verkragtingselement van geweld.⁴⁾ Hy ondervind egter sekere verklaringsprobleme, want sy uitgangspunt klop nie met die positiewe reg nie. Wat van die geval van 'n vrou wat as gevolg van haar liggaamlike of geestelike toestand, soos Anderson dit self noem, nie tot geslagtelike verkeer kan toestem nie? Hierop antwoord hy soos volg:⁵⁾ „When the victim is physically or mentally unable to give consent to the act, as when she is intoxicated, drugged or mentally incompetent, the requirement of force is found in constructive force, that is, in the use of such force as is necessary to effect the penetration made by the defendant”.

Perkins⁶⁾ is van oortuiging dat geweld streng gesproke nie 'n vereiste vir verkragting is nie: „If force is declared to be an element of the crime it becomes necessary to resort to the fiction of 'constructive force' to take care of those cases in which no force is needed beyond what is involved in the very act of intercourse itself”.

Perkins omskryf gevalglik verkragting soos volg:⁷⁾ „Rape is unlawful sexual intercourse with a female person without her consent”.

4) O'Conner, A: An Analysis of and a Guide to the New Criminal Code of Canada, bl. 76 maak dieselfde fout m.b.t. die Kanadese reg.

5) Anderson, bl. 638. Honig, R.M: Das amerikanische Strafrecht, bl. 154 beskou die Amerikaanse „rape” ook as 'n geweldsmisdad. Sien ook Michael en Wechsler, bl. 318 en 321.

6) Bl. 162. Sien verder Puttkammer, bl. 415.

7) Bl. 152.

2. MISDAADELEMENTOLOGIESE ANALISE:(a) Die dader en die slagoffer:

Die dader kan slegs 'n man wees en in sommige state word dit uitdruklik so deur wetgewing bepaal.⁸⁾

'n Vrou kan wel skuldig bevind word as 'n „principal in the second degree“.⁹⁾

Daar bestaan 'n weerlegbare vermoede dat 'n seun tussen 7 en 14 jaar nie dié misdaad kan pleeg nie.¹⁰⁾ In California lui die betrokke regsreëling soos volg:¹¹⁾ „No conviction for rape can be had against one who was under the age of fourteen years at the time of the act alleged, unless his physical ability to accomplish penetration is proved as an independent fact, and beyond a reasonable doubt“.

Aan die anderkant bestaan daer 'n onweerlegbare vermoede dat 'n persoon onder die ouderdom van 7 jaar nie 'n misdaad kan pleeg nie.¹²⁾

Dit staan 'n manspersoon bo 14 jaar vry om getuienis aan te voer dat hy, as gevolg van sy fisieke ontwikkeling, nie die misdaad kon pleeg nie.¹³⁾

8) Anderson, bl. 629; Clark en Marshall, bl. 762.

9) Anderson, bl. 652; Clark en Marshall, bl. 762 - dieselfde geld vir statutêre verkragting.

10) Anderson, bl. 79; Clark en Marshall, bl. 761; Honig, bl. 77. Sommige state volg tog die Engelsregtelike beginsel dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie kan verkrag nie - Perkins, bl. 169.

11) Michael en Wechsler, bl. 326 se aanhaling van art. 262 van die California Penal Code.

12) Anderson, bl. 72; Perkins, bl. 169.

13) Anderson, bl. 80.

'n Vrou van enige sedes kan verkrag word.¹⁴⁾ Kostelik verduidelik Perkins:¹⁵⁾ „Just as it is possible for a very wicked man to be murdered, so it is possible for a prostitute to be raped“.

(b) Die handeling:

Die geringste mate van penetrasie van die vroulike geslagsdele deur dié van die man (dader) is voldoende om verkragting daar te stel.¹⁶⁾

Perkins motiveer die bestaan van hierdie reël misdaadvergelykend soos volg:¹⁷⁾

„Just as a rogue bent on burglary has carried his plan far enough for conviction of this crime if he has broken open the dwelling and passed the line of the threshold without the completion of his nefarious scheme, so the rapist has done enough to complete his guilt at the moment of sexual penetration even if his brutal lust was not gratified“.

(c) Buite-egtelikheid:

'n Man kan nie sy vrou verkrag nie.

Perkins¹⁸⁾ argumenteer dat die rede waarom 'n man nie sy vrou kan verkrag nie, geleë is in die regmatigheid daarvan. Dit is volgens hom, en suiwer ook, nie onregmatig nie en daarom is dit nie verkragting nie.

14) Anderson, bl. 631; Clark en Marshall, bl. 756.

15) Bl. 158.

16) Anderson, bl. 633; Michael en Welchler, bl. 326. Perkins, bl. 155, verwys na „vulva penetration“. Sommige houe het tog saadstorting as vereiste gestel. Sten Clark en Marshall, bl. 760. Op bl. 762 sê laasgenoemde skrywers: „An impotent man, if capable of copulation, cannot commit rape, but if he is capable of penetration, and merely incapable of emission or procreation, he may commit the offence, for as we have seen, penetration, without emission, is sufficient“.

17) Bl. 155.

18) Bl. 156. Sten ook Clark en Marshall, bl. 755. Hulle verwys na die Modern Penal Code waarin aanbeveel word dat die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie ook behoort te geld t.o.v. sekere onge- troude persone wat soos man en vrou saamwoon.

'n Man kan wel skuldig wees as 'n „principal in the second degree” af as 'n „accessory before the fact” of aan „aiding and abetting” as hy 'n ander help om sy vrou te verkrag.¹⁹⁾

(d) Afwesigheid van toestemming:

Reeds is daarop gewys dat Anderson se geweldsdeed nie realisties is nie, maar dat Perkins se beklemtoning van afwesigheid van toestemming in ooreenstemming is met die positiewe reg.

In dié verband kan kortliks nog na die volgende verwys word:

(i) „The age of the victim is immaterial. She may be under the age of puberty, or so young that she is incapable of giving her consent to the act, although at common law it was necessary that she be over the age of ten years.”²⁰⁾ Geslagtelike verkeer met 'n meisie onder 'n sekere vasgestelde ouderdom word nie strafloos gelact nie, want deur die sogenaamde statutêre verkragting word daarvoor voorsiening gemaak.

(ii) Geslagtelike gemeenskap met 'n vrou wat aan die slaap of bewusteloos is, is verkragting.²¹⁾ Dié reël geld ook waar die vrou slegs flou geword het.²²⁾

(iii) Geslagtelike gemeenskap met 'n geesteskranke vrou is onder sekere omstandighede verkragting. Haar geestestoestand moet

19) Clark en Marshall, bl. 755. Sien ook Anderson, bl. 156.

20) Anderson, bl. 630; Perkins, bl. 152; Clark en Marshall, bl. 756 en 759. Sien ook Michael en Wechsler, bl. 325.

21) Anderson, bl. 646; Perkins, bl. 167; Michael en Wechsler, bl. 325. Sien ook Clark en Marshall, bl. 756; Puttkammer, bl. 418.

22) Perkins, bl. 163.

inderdaad van so 'n aard wees „that she does not know the nature of the act”,²³⁾ want „mere weakness of intellect does not deprive the female of capacity to give consent”.²⁴⁾

(iv) In sommige Amerikaanse state word dit as verkragting beskou as geslagtelike gemeenskap gevoer word met 'n vrou in 'n gevangenis of verbeteringsgestig.²⁵⁾ In hierdie geval is feitelike toestemming, al dan nie, glad nie ter sprake nie.

(v) Daar bestaan geen eenstemmigheid in die Amerikaanse regstelsels oor die vraag of toestemming deur bedrog verkry, verkragting tot gevolg het nie.²⁶⁾ Perkins²⁷⁾ deel die bedrieglike verkryging van toestemming-gevalle onder twee hoofde in:

(a) „Pretended medical treatment” en

(b) „Pretended husband”.

Hy baseer hierdie indeling op die Amerikaanse gewysdes. Volgens hom moet daar in die geval van „pretended medical treatment” 'n dwaling wees ten opsigte van die aard van die handeling.²⁸⁾

Ten opsigte van die „pretended husband” bestaan daar 'n groter mate van nie-eenstemmigheid of dit verkragting is of nie.²⁹⁾ In California is dit bv. wel verkragting.³⁰⁾

23) Clark en Marshall, bl. 756.

24) Anderson, bl. 647. Sien ook Perkins, bl. 164. Sommige state het verder spesiale wetgewing wat sulke vrouens teen uitbuiting beskerm.

25) Anderson, bl. 649.

26) Anderson, bl. 650; Honig, bl. 169.

27) Bl. 164.

28) Bl. 165; Clark en Marshall, bl. 758. Sien verder Puttkammer, bl. 419.

29) Perkins, bl. 166; Clark en Marshall, bl. 758; Puttkammer, bl. 420.

30) Michael en Wechsler, bl. 325.

(e) Skuld:

In elke geval moet die dader se opset die vrou se nie-toestemming omsluit: hy moes dus geweet het dat sy nie toestem nie.³¹⁾ Afwesigheid van toestemming moet by penetrasie bestaan. „The crime is generally regarded as complete when the man penetrates the woman while she is asleep, and the fact that she submits or even consents upon awakening does not deprive the act of its criminal character”.³²⁾

(f) Straf:

Die straf vir verkragting verskil van staat tot staat. In sommige state is dit strafbaar met die dood³³⁾ en in andere is die maksimum straf 'n sekere termyn gevangenisstraf.³⁴⁾

III. POGING TOT VERKRAGTING:

Benewens die gewone poging om dié misdaad te pleeg,³⁵⁾ bestaan daar ook die sogenaamde aanranding met die opset om te verkrag.³⁶⁾ In laasgenoemde geval moet daar 'n aanranding wees.

31) Anderson, bl. 648.

32) Ibid. bl. 646.

33) In die V.S.A. is 455 persone sedert 1930 uit verkragting tereggestel. In Oklahoma is 'n 22-jarige neger onlangs 1,500 jaar gevangenisstraf opgelê vir verkragting. Sien Schiff, bl. 142.

34) Sien Harper, F.V. and Skolnick, J.H: Problems of the Family, bl. 9, waar na sekere statute verwys word.

35) Anderson, bl. 663. Sien ook Honig, bl. 175.

36) Perkins, bl. 170; Anderson, bl. 664; Puttkammer, bl. 414.

IV. STATUTÊRE VERKRAGTING:

'n Persoon is skuldig aan statutêre verkragting as hy geslagtelike gemeenskap hou met 'n meisie onder 'n sekere vasgestelde ouderdom.³⁷⁾

Die ouderdomsgrens verskil van staat tot staat en wissel van 10 tot 18 jaar.³⁸⁾

Tot statutêre verkragting kan 'n meisie nie regsgeldig toestem nie. Geweld - „actual or constructive” -³⁹⁾ is nie 'n element van dié misdaad nie.⁴⁰⁾ Dit wil voorkom of Anderson self, ten opsigte van dié misdaad, sy geweldsidee laat vaar het.

In sommige state is die ouderdomsgrens laer vir onkuis vroue.⁴¹⁾

Die feit dat 'n meisie onder 'n vasgestelde ouderdom getroud is, beteken slegs dat haar man nie statutêre verkragting op haar kan pleeg nie. Iemand anders as haar man wat met haar geslagtelike gemeenskap

37) Anderson, bl. 652; Clark en Marshall, bl. 758 e.v.

38) Perkins, bl. 152 (voetnoot 6); Michael en Wechsler, bl. 325. In Texas en California is die ouderdomsgrens vasgestel op 18 jaar. Ook in Kanada. Sien O'Conner, bl. 79.

39) In art. 175 van die Belgiese Strafwetboek vind ons dié eienaardige bepaling: „Wordt geacht verkrachting te zijn door middel van geweldddaden, de enkele daad van vleeschelijke gemeenschap tusschen de seksen, gepleegd op den persoon van een kind dat den vollen leeftijd van 14 jaar niet heeft bereikt”. Waarom hierdie vorm van geslagtelike gemeenskap onder gewelddadige geslagtelike gemeenskap inforseer moes word, is nie duidelik nie. Sien ook Delva, J: Aanranding van de Eerbaarheid en Verkrachting, bl. 108; Simon, J. en de Beus, P: Belgische Strafwetten, bl. 108.

40) Anderson, bl. 653. Indien geweld, volgens Anderson, gebruik word, kan die dader skuldig bevind word aan gewone verkragting („common law rape”).

41) Anderson, bl. 657. Sien ook Amir, M: Victim Precipitated Forcible Rape, bl. 495.

hou, pleeg die misdaad van statutêre verkragting.⁴²⁾

In sommige state is penetrasie nie eens 'n vereiste vir die pleeg van statutêre verkragting nie.⁴³⁾

Dit is vir die dader geen geldige verweer om aan te voer dat hy nie geweet het die meisie is onder die vasgestelde ouderdom nie.⁴⁴⁾

42) *State v. Huntsman* 1949 155 Utah 283 wat uiteengesit en bespreek word deur Goldstein, J. and Katz, J: The Family and the Law, bl. 382.

43) *Anderson*, bl. 655.

44) *Perkins*, bl. 168; *Anderson*, bl. 662.

DIE NIGERIESE REG

I. AGTERGROND EN TERMINOLOGIE:

In die meerderheid Afrika state is die strafregreëls in kodes opgeneem. Die Nigeriese Strafkode is ook in Engels opgestel. In genoemde kode word verwys na 'n misdaad „rape“. Die inhoud van die Nigeriese misdaad „rape“ is egter nie identies aan die Suid-Afrikaanse misdaad „rape“ nie. In ons verdere bespreking word, bewus van die juridies-terminologiese inhoudsverskille, die term „verkragting“ vir die Nigeriesregtelike „rape“ gebruik.

Die Nigeriese reg het groot invloed van die Engelse reg ondergaan.¹⁾ Die enigste rede waarom 'n afsonderlike studie gemaak word van 'n ander regstelsel uit Afrika is eenvoudig om 'n bydrae te lewer tot die kennis van die regstelsels van Afrika. Hiervoor bestaan 'n besondere behoefte in Suid-Afrika.

II. VERKRAGTING:

1. INHOUDSBEPALING:

Dit moet ten aanvang genoem word dat die verkrachtingsreg, soos ook ander afdelings van die reg, nie in al die gebiede van die Nigeriese federasie presies dieselfde is nie.

Art. 357 van die Nigeria Criminal Code omskryf verkragting soos

1) Sien Ekow Daniels, W.C: Common Law in West Africa, bl. 249; Elias, R.O: Nigeria. The Development of its Law and Constitution, bl. 353.

volg:²⁾

„Any person who has unlawful carnal knowledge of a woman or girl, without her consent, or with her consent, if the consent is obtained by force or by means of threat or intimidation of any kind,³⁾ or by fear of harm, or by means of false and fraudulent representation as to the nature of the act, or, in the case of a married woman, by personating her husband, is guilty of an offence called rape”.⁴⁾

2. MISDAADELEMENTOLOGIESE ANALISE:

a) Die dader en die slagoffer:

Art. 30(3) van die Nigeriese Strafkode bepaal: „A male person under the age of twelve years is presumed to be incapable of having carnal knowledge”. Hierdie vermoede kan nie weerlê word nie.⁵⁾

'n Seun onder die ouderdom van 12 jaar kan ook nie skuldig wees aan poging tot verkragting nie, maar hy kan wel onsedelike aanranding pleeg.⁶⁾

- 2) Van toepassing op Nigerië, uitgesonderd Noord-Nigerië. Sien Okonkwo, C.O. and Naish, M.E: Criminal Law in Nigeria, bl. 266; Hedges, R.Y: Introduction to the Criminal Law of Nigeria, bl. 68; Brett, L. and McLean, I: The Criminal Law and Procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria, bl. 727.
- 3) Vir Noord-Nigerië moet bygevoeg word: „when it was obtained by putting her in fear of death or hurt ...” Sien Gledhill, A: The Penal Codes of Northern Nigeria and the Sudan, bl. 436.
- 4) Die inhoud van die verkrachtingsmisdaad in die Oos-Afrikaanse gebiede, Zambië, Malawi, Kenia, Uganda en Tanzanië is baie dieselfde as in Nigerië. Sien Collingwood, J.J.R: Criminal Law of East and Central Africa, bl. 118.
- 5) Okonkwo en Naish, bl. 266; Brett en McLean, bl. 728.
- 6) Okonkwo en Naish, bl. 266.

Probleemskeppend is art. 216(1) van die Nigeriese Strafkode wat bepaal: „Any person who unlawfully and indecently deals with a boy under the age of fourteen years is guilty of a felony, and is liable to imprisonment for seven years.” Waarom word 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar beskerm teen onsedelike optrede deur 'n ander, terwyl 'n seun onder die ouderdom van 12 jaar geag word nie geslagtelik te kan verkeer nie? Sou dit nie meer logies wees om hierdie twee ouderdomsgrense te laat saam val nie? Is hierdie ouderdomskeuses nie maar bloot arbitrêr nie?

'n Vrou van enige sedes kan 'n verkrachtingslagoffer wees.⁷⁾

b) Die Handeling:

Penetrasie van die vroulike geslagsorgaan deur dié van die manlike is voldoende om verkrachting daar te stel.⁸⁾ Die penetrasie kan baie gering wees, want „vulval penetration is sufficient”.⁹⁾

c) Buite-egtelikheid:

Art. 357 van die Strafkode verwys na „unlawful carnal knowledge”. Art. 6(2) omskryf „unlawful carnal knowledge” as „carnal connection which takes place otherwise than between husband and wife”.

7) Ook 'n prostituut. Sien Brett en McLean, bl. 729.

8) Art. 6(1) van die Nigeriese Strafkode. Sien ook Hedges, bl. 68; Brett en McLean, bl. 728; Okonkwo en Naish, bl. 267.

9) Gledhill, bl. 436. Gledhill, bl. 443, omskryf 'n ander misdaad in Noord-Nigerië soos volg: „Whoever (a) has carnal intercourse (b) against the order of nature (c) with any person (d) without his consent shall be punished with imprisonment which may extend to fourteen years and shall also be liable for a fine”. In hierdie misdaad het ons, in 'n sekere sin, sodomie in 'n verkrachtingskleur.

In Nigerië kan 'n man dus nie sy vrou verkrag nie,¹⁰⁾ Gledhill merk in hierdie verband, ten opsigte van Noord-Nigerië, die volgende op:¹¹⁾ „Sexual intercourse by a man with his own wife is not rape, if she has attained puberty“.

Dit blyk dus dat 'n man wel sy vrou kan verkrag indien sy nog nie puberteit bereik het nie. Die hubaarheids- en puberteitsouderdomme in die Noord-Nigeriese reg is gevolglik nie dieselfde nie.¹²⁾

Oor die antwoord op die vraag of 'n man wat geregtelik van sy vrou geskei is haar kan verkrag, bestaan daar onder die Nigeriese strafregse geleerdes geen eenstemmigheid nie.¹³⁾

'n Man wat sy vrou „verkrag“ kan skuldig bevind word aan aanranding.¹⁴⁾ Volgens Okonkwo en Naish¹⁵⁾ kan 'n man ook skuldig bevind word aan onsedelike aanranding op sy vrou.

Art. 214(1) van die Nigeriese Strafkode bepaal dat „any person who has carnal knowledge of any person against the order of nature“ skuldig is aan 'n „felony“ en strafbaar is met gevangenisstraf tot 14 jaar.

In Art. 214(1) word slegs verwys na „carnal knowledge“¹⁶⁾ en nie na „unlawful carnal knowledge“¹⁷⁾ nie. 'n Man kan dus dié misdad met sy vrou pleeg.

10) Sien ook Brett en McLean, bl. 729; Okonkwo en Naish, bl. 266.

11) Bl. 436.

12) Sien Kasunmu, A.B. en Salacuse, J.W: Nigerian Family Law, bl. 76 m.b.t. die bestaan van sulke huwelike onder die Ibo.

13) Okonkwo en Naish, bl. 266 beweer dat 'n man in geval van 'n geregtelike skeiding wel sy vrou kan verkrag. Sien, daarteenoor, Brett en McLean, bl. 729 en Gledhill, bl. 437.

14) Brett en McLean, bl. 729.

15) Bl. 268. Sien ook bl. 138 hieronder.

16) Sien art. 6(1). „Carnal knowledge“ slaan ook op binne-egtelike geslagtelike gemeenskap.

17) Sien art. 6(2) en hierbo op bl.

d) Skuld:

Volgens art. 24(1) van die Nigertese Strafkode is alle misdade, behalwe as anders bepaal word, opsetsmisdade.

Art. 357 wat verkragting as misdaad omskryf, bepaal nie anders nie. Verkragting is gevolglik 'n opsetsmisdaad.

e) Afwesigheid van toestemming:

In art. 357 word, vir die doeleindes van verkragtingsregtelike aanspreeklikheid, die volgende onderskeiding gemaak:¹⁸⁾

(i) die verkragtingshandeling moet geskied sonder die toestemming van die slagoffer;¹⁹⁾ of

(ii) indien dit geskied met haar toestemming, moet dit op een van die volgende wyses bekom word:

(a) deur geweld; of

(b) deur dreigemente of intimidasie van enige aard; of

(c) deur leedsvrees; of

(d) deur 'n bedrieglike voorstelling ten opsigte van die aard van die handeling; of

(e) deur persoonifisering van die eggenoot van die slagoffer.

Waar afwesigheid van toestemming vir verkragtingsaanspreeklikheid

18) In Zambië, Malawi, Kenia, Uganda en Tanzanië vind ons bykans dieselfde reëling. Sten Collingwood, bl. 118.

19) In art. 375 van die Indiese Strafkode word daar 'n drieërlei onderskeiding gemaak: die verkragtingshandeling moes geskied het (i) teen haar wil; of (ii) sonder haar toestemming; of (iii) onder sekere beskrywe omstandighede met haar toestemming. Sten ook Singh, G.H.: The Penal Law of India, Vol. II, bl. 1672.

in die Engelse reg vereis word, maak die Nigeriese reg ook voorsiening vir strafregtelike aanspreeklikheid vir verkragting waar die slagoffer inderdaad toestem. In die Nigeriese verkrachtingsreg beteken „toestemming” dus psigies-intellektuele toestemming. Normaalweg, by regstelsels wat afwesigheid van toestemming as vereiste vir verkrachtingsregtelike aanspreeklikheid stel, word vereis dat gewelddadige of ander wyses van optrede die moontlikheid van toestemming, al sou dit slegs in juridiese sin wees, moet neutraliseer.

Die byvoeging van die ongekwalifiseerde woorde „of any kind” is insiggewend. Stel die dader²⁰⁾ sekere dreigemente²¹⁾ teenoor die slagoffer en is die ander misdadelemente teenwoordig, word verkragting gepleeg.²²⁾

Die woorde „or by fear of harm” is tautologies. Logies gesproke is vreesopwekking die teenkant van geweldstoevoeging of dregementstelling. Die feit dat dit egter in die alternatief gestel word, skep die indruk dat dit strafregtelik-sinvol selfstandig kan bestaan.

Die woord „harm” word in art. 1 van die Nigeriese Strafkode omskryf as enige „bodily hurt, disease, or disorder, whether permanent or temporary”. Om art. 357 sinvol te laat lees, behoort die woorde „of any kind” deurgehaal te word en die woord „or” voor „by fear” vervang te word deur die woord „and”, of die woorde „or by fear of harm”

20) Die dreigemente moet strafregtelik aan die dader toegeskryf kan word.

21) Intimidasie is slegs 'n manier van dreig en dit kan m.i. deurgehaal word.

22) In die Noord-Nigeriese reg moet die geweldstoevoeging of dregementstelling van so 'n aard wees dat dit die slagoffer „in fear of death or hurt” plaas. Sien Gledhill, bl. 436.

moet deurgehaal word.

Vervolgens word sekere ander problematiese aspekte van die afwesigheid van toestemming-vereiste in die Nigeriese reg behandel.

(i) Met betrekking tot Noord-Nigerië sê Gledhill²³⁾: „Submission is not enough. When the accused had intercourse with a woman in an advanced stage of pregnancy, it was held that the fact that she made no resistance did not imply assent”.²⁴⁾

Hieruit kan afgelei word dat die toestemming in so 'n geval daadwerklik moet wees. Tog is die posisie nie gevrywaar aan kritiek nie, want „no resistance” kan, ten minste psigies, moeilik versoen word met afwesigheid van toestemming.

In die Engelse reg het verkragting beweeg vanaf 'n misdad met geweld as sentrale tema na 'n misdad wat sentreer om afwesigheid van toestemming. Steeds meer en meer strafwaardighede is onder die vleuels van verkragting ingetrek. Dit wil voorkom of die Afrika-erfgename van die Engelse reg op hierdie pad voortborduur.

(ii) In Noord-Nigerië kan 'n meisie onder die ouderdom van 14 jaar nie verkrachtingsregtelik toestem tot geslagtelike verkeer nie.²⁵⁾ In die reg van Nigerië bestaan daar nie 'n ouderdomsgrens nie, maar 'n meisie wat te jonk is om die aard van die geslagtelike verkeer-handeling

23) Bl. 437.

24) In die Soedan bestaan daar 'n interessante reëling. Toestemming tot geslagtelike verkeer deur 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar aan haar onderwyser, voog of persoon verantwoordelik vir toesig oor haar, is nie toestemming vir die doeleindes van verkragting nie. Sien Gledhill, bl. 436.

25) Gledhill, bl. 438.

te beseef, kan nie verkrachtingsregtelik toestem nie.²⁶⁾

In die res van Nigerië bestaan daar egter afsonderlike misdade wat geslagtelike gemeenskap met meisies onder sekere ouderdomme strafbaar maak.

Art. 218(1) van die Nigeriese Strafkode bepaal:²⁷⁾ „Any person who has unlawful carnal knowledge of a girl under the age of thirteen²⁸⁾ years is guilty of a felony ...”. Hierdie misdaad is streng geskoei op die Engelsregtelike patroon. Selfs die Engelsregtelike term „felony” is in die Nigeriese reg opgeneem. Die maksimum straf is, soos in die geval van verkragting, lewenslange gevangenisstraf.²⁹⁾

Art. 221(1) stel geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar strafbaar.³⁰⁾

Art. 221(2) bepaal dat dit 'n geldige verweer is as die beskuldigde op redelike gronde glo dat die klaagster 16 jaar of ouer is.

Die straf vir oortreding van art. 221 is 'n maksimum van 2 jaar gevangenisstraf met of sonder toevoeging van lyfstraf.³¹⁾

(iii) 'n Persoon wat geslagtelike gemeenskap hou met 'n vroulike idioot of imbisiel wat nie kan onderskei tussen reg en verkeerd nie, is

26) Okonkwo en Naish, bl. 267.

27) Sien Brett en McLean, bl. 607; Okonkwo en Naish, bl. 269. Sien verder art. 216(1).

28) In Zambië en Kenia is die ouderdom 16 jaar, in Uganda 14 jaar, in Malawi 13 jaar en in Tanzanië 12 jaar. Sien Collingwood, bl. 122.

29) Art. 218(1). Sien ook Brett en McLean, bl. 607.

30) Sien ook artt. 222 - 224. Hierdie misdaad bestaan ook in Noord-Nigerië. Sien Gledhill, bl. 442.

31) Art. 218(1). Sien ook Brett en McLean, bl. 607. Poging is ook strafbaar.

skuldig aan verkragting.³²⁾

Art. 221(1) maak geslagtelike gemeenskap met 'n vroulike idioot of imbisiel strafbaar.³³⁾ Die dader moes geweet het die vrou is 'n idioot of imbisiel.³⁴⁾ Kan die slagoffer nie onderskei tussen reg of verkeerd nie, kan ook verkragting gepleeg word.

(iv) Die Nigeriese Strafkode bepaal uitdruklik dat 'n man wat die eggenoot van 'n vrou persoonlaseer skuldig is aan verkragting.³⁵⁾ Dit blyk verder dat dit met haar toestemming ~~kan~~ geskied, want die geval word behandel onder die gevalle waar teenwoordigheid van toestemming nie verkragting uitsluit nie.

Uit hierdie reëling van die Nigeriese reg kan egter nie afgelei word dat alle bedrieglike voorstellinge t.o.v. die dadersidentiteit verkragting daar stel nie.³⁶⁾ Dië stelling kan aan die hand van die volgende probleem verduidelik word: A, die identiese tweelingbroer van B, gee aan C, B se verloofde, voor dat hy B is. Hierdeur beweeg hy C om met hom geslagtelike gemeenskap te hou. Is A skuldig aan verkragting? Volgens die omskrywing van verkragting in die Nigeriese reg is dit nie verkragting nie.

f) Straf:

Die maksimum straf vir verkragting is lewenslange gevangenisstraf

32) Brett en McLean, bl. 730. So 'n vrou kan nie verkragtingsregtelik toestem nie.

33) Straf is tot 2 jaar gevangenisstraf met of sonder byvoeging van lyfstraf - art. 221(1). Poging is ook strafbaar.

34) Art. 221(1).

35) Art. 357.

36) Sien ook bl. 110 hierbo t.o.v. die Engelse reg.

met of sonder byvoeging van lyfstraf.³⁷⁾ Vir poging is die maksimum straf 14 jaar gevangenisstraf met of sonder byvoeging van lyfstraf.³⁸⁾

III. POGING TOT VERKRAGTING:

Poging tot verkragting is ook strafbaar.³⁹⁾

In die Nigeriese reg bestaan daar enkele misdade wat op die pert-ferieë van 'n verkragtingspoging lê.

Art. 360 van die Nigeriese Strafkode bepaal: „Any person⁴⁰⁾ who unlawfully and indecently assaults a woman or girl is guilty of a misdemeanour, and is liable to imprisonment for two years”.

Vir hierdie misdaad moet daar 'n aanranding wees.⁴¹⁾

'n Man kan dié misdaad op sy vrou pleeg.⁴²⁾

Het 'n onsedelike aanranding 'n poging tot geslagtelike verkeer tot gevolg, kan dit poging tot verkragting wees.⁴³⁾ Die oorgangsgrens kan egter vloeibaar wees.⁴⁴⁾

37) Art. 358. In die Brazza-Kongo is die straf tot 5 jaar gevangenisstraf, maar as die slagoffer onder die ouderdom van 14 jaar is, kan dit tot 20 jaar gevangenisstraf wees. Sien Milner, A. (Ed.): African Penal Systems, bl. 27. In Zambië, Uganda, Tanzanië en Kenia is die maksimum straf lewenslange gevangenisstraf, maar in Malawi kan die doodstraf opgelê word. Sien Collingwood, bl. 118.

38) Art. 359.

39) Art. 359.

40) Enige persoon bo die ouderdom van 7 jaar kan 'n dader wees.

41) Sien ook art. 252.

42) Sien art. 353(1) en in verband daarmee Deel V van die Kode. In Deel V van die Kode word sekere verskoningsgronde genoem en dit sluit nie 'n onsedelike aanranding van 'n man op sy vrou in nie.

43) Sien Gledhill, bl. 433 m.b.t. die misdaad „Outrage of Modesty” in Noord-Nigerië. Sien verder artt. 362 en 366 van die Nigeriese Strafkode m.b.t. abduksie.

44) Sien ook bl. 119 hierbo.

HOOFSTUK IV

'N POSITIEFREGTELIKE ANALITIES-PRINSIPIËLE PERSPEKTIEF

*In hierdie hoofstuk word die Suid-Afrikaanse
positiewe reg vanuit verskeie oogpunte beskou en
geanaliseer.*

DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In hierdie hoofstuk word gepoog om die Suid-Afrikaanse verkrachtingsreg histories, vergelykend, sistematies en prinsipiëel te analiseer en te evalueer.

Die sisteem wat ons volg vir die uiteensetting van die Suid-Afrikaanse reg, is basies dié wat ons deurgaans gevolg het.

I. VERKRAGTING:

1. BEPALING VAN DIE VERKRAGTINGSINHOUD:

In hierdie verband verwys ons kortliks na:

- (a) die siening van enkele Suid-Afrikaanse strafregskrywers;
- (b) 'n wetgewingstuk; en
- (c) omskrywings van ons houe.

(a) Gardiner en Landsdown¹⁾ definieer verkragting soos volg: „Rape is committed by a male of 14 years or over, who has unlawful carnal knowledge of a female without her consent. Anyone assisting such male in committing such act is also guilty of rape”.

De Wet en Swanepoel²⁾ omskryf verkragting „as die buite-egtelike geslagtelike verkeer met 'n vrou sonder haar toestemming”.³⁾

1) Gardiner en Landsdown: South African Criminal Law and Procedure, Vol. 2, bl. 1622.

2) Bl. 472.

3) Sien ook R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A) per Schreiner, A.R. op bl. 421.

Hunt⁴⁾ verklaar: „Rape consists in intentional unlawful sexual intercourse with a woman without her consent“.

(b) Die enigste wetteregtelike omskrywing van verkragting word gevind in art. 159 van die Bantu Territories Penal Codes⁵⁾ „Rape is the act of a man having carnal knowledge without the consent of a woman⁶⁾ who is not his wife: Provided that nothing shall be deemed to be consent which is either extorted by threats or fear of bodily harm, or obtained by personating the woman's husband or, by falsely and fraudulently misrepresenting the nature and quality of the act. This offence shall be complete upon penetration.

A boy under fourteen years of age shall be conclusively presumed to be incapable of having carnal knowledge of a woman within the meaning of this section“.

Art. 159 van die B.T.P.C. het sedertdien 'n belangrike rol in die Suid-Afrikaanse strafreg gespeel:

(i) dit het die geldende reg geword van 'n deel van die breëre Suid-Afrikaanse regsgebied;⁷⁾ en

(ii) dit het 'n blywende invloed uitgeoefen op menige afdeling van die Suid-Afrikaanse strafreg.

4) Bl. 401. Sien egter dié skrywer se opmerking op bl. 400 (voetnoot 43).

5) Wet 24 van 1886 (Kaap die Goede Hoop).

6) Sien art. 5(a) van dié wet: „The word 'woman' denotes a female human being of any age“.

7) Sedert die inwerkingtreding van die B.T.P.C. geld die Suid-Afrikaanse gemenerereg nie meer t.o.v. die misdade daarin beskryf in die Transkeise gebiede nie. Sien bv. *R. v. Mlota* 1931(1) P.H.H. 56 (O.D.) en artt. 269 en 270 van die B.T.P.C.

(c) *In die Suid-Afrikaanse gewysdereg is nie dikwels gepoog om 'n deeglike omskrywing van verkragting te gee nie.*

*In R. v. Smith*⁸⁾ omskryf regterpresident de Villiers verkragting soos volg:

„Now it is clear that the elements of the crime of rape are very simple and are these:- (firstly) unlawful carnal knowledge, (secondly) of a female and, (thirdly) without her consent“.

*Bate nã aan hierdie omskrywing, maar tog andersluidend, is hoofregter Wessels se omskrywing:*⁹⁾

„Now by our law a person commits the crime of rape if he has carnal connection with a woman (not his wife) without her consent“.

*In die gewysde R. v. M.*¹⁰⁾ *slaan appèlregter Van den Heever 'n ander koers in:*

*„In our law rape is a sub-species of vis (D. 48.5.30.9)¹¹⁾ It is essential that the victim's resistance be overcome by fear, force or fraud“.*¹²⁾

(d) *'n Kritiese analise van bogenoemde omskrywings bring ons by die volgende:*

(i) *Dit is duidelik dat daar twee uiteenlopende standpunte oor*

8) 1928 O.P.A. 69.

9) *R. v. Masago and another* 1935 A.A.32 op bl. 34.

10) 1953(4) S.A. 393(A) op bl. 398. *Sten verder S. v. Volschenk* 1968(2) P.H.H. 283(D) per Kennedy, R.; *S. v. Erasmus* 1970(3) S.A. 665(W) per Myburgh, R. op bl. 667.

11) *Sten ook bespreking van die Romeinse Reg* op bl. 28 hierbo.

12) *Sten verder R. v. C.* 1952(4) S.A. 117(O) per Grobler, Wn. R. op bl. 121; *R. v. D.* 1969(2) S.A. 591 (R.,A.D.) per Juenet, Wn.-H.R. op bl. 592.

die basiese aard van verkragting bestaan:

A. *die oorwig van die definisies in gewysdes, bevestig deur die aangehaalde omskrywings van strafreggeleerdes, en juridies-territoriaal aangevul deur 'n wetgewingstuk, beklemtoon die beginsel van afwesigheid van toestemming; en*

B. *appèlregter Van den Heever sien verkragting as 'n „geweldsmisdaad“.*

Die „geweldsidee“ van appèlregter Van den Heever is nie deur die appèlhof gevolg nie.¹³⁾ Die rede hiervoor is voor die handliggend: die verkrachtingsinhoud sou daardeur ingrypend verklein word en sou sekere ander verwytbare geslagtelike gemeenskap-handelinge in 'n „straf-vrye vakuum“ laat. Ter motivering van laasgenoemde stelling verwys ons na die volgende: wilsteenstrydigheid met gevolglike-lamlegging, waarna appèlregter Van den Heever verwys as „victim's resistance be overcome“, voorveronderstel 'n bewustelike slagoffersdadigheid,¹⁴⁾ terwyl daar gevalle in ons positiewe reg is waar afwesigheid van toestemming sonder enige bewustelike dadigheid van die slagoffer kan bestaan, soos bv. geslagtelike gemeenskap met 'n slapende vrou. Wilsteenstrydigheid is 'n verskyningsvorm van toestemmingsafwesigheid. Sinonieme is hulle egter nie.

13) *Sten R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A) per Schreiner, A.R. op bl. 421.*

14) *In R. v. C. 1952(4) S.A. 117(0) op bl. 118 blyk dat die akte van beskuldiging beweer het dat die geslagtelike verkeer teen die vrou se wil geskied het. In hierdie saak is 'n slapende vrou verkrag en daarom was die formulering in die akte van beskuldiging nie korrek nie. In S. v. S. 1971(2) S.A. 591(A) verwys Wn.-A.R. Miller op bl. 597 na „sonder die toestemming en teen die wil en sin van die klaagster“. Die herhaaldelike gebruik van die woord „en“ skep die indruk dat die genoemde drie begrippe alternatiewe is. Dit is egter nie so nie, want die begrip „afwesigheid van toestemming“ sluit „teen die wil“ in. „Teen die sin“ is blykbaar 'n sinoniem vir „teen die wil“.*

Die verwysing na „victim's resistance be overcome by fear, force or fraud“ is verwarrend:

1. „force“ en „fraud“ verwys tog na 'n handeling van die dader en „fear“ verwys na 'n sekere gemoedstoestand van die slagoffer.¹⁵⁾ Indien die vrees by die slagoffer verwek is deur die dader of hom ten minste strafregtelik toegereken kan word, sou dit, soos later sal blyk, verkragting kon wees;¹⁶⁾
2. dit is moeilik in te sien hoe slagoffersweerstand deur bedrog uitgeskakel kan word. Dit is moontlik dat toekomstige (verwagte) weerstand vroegtydig deur bedrog uitgeskakel kan word. Reeds begonne weerstandbieding kan egter slegs bedrieglik deur vreesverwekking uitgeskakel word. Neem die volgende voorbeeld: 'n geneesheer, A, probeer gewelddadig met sy pasiënte, B, geslagtelike gemeenskap hou. B bied weerstand, maar A oortuig haar dat indien sy nie met hom gemeenskap hou nie, sy aan rugmurgontsteking sal omkom. B, hoe naïef ookal, stem gevolglik toe tot geslagtelike gemeenskap. In hierdie geval het bedrog, 'n valse voorstelling, doodsvrees by B opgewek en daardeur is haar weerstand beëindig; en
3. vorme van geslagtelike gemeenskap verwerklik deur bedrieglike dadersoptrede wat ons in ons gemenerereg teengekom het, is in elk geval behandel onder die misdad gekwalifiseerde stuprum.¹⁷⁾

-
- 15) As „fear“ verwys na 'n gemoedstoestand by die dader, sou dit eerder verkragtingsaanspreeklikheid uitsluit as daarstel.
 - 16) Carpzovius, Hfst. 68.6, sê dat die „gedwongen wil is eygentlik geen wil“ nie. Slagoffersweerstand moet uitgeskakel word voordat verkragting gepleeg kan word. Sien ook bl. 44 hierbo.
 - 17) Sien die bespreking van die Romeins-Hollandsregtelike gekwalifiseerde stuprum-misdad op bl. 57 e.v. hierbo.

Appèlregter Van den Heever se poging om die Suid-Afrikaanse verkrachtingsreg op stewiger sistematiese, en histories-prinsipieel ook suiwerder, voetstukke te plaas, is prysenswaardig.¹⁸⁾ In die Romeins-Hollandse reg was verkrachting primêr 'n geweldsmisdaad, maar ons reg het ontwikkel „in die rigting dat geweld en die daarmee gepaardgaande positiewe strydigheid met die wil van die slagoffer, nie meer as 'n onontbeerlike bestanddeel van die misdaad beskou word nie. Afwesigheid van toestemming is voldoende”.¹⁹⁾

Die Nederlandse²⁰⁾ en Duitse²¹⁾ regstelsels het suiwer vanuit die Romeinse reg voortontwikkel en gewelddadige geslagtelike gemeenskap het in daardie regstelsels basies 'n afsonderlike misdaad gebly. Daarnaas het verskeie ander afsonderlike misdade sistematies ontwikkel.

Die Engelse reg, daarenteen, het geleidelik wegontwikkel van gewelddadige²²⁾ geslagtelike gemeenskap as vereiste vir verkrachting. Afwesigheid van slagofferstoestemming het mettertyd deurslaggewend geword. Verskeie regstelsels,²³⁾ waaronder die Suid-Afrikaanse reg, het die Engelsregtelike patroon gevolg.

- 18) Die voortvloeiende probleme is ook nie onoorkomlik nie, want die misdaad gekwalifiseerde stuprum is nog nooit „ampelik” in ons reg afgeskaf nie. Dit is egter te betwyfel of ons howe die misdaad, in dié verband, weer in ere sal kan herstel, want ons hendaagse verkrachtingsreg is tot te 'n groot mate geïk.
- 19) Steyn, A.R. in R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A) op bl. 423. Sien ook R. v. Majaji 1909 N.H.C. 53 per Boshoff, Wn. R.P. op bl. 54. Soos reeds genoem, was gewelddadige geslagtelike gemeenskap ook in die Bantoereg afsonderlik strafbaar. Sien bl. 18 hierbo.
- 20) Sien bl. 63 hierbo.
- 21) Sien bl. 76 hierbo.
- 22) Met lamlegging van die wil van die slagoffer as teenpool.
- 23) Sien ook m.b.t. die Amerikaanse en Nigeriese regstelsels hierbo op bl. 121 en bl. 130 respektiewelik. In die Transkeise gebiede het die Engelse reg via art. 159 van die B.T.P.C. ingesypel.

(ii) Verskeie defekte kan aangetoon word by bogenoemde definisies. Geen definisie kan egter misdaadelementologies inklusief wees nie. Vervolgens word verkragting misdaadelementologies in meer besonderhede bespreek.

2. 'n MISDAADELEMENTOLOGIESE ANALISE:

(a) Die Slagoffer:

(i) Geslag:

Die inhoud van die verkragtingsmisdaad in die Suid-Afrikaanse reg is van so 'n aard dat slegs 'n vrou 'n slagoffer kan wees.²⁴⁾

Die enigste probleemvraag wat in hierdie verband kan opduik, is: wanneer kan 'n hermafrodiet verkragtingsregtelik as 'n vrou beskou word?

Green en Money²⁵⁾ verklaar: „The external genitalia of a true hermaphrodite are typically unfinished as either male or female and may resemble either one more closely than the other“. Dit word aan die hand gedoen dat as 'n hermafrodiet meer vrou is, somaties bepaal, sy 'n verkragtingslagoffer kan wees. Bewysregtelik sou mediese getuienis onontbeerlik wees.

(ii) Ouderdom:

In die Suid-Afrikaanse reg bestaan daar geen chronologiese

24) Sien ook bl. 148 hieronder.

25) Green, R. and Money, J: Transsexualism and Sex Reassignment, bl. 99. 'n Vrou wat aseksueel is, d.w.s. 'n vrou wat nie behoefte het aan geslagtelike gemeenskap nie, kan ook 'n slagoffer wees. Die feit dat sy aseksueel is kan egter as stawende getuienis vir 'n bewering dat sy nie toegestem het nie dien. Sien S. v. M. 1970(3) S.A. 20(R.,A.).

slagoffersbepërking nie. 'n Vrou van enige ouderdom kan 'n verkragtingslagoffer wees.

(iii) Morele lewe van die slagoffer:

Die Romcins-Hollandsregtelike reël dat 'n vrou van enige sedes 'n verkragtingslagoffer kan wees, het in ons reg behoue gebly.²⁶⁾ Dit beteken dat 'n hoer en 'n prostituut²⁷⁾ ook verkrag kan word.

Hoewel die morele lewe van die slagoffer strafregtelik²⁸⁾ irrelevant is, kan dit tog bewysregtelik relevant wees. Art. 247 van die Strafproseswet²⁹⁾ bepaal nl.: „Getuienis oor die reputasie van 'n vrou op wie volgens beweer word verkragting of aanranding met die doel om te verkrag of onsedelike aanranding gepleeg is, is toelaatbaar, indien sodanige getuienis op die dertigste dag van Mei 1961 toelaatbaar of ontoelaatbaar sou gewees het”.³⁰⁾

Hiervolgens kan getuienis dan gelei word dat die klaagster 'n „notoriously unchaste or a well-known prostitute” is.³¹⁾ Omdat 'n vrou wat weinig eer het om te beskerm makliker 'n storie teen 'n man sal fabriseer en omdat so 'n vrou meer geredelik tot geslagtelike gemeenskap

26) *Sten R. v. Sibanda* 1958(3) S.A. 1(A) op bl. 6.

27) *In R. v. Kam Cham* 1921 O.D. 327 omskryf regterpresident Graham op bl. 329 'n prostituut as „a girl or woman who indiscriminately consorts with men for hire, or admits a common and indiscriminate sexual intercourse for gain”. Sien ook *R. v. Moonsamy* 1918 T.P.A. 19; *R. v. Ramcharam* 1931 N.P.A. 192.

28) Straftoemettingsregtelik kan dit wel relevant wees. Sien bl. 208 hieronder.

29) Wet 56 van 1955.

30) Sien verder Hoffman, L.M.: The South African Law of Evidence, bl. 67; Harcourt, A.B., Talbot, J.B., van Rensburg, J., Combrinck, J. and Findlay, A: Swift's Law of Criminal Procedure, bl. 466; Davies, R. in *R. v. Adamstein* 1937 K.P.A. 331 op bl. 332.

31) Hoffman, bl. 67.

sal toestem, word getuienis van haar seksueel-morele lewe, m.i. daarom tereg, bewysregtelik wel deeglik relevant.³²⁾

(b) Die Dader:

(i) Geslag:

Die inhoud van die verkrachtingsmisdad in die Suid-Afrikaanse reg is van so 'n aard dat slegs 'n manspersoon 'n verkrachtingsdader kan wees.

'n Vrou kan glad nie 'n verkrachtingsdader wees nie.

Veronderstel A, 'n manlike invalide, word teen sy wil deur B, 'n vrou, 'n middel toegedien waardeur sy geslagsdrange opgewek word. B het gevolglik sonder A se toestemming gewelddadig met hom geslagtelike gemeenskap. Is B skuldig aan 'n misdad?

B sal volgens ons reg aan onsedelike aanranding skuldig wees. Verkragting is 'n halsmisdad en onsedelike aanranding nie. Is B se optrede minder verwytbaar as dié van 'n verkragter? In hierdie opsig is die Noorweegse reg m.i. meer bevredigend.³³⁾

(ii) Ouderdom:

Nie enige manspersoon kan volgens die Suid-Afrikaanse reg

32) Stawing van die klagster se getuienis is nie nodig nie. Die hof „(must) warn himself of the danger of convicting without corroboration” - hoofregter Watermeyer in *R. v. W.* 1949(3) S.A. 772 (A) op bl. 780. Sien ook *R. v. D. and others* 1951(4) S.A. 450(A) op bl. 454; *R. v. J.* 1966(1) S.A. 88 (R.,A.) op bl. 91 e.v. Sien verder *S. v. Hlapezula and others* 1965(4) S.A. 439(A) op bl. 440 en *S. v. Artman and another* 1968(3) S.A. 339(A) op bl. 340.

33) Sien bl. 87 hierbo.

'n verkrachtingsdader wees nie.

Art. 159 van die B.T.P.C. bepaal: „A boy under fourteen years of age shall be conclusively presumed to be incapable of having carnal knowledge of a woman within the meaning of this section”.

Die sinsnede „conclusively presumed to be incapable of having carnal knowledge of a woman” beteken eenvoudig dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie verkrachtingsregtelik geslagtelike gemeenskap kan hê nie.

Hierdie reëling het slegs betrekking op art. 159.³⁴⁾ Art. 161 wat dit het oor geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar - in die Transkeise gebiede 'n afsonderlike misdaad - bevat nie 'n soortgelyke bepaling nie. Enige seun bo die ouderdom van 7 jaar³⁵⁾ kan gevolglik dié misdaad pleeg. Dit in souerre die gebiede waarin die B.T.P.C. geld.

In 1894 verklaar hoofregter De Villiers³⁶⁾ „Unless it becomes absolutely necessary, there seems to me to be no reason to depart from what is laid down in the Roman Law,³⁷⁾ which accepted the view that before he had completed his fourteenth year a youth was incapable of generation”.

Uit latere uitsprake van ons houe blyk dat aanvaar is dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie juridies geslagtelike gemeenskap kan

34) Dit spreek duidelik uit die gebruik van die woorde „within the meaning of this section”.

35) Sien art. 25 van die B.T.P.C.

36) *The State v. Jeremy* 12 L.C.J. 231 op bl. 232.

37) Die hoofregter verwys na Dig. 48.5.36. Sien ook bl. 29 hierbo.

hê nie.³⁸⁾

Landsdown³⁹⁾ maak die opmerking dat ons howe in dié verband die Engelse reg gevolg het. Soos reeds aangetoon, was dit ook die reëling in die Romeinse⁴⁰⁾ en ook in die Romeins-Hollandse reg.⁴¹⁾ Landsdown se opmerking is gevolglik nie korrek nie.

Dit is opvallend dat hoofregter De Villiers verwys na „incapable of generation”. Tog, soos later aangetoon sal word, is penetrasie, ook in ooreenstemming met die Romeins-Hollandse reg, voldoende om verkragting daar te stel. Dit kan gevolglik nie hier primêr om voortplanting gaan nie, want ⁷slefs 'n man wat steriel is behoort verkragting te kan pleeg.⁴²⁾

Die onrealistiese gevolge van dié reël word treffend uitgebeeld in die gewysde S. v. A.⁴³⁾ Die feite van die saak is kortliks soos volg: A hou geslagtelike gemeenskap met haar negejarige seun en word van bloedskande aangekla. Die hof bevind A onskuldig aan 'bloedskande, omdat haar seun, synde onder die ouderdom van 14 jaar, nie regtens geslagtelike gemeenskap kan voer nie.⁴⁴⁾

38) Sien R. v. Magope 1931 O.P.A. 57; R. v. M. and others 1949(4) S.A. 831(A) op bl. 834. Hierdie reël geld blykbaar ook vir poging. Sien S. v. A. 1962(4) S.A. 679(O.D.) op bl. 681.

39) Landsdown, A.V: Outlines of South African Criminal Law and Procedure, bl. 91.

40) Sien bl. 29 hierbo.

41) Sien bl. 40 hierbo.

42) Sien ook bl. 123 hierbo t.o.v. die Amerikaanse reg. In R. v. E. 1960(2) S.A. 691(F.C.) was die verweer van die beskuldigde o.a. dat hy nie in staat was om geslagtelike gemeenskap te hou nie omdat hy gonoree onder lede gehad het. So 'n verweer, hoewel dit bewysregtelike waarde kan hê, sou materieelregtelik in elk geval nie van waarde wees nie, want selfs 'n nie-erektiewe penetrasie behoort volgens ons reg voldoende te wees.

43) 1962(4) S.A. 679 (O.D.). Sien ook C.W.H. Schmidt in T.H.R.-H.R., 1963, op bl. 139.

44) Bl. 681. A. is aan poging tot bloedskande skuldig bevind.

Dat hierdie posisie kritiek verdien, staan bo twyfel.

Die reël dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie strafregtelik geslagtelike gemeenskap kan hou nie en gevolglik ook nie 'n misdaad kan pleeg waarvan geslagtelike gemeenskap 'n element is nie, is 'n uitsondering op die algemene reëls m.b.t. strafregtelike aanspreeklikheid van kinders.

Hoofregter De Villiers sê, op maat van die Romeins-Hollandse reg, met betrekking tot strafregtelike aanspreeklikheid van kinders:⁴⁵⁾ „As I understand our law, a child under seven is presumed to be incapable of discerning between good and evil, and this presumption cannot be rebutted by evidence to the contrary. Between seven and fourteen he is still presumed to be doli incapax (incapable of evil intention), but this presumption may be rebutted by evidence to the contrary.”⁴⁶⁾

In R. v. K.⁴⁷⁾ stel hoofregter Centlivres die reël anders: „The modern rule is that a child of eight and under fourteen is presumed to be incapable of criminal intent (doli incapax); but the presumption may be rebutted”⁴⁸⁾

Dit is duidelik dat die posisie van 'n sewejarige kind verander het.

'n Seun van 8 tot 13 jaar kan oor die algemeen dus wel strafregtelik aanspreeklik gehou word. Waarom kan so 'n seun nie 'n geslagtelike gemeenskap-misdaad pleeg nie? As saadstorting 'n vereiste vir geslagtelike

45) *Queen v. Lourie 9 S.C. 432 op bl. 432. Sien ook bl. 40 hierbo.*

46) *Sien ook Queen v. Albert 12 S.C. 272; R. v. Kaffir 1923 K.P.A. 261; Attorney-general, Transvaal v. Add. Magistrate for Johannesburg 1924 A.A. 421. Sien verder de Wet en Swanepoel, bl. 100; Burchell en Hunt, bl. 185 e.v.*

47) *1956(3) S.A. 353 (A) op bl. 356.*

48) *Sien ook R. v. Tsutso 1962(2) S.A. 666(S.R.).*

gemeenskap was, kon chronologisering van die geslagtelike ryphedsouderdom strafregtelik-teleologies miskien geregverdig word. Soos later aangetoon sal word,⁴⁹⁾ gaan dit in ons reg egter om penetrasie.

In die Duitse,⁵⁰⁾ Nederlandse,⁵¹⁾ Noorweegse⁵²⁾ en die Amerikaanse⁵³⁾ regstelsels word die algemene reëls t.o.v. strafregtelike aanspreeklikheid van kinders ook m.b.t. geslagtelike gemeenskap-misdade gehandhaaf. Van hierdie regstelsels staan die Amerikaanse reg, in dié verband, die naaste aan die Suid-Afrikaanse, omdat die algemene reëls m.b.t. strafregtelike aanspreeklikheid van kinders in dié twee regstelsels⁵⁴⁾ bykans dieselfde is. Ons strafreg behoort in hierdie verband die Amerikaanse regsreëling te volg.⁵⁵⁾

Veronderstel 'n seun van 13 jaar hou „geslagtelike gemeenskap“ met 'n meisie sonder haar toestemming, kan hy skuldig bevind word aan 'n misdaad? Soos reeds genoem kan hy nie verkragting pleeg nie. Hy sal egter, volgens ons reg, aan onsedelike aanranding skuldig bevind kan word.⁵⁶⁾

'n Elfjarige seun, A, hou „geslagtelike gemeenskap“ met 'n meisie van elf jaar. Pleeg hy onsedelike aanranding?

49) Sien bl. 159 hieronder.

50) Sien bl. 77 hierbo.

51) Sien bl. 65 hierbo.

52) Sien bl. 86 hierbo.

53) Sien bl. 122 hierbo.

54) Sien verder m.b.t. die Amerikaanse reg, Clark en Marshall, bl. 441.

55) Matthaeus het reeds aanbeveel dat 'n seun onder 14 jaar 'n geslagtelike gemeenskap-misdad behoort te kan pleeg. Sien bl. 40 hierbo.

56) Sien verder R. v. Magope 1931 O.P.A. 57; R. v. M. and others 1949(4) S.A. 831(A) op bl. 834. Sien verder art. 195(1) van die Strafproseswet, wet 56 van 1955; De Wet en Swanepoel, bl. 238; R. v. M. 1969(1) S.A. 328 (R) op bl. 331 en bl. 217 hieronder.

*In R. v. M.*⁵⁷⁾ sê waarnemende regter Smuts: „Na my mening blyk dit dan dat die Suid-Afrikaanse regspraak nie die toediening van geweld as 'n vereiste stel vir die pleging van 'n onsedelike aanranding nie. Die aantasting van 'n ander persoon se liggaam op 'n onsedelike wyse waar dit geskied teen die wil en sonder die toestemming van daardie persoon is nog altyd beskou as 'n onsedelike aanranding“.⁵⁸⁾

'n Meisie onder die ouderdom van 12 jaar kan nie toestem tot onsedelike aanranding op haar gepleeg nie.⁵⁹⁾ A behoort dus skuldig te wees aan onsedelike aanranding. Die meisie is egter nie strafbaar nie.⁶⁰⁾ Waarom word slegs A aanspreeklik gehou?

Art. 14(2)(b) van die Ontugwet⁶¹⁾ bepaal dat dit 'n afdoende verweer is teen 'n aanklag van oortreding van art. 14(1) van genoemde wet, waaronder buite-egtelike geslagtelike verkeer met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar strafbaar gestel word,⁶²⁾ as die aangeklaagde persoon ten tyde van die beweerde pleging van die misdaad onder die ouderdom van 16 jaar is. Hierdie reëling is meer bevreëdigend en moreel ook verantwoord en dié beginsel behoort na ander toepaslike misdade uitgebrei te word.

(iii) Medepligtigheid:

Veronderstel 'n dertienjarige seun help 'n man van bo die

57) 1961(2) S.A. 60(0) op bl. 63.

58) Sien ook S. v. D. 1963(3) S.A. 263(0.D.); S. v. C. 1965(3) S.A. 105(N).

59) Sien bl. 189 hieronder.

60) 'n Slagoffer van so 'n misdaad kan buitendien nie skuldig bevind word aan daardie misdaad nie. Sien ook bl. 157 hieronder.

61) Wet 23 van 1957. Sien ook artt. 14(1)(a) en 14(1)(b).

62) Sien art. 14(1)(a). Sien ook art. 14(1)(b).

ouderdom van 14 jaar om 'n vrou te verkrag. Is hy, die seun, skuldig aan 'n misdaad? Sou dit enige verskil maak as die helper 'n vrou is?

Gardiner en Landsdown⁶³⁾ maak die volgende voorstel: „It is submitted that where a boy under 14 is what is known in England as a principal in the second degree, that is, where he has aided a male over the age of puberty to commit a rape, he may be convicted of that crime”. Hulle maak dieselfde voorstel m.b.t. die strafregtelike aanspreeklikheid van 'n vrou.⁶⁴⁾

Dié skrywers het egter die Suid-Afrikaanse reg verkeerd, want beide die seun en die vrou kan slegs skuldig wees as verkrachtingsmedepligtiges.⁶⁵⁾ Dit word dikwels gestel dat 'n persoon wat nie binne die misdaadomskrywing val nie, 'n medepligtige is.⁶⁶⁾ „Misdadomskrywing”, in dié sin gebruik, moet egter nie vertolk word as 'n verwysing na die inhoud van 'n individuele misdaad nie. 'n Kranksinnige voldoen bv. nie aan die misdaadomskrywing van verkragting nie, want hy kan nie 'n strafregtelik-relevante verkrachtingsopet vorm nie. Hy voldoen egter ook nie aan die vereistes wat vir 'n verkrachtingsmedepligtige gestel word nie.⁶⁷⁾ Genoemde stelling moet dus gesien word teen die agtergrond van die algemene reëls van strafregtelike aanspreeklikheid.

Medepligtiges is niks anders as skenders (daders) van medepligtigheds misdade nie. 'n Vrou wat 'n man help om 'n ander vrou te verkrag,

63) Bl. 1622.

64) Bl. 1622. In dié verband verwys hulle na die ongerapporteerde Suid-Afrikaanse gewysde R. v. Lewin and de Villiers K.P.A. 19.3. 1917 en na die Engelsregtelike gewysde R. v. Ram (1893) 17 Cox C.C. 609. Sien t.o.v. laasgenoemde bl. 102. hierbo.

65) Suiverder gestel: hulle kan slegs skuldig wees as verkrachtingsmedepligtighedsdaders.

66) Sien bv. S. v. Kellner 1963(2) S.A. 435(A) per Steyn, H.R. op bl. 444; De Wet en Swanepoel, bl. 171.

67) Sien ook bl. 157 hieronder.

is nie 'n verkrachter nie. Indien dit s6 was, sou dit beteken dat sy 'n verkrachtingsdader kon wees. Tog is dit duidelik dat slegs 'n man in ons reg 'n verkrachtingsdader kan wees. Kortom, sy kan nie skuldig bevind word aan oortreding van die verkrachtingsregsnorm (pleeg van die verkrachtingsmisdaad) nie. Aan die anderkant word sy tog skuldig bevind aan 'n misdaad, want anders sou sy nie gestraf kon word nie. Sy moet dus skuldig bevind word aan oortreding van 'n strafbedreigde regsnorm (pleeg van 'n misdaad). Hierdie strafbedreigde regsnorm of misdaad is, soos reeds genoem, nie verkragting nie. Ons noem hierdie misdaad die verkrachtingsmedepligtigheidsmisdaad.

Pleging van verkragting is 'n misdaadelement van die verkrachtingsmedepligtigheidsmisdaad. Rabie,⁶⁸⁾ na 'n deurtastende gewyseregtelike ondersoek, verklaar: „Ons howe het dan ook waar die 'dader' onskuldig bevind is - moontlik op een geval na - deurgaans beslis dat geeneen as deelnemer (medepligtige) skuldig kan wees nie”.

Onder ons gewysdes tref ons die volgende aan:⁶⁹⁾ M en 'n vrou X, word daarvan aangekla dat hulle 'n ene T.H. verkrag het. X het M bygestaan in die beweerde verkragting. M. word onskuldig bevind aan verkragting, maar word skuldig bevind daaraan dat hy geslagtelike gemeenskap gehou het met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar en X word skuldig bevind aan „aiding and abetting the first accused to commit the crime”.⁷⁰⁾ 'n Vrou kon ook nie 'n dader wees vir oortreding van art. 2(1) van Wet 3 van 1916⁷¹⁾ (geslagtelike gemeenskap met 'n

68) Bl. 315.

69) R. v. M. and another 1950(4) S.A. 101(T).

70) Per Price, R. op bl. 104.

71) Die voorloper van art. 14(1)(a) van die Ontugwet, wet 23 van 1957.

meisie onder die ouderdom van 16 jaar) nie. Die bevinding van die hof kan onderskryf word.

In 'n Rhodesiese Appèlhofbeslissing⁷²⁾ stel waarnemende hoofregter Quinnet die toepaslike regsreëling op maat van Gardiner en Landsdown se aanbeveling: „where the facts show an accused person has induced fear in the mind of his victim which disables her from exercising a free choice, then, whether he himself commits rape upon her or causes her to submit to a third party who believes, even on reasonable grounds, that she is a consenting party, he (that is to say the person accused) is himself guilty of rape“. Volgens die regter is dit 'n geval waar die stelreël qui facit per alium facit per se toepassing vind.

In 'n bespreking van hierdie gewysde vra Rabie⁷³⁾ die vraag of dit enigiets aan die posisie sou verander indien die beskuldigde 'n vrou was. Hy antwoord, tereg, in die negatief, want „die gewraakte optrede is in albei gevalle dieselfde“. Die beskuldigde sou dus hoogstens aan verkrachtingsmedepligtigheid skuldig bevind kon gewees het.

Slegs 'n man wat eieliggaamlik met 'n vrou geslagtelike gemeenskap hou, behoort, in die lig van ons verkrachtingsmisdaad, 'n dader te kan wees.⁷⁴⁾ Die logiese toepassing van die stelreël qui facit per alium facit per se sou beteken dat 'n vrou ook 'n verkrachtingsdader kan wees, terwyl selgs 'n vrou 'n moontlike slagoffer bly. Ons het geen beswaar daarteen dat die verkrachtingsmisdaad so uitgebrei word

72) R. v. D. 1969(2) S.A. 591 (R.,A.) op bl. 592. Sien ook Cecilia and another v. S. 1971(2) P.H.H. 114 (R.,A.).

73) Rabie, M.A.: R. v. D. 1969(2) S.A. 591 (R.,A.) op bl. 309.

74) Dit is ook die reëling in die Engelse reg. Sien R. v. Clarkson and others (1971) 3 All E.R. 344 (C.-M.A.C.). Ook in die Nederlandse reg. Sien bv. Simons, bl. 191.

dat 'n vrou ook dader kan wees nie, maar dan moet dit ook verder uitgebrei word sodat 'n man 'n verkrachtingslagoffer kan wees.

Veronderstel X, 'n vrou, dwing Y, om sonder haar toestemming geslagtelike gemeenskap te hou met Z. Waaraan kan X skuldig bevind word? Y kan nie 'n dader wees nie, want hy handel in noodtoestand. X kan ook nie 'n dader wees nie, want sy is 'n vrou. Sy kan ook nie 'n medepligtige wees nie, want die dader is onskuldig. Op grond van die stelreël qui facit per alium facit per se kan sy egter skuldig bevind word aan onsedelike aanranding.⁷⁵⁾ By laasgenoemde misdaad, soos by aanranding, het hierdie stelreël bestaansreg.

Waar slegs 'n manspersoon, met behoud van die ander misdaadelemente, 'n verkrachtingsdader kan wees, kan enige persoon⁷⁶⁾ 'n verkrachtingsmedepligtighedsdader (of slegs genoem 'n verkrachtingsmedepligtige) wees.⁷⁷⁾ Dit sluit ook die eggenoot van die slagoffer in. Opset is 'n vereiste vir verkrachtingsmedepligtigheid.⁷⁸⁾

(fv) Uitlokking:

Kragtens art. 18(2)(b) van die Wet op Oproerige Byeenkomste, Wet 17 van 1956, is iemand wat 'n ander uitlok, aanstig, beveel of verkry om 'n misdaad te pleeg, skuldig aan 'n misdryf.⁷⁹⁾ Hierdie artikel het ook betrekking op verkragting.

75) Sien ook bl. 152 hierbo.

76) Met behoud van die algemene reëls vir strafregtelike aanspreeklikheid.

77) Sien Rabie, bl. 429.

78) 'n Verkrachtingslagoffer kan nie 'n verkrachtingsmedepligtige t.o.v. 'n verkragting op haar wees nie. Vir 'n analogiese geval sien R. v. W. 1949(3) S.A. 772(A) op bl. 778. Dieselfde reël geld natuurlik vir verkrachtingsuitlokking en -sameswering.

79) Met dieselfde straf bedreig as die uitgelokte misdaad. Sien verder Rabie, bl. 356 e.v.

In *S. v. Nkosiwane and another*⁸⁰⁾ sê appèlregter Holmes: „Hence it seems to me proper to hold that, in criminal law, an inciter, is one who reaches and seeks to influence the mind of another to the commission of a crime“. Hieruit vloei dan voort dat „the decisive question in each case is whether the accused reached and sought to influence the mind of the other person towards the commission of a crime“.⁸¹⁾ Mislukte sowel as geslaagde uitlokking is strafbaar.⁸²⁾

Enige persoon, met behoud van die algemene reëls van strafregtelike aanspreeklikheid, kan 'n verkrachtingsuitlokker wees.

(v) Sameswering:

Art. 18(2)(a) van die Wet op Oproerige Byeenkomste, wet 17 van 1956, skep die misdad sameswering. In *S. v. Alexander and others*(2)⁸³⁾ omskryf regter Van Heerden sameswering soos volg: „A conspiracy is an agreement between two or more persons to commit a crime. The parties to the agreement must be ad idem as to their object ...“⁸⁴⁾

Sameswering om verkrachting te pleeg is ook 'n misdad en met dieselfde straf bedreig as verkrachting.

Enige persoon kan, met behoud van die algemene reëls van strafregtelike aanspreeklikheid, 'n verkrachtingsamesweerder wees.⁸⁵⁾

80) 1966(4) S.A. 655(A) op bl. 658.

81) Bl. 658. Sien ook bl. 659. In *R. v. Maxaulana* 1953(2) S.A. 252 (O.D.) sê regterpresident Gardiner op bl. 253: „I Presume that the test is whether the reasonable man would hold that the speech in the circumstances is an incitement to public violence“. Uit *Nkosiwana* se saak is dit nou egter duidelik dat die „redelike man“-toets nie aangewend word nie.

82) Sien ook Rabie, bl. 355 e.v.

83) 1965(2) S.A. 818(K) op bl. 821. . . .

84) Sien verder Burchell en Hunt, bl. 406 e.v.

85) Enige persoon kan ook 'n verkrachtingsbegunetiger wees. Sien Burchell en Hunt, bl. 368 e.v.

(c) Die Handeling:

By bepaling van die inhoud van die verkrachtingsmisdadigheid het dit reeds geblyk dat geslagtelike gemeenskap 'n element van verkrachting is. Die geweldsvereiste van die Romeins-Hollandse reg het by ons verval.⁸⁶⁾

Die primêr psigies-somatiese begrip „geslagtelike gemeenskap“, nl. koppeling van die geslagsdele van twee persone van teenoorgestelde geslagte met die doel om die geslagsdrang te bevredig, het juridies⁸⁷⁾ 'n ander betekenis.

Regtens beteken geslagtelike gemeenskap slegs penetrasie. Die geringste mate van penetrasie is voldoende, want „penetration of the vulva only would constitute carnal knowledge“.⁸⁸⁾

Art. 159 van die B.T.P.C. bepaal uitdruklik dat penetrasie verkrachtingsregtelik voldoende is. Art. 121 wat sekere onnatuurlike geslagsdade strafbaar stel, het 'n soortgelyke reëling. By art. 161, daarenteen, wat geslagtelike gemeenskap met meisies onder die ouderdom van 12 jaar strafbaar stel, ontbreek sodanige bepaling. Dit wil dus voorkom of in laasgenoemde geval iets meer vereis word. Dit kan moeilik iets minder as penetrasie wees, want die woorde „carnally know“ word gebruik. Indien dit iets minder sou beteken, sou dit daarop neerkom dat „carnally know“, in verband met art. 161, iets minder as die koppeling van die geslagsdele moes beteken. Laasgenoemde uitleg sou

86) Sten bl. 145 hierbo.

87) Hierdie reëling geld ook vir ander afdelings van die reg. Sten bv. Louw v. Louw 1946 K.P.A. 117 op bl. 127 t.o.v. oorspel. Vleeslike gemeenskap en geslagtelike gemeenskap is juridies sinonieme. Sten R. v. J. and A. 1942 T.P.A. 284 op bl. 288.

88) Gordon, I., Turner, R. and Price, T.W: Medical Jurisprudence, bl. 719.

'n verloëning van die woorde „carnally know” wees.

Vir die doeleindes van art. 161 beteken geslagtelike gemeenskap, realisties gesproke, dan of (i) saadstorting of (ii) ontmaagding.

Ad(i): Indien saadstorting vereis word, beteken dit dat sommige steriele mans nie dié misdaad kan pleeg nie. Dit kon seker nie die wetgewersbedoeling gewees het nie.

Ad(ii): Indien ontmaagding vereis word, beteken dit dat die misdaad nie met 'n nie-maagd gepleeg kan word nie. In die lig van die onderliggende beskermende belang⁸⁹⁾ van art. 161 kon dit nie die wetgewer se bedoeling gewees het nie.

Dit word voorgestel dat, om absurditeite te voorkom, die algemene reël, nl. dat penetrasie voldoende is om geslagtelike gemeenskap daar te stel, ook t.o.v. art. 161 van die B.T.P.C. moet geld. 'n Ander reël sou meer probleme skep as uitkakel.

Swangerskap kan selfs volg sonder dat daar strafregtelik penetrasie was. In *R. v. Theron*⁹⁰⁾ verklaar regter Sampson: „The Court found that, notwithstanding that the complainant had conceived as a consequence of the assault, as there was no satisfactory evidence of any degree of penetration whatever, the accused was guilty only of assault with intent to commit rape and not of rape”. Dit wys weer daarop dat dit om penetrasie en nie om saadstorting of wellus gaan nie. Die enigste regstelsel wat ons bestudeer het waar dit duidelik om wellus gaan, is die Noorweegse reg.⁹¹⁾ Maar in laasgenoemde regstelsel is penetrasie selfs nie eens 'n vereiste nie.

89) Sien bl. 191 hieronder.

90) 1924 O.D. 204 op bl. 205.

91) Sien bl. 88 hierbo.

*In R. v. Hancock*⁹²⁾ is die feite kortliks soos volg: H hou, met haar toestemming, met 'n vrou geslagtelike gemeenskap. Gedurende koppelasie hoor die vrou haar werkgewer aankom en weer om voort te gaan. Die hof bevind dat daar nie verkragting was nie. Strafregtelik gesproke was die moontlikheid van verkragting uitgesluit by penetrasie, bloot omdat daar toestemming was. Veronderstel egter H het met die aankoms van die werkgewer ontpenetreer en daarna, sonder toestemming van die vrou, weer met haar geslagtelike gemeenskap gehou. Sou hy skuldig wees aan verkragting?

Ons het by die bespreking van ons gemenerereg daarop gewys dat afwesigheid van toestemming, soos ook al die ander misdadelemente, by penetrasie moet bestaan.⁹³⁾ In laasgenoemde hipotetiese geval sou H dus skuldig wees aan verkragting.

In ons reg is daar enkele gewysdes wat handel oor gevalle van penetrasie van ander dele as die geslagsdele van die vroulike liggaam. Dit is gepas om op hierdie stadium kortliks daarna te verwys.

*In R. v. K. and F.*⁹⁴⁾ het die beskuldigde penem inseruit in ore van die vrou. Regter Pittman bevind dat die gemeenregtelike misdaad waaronder so 'n optrede strafbaar was, in onbruik verval het.⁹⁵⁾

92) 1925 O.P.A. 147. Hierdie saak is baie kort gerapporteer.

93) Sien bl. 47 hierbo en bl. 205 hieronder.

94) 1932 O.D. 71; 1931(2) P.H.H. 191.

95) Op bl. 77. Hy pas die reëls neergelê deur de Villiers, H.R. in *Green v. Fitzgerald and others* 1914 A.A. 88 toe. In sy argumentering, bl. 72, verwys hy na Damhouder, Hfst. 89 en Matthaeus, 48.3.6.8 en wys daarop dat hulle melding maak van so 'n misdaad. Hy verwys verder na van Leeuwen, Censura Forensis, 5.28. 7-9 en van der Linden, 2.7.7. en verklaar dat daar by hierdie juriste onsekerheid te bespeur is. Sien ook hierbo bl. 48.

In 1961 het die Transvaalse hof te doen gekry met 'n geval waar per anum met 'n vrou verkeer is.⁹⁶⁾ Regter Marais spreek 'n twyfel uit of daar nog so 'n misdad in ons reg bestaan en laat die voordeel van die twyfel aan die beskuldigde toekom.⁹⁷⁾

Soortgelyk aan laasgenoemde is die Rhodesiese gewysde R. v. M.⁹⁸⁾ Hoofregter Beadle bevind:⁹⁹⁾ "I accordingly express the view that an unnatural offence consisting of an unnatural sexual act committed by a male upon a female is not the crime of an unnatural offence in Rhodesia today. It may, however, in certain circumstances be the offence of indecent assault".¹⁰⁰⁾

Veronderstel 'n man, A, hou sonder 'n vrou se toestemming met haar gewelddadige geslagtelike gemeenskap per anum. Is hy strafregtelik aanspreeklik?

Aan verkragting kan A nie skuldig bevind word nie, want penetraste per vaginam word vereis.¹⁰¹⁾ Sy optrede voldoen egter aan al die vereistes van onsedelike aanranding¹⁰²⁾ en hy behoort daaraan skuldig bevind te word. Verkragting is, soos later aangetoon sal word,¹⁰³⁾ 'n halsmisdad terwyl onsedelike aanranding dit nie is nie. Is A se op

96) R. v. N. 1961(3) S.A. 147(T).

97) Bl. 149.

98) 1969(1) S.A. 328(R). Sien ook R. v. H. 1962(1) S.A. 278 (S.R.).

99) Bl. 33.

100) Die hof verwys met goedkeuring na die saak van K. and F., bo bespreek. Indien onnatuurlik met 'n vrou verkeer word sonder haar toestemming, kan dit onsedelike aanranding wees.

101) Sodomie kan dit ook nie wees nie, want dit kan slegs gepleeg word deur 'n manspersoon met 'n ander manspersoon. Sien de Wet en Swanepoel, bl. 469 e.v.; Hunt, bl. 265 e.v.; art. 20 A van die Ontugwet, 1957. Volgens art. 121 van die B.T.P.C. kan sodomie egter gepleeg word met 'n vrou.

102) Sien Hunt, bl. 456 e.v. ten opsigte van onsedelike aanranding. Sien ook bl. 217 hieronder.

103) Sien bl. 207 hieronder.

trede dan minder verwytbaar as die geval waar gemeenskap per vaginam gehou word? Die oplossing van hierdie probleem lê m.f. daarin dat, soos later betoog sal word,¹⁰⁴⁾ verkragting nie 'n halsmisdaad behoort te wees nie.

Volgens die Noorweegse reg sou A skuldig gewees het aan wat ons in ons spreektaal gelyk kon stel aan verkragting.¹⁰⁵⁾ Hoewel daar veel meriete in die Noorweegse benadering is, meen ons tog dat normale geslagtelike gemeenskap misdadaatsistematies afsonderlik behoort te bestaan. Die beskermde belang is in laasgenoemde geval tog basies die beskerming van die menslike vryheid om na eie wil geslagtelike gemeenskap te hou. In geval van onnatuurlike geslagtelike gemeenskap gaan dit om iets wat hêtsky na vrye wil, hêtsky onwillig, steeds teen die orde van die natuur is.

(d) Skuld:

Verkragting in die Suid-Afrikaanse reg is, soos in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg, 'n opsetsmisdaad.

Onverantwoord is art. 161 van die B.T.P.C. Hierdie artikel bepaal dat 'n persoon skuldig is aan 'n misdaad as hy geslagtelike gemeenskap hou met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar "whether he believes her to be of or above that age or not".

Hier het ons te make met 'n sg. absolute verbieding, 'n verskynsel

104) Sien bl. 209 hieronder.

105) Sien bl. 88 hierbo.

wat nie onbekend is aan die Suid-Afrikaanse strafreg nie.¹⁰⁶⁾ Dit staan egter nóg op historiese nóg op morele pilare wat regverdigbaar is. Histories het hierdie idee sy oorsprong in die Engelse en nie in die Romeins-Hollandse reg nie.¹⁰⁷⁾ Dit druis verder in teen 'n mens se moreel-gefundeerde regsgevoel: 'n strafregtelik verwytbare opset behoort die ander misdaadelemente te ondervang.

Bevredigend is die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot die geval waar die verkrachtingslagoffer onder die ouderdom van 12 jaar is. In *R. v. Z.*¹⁰⁸⁾ sê appèlregter Ramsbottom: „In such a case, too, the necessary knowledge can be proved in many ways, and if the Crown proves that the accused knew that there was a possibility that the child was under the age or not, the necessary mens rea will have been proved“. Die regter verwys hier spesifiek na dolus eventualis. Kan die staat egter nie bewys dat die beskuldigde gewet het die slagoffer is onder die ouderdom van 12 jaar of die moontlikheid daarvan voorsien het nie, is opset nie bewys nie en is die beskuldigde geregtig op ontslag.

106) Sien bv. *R. v. Nock* 1947(2) S.A. 393(K). M.b.t. ontugpleging met ~~mensies~~ onder die ouderdom van 16 jaar (oortreding van art. 14(1) van die Ontugwet, 1957) sê regter Williamson in *R. v. V.* 1960(1) S.A. 117(T) op bl. 119: „But I am also satisfied in my own mind that this is one of the offences where the Crown need not prove an actual intent or mens rea“. Sien ook *S. v. A.* 1970(3) S.A. 757(A) op bl. 759 waar appèlregter van Blerk by duidelike implikasie dieselfde mening toegedaan is. Sien verder *R. v. V.* 1957(3) S.A. 633(O) op bl. 634; *R. v. T.* 1960(4) S.A. 685(T) op bl. 686. Volgens art. 14(2)(c) is dit 'n grondige verweer indien die meisie of persoon in wie se sorg sy is, die aangeklaagde mislei het deur aan hom voor te doen dat sy sestien jaar of ouer is. Sien *R. v. Jini* 1951(1) P.H.H. 68(O.D.); *R. v. V.* 1957(2) S.A. 10(O); *S. v. F.* 1967(4) S.A. 639(T). Hierdie verweer het slegs te make met misleiding van die aangeklaagde deur die genoemde persone. Sien ook bl. 71 e.v., bl. 82 e.v., bl. 93 e.v. en bl. 113 e.v. hierbo m.b.t. die posisie in ander regstelsels.

107) Sien ook de Wet en Swanepoel, bl. 91 e.v.

108) 1960(1) S.A. 739(A) op bl. 745. Sien ook van Blerk, A.R. se opmerkinge op bl. 743.

Met betrekking tot ander verskyningsvorme van verkragting in die Suid-Afrikaanse reg is daar verskeie gewysdes wat daarop dui dat opset 'n misdaadelement is.

In *R. v. Masago*¹⁰⁹⁾ is die fette kortliks soos volg: *M en A was lede van 'n groep wat een na die ander met die klaagster gemeenskap gehou het. Hulle verweer is dat toe hulle sien dat ander lede van die groep met haar gemeenskap hou en sy geen weerstand bied nie, hulle ook, weereens sonder enige weerstand, met haar geslagtelik verkeer het.*

In sy uitspraak stel hoofregter Wessels die regsposisie soos volg:¹¹⁰⁾ *„It may be no defence on the part of an accused to say that he thought the complainant consented. What he thought may be irrelevant, and the learned judge¹¹¹⁾ may be quite correct when he says that a man has carnal connection with a woman at his peril if he merely thinks she consented, when in fact she did not. If, however, the woman acts as a woman would act who consented to have connection, and if she acted in such a way as to induce the man honestly to believe that she consents to his having connection with her, then the jury is entitled from those facts to infer that she did in fact consent or that she led the man to believe that she consented, even though she may have had a reservation to the contrary. Of course the facts must be such that no other conclusion could be drawn from her conduct than that she did consent. This is our law, for we do not punish a man for a crime where*

109) 1935 A.A. 32.

110) Bl. 34. Sien ook *S. v. S.* 1971(2) S.A. 591(A).

111) Verwys na die verhoorregter.

he has no mens rea, and 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".¹¹²⁾

Appèlregter Beyers stel in 'n byvoegingsuitspraak drie moontlike toestemmingsgronde-(„beskouinge“):¹¹³⁾

(i) daadwerklike toestemming;

(ii) „Het die klaagster die appellante deur haar houding of gedrag laat dink dat sy toegestem het en¹¹⁴⁾ het appellante eerlik of eerlik en op redelike gronde so gedink, ~~selfs~~ al had die jurie gevind dat klaagster werklik nie toegestem het nie“¹¹⁵⁾ Die sinsnede voor die onderstreepte „en“ behoort m.i. reeds opset uit te sluit. Hierop kom ons hieronder terug; en

(iii) die regter verwys ook na 'n derde geval wat hy die „objektiewe aspek“¹¹⁶⁾ noem. Hy stel die probleemvraag soos volg: „Was daar so 'n toestand van sake dat die appellante heeltemal afgesien van enige houding of gedrag van klaagster te goeder trou redelik grond had om te dink dat sy toegestem het“. Die regter bevrage teken dit of toestemming in dié geval uitgesluit is.

112) Die regter verwys na Engelse gewysdes, o.a. na R. v. Flattery 13 Cox C.C. 388 wat hierbo op bl. 112 bespreek is. Ons gemene-regtelike skrywers is tog duidelik daaroor. Sien ook R. v. D. 1963(3) S.A. 263(O.D.) op bl. 267; S. v. S. 1971(2) S.A. 591(A) op bl. 597.

113) Bl. 35 e.v.

114) Ons onderstreep.

115) Bl. 36. Eersgenoemde twee gevalle noem die regter die „subjektiewe aspek“.

116) In die begripsverband, soos blyk uit die vitspraak, is die woord „aspek“ 'n ongelukkige keuse. Dit gaan eintlik hier om moontlike verskyningsvorme van verkrachtingsregtelike toestemming.

In die Rhodesiese gewysde R. v. D.¹¹⁷⁾ verklaar waarnemende hoofregter Quènet dat 'n man wat op redelike gronde glo dat 'n vrou 'n toestemmende party tot geslagtelike gemeenskap is, nie verkragting pleeg nie.

Die verkragtingsopset moet elke ander¹¹⁸⁾ individuele verkragtingselement ondervang.¹¹⁹⁾ In die gewysde R. v. K.¹²⁰⁾ verduidelik appèlregter Steyn m.b.t. die geval waar die slagoffer a.g.v. haar geestestoestand nie kan toestem nie: „Die man sal alleen aan verkragting skuldig wees indien die klaagster se geestestoestand by sy opset¹²¹⁾ inbegrepe is“. Dit gaan ook nie hier oor die vraag of 'n redelike man bewus sou gewees het, of nie, van die slagoffer se toestand nie, want ons hoë beoordeel opset nou suiwer dadersubjektief.¹²²⁾

Dit is ten slotte nodig en belangrik om, in die lig van ons bestaande reg, die vraag te vra of daar 'n „bepaalde opset“ vir verkragting bestaan. Die noodigheid vir so 'n ondersoek blyk uit die appèl-

117) 1969(2) S.A. 591(R.,A.) op bl. 591.

118) Behalwe dit wat onder „misdadvoorraardelikheid“ op bl. 205 hieronder bespreek is, en ook die element van strafbedreiging. Sien ook Burchell en Hunt, bl. 253-258.

119) Die dader moet bewus wees van die bestaan of van die bestaansmoontlikheid (in die geval van dolus eventualis) van elke ander misdaadelement. Dit noem ons die bewussynsonderlaag van opset. Vir 'n strafregtelike handeling word deur sommige 'n sogenaamde „willekeurige“ gedraging of late vereis. Die sg. „willekeurige“ is m.i. niks anders as die handelingsbewussyn nie en analities hoort dit tuis by die bewussynsonderlaag van opset.

120) 1958(3) S.A. 420(A) op bl. 423. Sien ook Schreiner, A.R. op bl. 421. Sien ook R. v. Oosthuizen 1954(1) P.H.H. 70(A); R. v. Z. 1960(1) S.A. 739(A) op bl. 745. Sien verder bl. 164 hierbo.

121) Kan ook dolus eventualis wees. Sien bl. 425 van die verslag.

122) Sien Burchell en Hunt, bl. 116 e.v. vir 'n besondere verdienstelike analise van die strafregtelike opsetbegrip.

hofbeslissing *S. v. Johnson*¹²³⁾ „Maar volgens ons reg blyk dit dat vrywillige dronkenskap, wat nie geesteskrankheid tot gevolg het nie, in die algemeen geen verweer is teen 'n aanklag weens 'n wandaad gedurende sodanige dronkenskap nie. Die reël sou dan slegs daaraan onderhewig wees dat, in die geval van 'n misdad waarvoor 'n bepaalde opset 'n vereiste is,¹²⁴⁾ soos moord, op dronkenskap gesteun kan word om die aanwesigheid van daardie bepaalde opset te weerlê, en dat dronkenskap in gepaste omstandighede strafversagtend kan wees“.

Die betekenis van „bepaalde opset“ is nie duidelik nie. Vir verkragting is die opset tog immers om te verkrag, soos die opset vir moord is om te vermoor, ens.

Veronderstel A drink homself dronk en hy skiet eers vir B dood en daarna hou hy gemeenskap met sy elfjarige dorgtertjie.¹²⁵⁾ Veronderstel verder dat hy tot so 'n mate onder die invloed van drank was dat hy nie aan moord skuldig bevind kan word nie.¹²⁶⁾

Pleeg A verkragting?

Volgens die huidige stand van ons regspraak behoort hy aan onsedelike aanranding skuldig te wees.¹²⁷⁾

123) 1969(1) S.A. 201(A) op bl. 205. Sien ook *R. v. Bourke*, 1916 T.P.A. 303 op bl. 307; *S. v. S.* 1961(4) S.A. 692(N) op bl. 697; *S. v. Johnson* 1970(3) S.A. 535(K) op bl. 537. Art. 45 van die Noorweegse Strafkode bepaal uitdruklik dat vrywillige dronkenskap nie strafregtelik aanspreeklikheid uitsluit nie. Sien ook art. 56(2) van dié Kode.

124) Ons onderstreep.

125) Sien bl. 187 hieronder.

126) Ons verwys gevolglik nie na 'n geval waar 'n persoon nog 'n opset kan vorm nie. In so 'n geval kan drankiname, tereg, onder gepaste omstandighede strafversagtend werk.

127) Sien *R. v. Bourke* 1916 T.P.A. 303. Sien ook *Hunt*, bl. 401 (voetnoot 49). In die Australiese gewysdes bestaan daar verdeeldheid oor die vraag of vir verkragting 'n „specific intent“ vereis word of nie. Sien *Koh*, bl. 160.

Waarom kan A dan 'n opset om onsedelik aan te rand vorm, maar nie 'n moordopset nie?

Dat daar gemeenregtelike steun te vinde is vir die reël dat vrywillige dronkenskap nie strafregtelik 'n verweer is nie, is duidelik.¹²⁸⁾

In geval van moord kan 'n persoon skuldig bevind word aan strafbare manslag, want laasgenoemde is 'n nie-opsetsmisdaad¹²⁹⁾ wat 'n bevoegde uitspraak is op 'n moordklagstaat.¹³⁰⁾ In geval van verkragting bestaan daar nie 'n bruikbare nie-opsetsmisdaad wat 'n bevoegde uitspraak sou kon wees nie. Onsedelike aanranding los m.i. nie die probleem op nie, want dit is ook 'n opsetsmisdaad: 'n persoon wat 'n opset kan vorm om onsedelik aan te rand, kan seker ook 'n opset vorm om te verkrag.¹³¹⁾

Misdaadanalogies kan die probleem verduidelik word aan die hand van 'n latere gewysde *S. v. Johnson*.¹³²⁾ J is aangekla van aanranding met die opset om ernstig te beseer. Die hof bevind dat hy, by die pleeg van die beweerde misdaad, smoordronk was.¹³³⁾ Die hof bevind verder dat J se dronkenskap deur vrywillige inname van drank geskied het en bevind hom skuldig aan aanranding.¹³⁴⁾ Ten opsigte van aan-

128) *Sten bu. S. v. Johnson* 1969(1) S.A. 201(A) waarin appèlregter Botha na verskeie van ons ou skrywers verwys.

129) Dit is in effek 'n nalatigheidsmisdaad. *Sten bu. S. v. Thenkwa en 'n ander* 1970(3) S.A. 529(A) per Botha, A.R. op bl. 534; *S. v. Mthsiza* 1970(3) S.A. 747(A) per Holmes, A.R. op bl. 752.

130) *Sten art. 196(1) van die Strafproseswet, wet 55 van 1956.*

131) *Sten bl. 177 hieronder.*

132) 1970(3) S.A. 535(K).

133) Bl. 537.

134) Bl. 537.

randing sê die regter goedkeurend:¹³⁵⁾ „Assault has been defined as the act of intentionally and unlawfully applying force to the person of another“.

J se dronkenskap het gevolglik die opset in aanranding met die opset om ernstig te beseer uitgeskakel, maar die (gewone) aanrandingsopset het intakt gebly. Hierdie benaderingswyse is m.i. prinsipiël onverantwoordbaar.¹³⁶⁾

(e) Buite-egtelikheid:

'n Man kan volgens die Suid-Afrikaanse reg nie sy vrou verkrag nie.¹³⁷⁾ Hierdie reël is ook in ooreenstemming met die Romeins-Britanniese reg¹³⁸⁾ en is 'n vrywel algemene verskynsel.

Die volgende probleme verdien besondere aandag:

(i) Bantoeregtelike gewoontehuwelik:

Kan 'n persoon wat 'n Bantoeregtelike gewoontehuwelik met 'n vrou gesluit het, haar verkrag?

Die Bantoeregtelike gewoontehuwelik is poligamies van aard,¹³⁹⁾ bestaan uit 'n ooreenkoms tussen families,¹⁴⁰⁾ en nou ook die bruid en bruidegom, en verg weinig formaliteite.¹⁴¹⁾

135) Bl. 536.

136) Sten ook Koh, bl. 162.

137) Sten bv. R. v. Masago and another 1935 A.A. 32 op bl. 34; Gumede v. R. 1946(1) P.H.H. 68(N).

138) Sten bl. 48 hierbo.

139) Reuter, bl. 98; Olivier, bl. 1.

140) Reuter, bl. 135; Olivier, bl. 1.

141) Sten Olivier, bl. 40 m.b.t. die hedendaagse vereiste vir 'n geldige Bantoeregtelike gewoontehuwelik.

Die Bantoeregtelike gewoonthuwelik staan duidelik op ander etiese en juridiese fundamente as 'n huwelik gesluit ooreenkomstig die nie-Bantoeregtelike Suid-Afrikaanse reg.

Die Bantoeregtelike gewoonthuwelik geniet nie uitdruklike erkenning deur die Suid-Afrikaanse houe nie.¹⁴²⁾ Verskeie gevolge van dié huwelik word tog juridies erken.¹⁴³⁾

Kan sekere gevolge van 'n handeling of toestand juridies erken word, maar die bestaan van die handeling of toestand juridies ontken word?

In die „oë“ van die Suid-Afrikaanse reg bestaan die Bantoeregtelike gewoonthuwelik nie, maar tog word sekere gevolge daarvan erken.¹⁴⁴⁾

So 'n stening is 'n juridies-analitiese onrealisme: juridies-empiries bestaan die Bantoeregtelike gewoonthuwelik en vind bestaanskrag beide in die juridies-organiese Bantoe-gemeenskappe, as nie-staatlike reggemeenskap, asook in die Suid-Afrikaanse staatlike reg (positiweweg).

142) *Sten* by. *Mokwena v. Lamb*, 1943 W.P.A. 63 op bl. 67; *Zulu and another v. Minister of Justice and another* 1956(2) S.A. 128(A) op bl. 130; *Suid-Afrikaanse Nasionale Trust en Assuransie Maatskappy Bpk. v. Fondo* 1960(2) S.A. 467(A) op bl. 473.

143) *Sten* art. 11(1) van die Bantoe-administrasie Wet, Wet 38 van 1927. *Sten* verder *Van den Vyver, J.D.: Art. 31 van die Wysigingswet op Bantoe-wetgewing*, 1963, bl. 94; art. 5(6) van die Ouderhoudswet, Wet 23 van 1963; art. 1 van die Wet op Groepsgebiede, Wet 36 van 1966; *R. v. Smit* 1941 G.W. 2 per Bok, R. op bl. 3.

144) Die Engelse houe het ook, hoewel in ander omstandighede, met soortgelyke probleme te doen gekry. In *Srinivasan (otherwise Clayton) v. Srinivasan* (1945) 2 All E.R. 21(P.D.A.) was die feite kortliks soos volg: *Srinivasan*, reeds 'n party tot 'n Hinduhuwelik, het 'n Engelsregtelike huwelik met mej. Clayton gesluit. Die geskilpunt was of die 2de huwelik geldig is. Regter Barnard sê op bl. 23: „To deny recognition of a Hindu marriage for the purpose in hand would, in my opinion, be to fly in the face of common sense, good manners and the ordered system of tolerance on which the Empire is based: and, as I decide, to deny such recognition would be bad law“. *Sten* ook *Lee v. Lau* (1964) 2 All E.R. 248 (P.D.A.); *Shahnaz v. Rizwan* (1964) 2 All E.R. 993 (Q.B.D.); *R. v. Bham* (1965) 3 All E.R. 124.

Die regs wetenskap staar hom nie blind teen die linguistiese nie, d.w.s. die juridies-analitiese resultaat is nie noodwendig wat die regspreker of regskepper sê dit is nie, maar is wat dit inderdaad empiries-analities blyk te wees. Ter staving van dié opmerking kan na die volgende hipotetiese voorbeeld verwys word: in wet X word verklaar dat A nie 'n regs subjek is nie. In 'n latere wet Y word gesê dat A kan erf, kontrakte sluit ens. Is A 'n regs subjek? Sonder enige twyfel. Sekere beperkinge op A se handelingsbevoegdheid sou nie beteken dat sy regs subjektiwiteit daardeur prinsipiëel ontken word nie.

Word die Bantoeregtelike gewoontehuwelik strafregtelik dan as 'n huwelik beskou? Gewysdereglik tref ons die volgende aan:

1. 'n persoon wat met meer as een vrou 'n Bantoeregtelike gewoontehuwelik sluit of met een van hulle 'n burgerlike huwelik sluit, pleeg nie bigamie nie;¹⁴⁵⁾

2. die Bantoeregtelike gewoontehuwelik word nie erken vir die doeleindes van bloeds kande nie.¹⁴⁶⁾ Slegs aanverwantskapsbloeds kande is natuurlik ter sake; en

3. in R. v. Smit¹⁴⁷⁾ was die fette kortliks soos volg: S. is aangekla van oortreding van art. 2(1) van Wet 3 van 1916,¹⁴⁸⁾ nl. onreg-

145) Zonyane v. R. 1912 O.D. 361. In Natal kon dit neerkom op bigamie. Sten R. v. Lutluli 1902 N.L.R. 253; Radebe v. R. 1905 N.L.R. 260; R. v. Saul 1927 N.P.A. 75. Die Bantoe-Administrasie Wet, wet 38 van 1927 het egter uniformiteit in dié verband gebring. Sten ook Hunt, bl. 241. In Rhodesië kan dit bigamie wees as ten minste een van die huwelike 'n burgerlike of kerklike huwelik is. Sten R. v. Moyo 1946 S.R. 12; R. v. Francis 1947(4) S.A. 48 (S.R.); R. v. Tarasamwa 1948(2) S.A. 29(S.R.); R. v. Ncube 1960(2) S.A.17(S.R.).

146) R. v. Tshipa 1958(2) S.A. 384(S.R.).

147) 1941 G.W.2.

148) Die voorloper van art. 14 van die Ontugwet, wet 23 van 1957.

matige geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar. S. en die „slagoffer“ was getroud volgens „native custom“. Regter Bok bevind:¹⁴⁹⁾ „It is true the parties were not legally married,¹⁵⁰⁾ but nevertheless sexual intercourse between the partners in such a customary union according to native law and custom is not in South Africa regarded as illicit“.

Dit blyk dat die Bantoereg telike gewoontehuwelik strafregtelik vir sekere doeleindes erken en vir andere ontken word. Daar bestaan geen uitdruklike antwoord op die vraag of so 'n huwelik verkrachtingsregtelik 'n huwelik is of nie.

Ons houe het egter meermale te kenne gegee dat thwala¹⁵¹⁾ geen verweer op 'n verkrachtingsklagte is nie.¹⁵²⁾

'n Huwelik wat gesluit word sonder toestemming van die „bruid“ is nie verkrachtingsregtelik 'n huwelik nie.¹⁵³⁾ In R. v. Mane¹⁵⁴⁾ stel

149) Bl. 3.

150) Art. 21(1) van die Ontugwet bepaal: „Wanneer in enige vervolging ingevolge hierdie Wet die vraag ter beslissing opkom of enige vleeslike gemeenskap tussen 'n manspersoon en 'n vrouspersoon onwettig was, word daardie manspersoon en vrouspersoon geag ten tyde van daardie gemeenskap ongetroud te gewees het, tensy die beskuldigde die teendeel bewys“. In die lig van Smit se saak behoort so 'n vraag m.i. nie ipso facto t.o.v. 'n Bantoereg telike gewoontehuwelik te ontstaan nie.

151) Sien bl. 16 hierbo.

152) R. v. Swartboui and others 1916 O.D. 170 op bl. 171; R. v. Bam-bata Zuma 1936 O.D., J.S. 704. Thwala is ook geen verweer op 'n ontvoeringsklagte nie. Sien R. v. Sita 1954(4) S.A. 20 (O.D.) op bl. 23. Sien verder Mbata and others v. Kubeka 1964 B.A.H.(N^o) 103.

153) Dit hang ook saam met die opvatting dat 'n Bantoereg telike gewoontehuwelik nie meer sonder toestemming van die „bruid“ gesluit kan word nie. Sien Olivier, bl. 40.

154) 1948(1) S.A. 196(O.D.) op bl. 199.

regter Hoexter dit duidelik: „We wish to make it clear that a man, who forces a woman to have connection with him after a marriage ceremony which has taken place without her consent, commits the crime of rape.“¹⁵⁵⁾

Uit hierdie opmerking kan ook afgelei word dat 'n Bantoeregtelike gewoontehuwelik gesluit met die toestemming van die bruid verkrachtingsregtelik 'n geldige huwelik is.

Ons het reeds daarop gewys dat 'n man nie sy vrou volgens die Bantoeregstelsels kan verkrag nie.¹⁵⁶⁾ Daar bestaan m.i. geen rede om van hierdie reëling af te wyk nie: die Bantoeregtelike gewoontehuwelik behoort verkrachtingsregtelik as 'n huwelik beskou te word.

(ii) Geregtelike skeiding:

Kan 'n man wat geregtelik van sy vrou geskei is, haar verkrag?

Hahlo¹⁵⁷⁾ doen aan die hand dat die Engelsregtelike reël,¹⁵⁸⁾ nl. dat 'n man wel sy vrou gedurende die bestaan van 'n geregtelike skeiding kan verkrag, ook in Suid-Afrika toepassing behoort te vind. Ons het egter reeds daarop gewys dat genoemde reël klaarblyklik ook 'n Romeins-Hollandse regsreël was.¹⁵⁹⁾

Die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie, hang gevolglik nie suiwer saam met die privaatregtelike bestaan van die huwelik nie, want 'n geregtelike skeiding ontbind nie die huwelik nie.¹⁶⁰⁾ Vanhoudt en

155) Sekere gebruike kan verdere probleme oplewer, soos blyk uit 'n gebruik van die Batonka van Rhodesië. In R. v. S. 1965(4) S.A. 604 (S.R.) stel regter Young, op bl. 605, dit soos volg: „Furthermore, the only way in which a girl can honourably escape from the betrothal is when she is ostensibly raped by a rival candidate for her hand“.

156) Sten bl. 27 hierbo.

157) Bl. 107.

158) Sten bl. 106 hierbo.

159) Sten bl. 48 hierbo.

160) Sten Hahlo, bl. 319. Sten verder Kuhn v. Karp 1948(4) S.A. 825(T).

Calewaert¹⁶¹⁾ merk tereg op: „Wanneer de strafrechter interpreteert, aan de hand van begrippen, aan andere rechtstakken ontleend, dan is hij niet gehouden dezelfde bepaalde juridische betekenis daaraan te hechten. Ook aldus uit zicht het outonoom karakter van het strafrecht“. Hier het ons bevestiging vir Vanhoudt en Calewaert se stelling, want verkrachtingsregtelik word 'n geregtelike skeiding gelyk gestel aan huweliksontbinding.

Problematies word dit egter wanneer gelet word op die feit dat persone wat geregtelik geskei is wel oorspel kan pleeg.¹⁶²⁾ 'n Man wat geregtelik van sy vrou geskei is, kan regmatiglik gevolglik slegs met sy vrou met haar toestemming geslagtelik verkeer. Maar die doel van 'n geregtelike skeiding is juis om deur tydelike opskorting van die huweliksgevolge uiteindelijke versoening teweeg te bring. Daar bestaan drie moontlike oplossings vir dié probleem:

- (1) dat 'n man wat geregtelik van sy vrou geskei is, haar nie kan verkrag nie; of
- (2) dat 'n man wat geregtelik van sy vrou geskei is, nie oorspel kan pleeg nie; of
- (3) dat geregtelike skeiding as regsinstelling afgeskaf word.

Moontlikheid (2) spreek teen die gees van die hedendaagse huwelik nl. dat geslagtelike verkeer buite die huweliksband afgekeur word en moet op grond daarvan as oplossing verwerp word. Moontlikheid (1) spreek weer teen die gees van 'n geregtelike skeiding en bied motivering vir aanvaarding van moontlikheid (3) wat m.i. die enigste aanvaarbare oplossing vir die gestelde probleem bied.

161) Deel I, bl. 7.

162) Groundland v. Groundland 1923 T.P.A. 217. Sien verder Hahlo, bl. 319.

(iii) Nietige en vernietigbare huwelike:(a) Nietige huwelike:

„A marriage which is null and void ab initio produces non of the legal incidents of marriage”.¹⁶³⁾ Is hierdie opmerking verkrachtingsregtelik ook waar?

A en B is broer en suster. A is bewus van die feit dat B sy suster is. Die omgekeerde is egter nie waar nie.¹⁶⁴⁾ A en B sluit vervolgens 'n „huwelik”. A hou geslagtelike gemeenskap met B sonder haar toestemming.¹⁶⁵⁾ Is A skuldig aan verkragting?

Dit word voorgestel dat A wel verkragting pleeg. A se handeling is nie van sy onregmatigheid ontnem deur sy „huwelik” met B nie, want juridies, en m.i. verkrachtingsregtelik ook, bestaan daar nie 'n huwelik nie. Omdat daar nie juridies 'n huwelik bestaan nie, kan daar ook nie sprake wees van persoonlike regsgevolge voortvloeiende uit die „huweliksluiting” nie.

Veronderstel A was nie bewus van die feit dat B sy suster is nie. A was inderdaad onder die indruk dat hy 'n geldige huwelik met B gesluit het. Sou hy dan nog skuldig wees aan verkragting?

163) Hahlo, bl. 478. Sien ook Ex Parte Oxtan 1948(1) S.A. 1011(K) op bl. 1014. Sien ook bl. 105 hierbo.

164) Hierdie huwelik kan gevolglik 'n putatiewe huwelik wees. 'n Kind gebore uit so 'n huwelik sou dan wettig wees. Sien Hahlo, bl. 484; H. v. C. 1929 T.P.A. 992; Ex Parte L 1947(3) S.A. 50(K); Bam v. Bhabha 1947(4) S.A. 798(A); Ex Parte Soobiah and others: in re Estate Pillay, 1948(1) S.A. 873(N); Rampatha v. Chundervathee 1957(4) S.A. 483(N); Prinsloo v. Prinsloo 1958(3) S.A. 759(T); Naicker v. Naidoo 1959(3) S.A. 768(D); M. v. M. 1962(2) S.A. 114(G.W.). Sien ook Conradie, P.J.: Putative Marriages, bl. 382 e.v.

165) Die vraag of dit maar nie ook verkragting is selfs al stem sy toe nie, word op bl. 202 bespreek.

Soos reeds genoem, is verkragting 'n opsetsmisdaad. In die onderhawige geval sou opset, m.i. afwesig wees, omdat A nie geweet het B is nie sy wettige vrou nie.¹⁶⁶⁾

(b) Vernietigbare huwelike:

Die posisie is egter anders in geval van 'n vernietigbare huwelik, want so 'n huwelik is geldig totdat die hof dit nietig verklaar.¹⁶⁷⁾ Dit wil voorkom¹⁶⁸⁾ of 'n man wat 'n vernietigbare huwelik met 'n vrou sluit nie, solank die huwelik bestaan, aan verkragting op sy vrou skuldig bevind kan word nie.

(iv) Kan 'n man sy vrou onsedelik aanrand?

In *Gumede v. R.*¹⁶⁹⁾ sê regterpresident Hathorn: „Although a husband cannot be found guilty of raping his wife, by reason of her consent in marriage, no wife agrees when she marries, that her husband may indecently assault her”.

Hierteenoor staan die volgende opmerking van hoofregter Innes:¹⁷⁰⁾ „After all, rape is only the most aggravated form of indecent assault..”.

Neem die volgende hipotetiese voorbeeld: A hou gewelddadig en teen haar wil met sy vrou geslactelike gemeenskap per anum. Wie sou ontken

166) Sten bl. 167 hierbo.

167) *Hahlo*, bl. 482. Sten ook *Ex Parte Oxtun* 1948(1) S.A. 1011(K) op bl. 1014.

168) Dit blyk nie altyd duidelik wat die effek van so 'n huwelik is nie. In *Smith v. Smith* 1948(4) S.A. 61(N) sê regter Selke op bl. 68: „Further, it seems clear that the effect of a Court's order declaring a marriage null and void for want of consent is retro-active to the time of the marriage ceremony” . Volgens wat die regter sê, moet afgelei word dat die huwelik juridies nie bestaan het nie en is dit presies in dieselfde posisie as 'n nietige huwelik.

169) 1946(1) P.H.H. 68(N).

170) *Socout Ally v. R.* 1907 T.S. 336 op bl. 338. Sten ook *R. v. Dimane* 1940 T.P.A. 372 op bl. 373.

dat A strafregtelik aanspreklik behoort te wees? Die probleemvraag is: aan watter misdaad is A skuldig? Sou A onsedelike aanranding pleeg?¹⁷¹⁾ Waar trek 'n mens dan die lyn? Verkragting is, soos hoofregter Innes tereg gesê het, ook mos maar onsedelike aanranding. Is 'n man wat sy vrou sonder haar toestemming soen, skuldig aan onsedelike aanranding? En as hy sonder haar toestemming aan haar bobeen vat?

Die Duitse reg het basies dieselfde probleem. Welzel¹⁷²⁾ verwys na „besonders schamloser und unzüchtiger Handlungen" waarvoor 'n man aanspreklik gehou kan word. Die Duitsregtelike reëling bied m.i. ook nie 'n bevredigende oplossing nie.¹⁷³⁾

— Dit word voorgestel dat 'n man hoogstens aan aanranding op sy vrou skuldig kan wees.¹⁷⁴⁾ Straftoemetingsregtelik kan die aard¹⁷⁵⁾ van die „onsedelikheid" wel deeglik relevant wees.

Die enigste ander moontlikheid wat bg. probleem sou kon oplos, is die opheffing van die reël dat 'n man nie sy vrou kan verkrag nie. So 'n reëling sou egter meer probleme skep as oplos. Neem die volgende voorbeeld: A bring sy vrou onder die indruk dat hy haar minnaar is. Mislei deur hierdie voorstelling hou sy met hom geslagtelike gemeenskap. Indien ons verkragtingsreg so gewysig sou word dat 'n man sy vrou kan verkrag, sou A skuldig wees aan verkragting.¹⁷⁶⁾ Afgestien van hierdie

171) Sten ook bl. 162 hierbo.

172) Bl. 432. Sten ook bl. 80 hierbo.

173) Sten bl. 106 hierbo t.o.v. die Engelse reg.

174) Sten ook Hunt, bl. 431.

175) Die plek en omstandigheid van die handeling kan ook relevant wees. 'n Man wat bv. sy vrou in teenwoordigheid van andere „verkrag" behoort m.i. gevangenisstraf opgelê te word.

176) Sten bl. 204 hieronder.

meer regstegniese probleme wat so 'n verandering sou teweeg bring, sou dit die wese van die huwelik, soos ons dit vandag ken, ernstig skaad. Tog wil 'n mens nie die moontlikheid van so 'n verandering in die verdere toekoms uitskakel nie. By ons gemeenskapslewe pas dit in elk geval nog nie.¹⁷⁷⁾

(f) Afwesigheid van toestemming:¹⁷⁸⁾

Reeds is daarop gewys dat afwesigheid van toestemming 'n verkragtingselement is. Onder die sambreelterm „afwesigheid van toestemming” het die strafregtelike aanspreeklikheidsveld van verkragting omvangryk geword.

Dit is nodig om, terwille van sistematiek, die openbaring van afwesigheid van toestemming in die positiewe reg in sekere temas of onderwerpe in te deel. Dit sal opgemerk word dat afwesigheid van toestemming strafregtelik 'n ander betekenis het as psigies-intellektueel.

Voordat egter oorgegaan kan word tot die bespreking van die onderskeie vorme wat afwesigheid van toestemming in die reg kan aanneem, is dit nodig om iets te sê aangaande die juridies-terminologies maklik verworbare begrippe „toestemming” en „submissie”.

(i) Toestemming en submissie:

Dat daar 'n verskil kan bestaan tussen toestemming en submissie, spreek duidelik uit 'n opmerking deur Regterpresident Gardiner:¹⁷⁹⁾

„It seems to me that it establishes submission, but it does not amount

177) Dit klink in elk geval nie reg dat 'n prostituut verkrag kan word, maar 'n getroude vrou nie. Teenoor haar man is 'n vrou, in die oë van die verkragtingsreg, in 'n swakker posisie as 'n prostituut.

178) Sien oor die algemeen Strauss, Toestemming, bl. 20 e.v.

179) R. v. Taylor 1927 K.P.A. 16 op bl. 20. Sien verder Koh, bl. 82.

to proof of consent".¹⁸⁰⁾

Waarnemende appèlregter Murray stel 'n geval waar submissie toestemming uitsluit, soos volg:¹⁸¹⁾ „Submission by itself is no grant of consent, and if a man so intimidated a woman as to induce her to abandon resistance and submit to intercourse to which she is unwilling, he commits the crime of rape”.

In R. v. M.¹⁸²⁾ verklaar appèlregter Van den Heever egter:¹⁸³⁾

„It is essential that the victim's resistance be overcome by fear, force or fraud. When it is overcome by the prompting of her own passions, to the stimulation of which she consented, there can be no question of rape. I do not wish to suggest that once the male is sexually raised by lascivious acts permitted by the woman he may resort to *vis* and rape her with impunity. But excitation acquiesced in by an adult does not amount to *vis*”.

Appèlregter Van den Heever, hoewel hy die woord nie spesifiek gebruik nie, verwys na 'n geval waar submissie verkrachtingsregtelik gelykgestel kan word aan toestemming. In hierdie geval bestaan toestemming uit 'n stilsweye: 'n uiterlike fisteke dadigheid is dus nie 'n voorver-

180) In die Engelse gewysde R. v. Day (1841) 9 C. and P. 722 op bl. 724 sê regter Coleridge: „There is a difference between consent and submission; every consent involves a submission; but it by no means follows that a mere submission involves consent”. Sien ook Koh, bl. 81.

181) R. v. Swiggelaar 1950(1) P.H.H. 61(A). Sien ook R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A) op bl. 421 per Schreiner, A.R.; S. v. Volschenk 1968(2) P.H.H. 283(D); S. v. S. 1971(2) S.A. 591(A) per Miller, Wn.-A.R. op bl. 596: „Tog moet gewaak word teen 'n veronderstelling dat afwesigheid van weerstand aan die vrou se kant toestemming aandui”. Dit kan soms gevaarlik vir 'n vrou wees om weerstand te bied, want „in some men only the resistance of the woman makes them potent”. Sien Allen, A: A Textbook of Psycho-sexual Disorders, bl. 275.

182) 1953(4) S.A. 393(A). Sien egter R. v. Majaji 1909 N.H.C. 53 per Boshoff, Wn.-R.P. op bl. 55.

183) Bl. 398.

eiste vir toestemming nie.

Opsommend kan dus gesê word dat submissie verkrachtingsregtelik twee betekenis kan hê:

(i) dit kan 'n sinoniem wees vir onderwerping na weerstandslamlegging en in so 'n geval word verkrachtingsregtelike aanspreeklikheid nie uitgeskakel nie; en

(ii) dit kan 'n sinoniem wees vir stilswyende toestemming en in so 'n geval word verkrachtingsregtelike aanspreeklikheid uitgeskakel.

(ii) Gewelddadige en leedbedreigingsverkrachting:

(a) Gewelddadige verkrachting:

Soos reeds gesien, was verkrachting in die Romeins-Hollandse reg 'n geweldsmisdaad. Gewelddadige optrede, in verkrachtingsregtelike sin, veronderstel 'n positiewe slagofferswilsteenstrydigheid of 'n vroegtydige slagofferswilsuitskakeling. Genoemde wilsteenstrydigheid of wilsuitskakeling is 'n verskyningsvorm van afwesigheid van toestemming.

Afwesigheid van toestemming sluit egter meer in as die geval waar toestemming uitgeskakel of geneutraliseer word deur gewelddadige optrede. Dit verg seker, reeds op hierdie stadium van ons uiteensetting, geen betoog dat daar verskeie gevalle is waar geen daadwerklike geweld toegepas hoef te word om toestemming uit te skakel nie.

Gewelddadige geslagtelike verkeer sluit verder ook nie in alle gevalle toestemming uit nie.

Hierdie stelling kan met die volgende hipotetiese voorbeeld geïllustreer word: *£* is 'n meisie wat passiewe sadistiese neigings

het.¹⁸⁴⁾ Sy kan gevolglik slegs aksueel geprikkel word deur gewelddadige toenadering. Hoewel geslagtelike gemeenskap in so 'n geval met geweld geskied, geskied dit nie sonder haar toestemming nie.

In ons praktyk vorm geweldstoevoeging, met gepaardgaande wilsteenstrydigheid¹⁸⁵⁾ van die slagoffer, 'n belangrike verkrachtingsverskyningsvorm.¹⁸⁶⁾

Oor die histories-sistematiese gang van die Suid-Afrikaanse verkrachtingsreg skyn dit gepas om op hierdie stadium nog die volgende op te merk:

(1) Raptus, in die Romeins-Hollandse reg dikwels verwar met verkrachting, het in die Suid-Afrikaanse reg gedeeltelik opgegaan in ont-

184) De River, J.P.: Crime and the Sexual Psychopath, bl. 38; „Sadism is said to be a masculine quality and is an expression of conquest and aggression. However, it may be found among the females as well as the males in varying degrees. Passive algolagnia or the feminine joy of defencelessness also may be found among males in varying degrees”. Sten ook Amir, bl. 493; Koh, bl. 87; Hughes, bl. 684.

185) Probleemskeppend is art. 12(2) van die Ontugwet, Wet 23 van 1957. Art. 12(1) van genoemde wet stel strafbaar iemand wat 'n vrouspersoon teen haar wil neem of aanhou „(a) na of in of op enige huis of plek met die opset dat 'n manspersoon, hetsy 'n bepaalde manspersoon of nie, met haar ontug kan pleeg; of (b) na of in 'n bordeel...”. Art. 12(2) bepaal: „Waar 'n vrouspersoon in of op 'n huis of plek is vir die doel dat 'n manspersoon, hetsy 'n bepaalde manspersoon of nie, met haar ontug kan pleeg, of in 'n bordeel is, word sy by die toepassing van hierdie artikel geag teen haar wil daarheen geneem te gewees het of daarin of daarop aangehou te word - (a) as sy onder die ouderdom van sestien jaar is; of (b) as sy sestien jaar oud of daarbo en onder die ouderdom van een-en-twintig jaar is en sy teen haar wil geneem is of aangehou word, of teen die wil van haar vader of moeder of enige persoon wat die wettige sorg of toesig oor haar het”. Die primêr psigiese wilsteenstrydigheidsbegrip is vir die doeleindes van art. 12(2)(a) strafregtelik gechronologiseer. Die rede daarvoor is nie in te sien nie. In art. 12(2)(b), daarenteen, het ons nie alleen 'n strafregtelike chronologisering nie, maar die wilsteenstrydigheid van een persoon word strafregtelik oorgedra op 'n ander. Ook hiervoor is die rede nie in te sien nie.

186) Sten ook R. v. M. 1953(4) S.A. 393 per Van den Heever, A.R. op bl. 398; R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A) per Schreinder, A.R. op bl. 421.

voering¹⁸⁷⁾ en gedeeltelik in vryheidsberowing.¹⁸⁸⁾

(2) Die na-verkrachtingsklagte het in die Suid-Afrikaanse reg „behoue” gebly, hoewel in ’n verwronge vorm.¹⁸⁹⁾ Oor die bewysregtelike grondslag vir die bestaan van dié reël sê Hoffmann:¹⁹⁰⁾ „Evidence that the complainant in a sexual case made a complaint soon after the alleged offence, and the terms of that complaint, are admissible to show the consistency of the complainant's evidence and the absence of consent”.

Dikwels is gesê dat hierdie regsreël slegs van toepassing kan wees as geweld ter sprake is.¹⁹¹⁾ ’n Gewysderegtelike analise van die na-verkrachtingsklagte bring ons egter by die volgende:

- (a) geweld in dié sin hoef nie slagofferswilsteenstrydigheid¹⁹²⁾ as teenpool te hê nie;¹⁹³⁾
- (b) geweld is selfs nie eers in alle gevalle ’n voorverste vfr bewysregtelike toelating van so ’n klagte beskou nie;¹⁹⁴⁾ en
- (c) ’n klagte is ook toelaatbaar in geval van onnatuurlike seksmisda-

187) Sien hieroor de Wet en Swanepoel, bl. 263 en bl. 456; Hunt, bl. 538 - bl. 539 en bl. 541 e.v. Sien ook Art. 13 van die Ontugwet, Wet 23 van 1957 en R. v. Churchill 1959(2) S.A. 575(A).

188) Sien hieroor Hunt, bl. 470; De Wet en Swanepoel, bl. 255.

189) Sien ook van den Haever, R. se opmerkings in R. v. Gloose 1936(2) P.H.F. 155(S.W.A.) en ook in R. v. Ellis 1936 S.W.A.10 op bl. 11.

190) Bl. 23.

191) Innes, H.R. in Guttenberg v. R. 1905 T.S. 207 op bl. 213; Broome, R. in Westermeyer v. R. 1911 N.P.A. 197 op bl. 198; Dove Wilson, R.P. in Lutchman v. R. 1915 N.P.A. 205 op bl. 207; Sutton, R. in R. v. Bezuidenhout 1946 K.P.A. 190 op bl. 192.

192) As verskyningsvorm van toestemmingsafwesigheid.

193) Sien Lutchman v. R. 1915 N.P.A. 205.

194) Sien R. v. Smith Malete 1907 T.H. 235; R. v. Bell 1929 K.P.A. 478; De Beer v. R. 1933 N.P.A.; R. v. C. 1955(4) S.A. 40(N). In hierdie sake het dit gegaan om die toelaatbaarheid van klagtes gemaak deur jeugdige. Sien ook Hoffmann, bl. 23.

de tussen manspersone.¹⁹⁵⁾

Om toelaatbaar te wees moet die klagte gemaak word op die eerste redelike geleentheid¹⁹⁶⁾ aan die eerste persoon aan wie dit redelikerwys verwag kan word die slagoffer dit behoort te maak.¹⁹⁷⁾ Die klagte moet verder vrywillig¹⁹⁸⁾ gemaak word en is nie toelaatbaar as die klaagster nie self getuig nie.¹⁹⁹⁾

Hand aan hand met die geleidelike gedaantewisseling van die verkrachtingsaard, het ook die aard van die na-verkrachtingsklagte verander. Indien dié klagtereël nog enige bestaansreg het, kan met reg gevra word: waarom word dit nie uitgebrei na ander misdade, soos aanranding, roof ens. nie?

(b) Leedbedreigingsverkrachting:

Reeds is daarop gewys dat geweldsdreigemente in die Romeins-Hollandse reg voldoende was om verkrachting daar te stel.²⁰⁰⁾

Art. 159 van die B.T.P.C. verwys na „threats or fear of bodily harm“ wat slagofferstoestemming kan uitsluit. Die gebruik van die woord „or“ is verwarrend. Die verwekking van „fear of bodily harm“ moet tog ook strafregtelik toegeskryf kan word aan die dader.

Indien „threats“ nie op „fear of bodily harm“ slaan nie, waarop slaan dit dan? Kan dit gerig word teenoor ander persone as die slagoffer? Kan dit ook miskien na dreigemente teenoor die slagoffer geuiter, maar met betrekking tot haar of 'n ander se goedere verwys?

195) Sten R. v. Burgess 1927 T.P.A. 14; R. v. T. 1937 T.P.A. 389.

196) Sten R. v. Gannon 1906 T.S. 114; R. v. T. 1937 T.P.A. 389; R. v. C. 1955(4) S.A. 40(N).

197) Sten R. v. Gow 1940(2) P.H.H. 148(K).

198) Sten S. v. T. 1963(1) S.A. 484(A) op bl. 487.

199) Sten R. v. Kgaladi 1943 A.A. 255 op bl. 261.

200) Sten bl. 42 hierbo.

Hierdie vrae is ook belangrik vir die breëre Suid-Afrikaanse reg.

In *S. v. Volschenk*²⁰¹⁾ sê regter Kennedy: „On the accused's own evidence in our view he admitted threatening the complainant with prosecution if she did not consent to intercourse and if, under those threats, she submitted, then that is rape“. In hierdie saak is bedreiging met vervolging as voldoende beskou.²⁰²⁾

In die Rhodesiese gewysde *R. v. D.*²⁰³⁾ stel hoofregter Quènet die toepaslike norm baie wyd: „where the facts show an accused person has induced fear in the mind of his victim which disables her from exercising a free choice“ dan word verkragting gepleeg.

Die appèlhof het 'n skuldigbevinding aan verkragting bevestig waar daar geen dreigemente was nie. In *S. v. S.*²⁰⁴⁾ is die slagoffer deur S. in hegtenis geneem waarna hy met haar geslagtelike gemeenskap hou. Die slagoffer was blykbaar bang dat S, synde 'n polisie-man, haar sou skiet of uit hoofde van sy posisie haar 'n ander vorm van leed sou aandoen. Die hof bevind dat die slagoffer nie verkrachtingsregtelik toegestem het nie en bevind S. skuldig aan verkragting.²⁰⁵⁾

In die meeste ander regstelsels word sekere objektiewe vereistes gestel voordat dregemente verkragting kan daarstel. In die Duitse reg word „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“²⁰⁶⁾ en in die Noorweegse reg word verwekking van vrees vir lewe of gesondheid

201) 1968(2) P.H.H. 283(D). Sien ook *S. v. R.* 1971(1) S.A. 246(R.,A.).

202) Sien egter die bespreking van Boehmer in sy *Observatio II* op Carpaovius, *Rer. Crim.*, Qu. 75.

203) 1969(2) S.A. 591 (R.,A.) op bl. 592.

204) 1971(2) S.A. 591(A).

205) Die hof het die vraag of S die nodige opset gehad het ook ooreweg en tot 'n positiewe slotsom gekom.

206) Sien bl. 76 hierbo.

vereis.²⁰⁷⁾ In die Nederlandse reg word „bedreiging met geweld“ vereis²⁰⁸⁾ en vir die Engelse reg stel Smith en Hogan²⁰⁹⁾ „immediate personal violence“ voor. Die vereistes in die Nigertiese reg is baie wyd²¹⁰⁾ en vertoon groot ooreenkomste met die Suid-Afrikaanse reg.

In die regstelsels waarin verkragting 'n geweldsmisdaad is, word geweldsbedreiging as voldoende beskou. Maar, soos bo aangetoon t.o.v. die Duitse en Noorweegse regstelsels, word die aard van die geweldsbedreiginge beperk. Die beperkinge gestel in dié twee regstelsels is wesenlik²¹¹⁾ dieselfde en behoort m.i., omdat dit 'n balans tussen die verkragtingsleed en die dreigemente daarstel, deur die Suid-Afrikaanse reg nagevolg te word.²¹²⁾

In die Suid-Afrikaanse reg is verkragting egter 'n afwesigheid van toestemming-misdaad. Alternatiewelik word aan die hand gedoen dat die aanwesigheid van al die ander misdaadelemente, gepaardgaande met 'n dreigement deur die dader of aan hom toerekenbaar, verkragting daarstel.

V is 'n oujongnoot wat baie waarde heg aan haar Stamese kat. W, V se buurman, is bewus daarvan dat V „haar kat soos 'n kind behandel“ en alles daarvoor sal opoffer. W, met 'n vuurwapen gerig op die kat, beveel V om met hom geslagtelike gemeenskap te hou, anders skiet hy die kat dood. V onderwerp haar aan W se bevel. W behoort m.i. skuldig

207) Sten bl. 87.

208) Sten bl. 67 hierbo.

209) Sten bl. 107 hierbo.

210) Sten bl. 133 hierbo.

211) Die element van teenswoordigheid („gegenwärtiger“), soos vereis deur die Duitse reg, is aanvaarbaar, behalwe vir soverre die slagoffer nie die gevaar kon vermy nie.

212) Sten ook die verdere uiteensetting waarin voorgelê word dat gewelddadige (w.o. geweldsbedreigende) verkragting 'n afsonderlike misdaad behoort te wees.

te wees aan verkragting.

By leedbedreigingsverkragting moet daar lamlegging van die wil van die slagoffer wees. Genoemde wilslamlegging moet volg op sekere dreigemente deur die dader. 'n Vrou se wil is lamgelê as sy, in die aangesig van die dreigemente, die verkragtingsleed geringer ag as die alternatiewe bedreigde leed. Die dader moet natuurlik 'n verkragtingsopset hê. Die aard van die dreigemente en teenoor wie of wat dit inderdaad gerig is, solank voldoen is aan al die misdadavereistes, behoort m.i. nie ter sake te wees nie.

(iii) Ekstensiewe werking van die afwesigheid van toestemming-gedagte:

Waar afwesigheid van toestemming by gewelddadige en leedbedreigingsverkragting bestaan in die positiewe lamlegging van die wil van die slagoffer, bestaan daar in die Suid-Afrikaanse verkragtingsreg verskyningsvorme daarvan wat meer problematies van aard is. Hier word verwys na gevalle waar toestemmingsafwesigheid nie bestaan, of hoef te bestaan, in die primêr psigies-intellektuele wilsteenstrydigheid van die slagoffer nie.

1. Geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar:

Dit is verkragting om geslagtelike gemeenskap te hou met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar. Die blote feit²¹³⁾ van geslagtelike gemeenskap is voldoende.

213) Met behoud van die ander misdadalemente.

In 1907 sê Hoofregter Innes:²¹⁴⁾ „It seems clear that in regard to charges of rape upon children, the common practice in South African courts, both here and at the Cape, has been to adopt the rule laid down by Carpzovius,²¹⁵⁾ that a child under the age of twelve years is conclusively presumed not to be able to consent to the commission of the crime of rape upon her“.²¹⁶⁾

Hierdie reël is deur ons howe gevolg.²¹⁷⁾

Die beskouing dat blote geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar 'n misdad is, was ook wetterereglik op daardie stadium nie 'n nuutjie in Suid-Afrika nie. Art. 161 van die B.T.P.C. bepaal naamlik: „Whoever carnally knows any girl under the age of twelve years, whether he believes her to be of or above that age or not, and whether she consents or not shall be imprisoned ...“.

Oor hierdie bepaling moet die volgende opgemerk word:

(i) geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar is in die Transkeise gebiede 'n afsonderlike misdad. Misdadstematies is dit in ooreenstemming met beide die Romeins-Hollandse en die Engelse reg. Die misdadinhoud is egter nie deurgaans identies nie; en

(ii) die sinsnede „whether she consents or not“ skep die indruk dat sy wel strafregtelik tot geslagtelike gemeenskap kan toestem. Hierdie beskouing is veel meer realisties as dié van die breëre Suid-Afrikaanse

214) *Socout Ally v. R.* 1907 T.S. 336 op bl. 338.

215) *Hy verwys na Carpzovius, Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Qu. 69.*

216) *Sien ook R. v. Gengen* 1902 N.L.R. 52 per Bale, H.R. op bl. 52.

217) *Sien bv. die opmerking van Price, R. in R. v. M. and another* 1950(4) S.A. 101(T) op bl. 102; *R. v. Z.* 1960(1) S.A. 739(A) per van Blerk, A.R. op bl. 742.

reg.²¹⁸⁾

Die Suid-Afrikaanse verkrachtingsregtelike reël dat 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar nie tot geslagtelike gemeenskap kan toestem nie, is aangepas en uitgebrei na ander misdade. Dit het ook toepassing gevind in die sogenaamde aanranding met die opset om te verkrag²¹⁹⁾ en onsedelike aanranding.²²⁰⁾

'n Krities-analitiese beskouing van die verkrachtingsregtelike reël dat 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar nie tot geslagtelike verkeer kan toestem nie, bring ons by die volgende:

(i) Kenmerkend van hierdie regsbeplating is dat 'n chronologiese ouderdom as uitgangspunt geneem word en dan gejuridifiseer word: 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar kan nie verkrachtingsregtelik tot geslagtelike gemeenskap toestem nie. So iets is nie onbekend aan die regswetenskap nie. Daar bestaan bv. 'n meerderjarigheidsouderdom, 'n kind onder die ouderdom van 8 jaar is nie strafregtelik aanspreeklik nie, ens.

(ii) Strafregtelike handelingsaanspreeklikheid is nie ter sprake nie.²²¹⁾

Strafregtelik²²²⁾ kan enige kind bo die ouderdom van 7 jaar handel. Sy kan dus strafregtelik aanspreeklik gehou word vir haar handelinge.

218) Sien ook de Wet en Swanepoel, bl. 477.

219) Sien Socout Ally v. R. 1907 T.S. 336 op bl. 338. Die reël is klaarblyklik ook op poging tot verkrachting van toepassing.

220) Sien Socout Ally v. R. 1907 T.S. 336 op bl. 338; R. v. Sideropoulos 1916 K.P.A. 15 op bl. 18; Sagoye v. R. 1932 N.P.A. 236 op bl. 237.

221) Ook nie die algemene privaatregtelike eteliggaaamlike handelingsbevoegdheid nie. Sien ook de Wet en Swanepoel, bl. 83 e.v. en bl. 477; Strauss, S.A.: Toestemming deur 'n Jeugdige, bl. 118.

222) Fisiek-kineties kan 'n kind natuurlik vanaf geboorte handel.

Ook kan sy gevolglik 'n strafregtelike opset²²³⁾ vorm, wat strafregtelik maar net 'n erkenning is dat sy 'n voldoende morele onderskeidingsvermoë besit.

Indien die reël gelui het dat 'n meisie onder die ouderdom van 8 jaar nie verkragtingsregtelik kan toestem tot geslagtelike gemeenskap nie, sou strafregtelike handelingsaanspreeklikheid moontlik 'n grondmotivering vir die bestaan van die reël kon gewees het.

(iii) Kan dit miskien gaan om hubaarheid? Dit moet aanvaarlik gestel word dat die begrippe „hubaarheid” en „geslagtelike rypheid” maklik verwar kan word. Hubaarheid is basies 'n normatiewe begrip en die hubaarheidsouderdom - nie noodwendig 'n chronologiese ouderdom nie²²⁴⁾ - kan van gemeenskap tot gemeenskap verskil. Geslagtelike rypheid, daarenteen, is 'n anormatiewe psigies-somatiese begrip.

In die Suid-Afrikaanse reg is die hubaarheids- en geslagtelike rypheidsouderdomme nie chronologies dieselfde nie. Die hubaarheidsouderdom vir seuns is 18 jaar en vir dogters 15 jaar.²²⁵⁾ Die geslagtelike

223) Psigies-intellektueel kan 'n opset veel vroër as 7 jaar gevorm word.

224) In die Suid-Afrikaanse Bantoereg bestaan daar bv. die reëling dat 'n persoon eers die inisiatieseremonies moet deurmaak voordat hy/sy hubaar is. Sien Olivier, bl. 1; Reuter, bl. 107. Regter Young het in die Rhodesiese gewysde R. v. Majoni 1963(2) S.A. 310(R) op bl. 310 'n probleem in hierdie verband gehad: „There is, however, no satisfactory evidence of the marriageable age of a girl according to native custom”. Sien ook Radcliffe-Brown, A.R. and Forde, D: African Systems of Kinship and Marriage, bl. 265 vir 'n soortgelyke reëling by die Ashanti van Ghana.

225) Sien art. 9 van die Wysigingswet op Huwelike, wet 51 van 1970. Art. 14(1) van die Ontugwet, Wet 23 van 1957 beskerm blykbaar onhubares onder sekere omstandighede teen geslagtelike verkeer. 'n Meisie onder die ouderdom van 16 jaar se toestemming is geen verweer op 'n aanklag van oortreding van art. 14(1) nie. Sien R. v. M. 1959(3) S.A. 332(A). Waarom in lg. art. verwoys word na seuns en meisies onder die ouderdom van 19 jaar en 16 jaar respektiewelik is onduidelik. Hierdie ouderdomsgrense, nl. dié van art. 9 van die Wysigingswet op Huwelike en art. 14 van die Ontugwet behoort in ooreenstemming met mekaar gebring te word.

rypheidsouderdom vir seuns is 14 jaar²²⁶⁾ en vir dogters 12 jaar.²²⁷⁾

Dit is duidelik dat hubaarheid nie 'n deurslaggewende oorweging kan wees nie.

(iv) Die enigste werklike substraat waarop die bestaan van hierdie reël kan steun, is die psigies-somatiese nl. dat sy nog nie geslagtelik ryp is nie. Omdat sy nie geslagtelik ryp is nie, kan sy dan nie verkrachtingsregtelik toestem tot geslagtelike gemeenskap nie.

Die **probleemvraag** is: is die chronologiese ouderdomsvasstelling op 12 jaar realisties?²²⁸⁾ Gepaardgaande hiermee: is hierdie chronologisering strafregtelik nodig?

Sielkundiges wat handel oor geslagtelike rypheid beskryf dit aan die hand van sekere psigies-somatiese veranderinge wat intree. Wattenberg²²⁹⁾ stel dit soos volg: „Sometime during their early teens, most girls undergo physical puberty. Their menstrual cycles become established; they become capable of conceiving children. A little later, on the average, the boys also come to maturity. As their gonads pro-

226) Sien bv. *The State v. Jeremy* 12 L.C.J. 231 per die Villiers, H.R. op bl. 232.

227) In Inst. 1.22.1 word ook na meisies onder die ouderdom van 12 jaar verwys as synde nie viripotentes nie. Art. 1 van Wet 37 van 1899(N) bepaal: „Any person unlawfully carnally knowing a girl under the age of fourteen years shall be guilty of the crime of Rape...”. Hierdie wet is herroep deur die Meisies en Geestelik Gekrenkte Vrouwen Bescherms Wet, Wet 3 van 1916. Sien ook R. v. Duka 4 C.C. 129(N) en R. v. Msikondi 1 C.C. 68(N). Sien verder art. 1(1) van die herroepe Kaapse Wet, die Criminal Law Amendment Act, Wet 25 van 1893 waarin geslagtelike gemeenskap met 'n meisie van 12 en 13 jaar strafbaar gemaak word.

228) Sien ook van Leeuwen, Het Roomsche Hollandsche Recht, 4.1 se opmerkings hieroor.

229) Wattenberg, W.W: The Adolescent Years, bl. 278.

duce sperm, they feel the quickened sexuality in the form of seminal emissions at night and, on many occasions, an excitement resulting in erections".²³⁰⁾

Nêrens word 'n chronologiese ouderdomsgrens gestel nie. Die reël is psigies-somaties en funksioneer binne 'n chronologiese verskeidenheidsraamwerk. Jersild verduidelik in dié verband:²³¹⁾ „The chronological age at which any given development appears and the interval between the appearance of one feature and another vary considerably from individual to individual“.

Donovan²³²⁾ wys op die volgende voorbeelde van „true precocious puberty in children“:

(a) Anna Mumenthaler het reeds op die ouderdom van 2 jaar begin menstrueer en het geboorte geskenk aan 'n kind op die ouderdom van 9 jaar; en

(b) Lina Medina, 'n Peruaanse meisie, het op die ouderdom van 8 maande begin menstrueer en 5 jaar later geboorte geskenk aan 'n kind.

Dit is duidelik dat 'n chronologiese vaspenning²³³⁾ van die geslagtelike rypheidsouderdom nie realisties is nie.²³⁴⁾

Bestaan daar egter 'n aanvaarbare alternatief?

In strafgedinge is dit soms nodig om 'n persoon se chronologiese

230) Sien ook Rogers, D: The Psychology of Adolescence, bl. 78; Jersild, A.T: The Psychology of Adolescence, bl. 71.

231) Bl. 71.

232) Donovan, B.T: The Timing of Puberty, bl. 55.

233) In die onderskeie regstelsels wat ons bestudeer het, bestaan daar ook geen eenstemmigheid nie.

234) Strauss, bl. 116 e.v. gooi klaarblyklik die hele aangeleentheid oor die boeg van 'n psigies-intellektuele wilsidee. Wat hy skynlik nie raak sien nie, is dat die belangrike substraat, in hierdie geval, in die psigies-somatiese geslagsrypheid geleë is.

ouderdom te bepaal. Dit word dikwels gedoen met behulp van mediese getuienis.²³⁵⁾

Waarom kan 'n meisie se geslagtelike ryphed, of nie, nie ook bepaal word deur mediese of ander getuienis nie? In bepaling hiervan kan 'n mens maklik gelei word deur die bestaan, of nie, van sekere eks-terne liggaamlike eienskappe. Dit word voorgestel dat so 'n reëling strafregtelik meer aanvaarbaar is, omdat dit moreel beter verantwoord is. Die gangbare kritiek, sedert die Romeinse reg,²³⁶⁾ nl. dat 'n ondersoek na die geslagtelike ryphed, of nie, van 'n meisie vernederend is, of kan wees, is nie oortuigend nie, want 'n verkrachtingslagoffer word tóg in die reël medies ondersoek.

'n Volgende vraag is: moet die dader weet dat die meisie geslagtelik onryp is?

Die feit dat verkrachting 'n opsetsmisdaad is, behoort hierdie probleem op te los. Die dadersopset moet die kennis aangaande die slagoffer se geslagtelik onrypheid insluit. Dolus eventualis is voldoende.

Is die meisie geslagtelik ryp, kan art. 14 van die Ontugwet van toepassing wees.

(v) Kan die Suid-Afrikaanse regsreël dat geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar verkrachting daarstel, gemeenregtelik geregverdig word?

235) Sien art. 383 van die Strafproseswet, Wet 56 van 1955 en art. 163 van die B.T.P.C. Sien verder R. v. Botha and another 1947(2) S.A. 128(K); R. v. Langa 1957(2) P.H.H. 233(N); R. v. Matipa and others 1959(2) S.A. 396(T); R. v. Malevu 1961(1) S.A. 284(N); R. v. Sibiyi 1964(2) S.A. 379(N). Sien ook Hardie en Hartford, bl. 34.

236) Sien bv. van Bynkershoek, 3.24.

In die genoemde gewysde van Socout Ally v. R. verwys hoofregter Innes na Carpzovius, Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Qu. 69.

Uit ons bespreking van die Romeins-Hollandse reg het dit duidelik geblyk dat Carpzovius verkragting primêr as 'n geweldsmisdad gesien het.²³⁷⁾

De Wet en Swanepoel²³⁸⁾ wys tereg daarop dat Carpzovius deur ons houe onjuis geïnterpreteer is. Quaestio 69 handel oor De Poena Stupri en nie oor stuprum violentum nie. In Quaestio 75 word lg. behandel.

Carpzovius verklaar dat iemand wat stuprum pleeg met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar, gestraf moet word met lyfstraf en verbanning.²³⁹⁾ Hy voeg ook by: adeoque poenae huic subijcitur, qui puellam violentam ac consentientam stuprat.²⁴⁰⁾ Dit moet toegegee word dat Carpzovius dit wat hy wil sê, nie op die suiwerste manier sê nie. Wat egter duidelik blyk is dat hy nie hier handel oor gewelddadige geslagtelike gemeenskap nie. Onmiddellik na die bespreekte teks sê hy dan ook: Nam qui puellam vi stuprat, gladio puniri debet.²⁴¹⁾

Wat Carpzovius wel doen, is hy beskou geslagtelike gemeenskap met 'n dogtertjie onder die ouderdom van 7 jaar as geslagtelike gemeenskap

237) Sten bl. 38 hierbo.

238) Bl. 83 (voetnoot 154).

239) Qu. 69.39. Carpzovius (van Hogendorp se verwerking) Hfst. 68.20: „Ten anderen, deeze straf zal ook ophouden, zo iemand eene onhuurbare dochter (welke het twaalfde jaar haers ouderdoms nog niet vervuldt heeft) hoezeer ook met haaren wille en toestemminge, onteerd hebbe; die slegs met geeselinge en eeuwig bannissement gestraft wordt“. Die straf waarna hier - „deeze straf“ - verwys word, is die doodstraf.

240) Qu. 69.39.

241) Qu. 69.41.

sonder toestemming.²⁴²⁾ Quia enim ejusmodi infantula consentire nequit.²⁴³⁾

Dit is duidelik dat Carpozovius deur ons howe verkeerd geïnterpreteer is. Waarom slegs dié spesifieke werk van Carpozovius geraadpleeg is, is nie duidelik nie. Ons ou skrywers is dit in elk geval eens dat geslagtelike gemeenskap met 'n impubes onder die misdad gekwalifiseerde stuprum val.²⁴⁴⁾

Omdat die beskermde belang i.g.v. geslagtelike gemeenskap met geslagsonrypes heeltemal iets anders is as gewelddadige (en geweldsbedreigende) geslagtelike gemeenskap behoort dit m.i. 'n afsonderlike misdad te wees. In die meeste regstelsels is dit dan ook die geval.

2. Geslagtelike gemeenskap met geestelik versteurde vroue:

'n Vrou is 'n idiot, 24 jaar oud, doof, feitlik stom en haar linkerarm asook 'n gedeelte van haar linkerbeen is verlam. Met genoemde vrou word geslagtelik verkeer. Dit is kortliks die feite van 'n vroeë. Suid-Afrikaanse gewysde.²⁴⁵⁾ Regter Fawkes verduidelik die reg soos volg aan die jurie:²⁴⁶⁾ „I shall direct you that if you are satisfied that the girl is in such a state of idiotcy as to be incapable of expressing consent or dissent, and that the prisoner had or attempted

242) Qu. 69.41. H^{et}. 68.21, van Hogendorp se verwerking, lui soos volg: „'t En zy iemand zich met een dochterke van een, twee, drie, vier, vyf of ses jaaren vermengd hebbe. Want, dewyl zulk een kindeke buyten staat is eenige toestemminge te geeven, als hebbende geene de minste bevatting, wordt dus daanige onteering gehouden veel eer door geweld, dan wel by wege van toestemminge, gepleegd te zyn. En moet gevolglik de onteerer met de doodstraffe worden aangedaan”.

243) Sien ook Qu. 75.38.

244) Sien bl. 56 e.v. hierbo.

245) R. v. Kalil Katib 1904 O.R.C.I. Sien ook R. v. Manembe I.C.C. 86(N).

246) Q. bl. 2.

to have connection without her consent, you should find him guilty of rape or of the attempt, but a consent produced by mere animal instinct is sufficient consent to prevent the act from constituting a rape or an attempt at rape".²⁴⁷⁾

Hieroor kan die volgende opgemerk word:

(i) Ter ondersteuning van sy opdrag aan die jurie verwys die regter na die Engelse regspraak.²⁴⁸⁾ Die normskeppende sinsnede „a state of idiotcy as to be incapable of expressing consent or dissent" is 'n verbatim oorskrywing uit die Engelse gewysde *R. v. Barrat*.

In die Romeins-Hollandse reg sou so 'n geval onder gekwalifiseerde stuprum geval het.²⁴⁹⁾ Die hof volg egter uitdruklik die Engelse reg en verbreed daardeur die Suid-Afrikaanse verkrachtingsmisdaad.

(ii) Die hof gaan egter verder as hy verklaar dat 'n „consent produced by mere animal instinct" voldoende is om verkrachtingsregtelike aanspreeklikheid uit te skakel. Die aangehaalde sinsnede bevat 'n basiese anomalie: kan „consent" en „instinct" versoen word? Is die mens - 'n subjek ook in die normatiewe werklikheid - se toestemming prinsipiël vergelykbaar met die dier - slegs 'n subjek in die anormatiewe wêreld - se instink?

Daar bestaan 'n duidelike prinsipiële onderskeid tussen toestemming en instink: eersgenoemde is 'n psigies-intellektuele (analitiese) begrip en laasgenoemde is 'n psigies-somatiese (biologiese) begrip.

Dit word voorgestel dat, aangesien slegs die mens binne die perso-

247) Kalil Katib is skuldig bevind aan poging tot verkrachting.

248) Hy verwys na *R. v. Fletcher* 10 Cox C.C. 248 en *R. v. Barrat* 12 Cox C.C. 498. Sien ook bl. 116 hierbo.

249) Sien bl. 56 e.v. hierbo.

nologiese verkragtingstruktuur funksioneer,²⁵⁰⁾ die dierewêreld, in sy natuurkundige intaktheid, nie sonder meer in die strafregtelike persoonologie (subjektologie) ingetrek word nie.

In die gewysde *R. v. Ryperd Boesman*²⁵¹⁾ het die hof bevind dat die slagoffer „an idiot without any human intelligence and thus incapable of giving any consent” was. Regter Hoexter presisiseer die toepaslike regsnorm soos volg: „If ... a man has unlawful intercourse with a woman who is so devoid of reason that she cannot exercise any judgment at all on the question whether she will consent to or dissent from such intercourse, the man is in law guilty of rape”.²⁵²⁾

Probleemskeppend is art. 15 van die Ontugwet²⁵³⁾ wat 'n misdad op die periferieë van hierdie verkragtingsvorm skep. Dié artikel lui soos volg:

„Iemand wat -

(a) met 'n vroulike²⁵⁴⁾ idioot of swaksinnige ontug gepleeg of probeer pleeg in omstandighede wat nie op verkragting neerkom nie; of

(b) met so 'n vrouspersoon 'n onsedelike of onbehoorlike daad pleeg of probeer pleeg; of

(c) so 'n vrouspersoon uitlok of aanlok om 'n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg, is, wanneer bewys word dat daardie persoon ge-

250) Beide die dader en die slagoffer moet tog immers mense wees.

251) 1942(1) P.H.H. 63 (S.W.A.).

252) Die „sosiale tragiek” verbonde aan gevalle soos hierdie, is dat sulke vrouens nie regsgeldig geslagtelik gemeenskap kan hou nie. 'n Alternatief sou wees dat hulle trou, maar hulle kan ook nie regsgeldig tot 'n huwelik toestem nie. *Sien Langa v. Langa* 1945 A.A. 332.

253) Wet 23 van 1957. *Sien ook Hardie en Hartsford* bl. 41 e.v.; *R. v. Dimane* 1940 T.P.A. 372 op bl. 373; *R. v. S.* 1951(3) S.A. 209(K) op bl. 211.

254) Waarom slegs 'n vroulike idioot en swaksinnige teen ontugpleging (sien art. 1(vii) van dieselfde wet) beskerm word, is nie duidelik nie. Ook 'n manspersoon behoort onder dié omstandighede beskerm te word.

weet het dat die vrouspersoon 'n idioot of swaksinnige was,²⁵⁵⁾ aan 'n misdryf²⁵⁶⁾ skuldig.²⁵⁷⁾

Die bepaling van die grenslyn tussen hierdie misdaad en bobespreekte verskyningsvorm van verkragting is problematies.

Deur navolging van die Engelse reg is die Suid-Afrikaanse reg ook in hierdie verband in sistematiese chaos gedompel. In die Romeins-Hollandse reg is daar slegs 'n enkele vraag gevra: is die slagoffer 'n mente capta (of watter begrip ookal gebruik is)?²⁵⁸⁾

In die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg moet twee vrae beantwoord word:

(i) is die slagoffer geestelik so defektief dat sy nie verkragtingsregtelik kan toestem nie; en

(ii) in geval van 'n positiewe antwoord op (i), is sy vir die doeleindes van art. 15 geestelik defektief, d.w.s. 'n idioot of 'n swaksinnige?

Dit word voorgestel dat bobespreekte verskyningsvorm van verkragting deurgehaal word en dat slegs 'n enkele misdaad wat geesteskrankes beskerm geskep word.

255) Sien ook R. v. Reid 1942 N.P.A. 410.

256) Volgens art. 22(f) is die straf vir oortreding van dié art. hoogstens 6 jaar gevangenisstraf en/of hoogstens R1000 boete.

257) Art. 74 van die Wet op Geestesgebreken, Wet 38 van 1916, maak ook strafbaar geslagtelike gemeenskap met 'n, onder dié wet beskrewen, vroulike pasiënt. Kragtens art. 75 is die straf vir oortreding van art. 74 tot 3 maande gevangenisstraf of 'n sekere boete. Art. 74 oorvleuel inderdaad art. 15 van die Ontugwet. Hierdie posisie behoort in hersiening geneem te word.

258) In die Romeins-Hollandse reg is dit behandel onder die misdaad gekwalifiseerde stuprum. Sien bl. 56 e.v. hierbo. Sien ook vir dieselfde reëling in die Duitse en Noorweegse regstelsels hierbo op bl. 81 en bl. 90 respektiewelik.

Wanneer 'n persoon strafregtelik as beskermingswaardig geesteskrank beskou moet word, is 'n vraag wat moeilik is om te beantwoord.²⁵⁹⁾ Die regs wetenskap sal hom in dié geval moet laat lei deur die psigiatrie. Die reëlsnorm behoort gerig te wees op die beskerming van persone wat a.g.v. hulle geesteskrankheid maklik vir doeleindes van geslagtelike bevrediging deur andere uitgebuit kan word. Die graad van geesteskrankheid behoort wel straftoemeteringsregtelike waarde te hê.

3. Geslagtelike gemeenskap met slapende of andersins onmagtige vroue:

In die gewysde R. v. Ryperd Boesman²⁶⁰⁾ sê regter Hoexter dat onreëmatige geslagtelike gemeenskap met 'n vrou wat aan die slaap is of onder invloed van verdowingsmiddels is,²⁶¹⁾ in ons reg verkragting is.

In R. v. C.²⁶²⁾ het C geslagtelike gemeenskap gehou met 'n slapende vrou.²⁶³⁾ C is dan ook skuldig bevind aan verkragting.

In R. v. K.²⁶⁴⁾ is geslagtelike gemeenskap gehou met 'n dronk vrou. Appèlregter Schreiner argumenteer soos volg:²⁶⁵⁾ „The position is more difficult in cases where the woman has been defrauded into consenting and more difficult still when her mind is affected by the accused's

259) Sien m.b.t. probleme wat kan opduik R. v. Dimane 1940 T.P.A. 372; R. v. S. 1951(3) S.A. 209(K); Nkosi v. S. 1967(1) P.H.H. 112(T). Sien oor die algemeen Hardie en Hartford, bl. 41 e.v.

260) 1942(1) P.H.H. 63(S.W.A.).

261) Die regter verwys na Carpozovius, Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Qu. 69 en sê dat al die misdade wat Carpozovius stuprum involuntarium noem, in ons reg verkragting is.

262) 1952(4) S.A. 117(0).

263) C het ook, soos uit die uitspraak blyk, die slagoffer se man persoonlîseer.

264) 1958(3) S.A. 420(A).

265) Op bl. 421.

threats or fraud, by a pre-existent disability, such as that produced by mental disease, hypnosis, drugs or intoxicating liquor. In such cases there may be, and in the case of intoxication there certainly is, a wide range of degrees of disability. At the one end of the scale, if the woman is insensible from any cause she clearly cannot be a consenting party, nor is it easy to see how the impression could arise that she was consenting. At the other end of the scale is the case where the woman is only slightly affected by liquor. It may be that her judgement, moral as well as intellectual, is in a measure impaired, but it would be going too far to say in such cases that, although by words or conduct she could convey the impression of consent, such impression was really false, and consent must be taken to have been absent. It is no doubt reprehensible for a man to have connection with a woman if he has reason to think that her consent to intercourse is in any degree the result of her having taken intoxicants, and it is certainly more reprehensible if he has induced her to take the intoxicants with the object of making her more pliant. But the law does not make such conduct the offence of rape".

Appèlregter Schreiner, met wie appèlregter Malan en waarnemende appèlregter Reynolds saamgestem het, verkies om die begrip afwesigheid van toestemming nie, vir die geval waar 'n persoon geslagtelik verkeer met 'n dronk vrou, verkrachtingsregtelik nader te omskryf nie.²⁶⁶⁾ Die regter verduidelik dat in geval 'n vrou „insensible" is a.g.v. drankinnome, toestemming duidelik afwesig sal wees, maar hy wys verder daarop dat dit nie die enigste geval is waar toestemming a.g.v. drankinnome afwesig kan wees nie. „But when, in any particular case, this

266) Bl. 421.

stage has been reached must in my view remain a question of fact and cannot usefully be made the subject of further definition".²⁶⁷⁾

Appèlregter Steyn, waarmee appèlregter van Blerk saamgestem het, wil afwesigheid van toestemming in dié verband nader omskryf. Vir hom is die vraag wanneer toestemming afwesig is, 'n „regs vraag”.²⁶⁸⁾

Volgens appèlregter Steyn is daar „twee geopperde sienswyses” wat die beantwoording van die vraag betref: die „een is dat die vrouspersoon geestelik so onmagtig moet wees dat sy geen uiting aan 'n weiering of toestemming kan gee nie; die ander is dat dit voldoende is dat haar dronkenskap so ver gevorder het dat sy nie meer kan beseef wat sy doen nie, al sou sy nie onbewus wees van wat plaasvind nie en al sou sy nog instaat wees tot uiterlike gedrag of die uitspraak van woorde wat toestemming sou te kenne gee”.²⁶⁹⁾ Die regter kom tot die slotsom dat laasgenoemde sienswyse ons reg verteenwoordig.²⁷⁰⁾

Die minderheidsbeskouing van regters Steyn en van Blerk moet, met respek, onderskryf word. Die verkrachtingsreg behoort te sê wat dit onder afwesigheid van toestemming verstaan.

• Geslagtelike gemeenskap met onmagtiges behoort,²⁷¹⁾ natuurlik met

267) Bl. 422.

268) Bl. 423.

269) Bl. 423.

270) Bl. 426.

271) Stende dat slegs penetrasie in ons reg voldoende is om geslagtelike gemeenskap daar te stel, bestaan daar geen rede waarom 'n vrou nie so 'n misdadig met 'n man kan pleeg nie.

behoud van die ander misdaadelemente, 'n afsonderlike misdaad te wees. Die norm voorgestel deur appèlregter Steyn in R. v. K. is m.i. baie dieselfde, hoewel verskillende terme gebruik word, as dié in die Duitse²⁷²⁾ en Nederlandse reg,²⁷³⁾ en is as sodanig aanvaarbaar. Onmagtigheid sluit egter meer in as 'n toestand veroorsaak deur drankinname. Dit slaan op enige toestand, anders as geesteskrankheid bo genoem,²⁷⁴⁾ waarin die slagoffer verkeer waarin sy nie meer beseft wat sy doen nie. Om afwesigheid van toestemming behoort dit m.i. egter nie te gaan nie.

So 'n misdaad verdien 'n hoër strafmaksimum.

4. Geslagtelike gemeenskap deur bedrieglike voorstelling:

In R. v. Mahomed Rahanan²⁷⁵⁾ het M.R. die slagoffer wysgemaak dat hulle regsgeldig getroud is. Die slagoffer stem, onder die indruk dat sy met hom getroud is, toe tot geslagtelike gemeenskap. In sy uitspraak verwys regter Russell met goedkeuring na art. 159 van die B.T.P.C.²⁷⁶⁾ en bevind dat daar geen „false or fraudulent misrepresentation of the nature and quality of the act“ was nie. Nieteenstaande die verwysing na die B.T.P.C. moet, in die lig van ons gemeenereg, toegegee word dat ons nie hier met verkragting te doen het nie.

W bring 'n getroude vrou onder die indruk dat hy 'n verlegging van haar baarmoeder kan herstel deur met haar geslagtelike gemeenskap te

272) Sien bl. 81 hierbo.

273) Sien bl. 69 hierbo.

274) Sien bl. 199 hierbo. Die begrip „geesteskrankheid“ dra in dié verband 'n element van permanensie. „Onmagtigheid“ verwys na 'n toestand wat meer tydelik van aard is.

275) 1929 S.R. 17. Sien ook die Australiese gewysde Papadimitropoulos v. R. (1957) 98 C.L.R. 298 wat bespreek word deur Koh op bl. 95.

276) Sien bl. 139 hierbo.

voer.²⁷⁷⁾ Regter Pittman bevind dat die slagoffer bekend was met die aard van geslagtelike gemeenskap en sy was in elk geval slegs bedrieg t.o.v. die deur die dader beoogde resultaat. W. is gevolglik onskuldig bevind aan verkragting.

K, 'n toordokter, bring 'n vrou onder die indruk dat hy, deur met haar geslagtelike gemeenskap te hou, haar van onvrugbaarheid sal genees.²⁷⁸⁾ Regterpresident Quènet bevind dat „the misrepresentation did not relate to what was intended, but only as to the results which would follow“.²⁷⁹⁾ Die woorde „what was intended“ beteken, geles in die uitspraakverband, „misrepresentation as to the act“.²⁸⁰⁾ K word, gemenergeltelik ook suiwer, aan verkragting onskuldig bevind.

In R. v. C.²⁸¹⁾ sê waarnemende regter Groblers:²⁸²⁾ „Ek is van mening dat die regsbeginnsels soos uiteengesit in Gardiner en Landsdown,²⁸³⁾ ... juis is, want ek beskou dat dit nie gesê kan word dat 'n persoon wat gemeenskap verkry met 'n vrou deur valslik voor te gee dat hy haar man is, daarop kan aanspraak maak dat sy ingestem het om met hom geslagsverkeer te hê nie. Die toestemming van 'n vrou wat verhoed dat vleeslike gemeenskap met haar verkragting vorm, verg nie alleen 'n gemoedstoestand van bereidwilligheid om die daad te doen nie, maar vereis die gewilligheid om dit met die betrokke man te doen“.

277) R. v. Williams 1931(1) P.H.H. 38(O.D.).

278) R. v. K. 1966(1) S.A. 366 (R.,A.).

279) Bl. 368. Die regter verwys na verskeie Engelsregtelike gewysdes en na die Suid-Afrikaanse gewysde R. v. Mahomed Rahanan en R. v. Williams wat so pas bespreek is. Cross, A.R.N., Buxton, R.J. en Tapper, C: Criminal Law, Evidence and Procedure, bl. 194 wys in 'n bespreking van dié gewysde (R. v. K.) daarop dat die Engelse reg daarin toepassing gevind het.

280) Sten ook bl. 367 van die uitspraak.

281) 1952(4) S.A. 117(0). Sten ook R. v. Aaron 1913 N.H.C. 86.

282) Bl. 120.

283) Die waarnemende regter verwys ook met goedkeuring na art. 159 van die B.T.P.C.

Uit ons gewysdereg kan die volgende reëls dan onttrek word: geslagtelike gemeenskap verkry deur bedrieglike voorstellinge kan verkrachtingsregtelike toestemming uitsluit (i) as die slagoffer ten opsigte van die aard van die handeling mislei is; of (ii) as sy bedrieg word t.o.v. die dadersidentiteit.

Ad(i): In dié verband het die reëling van die B.T.P.C. in ons reg inslag gevind.²⁸⁴⁾

Ad(ii): Die Suid-Afrikaanse reg het in dié verband voortgebou op die B.T.P.C. en die Engelse reg. In die Engelse reg en ook volgens art. 159 van die B.T.P.C. is slegs bedrieglike persoonifisering van 'n vrou se eggenoot as verkrachting strafbaar, maar in die bbespreekte gewysde, R. v. C., is die reël so wyd gestel dat dit alle bedrieglike voorstellinge t.o.v. die dadersidentiteit omvat.

Dit word voorgestel dat 'n afsonderlike misdood met geslagtelike gemeenskap verkry deur bedrieglike voorstellinge, met die huidige Suid-Afrikaanse reg as basis, geskep word.

Problematies is art. 11 van die Ontugwet, Wet 23 van 1957: „Iemand wat met enige ander persoon saamsweer om 'n vrouspersoon onder valse voorwendsels of op ander bedrieglike wyse oor te haal om 'n manspersoon toe te laat om met haar ontug²⁸⁵⁾ te pleeg, is aan 'n misdryf skuldig“.²⁸⁶⁾

284) Sien ook bl. 139 hierbo.

285) Volgens art. 1 van dié wet beteken „ontug“ buite-egtelijke geslagtelike gemeenskap.

286) Sien ook Milton, J.R.L: South African Criminal Law and Procedure, Vol. III, Statutory Offences, bl. 358.

Hierdie misdaad kan slegs verwys na sameswering tot bedrieglike optredes, anders as wat verkragting of crimen injuria²⁸⁷⁾ sou daarstel, want sameswering tot die pleeg van verkragting en crimen injuria is afsonderlike misdade.²⁸⁸⁾

Ander bedrieglike voorstellinge waardeur geslagtelike gemeenskap bekom word, is egter nie strafbaar nie. Die enigste gevolgtrekking wat gevolglik gemaak kan word, is dat 'n sameswering tot die pleeg van 'n sekere handeling strafbaar is, maar nie die handeling self nie. Hierdie posisie behoort hersien te word.

(iv) Wanneer moet afwesigheid van toestemming bestaan?

X hou geslagtelike gemeenskap met 'n bewustelose vrou, Y. X weet sy is bewusteloos en sy het ook nie vroeër toegestem tot genoemde geslagtelike gemeenskap nie. X pleeg, soos bo uiteengesit, verkragting.

Veronderstel Y herwin haar bewussyn en heg haar goedkeuring aan X se optrede, is hy nog skuldig aan verkragting? Gemene regtelike beginsels toegepas, sou ons by 'n positiewe antwoord bring.²⁸⁹⁾

Afwesigheid van toestemming moet by penetrasie bestaan.²⁹⁰⁾

(g) Misdadvoorwaardelikheid:

In *R. v. T.*²⁹¹⁾ is die feite soos volg: T het gewelddadig en teen

287) Sien ook bl. 218 hieronder.

288) Sien art. 18(2)(a) van die Wet op Oproerige Byeenkomste, Wet 17 van 1956. Die maksimum straf vir verkrachtingsameswering is die doodstraf en dié vir oortreding van art. 11 van die Ontugwet is, volgens art. 22(d), tot 5 jaar gevangenisstraf.

289) Sien bl. 47 hierbo.

290) Sien ook Strauss, Toestemming, bl. 197.

291) 1940 K.P.A. 14.

haar wil met sy stiefdogter geslagtelike gemeenskap gehad. Hy word aangekla van beide verkragting en bloedskande. Regter Sutton bevind:²⁹²⁾

„In this particular case the accused's conduct, in substance, constitutes one offence; there is only one act, and, therefore, it seems to me, he cannot be found guilty of more than one of these charges". T word aan verkragting skuldig bevind, want „(in) this case it is the more serious offence because there is no blood relationship between him and the complainant".²⁹³⁾

Veronderstel die slagoffer was T se eie dogter en hy is skuldig bevind aan bloedskande. Kan nou gesê word dat T verkragting gepleeg het? Strafregtelik gesproke het T nie verkragting gepleeg nie, want, siende dat hy reeds aan bloedskande skuldig bevind is, kan hy nie ook skuldig wees aan verkragting nie.²⁹⁴⁾ In die „oë" van die Strafrege het T dus nie verkragting gepleeg nie.

Daar bestaan dus 'n element van voorwaardelikheid. T het verkragting gepleeg, behalwe as hy skuldig bevind is aan bloedskande of onder sekere omstandighede 'n ander misdaad.²⁹⁵⁾ Hierdie reël het nie slegs strafprosesregtelike of straftoematingsregtelike betekenis nie, want 'n persoon wat aan bloedskande of genoemde ander misdaad skuldig of onskuldig bevind is, kan nie (dit is 'n strafregtelike onmoontlikheid)²⁹⁶⁾ aan

292) Bl. 15.

293) Bl. 16.

294) Sien ook S. v. Grobler en 'n ander 1966(1) S.A. 507(A).

295) Soos bv. art. 14 of art. 16 van die Ontugwet, 1957. Sien ook art. 382 van die Strafproseswet, Wet 56 van 1955. Pleite van outrefois acquit of convict sou slaag as 'n persoon, nadat hy van art. 14, art. 16, bloedskande of art. 161 van die B.T.P.C. aangekla is en weer daarna vir dieselfde handeling (geslagtelike gemeenskap), vir verkragting aangekla word.

296) Word T, in bogenoemde hipotetiese voorbeeld, skuldig bevind aan bv. bloedskande, word sy handeling terugwerkend irrelevant vir die doeleindes van verkragting. Strafregtelik gesproke was daar dus nie verkragting gepleeg nie.

verkragting skuldig bevind word as slegs een handeling (geslagtelike gemeenskap) genoemde misdade, of van hulle, behalwe vir die onderhawige oorweging, tot stand gebring het nie.²⁹⁷⁾

(h) Straf:

Die doodstraf het as maksimumstraf vir verkragting behoue gebly.²⁹⁸⁾

Art. 1 van Wet 27 van 1887(N) het die doodstraf vir verkragting in Natal verpligtend gemaak. In 1898²⁹⁹⁾ is die doodstraf ook in Natal diskresionêr gemaak en in lyn gebring met die reëling in die meerderheid ander Suid-Afrikaanse gebiede.³⁰⁰⁾

In die Transkeise gebiede is die maksimum straf vir verkragting,³⁰¹⁾ asook geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar,³⁰²⁾ „imprisonment with or without hard labour, for a term which may extend to twenty years, or with or without flogging or whipping or fine, or any two or more of such punishments.“³⁰³⁾ In die Transkeise gebiede word die doodstraf dus nie opgelê vir verkragting nie.

In R. v. S.³⁰⁴⁾ sê hoofregter Fagan³⁰⁵⁾ „A judge pronouncing sentence has a very wide discretion in having regard to factors which, in

297) Sien ook S. v. Grobler en 'n ander 1966(1) S.A. 507(A).

298) Sien bl. 49 hierbo. Sien ook art. 330(1) van die Strafproseswet, wet 56 van 1955; R. v. Tondo 1910 O.D. 190 op bl. 191. Sien verder art. 89(2) van die Wet op Landdroshowe, wet 32 van 1944.

299) Art. 2 van Wet 22 van 1898(N). Dit blyk dat die Natalse hof nie daarna maklik die doodstraf opgelê het nie. Sien R. v. Marakana 4 C.C. 127(N).

300) Sien ook R. v. Taleke (1886) 5 E.D.C. 180 per Barry, R.P. op bl. 182.

301) Art. 159.

302) Art. 161.

303) Sien ook art. 160 en art. 162 t.o.v. die straf vir poging tot verkragting en geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar respektiewelik.

304) 1958(3) S.A. 102(A).

305) Bl. 106.

his opinion, may be either favourable or unfavourable to the convicted person ...".

Ons regspraak leer dat die volgende faktore 'n invloed op straftoemeting het:

(i) vorige veroordeling,³⁰⁶⁾ veral t.o.v. verwante gewelds- en/of geslagsmisdade, word straftoemetingsregtelik as ongunstig vir die skuldige beskou,³⁰⁷⁾

(ii) die feit dat die slagoffer 'n immigrant is, is nie 'n relevante faktor nie,³⁰⁸⁾

(iii) „rape upon a prostitute, for example, though it is a crime of rape, would not ordinarily call for a penalty of equal severity to that imposed for rape upon a woman of refinement and good character.”³⁰⁹⁾

(iv) jeugdigheid van die slagoffer is 'n strafverswarende faktor³¹⁰⁾ en jeugdigheid van die dader 'n strafversagende.³¹¹⁾ Hoë ouderdom van die slagoffer behoort ook 'n strafverswarende faktor te wees;

(v) waar die slagoffer ernstig beseer is, word die dader swaarder gestraff,³¹²⁾ en

306) Gebhard, P.H., Cagnon, J.H., Pomeroy, W.B. and Christenson, C.V.: Sex Offences. An Analysis of Types, na 'n intensiewe studie van „sexual aggression against adult females”, verklaar op bl. 1073: „The majority of aggressors v. adults may be succinctly described as criminally inclined men who take what they want, whether money, material, or women, and their sex offences are by-products of their general criminality”. Sien ook Drukker, bl. 115.

307) R. v. S. 1958(3) S.A. 102(A) op bl. 106; Cecilia and another v. S. 1971(2) P.H.H. 114 (R.,A.).

308) R. v. S. 1958(3) S.A. 102(A) op bl. 106.

309) R. v. Sibanda 1958(3) S.A. 1(A) op bl. 6.

310) R. v. Ramanka 1949(1) S.A. 417(A) op bl. 420.

311) S. v. V. 1972(3) S.A. 611(A) op bl. 623.

312) R. v. Ramanka 1949(1) S.A. 417(A) op bl. 421. Die nadelige stelselkundige effek wat die verkragting op die slagoffer het, behoort straftoemetingsregtelik teen die dader te tel. Sien S. v. MacVay en van Wyk Nov. 1969(W), ongerapporteerde.

(vi) dronkenskap van die dader by die pleeg van die misdaad het, behalwe as die dader hom met die doel om die misdaad te pleeg in so 'n toestand gebring het, 'n strafversagtende werking.³¹³⁾

Van der Linden en ander Romeins-Hollandse juriste se beskouinge is hierbo³¹⁴⁾ reeds bespreek.

Ten opsigte van straftoemeting by verkragting verdien die volgende opgemerk te word:

(i) feite wat buite die kennis van die dader geleë is, behoort nie by straftoemeting as strafverswarend in aanmerking geneem te word nie. Dit wat hy egter as 'n werklike moontlikheid voorsien het, behoort wel as sodanig in aanmerking geneem te word;

(ii) ernstige sielkundige afwykinge³¹⁵⁾ by die dader behoort, met behoud van die algemene reëls van strafregtelike aanspreeklikheid, strafversagtend te werk;

(iii) lyfstraf behoort slegs opgelê te word i.g.v. gewelddadige of geweldsbedreigende verkragtinge³¹⁶⁾ en

(iv) die doodstraf behoort as straf vir verkragting te verval.³¹⁷⁾

313) Sien R. v. Bourke 1916 T.P.A. 303 op bl. 307. Sien bl. 168 hierbo.

314) Sien bl. 50 hierbo.

315) Vergelyk bv. die geval wat Allen, C: A Textbook of Psychosexual Disorders op bl. 276 bespreek.

316) Volgens art. 344 d's (a) van die Strafproseswet, wet 56 van 1955 en artt. 159 en 161 van die B.T.P.C. kan lyfstraf ook opgelê word waar die geslagtelike gemeenskap sonder geweld geskied. Regter Van den Heever se opmerkings in R. v. Taling 1942 O.P.A. 264 op bl. 265 moet onderskryf word: "In general my revulsion from corporal punishment increases; but not in cases where punishment must be meted out to those guilty of offences of unprovoked violence or of bestial and wanton cruelty ... Such conduct is often due to inability to imagine the sufferings of others; and the lack must therefore be supplemented by experience".

317) Sien oor die algemeen Postma, S: Die Doodstraf in Oenskou, en veral bl. 15; Kahn, E: The Death Penalty in South Africa, bl. 108 e.v.

Die verkrachtingsleed, vanaf die slagoffer en die gemeenskap se kant gesien, kan m.i. nooit teen die menslike lae opgeweeg word nie.

II. POGING TOT VERKRAGTING.³¹⁸⁾

Die Suid-Afrikaanse reg m.b.t. verkrachtingspoging word gekenmerk deur terminologiese verwarring. Reeds vir 'n geruime tyd word twee terme gebruik om die verkrachtingspoging, óf in geheel óf aspektelik, te beskryf, nl. (i) aanranding met die opset om te verkrag („assault with the intent to commit rape”) en (ii) poging tot verkragting („attempted rape”).

Ad(i): Hoewel die Romeins-Hollandse reg nie die begrip aanranding met die opset om te verkrag as sodanig geken het nie, het die Engelsregtelike begrip tog plek in ons reg gekry.³¹⁹⁾ In die ou wetgewingstukke kom dit dikwels voor.³²⁰⁾ In 'n ou Natalse wet³²¹⁾ word die begrip „poging tot verkragting” by die mees onverwagte verskyningsvorm van verkragting inderdaad vervang met die begrip „aanranding met die opset om te verkrag”. Art. 1 van genoemde wet bepaal dat „any person attempting to unlawfully carnally know a girl under the age of fourteen years shall be guilty of the crime of Assault with Intent to Commit Rape”.

Ad(ii): Die B.T.P.C., daarenteen, gebruik slegs die begrip „attempted rape”.³²²⁾

318) 'n Afsonderlike misdaad. Sien ook R. v. Erasmus 1952(4) S.A. 114(K) op bl. 115.

319) Vgl. ook die opmerkinge wat in R. v. Usiklutu 1867 N.L.R. 76 gemaak word.

320) Sien bv. art. 3 van Wet 15 van 1864(K); die Eerste Bylaag van Hoofstuk 13 van die Vrystaatse Wetboek, 1891; artt. 3 en 4 van Wet 22 van 1898(N).

321) Wet 37 van 1899(N).

322) Art. 160. Sien ook art. 162.

In die Strafproseswet word onoordeelkundig na dié twee begrippe verwys.³²³⁾ Gardiner en Landsdown stel dié twee begrippe gelyk, asof die een strafregtelik 'n sinoniem vir die ander is.³²⁴⁾ Bestaan daar dan 'n verskil tussen poging tot verkragting en aanranding met die opset om te verkrag?

Appelregter Schreiner laat hom hieroor uit³²⁵⁾ „The expressions 'attempt to rape' and 'assault with intent to rape' are often used as meaning the same thing. This is not surprising. It may be that there can be cases of rape and therefore of attempted rape without an assault, as where is fraud so fundamental as to vitiate consent entirely or where a child under the age of consent in fact does consent.³²⁶⁾ But of more importance for present purposes is the difficulty in conceiving of cases of assault with intent to rape which would not be attempts to rape. If such cases can exist they would, I think, have to be cases in which the assault is committed in order to incapacitate the woman with a view to raping her, not there and then, but at some later time. Apart from such a wholly exceptional and rather far-fetched case I apprehend that if a man assaults a woman in order to have intercourse with her against her will he attempts to rape her”.

Die volgende hipotetiese feitstel kan miskien ook 'n geval aandui waar aanranding met die opset om te verkrag bestaan, maar nie poging tot verkragting nie: A rand B aan met die opset om by C te kom, sodat

323) Sien art. 195(2) en art. 191(1) gelees met art. 195(1). Sien verder bv. R. v. Theron 1924 O.D. 204 op bl. 205; S. v. Ken 1966(4) S.A. 514(N) op bl. 518; R. v. B. 1958(1) S.A. 199(A) op bl. 204. Dieselfde reëling bestaan t.o.v. roof (art. 193(1), moord (art. 194(1) en sodomie (art. 195(5)).

324) Bl. 1628.

325) R. v. B. 1958(2) S.A. 199(A) op bl. 204. Sien ook S. v. R. 1971(1) S.A. 246(R.,A.) per MacDonald, R.P. op bl. 247.

326) Verkragtingsregtelik kan sy nie toestem nie, Wat die regter eintlik wou sê, is dat sy psigies-intellektueel toestem.

hy laasgenoemde kan verkrag.

Die onderskeid tussen poging tot verkragting en aanranding met die opset om te verkrag, selfs al is die onderskeid slegs terminologies van aard, verdien geen plek in ons strafregswetenskap en -taal nie. Die Strafproseswet, Wet 56 van 1955, bemoeilik egter gelykstelling:

- (1) poging tot aanranding met die opset om te verkrag is moontlik,³²⁷⁾ terwyl poging tot poging tot verkragting klaarblyklik nie kan bestaan nie;
- (2) word 'n persoon skuldig bevind aan poging tot verkragting kan die hele vonnis nie opgeskort word nie, maar word hy skuldig bevind aan aanranding met die opset om te verkrag, kan dit wel in geheel opgeskort word,³²⁸⁾
- (3) periodieke gevangenisstraf is moontlik vir aanranding met die opset om te verkrag, maar nie vir poging tot verkragting nie,³²⁹⁾ en
- (4) getuienis oor die reputasie van die klaagster is toelaatbaar in geval van aanranding met die opset om te verkrag, maar nie in geval van poging tot verkragting nie.³³⁰⁾

Strafprosesregtelik bestaan daar dus duidelik verskille tussen poging tot verkragting en aanranding met die opset om te verkrag, en in ten minste die eersgenoemde geval hierbo is daar duidelike prosesregte-

327) Sien Groepe I en II van Deel I van die Derde Bylae van die Strafproseswet.

328) Sien art. 352(1)(b) gelees met die Vierde Bylae. Art. 352(1) het in geheel nie toepassing op poging tot verkragting nie.

329) Sien art. 334 bis. gelees met die Vierde Bylae.

330) Sien art. 247.

like invloed op die materiële strafreg.³³¹⁾ Strafregtelik behoort aanranding met die opset om te verkrag, in die lig van die moontlike verskyningsvorme van verkragting, m.i. slegs 'n verskyningsvorm van poging tot verkragting te wees.³³²⁾ Wat daarbuite val kan as aanranding of of 'n ander misdaad gestraf word.

Wanneer het ons te make met poging tot verkragting? Voordat enigiets hieroor gesê kan word, is dit nodig om eers kortliks te verwys na die basiese beginsel van die Suid-Afrikaanse pogingsreg.

In *R. v. Schoombie*³³³⁾ sê hoofregter Watermeyer: „It seems therefore that in the case of interrupted crime, an attempt to commit such crime is proved when the Court is satisfied from all the circumstances of the case that the wrongdoer, at the time when he was interrupted, intended to complete the crime and that he had at least carried his purpose through to the stage at which he was commencing the consummation”.³³⁴⁾

Die toets vir strafregtelike poging in ons reg is dus tweesydig van aard:

- (a) die dader moet die opset hê om die misdaad te voltooi; en
- (b) die handeling moet, om as poging strafbaar te wees, 'n uitvoeringshandeling wees.

331) Sien ook Deel II van die Derde Bylae waarin dié twee begrippe alternatiewelik gebruik word. Sien verder m.b.t. soortgelyke begrippe by roof *R. v. Williams* 1956(1) S.A. 542(G.W.) en *S. v. Ken* 1966(4) S.A. 514(N).

332) Sien *R. v. Hirjee* 1949(3) S.A. 1075(D) op bl. 1077 en *R. v. Susha* 1957(2) S.A. 434(D) op bl. 435 waar aanranding met die opset om moord te pleeg as 'n spesie van poging tot moord beskou is.

333) 1945 A.A. 541 op bl. 547.

334) Sien verder *R. v. Ndhlovu* 1921 A.A. 494; *R. v. M.* 1946 A.A. 1023; *S. v. Agmat* 1965(2) S.A. 874(K); *S. v. R.* 1971(1) S.A. 246(R.,A.); *De Wet en Swanepoel*, bl. 148 e.v.; *Burchell en Hunt*, bl. 382 e.v.

Ad(a): In *R. v. N. and B.*³³⁵⁾ sê regter Roper dat daar in geval van misdade waar geslagtelike gemeenskap 'n element is 'n „possibility of a sudden revulsion of feeling or recession of the sexual impulse (due perhaps to an unpleasant discovery at the very last moment before penetration, or even to mere fastidiousness) ...”. bestaan.³³⁶⁾ Dit is duidelik dat daar ingewikkelde bewysregtelike probleme sou kon ontstaan as die opsetstoets die enigste toets was.

Ad(b): Genoemde opset moet bestaan by die aanvang van uitvoering. Wanneer bestaan daar aanvang van uitvoering van poging tot verkragting? Appèlregter Schreiner verklaar:³³⁷⁾ „In my view, which I believe accords with the general practice, the stage of attempt is reached as soon as the assault takes place and before any direct effort is made to effect penetration”.

Hierdie reël, hoewel dit slegs van toepassing kan wees op gevalle waar daar sprake is van aanranding, kan nie, in die lig van die huidige Suid-Afrikaanse reg, onderskryf word nie. Die fisieke verkrachtings-handeling is, in ons reg, slegs penetrasie en indien daar nie gepoog word om te penetreer nie, kan daar nie strafregtelik sprake wees van 'n verkrachtingspoging nie. 'n Verkrachtingspogings-handeling kan slegs,

335) 1952(4) S.A. 210(T) op bl. 213.

336) Sien verder m.b.t. die pogingsproblematiek by geslagsmisdade *R. v. T.* 1941 O.D. 160; *R. v. J. and A.* 1942 T.P.A. 284; *R. v. L.* 1946 A.A. 190; *R. v. N.* 1947(3) S.A. 560(T); *R. v. M.* 1961(1) S.A. 534(T). Penetrasie moet beoog word en nie slegs uitwendige geslagtelike gemeenskap, soos die Metsha-gebruik onder die Bartoets, nie. Sien ook *Cronje v. R.* 1934 N.P.A. 41 op bl. 44. Sien verder *Mayo v. R.* 1940 N.P.A. 17 op bl. 20; *R. v. M.* 1953(4) S.A. 393(A) op bl. 395; *R. v. M. and another* 1952(2) S.A. 499(T) op bl. 501.

337) *R. v. B.* 1958(1) S.A. 199(A) op bl. 204. Hierdie stening is gemeenregtelik ook suiwer. Sien bl. 51 hierbo.

met behoud van die ander misdadelemente, bestaan uit 'n fisieke handeling³³⁸⁾ waardeur penetrasie reeds gepoog word.³³⁹⁾ Dit is myns inziens ook die enigste verantwoordbare en algemeen op verkrachting toepasbare regsnorm. Wanneer sou poging dan bestaan waar 'n persoon met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar geslagtelike gemeenskap probeer voer?³⁴⁰⁾

Ten aansien van die verkrachtingspogingsproblematiek kan kortliks nog die volgende opgemerk word:

(i) A, 'n man, doen hom voor as 'n vrou. B verkeer onder die indruk dat A 'n vrou is. B probeer gewelddadig en teen sy wil om met A „geslagtelike gemeenskap” te hou. Kan B skuldig bevind word aan poging tot verkrachting? A kan m.i. wel daaraan skuldig bevind word, want 'n ondeuglike poging is ook 'n strafbare poging.³⁴¹⁾

(ii) A, 'n man, poog om C, 'n vrou te verkrag. A word aangemoedig en van hulp bedien deur B, 'n vrou. Kan B skuldig bevind word as 'n pogingsmedepligtige? Rabie verklaar³⁴²⁾ „Die aandag moet slegs

338) Volgens Regterpresident Williamson in *S. v. Marx* 1962(1) S.A. 848(N) op bl. 853 kan die toediening van drank of ander verdovingsmiddels in ons reg ook neerkom op aanranding. Veronderstel A dien drank toe aan B met die opset om sonder haar toestemming met haar geslagtelike gemeenskap te hou. B raak slaapdrunk, maar A laat vaar intussen sy plan. Volgens appèlregter Schreiner se norm is hy skuldig aan aanranding met die opset om te verkrag.

339) Sien ook *R. v. M. and another* 1952(2) S.A. 499(T) per Murray, R. op bl. 501.

340) 'n Ooreenkoms om daar en dan geslagtelike gemeenskap te hou, kan vir oortreding van art. 16 van die Ontugwet, wet 23 van 1957, 'n poging daar stel. Sien *R. v. B.* 1958(1) S.A. 199(A) op bl. 204; *R. v. V.* 1958(3) S.A. 474(G.W.) op bl. 477; *Smit v. R.* 1960(1) P.H.K.6(K). Is 'n ooreenkoms tussen 'n 11-jarige meisie en 'n man om daar en dan geslagtelike gemeenskap te hou reeds 'n verkrachtingspoging? Volgens die logiese toepassing van die reël neergeleë in *R. v. B.* sou dit verkrachting moet wees.

341) Sien verder *R. v. Davies and another* 1956(3) S.A. 52(A) op bl. 64. Hoewel afwesigheid van toestemming 'n verkrachtings-element is, is dit nie noodwendig 'n element van (ondeuglike) poging tot verkrachting nie. Sien *S. v. Pachai* 1962(4) S.A. 246(T) vir 'n analogiese geval by roof.

342) Op bl. 156.

daarop gevestig word dat strafbaarheid in ons reg tot dusver klaarblyklik nog nie verder as daderskap van gepoogde misdade uitgebrei is nie". B behoort m.i. skuldig te wees aan medepligtigheid tot 'n verkrachtigingspoging. Waaraan sou B dan anders skuldig wees? Dit spreek vir sigself dat sy gestraf moet word. By gewelddadige en leedbedreigingsverkragting kan sy aanranding pleeg. Maar wat van die ander vorme van verkragting?

(iii) Art. 18 van die Ontugwet, wet 23 van 1957, bepaal: „Iemand wat enige middel, bedwelende drank, ~~saak~~ of ding toepas op of toedien aan 'n vrouspersoon of haar dit laat inneem met die opset om haar te bedwelms of oorweldig om daardeur homself in staat te stel om ontug met haar te pleeg is aan 'n misdryf skuldig".³⁴³⁾ Volgens ons positiewe reg behoort optrede soos beskryf in art. 18, onder sekere omstandighede, ook neer te kom op aanranding met die opset om te verkrag.³⁴⁴⁾

Art. 18 is, soos verskeie ander artikels van die Ontugwet, 'n napaing van die Engelse reg.³⁴⁵⁾

Die woorde „ding toepas" gelees met die woord „oorweldig" skep tallose onrealistiese moontlikhede. Neem die volgende voorbeeld: A soen 'n meisie (dit is mos 'n ding toepas?) met die doel om haar te oorweldig („oorweldig" beteken ook mos oorweldiging deur die opwekking van geslagsdripte?) sodat hy met haar geslagtelike gemeenskap kan hou. Streng gesproke behoort A skuldig bevind te word aan oortreding van art. 18.

343) Sien ook Milton, bl. 359. Sien verder art. 10(c) van die Ontugwet.

344) Sien bl. 211 hierbo.

345) Sien bl. 119 hierbo.

Dit wat nie binne die trefkrag van poging tot verkragting, aan die eenkant, en aanranding, aan die anderkant, val nie, behoort m.i. nie strafbaar te wees nie. Die wenslikheid vir die bestaan van art. 18 van die Ontugwet behoort in heroorweging geneem te word.

(iv) Dit is op hierdie stadium gepas om kortliks iets te sê oor die misdaad onsedelike aanranding. Die Romeins-Hollandse reg het nie so 'n misdaad geken nie en „in pre-union days indecent assaults were treated as forms of common assaults“.³⁴⁶⁾ Deur middel van ons strafproseswetgewing, geskoei op Engelsregtelike lees, het onsedelike aanranding as misdaad 'n plek in ons reg gekry.³⁴⁷⁾

Die prestese inhoud van die misdaad onsedelike aanranding is nie deurgaans duidelik nie. Dit wil tog voorkom of daar, benewens die algemene elemente van aanranding, (i) 'n aantasting van die liggaam van die slagoffer moet wees en (ii) genoemde aantasting moet onsedelik van aard wees.³⁴⁸⁾

Dat hierdie misdaad op die periferieë van poging tot verkragting kan lê, spreek vir sigself. Bestaan daar reeds 'n uitvoering van die penetrasiehandeling, kan 'n skuldigbevinding aan poging tot verkragting volg.

346) *Gardiner, R. in R. v. Abrahams 1918 K.P.A. 590 op bl. 593. Stien egter art. 3 van Wet 27 van 1887(N), art. 5 van Wet 22 van 1898(N) en art. 1 van Wet 22 van 1904(N). Stien ook Hunt, bl. 455.*

347) *Stien bv. art. 233(1) en die Vierde Bylae van die Wet op Kriminele Procedure en Bewijslevering, Wet 31 van 1917. Soortgelyke reëlings is in die Strafproseswet, Wet 56 van 1955, opgeneem.*

348) *Stien R. v. Abrahams 1918 K.P.A. 590. Stien verder R. v. Peterson 1910 T.P.A. 589; R. v. Njikelana 1925 O.D. 204; R. v. Curtis 1926 K.P.A. 385; R. v. Hart 1931 O.P.A. 102; R. v. Taringa 1939(2) P.H.H. 176(S.R.); R. v. Hattingsh 1942(1) P.H.H. 14(K); R. v. Stitole 1947(2) P.H.H. 281(N); R. v. Jeremiah 1947(2) S.A. 938(S.R.); R. v. Motsoake and another 1952(1) P.H.H. 26(0); Z. v. R. 1957(2) P.H.H. 240(N); R. v. P. 1960(1) P.H.H. 159(0); R. v. M. 1961(2) S.A. 60(0); S. v. Sthunyana and others 1961(3) S.A. 549(O.D.); S. v. Mkhize 1962(2) P.H.H. 3(N); S. v. D. 1963(3) S.A. 263(O.D.); R. v. Mayo and others 1969(1) P.H.H. 26(R). Stien ook bl. 189 hierbo (meiste onder 12 kan nie toestem nie.).*

(v) Dit kan ten slotte opgemerk word dat poging tot uitlokking³⁴⁹⁾ en poging tot sameswering³⁵⁰⁾ om verkragting te pleeg ook moontlik is.

III. STUPRUM:

Wat het van die Romeins-Hollandsregtelike stuprum-misdaad geword?

In die Suid-Afrikaanse reg is daar 'n gerapporteerde saak waar 'n man verplig is om met 'n meisie te trou wat hy na 'n huweliksaanbod beswanger het.³⁵¹⁾ In 1838 word deur wetgewing gereël dat 'n persoon nie regtens verplig kan word om te trou nie.³⁵²⁾ Hierdeur het enige moontlike poenale oorblyfsels van simplex stuprum ook verdwyn.³⁵³⁾

Reeds is daarop gewys dat verskeie verskyningsvorme van gekwalifiseerde stuprum onder verkragting ingeforseer is. Ander verskyningsvorme is weer, hoewel meesal fragmentaries, in wetteregtelike misdade opgeneem.³⁵⁴⁾

Een vorm van gekwalifiseerde stuprum het edlfe in orimen injuria opgegaan. Aan die hand van enkele Suid-Afrikaanse gewysdes wil ons graag hierdie stelling staaf.

In Howard v. R.³⁵⁵⁾ was die feite soos volg: H, 'n getroude man, bring die slagoffer onder die indruk dat sy vrou oorlede is. Die slagoffer raak gevolglik aan hom verloof. In hierdie saak het daar klaar-

349) Sien S. v. Nkostiya and another 1966(4) S.A. 655(A) op bl. 659.

350) Sien R. v. Harris 1927 N.P.A. 330 op bl. 347.

351) Joosten v. Grobbelaar (1832) 1 Menzies 149.

352) Artt. 19 en 20 van die Order in Council, Sept. 1838. Sien ook 1 Menzies, bl. 144.

353) Sien ook Scholtemeyer v. Potgieter 1916 T.P.A. 188 op bl. 195.

354) Sien bv. artt. 9 en 15 van die Ontugwet, Wet 23 van 1957. Sien ook art. 82 van die Kinderwet, Wet 33 van 1960 en S. v. M. 1968(2) S.A. 617(T).

355) 1917 N.P.A. 192.

blyklik geen geslagtelike gemeenskap tussen H en die slagoffer plaasgevind nie. Die hof bevind H skuldig aan *crimen injuria*.³⁵⁶⁾ Op dié feitestel sou 'n skuldigbevinding aan gekwalifiseerde *stuprum* nie kon volg nie. Indien daar egter getuents was dat H die bedoeling gehad het om, onder voorwendsel van 'n moontlike huwelik, met die slagoffer geslagtelike gemeenskap te hou, sou poging tot gekwalifiseerde *stuprum m.i.* die korrekte bevinding gewees het.

In *R. v. Henning*³⁵⁷⁾ het H, 'n getroude man, aan die slagoffer 'n huweliksaanbod gemaak. Op grond van dié huweliksvooruitsig hou sy met hom geslagtelike gemeenskap en raak ook daardeur beswanger. Die hof bevind dat aangesien daar geen burgerlike remedie ter beskikking van die slagoffer is nie, daar ook nie ruimte vir 'n skuldigbevinding aan 'n misdad is nie. Die geldigheid van die benaderingswyse van die hof kan *m.i.* bevraagteken word. H was op hierdie stel feite in elk geval nie skuldig aan gekwalifiseerde *stuprum* nie, want die slagoffer het geweet hy is 'n getroude man. Die element van verleiding het hier dus ontbreek.

In *R. v. Youngleson*³⁵⁸⁾ was die feite bykans³⁵⁹⁾ dieselfde as in *Henning* se saak. Regter Price bevind:³⁶⁰⁾ „I have come to the conclusion, after a study of the numerous authorities, that when a married man pretends to an unmarried woman that he is unmarried, induces her to

356) Bl. 193.

357) 1933(2) P.H.H. 209(T). Sien verder *R. v. Stander* 1939 T.P.A. 22.

358) *R. v. Youngleson* (2) 1948(1) S.A. 822(W).

359) In *Henning* se saak het die slagoffer geweet dat H getroud was. In *Youngleson* se saak, daarenteen, het die slagoffer dit nie geweet nie.

360) Bl. 825.

become engaged to him and cohabits with her, he commits the crime of *crimen injuria*. In most of the cases of criminal *injuria* there is an element of indecency³⁶¹⁾ - although not in every case - and, while not saying that such an element is present in this case because the accused falsely represented that he was unmarried because of this representation she received his advances and responded to his courtship. They became engaged, and, taking advantage of this situation, he proceeded to have intercourse with her³⁶²⁾.

Die „numerous authorities“ waarna die regter verwys, sluit nie ons gemenereskrywers in nie, want Youngleson was skuldig aan gekwalifiseerde stuprum.³⁶³⁾ Dit is egter duidelik dat daar 'n reeks voorafgaande gewysdes in die Suid-Afrikaanse reg was wat die beslissing in die Youngleson-saak beïnvloed het. Youngleson, egter, het voldoen aan al die vereistes van gekwalifiseerde stuprum en kon m.i. as sodanig skuldig bevind gewees het.

Ander vorme van gekwalifiseerde stuprum het weer in onbruik verval.³⁶⁴⁾

A, 'n gevangenisbewaarder, hou geslagtelike gemeenskap met haar toestemming met 'n vroulike gevangene, G, wat onder sy bewaring is. Is

361) Sien ook *S. v. Brereton* 1971(1) S.A. 489(R.,A.).

362) Het daar nie geslagtelike gemeenskap, of poging daartoe, plaasgevind nie, bestaan daar privaatregtelike remedies, maar nie 'n misdad nie. Sien *Duncan v. Wilson* (1906) 27 N.L.R. 624; *Viljoen v. Viljoen* 1944 K.P.A. 137.

363) Sien bv. *Van Leeuwen, Censura Forensis*, 1.5.23.9. Sien ook bl. 56 e.v. hierbo.

364) Soos bv. geslagtelike gemeenskap deur 'n slaaf met sy meesteres; deur 'n Jood met 'n Christen en vice versa; met 'n weduwee in die annus luctus; en met 'n non.

A skuldig aan 'n misdaad?³⁶⁵⁾

O, 'n onderwyser, hou geslagtelike gemeenskap met 'n 16-jarige³⁶⁶⁾ leerling.³⁶⁷⁾ Is O skuldig aan 'n misdaad?

Volgens die Romeins-Hollandse reg sou beide A en O skuldig gewees het aan gekwalifiseerde stuprum. Burchell en Hunt³⁶⁸⁾ beveel aan dat ons gemeneregtelike misdade nou geslote beskou moet word. Daar is geen gerapporteerde saak waarin 'n persoon van gekwalifiseerde stuprum aangekla is nie.³⁶⁹⁾ Tog voel 'n mens dat A en O onder sekere omstandighede gestraf moet word. Burchell en Hunt se aanbeveling moet onderskryf word, omdat, soos hulle ook aantoon, die nullum crimen sine lege - beginsel skade berokken kan word deur misdaadherlewing. Daar moet dus deur wetgewing voorsiening gemaak word vir enkele „oorblyfsels“ van gekwalifiseerde stuprum.

365) Sien verder art. 9(1) gelees met art. 9(2) van die Ontugwet, Wet 23 van 1957. Die bevinding in S. v. S. 1971(2) S.A. 591(A) toon baie duidelik dat hierdie vorm van gekwalifiseerde stuprum gedeeltelik 'n plek onder verkragting gekry het. Waarnemende appèlregter Miller verwys ook dan, op bl. 596, uitdruklik na die verhouding van bewaarder tot gevangene. Die feite van die saak was kortliks soos volg: S arresteer die slagoffer. Terwyl sy onder arrestasie is, hou hy met haar geslagtelike gemeenskap. S word skuldig bevind aan verkragting. Hierdie verkragtingsvorm kan m.i. nêrens onder die bestaande verskyningsvorme van verkragting geplaas word nie. Leedbedreigingsverkragting kan dit nie wees nie, want daar was geen bedreiging nie. Die ander verkragtingsvorme is eintlik nie ter sake nie. S kon m.i., gemeneregtelik, skuldig bevind gewees het aan gekwalifiseerde stuprum. Veronderstel die hof sou nie bevind dat toestemming afwesig was nie, sou S nogtans skuldig wees aan 'n misdaad? Hy bly nogtans, volgens ons gemenereg, skuldig aan gekwalifiseerde stuprum.

366) Is sy onder die ouderdom van 16 jaar kan, art. 14(1) van toepassing wees. Is sy onder die ouderdom van 12 jaar, kan dit natuurlik verkragting wees.

367) Sien verder art. 9(1) gelees met art. 9(2) van die Ontugwet, Wet 23 van 1957. Art. 9(1) het blykbaar slegs te make met koppelary. Sien ook Milton, bl. 348.

368) Bl. 52.

369) Sien ook R. v. Robinson 1911 K.P.A. 319 op bl. 321; R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A) op bl. 423.

Die Nederlandse en Duitse regstelsels, het, ontplooiende vanuit die stuprum-misda(a)d(e), verskeie afsonderlike misdade geskep.³⁷⁰⁾ Die Suid-Afrikaanse reg, hoewel met dieselfde historiese basis, het egter sistematies die minder verantwoordbare weg gevolg.

³⁷⁰⁾ *Sten bl. 63 en bl. 76 hierbo.*

HOOFSTUK VSAMEVATTING VAN BELANGRIJKSTE KONKLUSIES

Daar is ten aanvang verklaar dat verkragting in dié werkstuk misdade sistematies en -elementologies betrag word. Dié studie het kortliks die volgende opgelewers:

(a) MISDAADSISTEMATIES:

Daar is, by wyse van verwysing na verskeie ander regstelsels, op gewys dat daar basies twee benaderinge onderskei kan word nl. dié waar gewelddadige en geweldsbedreigde geslagtelike gemeenskap 'n afsonderlike misdaad is en dié waar dit deel vorm van 'n veel omvattender misdaad. Die Romeins-Hollandse reg hoort by eersgenoemde en die huidige Suid-Afrikaanse reg by laasgenoemde.

In die loop van die bespreking het ons daarop gewys dat daar vyf afsonderlike misdade uit die Suid-Afrikaanse verkragtingsmisdad geskep behoort te word nl.

- ... geslagtelike gemeenskap (i) deur geweld of geweldsbedreiging;
- (ii) met geslagsonrypes;
- (iii) met geestelik versteurdes;
- (iv) met slapende of andermins onmagtiges; en
- (v) deur bedrog.

(b) MISDAADELEMENTOLOGIES:

In verband met die elemente van die Suid-Afrikaanse misdaad verkragting verwys ons samevattend na die belangrikste aanbevelings:

(i) die Suid-Afrikaanse verkrachtingsmisdad is van so 'n aard dat slegs 'n vrou 'n slagoffer kan wees. In hierdie werkstuk word daarop gewys dat dié benadering onbillike gevolge kan meebring en word aanbeveel dat 'n vrou ook 'n dader en 'n man gevolglik ook 'n slagoffer behoort te kan wees;

(ii) die reël dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie geslagtelike gemeenskap-misdade kan pleeg nie, word prinsipiële as onhoudbaar uitgewys;

(iii) dit word verder aanbeveel dat die Bantoeregtelike huwelik vir die doeleindes van verkrachting as 'n geldige huwelik beskou word;

(iv) vanuit die verkrachtingsreg is gewys op die onwenslikheid vir die bestaan van die instelling van geregtelike skeidings;

(v) daar is op gewys dat die reël dat geslagtelike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 12 jaar 'n misdad, in ons reg verkrachting, daarstel nie realisties is nie. Die vraag behoort slegs te wees: is die meisie geslagtelik ryp of nie? Indien sy geslagtelik onryp is, behoort geslagtelike gemeenskap met haar strafbaar te kan wees; en

(vi) dit word aanbeveel dat die doodstraf as straf vir verkrachting verval.

BIBLIOGRAFIEWYSE VAN AANHALING:

Werke word in die teks aangehaal deur verwysing na die naam (of name) van die outeur (of outeurs), tensy hieronder anders aangedui.

Allen, C: A Textbook of Psychosexual Disorders. Oxford Univ. Press, London, 1969.

Amir, M: Victim Precipitated Forcible Rape in The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, Vol. 58, no. 4, 1967. Northwestern University School of Law, Chicago.

Andenaes, H: The General Part of the Criminal Law of Norway. Vertaal deur T.P. Olge. Sweet and Maxwell, London, 1965.

Andenaes, J: Das nowegische Strafrecht in Das ausländische Strafrecht, Vierte Band, onder redaksie van E. Mezger, A. Schonke en H. Jeschek. Duncker und Humblat, Berlin, 1962.

Anderson, R.A: Wharton's Criminal Law and Procedure, Vol. I, The Lawyers Co-operative Publishing Company, New York, 1957.

Arntzenius, H.J: Institutiones Juris Belgici de Conditione Hominum. (Vertaal deur F.P. van den Heever) Staatsdrukker, Pretoria, 1963.

Arresten Over Strafrecht. Verzameld en Uitgegeven door Mr. J.M. van Bemmelen en Mr. H. Burgersdijk, Haarlem, 1955. Aangehaal as A.

Ashton, H: The Basuto. Oxford Univ. Press, London, 1955.

Baumann, J: Strafrecht, Allgemeiner Teil. Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1966.

Birket-Smith, K: The Paths of Culture. The University of Wisconsin Press, 1965.

Boehmer, J.S.F. de: Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam, Halae, 1744.

Boehmer, J.S.F. de: Observationes op Carpzovius, Rer. Crim.; Sien ook Carpzovius hieronder.

Brett, L. and McLean, I: The Criminal Law and Procedure of Lagos, Eastern Nigeria and Western Nigeria. Sweet and Maxwell, London, 1963.

Bromley, P.M: Family Law. Butterworths, London, 1966.

Brower, H: De Jure Connubiorum. Libri Duo. Apud Adrianum Berman, 1714.

Bruwer, J.P: Die Bantoe van Suid-Afrika. Afrikaanse Pers Boekhandel, Johannesburg, 1963.

Buckland, W.W. and McNair, A.D: Roman Law and Common Law, University Press, Cambridge, 1965.

Bullock, C: The Mashona. Juta and Co., Ltd., Johannesburg, 1927.

Burchell, E.M. and Hunt, P.M.A: South African Law and Procedure, Vol. I. General Principles of Criminal Law. Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1970.

Carpzovius, B: Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium, Francofurti ad Moenum, 1758. Aangehaal as Carpzovius, Rer. Crim.

Carpzovius, B: Verhandeling der Luyfstraffelyke Misdaden en haare berechtiging, getrokken uit de Schriften van den Heer Benedictus Carpzovius. Versorging en vertaling deur D. van Hogendorp. Rotterdam, 1712. Aangehaal as Carpzovius.

Carvell, I.G. and Green, S.E: Criminal Law and Procedure. Sweet and Maxwell, London, 1970.

Casalis, E: The Basutos; or, Twenty-three years in South Africa. James Nisbet and Co., London, 1861.

Clark and Marshall: A Treatise on the Law of Crimes. 7de uitgawe deur "The Publisher's Editorial Staff". Callaghan and Co., Illinois, 1967.

Clarus, J: Opera. Lugduni, 1579.

Clinard, M.B: Sociology of Deviant Behaviour. Holt, Rinehart and Winston, Inc., New York, 1965.

Coertze, R.D: Geleide Akkulturasie in Kultuurbeïnvloeding tussen Blankes en Bantoe in Suid-Afrika. (G. Cronje, red.) J.L. van Schaik Bpk., Pretoria, 1968.

Collingwood, J.J.R: Criminal Law of East and Central Africa. Sweet and Maxwell, London, 1967.

Conradie, P.J: Putative Marriages in The South African Law Journal, Vol. 64, 1947.

Cook, P.A.W: Social Organisation and Ceremonial Institutions of the Bomvana. Juta and Co. Ltd., Kaapstad.

Corpus Iuris Civilis. Versorg deur Th. Mommsen en P. Krueger. Apud Weidmannos, Berolini, 1895.

Cross, A.R.N., Buxton, R.J. and Tapper, C.F.N: Criminal Law, Evidence and Procedure in Annual Survey of Commonwealth Law, 1968. Butterworths, London, 1969.

- Cross, R. and Jones, P.A: An Introduction to Criminal Law. Butterworths, London, 1964.
- Damhouder, Joost de: Practycke in Crimineele Saken. Rotterdam, 1650.
- de 'Entreves, A.P: Natural Law. Hutchinson University Library, London, 1952.
- de Groot (Grotius), H: Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid (1620). Met aantekeninge deur S.J. Fockema Andreae. P. Gouda Quint, Arnheim, 1895.
- Delva, J: Aanranding van de Eerbaarheid en Verkrachting. Huis Ferdinand Larcier, Brussel, 1967.
- de River, J.P: Crime and the Sexual Psychopath. Charles C. Thomas Publisher, Springfield, 1958.
- de Wet, J.C. en Swanepoel, H.L: Die Suid-Afrikaanse Strafrege. Butterworths and Co. (Africa) Ltd., Durban, 1960.
- Dittmer, K: Allgemeine Völkerkunde. Friedr. Vieweg und Sohn, Braunschweig, 1954.
- Donovan, B.T: The Timing of Puberty in Scientific Basis of Medicine, Annual Review, 1963.
- Dooyeweerd, H: A New Critique of Theoretical Thought, 3 dele, H.J. Paris, Amsterdam, 1955.
- Drukker, L: De Sexueele Criminaliteit in Nederland. Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage, 1937.
- Duncan, P: Sotho Laws and Customs. Oxford Univ. Press, Kaapstad, 1960.
- du Plessis, L.J: Inleiding tot die Algemene Regsleer of Jurisprudentie. Pro-Ecclesia-Drukkery, Stellenbosch, 1943.
- Ekow Daniels, W.C: The Common Law in West Africa. Butterworths, London, 1964.
- Elias, T.O: Nigeria. The Development of It's Laws and Constitution. Stevens and Sons, London, 1967.
- Gardiner and Landsdown: South African Criminal Law and Procedure. (Sesde uitgawe deur Landsdown, C.W.A., Hoal, W.G. en Landsdown, A.V.) Vol. II. Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1957.
- Gebhard, P.H., Cagnon, J.H., Pomeroy, W.B. and Christenson, C.V: Sex Offenders. An Analysis of Types. Heinemann, London, 1965.
- Giles, F.T: The Criminal Law. Penguin Books, Baltimore, 1961.

Gledhill, A: The Penal Codes of Northern Nigeria and the Sudan. African University Press, Lagos, 1963.

Goldstein, J. and Katz, J: The Family and the Law. The Free Press, New York, 1965.

Gordon, I., Turner, R. and Price, T.W: Medical Jurisprudence. E. and S. Livingstone Ltd., London, 1953.

Green, R. and Money, J: Transsexualism and Sex Reassignment. The John Hopkins Press, Baltimore, 1969.

Groenewegen, S. van G. van der Made: Tractatus de Legibus Abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus. Amstelredami, 1669.

Hahlo, H.R: The South African Law of Husband and Wife. Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1969.

Halsbury, Earl of, and other Lawyers: The Laws of England. Vol. 10. Butterworths and Co., London, 1955.

Hammond-Tooke, W.D: Bhaca Society. Oxford Univ. Press, London, 1962.

Harcourt, A.B., Talbot, J.B. Van Rensburg, J., Combrink, J. and Findley, A: Swift's Law of Criminal Procedure. Butterworths, Durban, 1969.

Hardie, G.M. and Hartford, G.F: Commentary on The Immorality Act (Act No. 23 of 1957). Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1960.

Harper, F.V. and Skalnick, J.H: Problems of the Family. The Bobbs-Merrill Co., New York, 1962.

Harries, C.L: The Laws and Customs of the Bapedi and cognate tribes. Hortor's Ltd., Johannesburg, 1929.

Hedges, R.Y: Introduction to the Criminal Law of Nigeria. Sweet and Maxwell, London, 1962.

Herskovits, M.J: Acculturation. Peter Smith, Gloucester Mass, 1958.

Hiemstra, V.G: Suid-Afrikaanse Strafreces. Butterworths, Durban, 1967.

Hoffmann, L.H: South African Law of Evidence. Butterworths, Durban, 1970.

Holden, W.C: The Past and Future of the Kaffir Races. C. Struik, Kaapstad, 1866.

Hommes, H.J: Iets over Rechtsbeginselen in Tydskrif vir Christelike Wetenskap, 1ste kwartaal, 1969.

Honig, R.M: Das amerikanische Strafrecht in Das ausländische Strafrecht, 4de Band, Duncker und Humblot, Berlin, 1962.

Hooper, A: Harris's Criminal Law. Sweet and Maxwell, London, 1962.

- Huber, U: Heedendaegse Rechtsgeleertheit. Verwerk deur Zacharias Huber, t'Amsterdam, 1742.
- Hughes, G: Consent in Sexual Offences in (1962) Modern Law Review, Vol. 25.
- Hunt, P.M.A: South African Criminal Law and Procedure, Vol. II, Common Law Crimes. Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1970.
- Jersild, A.T: The Psychology of Adolescence. The MacMillan Co., New York, 1963.
- Junod, H: The Life of a South African Tribe. MacMillan and Co., London, 1927.
- Kaser, Max: Römisches Privatrecht. Verlag C.H. Beck, München, 1968
- Kahn, E: The Death Penalty in South Africa in T.H.R.-H.R., 1970.
- Kasurmu, A.B. and Salacuse, J.W: Nigerian Family Law. Butterworths, London, 1966.
- Kempe, G. Th: Inleiding tot de Criminologie. De Erven F. Bohn N.V., Haarlem, 1967.
- Kenny, C.S: Outlines of Criminal Law. University Press, Cambridge, 1926.
- Kersteman, F.L: Hollandsch Rechtsgeleerd Woorden-boek. Amsterdam, 1768.
- Kidd, D: The Essential Kafir. A.C. Black Ltd., London, 1925.
- Killianus, C: Killianus Auctus sue Dictionarum Teutonico - Latino-Gallicum. Amstelodami, 1642.
- Koh, K.L: Consent and Responsibility in Sexual Offences in Criminal Law Review, 1968.
- Kroeber, A.L: Anthropology. Harcourt, Brace and Co., New York, 1948.
- Kunkel, Wolfgang: An Introduction to Roman Legal and Constitutional History. (Translated by J.M. Kelly), Oxford, 1966.
- Landsdown, A.V: Outlines of South African Criminal Law and Procedure. Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1960.
- Laubscher, B.J.F: Sex, Custom and Psychopathology. Routledge and Kegan Paul Ltd., London, 1951.
- Lehmann, H. und Henrich, D: Deutsches Familienrecht. Walter de Gruyter, Berlin, 1967.
- Lewin, J: Studies in African Native Law. The African Bookman, Kaapstad, 1947.
- Leyser, A.A: Meditationes ad Pandectas. Lipsiae et Guelpherbytti, 1784.
- Loenius, J: Dicisien en Obserbatiën. M.T. Boel, 's-Gravenhage, 1712.

- Lowie, R.H: Primitive Society. George Routledge and Sons Ltd., London, 1929.
- MacLean, Colonel: A Compendium of Kafir Laws and Customs, 1851. J. Slater Printer and Publishers, Grahamstown, 1906.
- Maes, L.T: Vijf Eeuwen Stedelijk Strafrecht. Matinus Nijhoff, 's-Gravenhage, 1947.
- Maine, H: Ancient Law. J.M. Dent and Sons Ltd., London, 1960.
- Malanuk, W: Lehrbuch des Strafrechtes. Zweiter Band. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1949.
- Malinowski, B: The Dynamics of Culture Change. Yale University Press, New Haven, 1949.
- Malinowski, B: Crime and Custom in Savage Society. Routledge and Kegan Paul Ltd., London, 1961.
- Matthaeus, Antonius II: De Criminibus ad Lib. XLVII et XLVIII Dia. Commentarius. Amstelodami, 1661.
- Maurach, R: Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil, Karlsruhe, 1964.
- Mezger, E. und Blei, H: Strafrecht. Besonderer Teil, Berlin, 1964.
- Milner, A. (Ed.): African Penal Systems. Routledge and Kegan Paul, London, 1969.
- Michael, J. and Wechsler, H: Criminal Law and It's Administration. The Foundation Press, Inc. Chicago, 1940. Met 1956-supplement.
- Milton, J.R.L: South African Criminal Law and Procedure. Vol. III. Statutory Offences, Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1971.
- Molema, S.M: The Bantu. Past and Present. W. Green and Son, Edinburgh, 1920.
- Mommsen, T: Römisches Strafrecht. Akademische Druck- u Verlagsanstalt, Graz-Austria, 1955 - herdruk.
- Moorman, J: Verhandelinge over de misdaden en der selver straffen, voor een groot gedeelte opgestel by wylen mr. Johan Moorman, door mr. Johan Jacob van Hasselt, in het licht gegeven, Arnheim, 1764.
- The Norwegian Penal Code vertaal deur Herald Schjoldager. The American Series of Foreign Penal Codes, nr. 3. Sweet and Maxwell, London, 1961.
- Nederlands Advus-boek. Inhoudende verscheide Consultatien en Advysen van voorname Regsgeleerden. Versamel deur Isaäc van den Berg. t' Amsteldam, 1694. Aangehaal as Ned. Adv.
- Noyon, T.J: Het Wetboek van Strafrecht. Dele 1 en 2. Sesde uitgawe bewerk deur G.E. Langemeijer, D. Brouwer en Zoon, Arnheim, 1954.

- O'Connor, A: An Analysis of and a Guide to the New Criminal Code of Canada. Carswell Co. Ltd., Toronto, 1955.
- Okonkwo, C.O. and Naish, M.E: Criminal Law in Nigeria. Sweet and Maxwell, London, 1964.
- Olivier, N.J.J: Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoe. Butterworths, Durban, 1969.
- Ostermeyer, H: Grenzen der Nachprüfbarkeit von Strafurteilen durch die Verfassungsgerichte in N.J.W., 1967.
- Perkins, R.M: Criminal Law. The Foundation Press, Inc., New York, 1969.
- Pollock, F. and Maitland, F.W: The History of English Law. University Press, Cambridge, 1911.
- Pompe, W.P.J: Handboek van het Nederlandse Strafrecht. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1959.
- Postma, S: Die Doodstraf in Oënskou. Studiestuk nr. 50 van die Instituut vir die Bevordering van Calvinisme, Potchefstroom.
- Preiser, F: Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden? in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Jahrgang 20, Heft 3, 1970.
- Puttkammer, E.W: Consent in Rape in (19) Illinois Law Review, 1925.
- Rabie, M.A: Die Deelnemingsleer in die Strafrege. LL.D.-proefskrif, Universiteit van S.A., 1969.
- Rabie, M.A: Vonnisbespreking: R. v. D. 1969(2) S.A. 59 (R.,A.) in T.H.R.-H.R., Aug. 1969.
- Ranchhoddas, R. and Thakore, D: The Indian Penal Code. The Bombay Law Reporter Office, Bombay, 1948.
- Rein, W: Das Kriminalrecht der Römer. Scientia Verlag Aalen, 1962-nadruk van die 1844-uitgawe.
- Reuter, W: Native Marriages in South Africa. Munster Westfalen, 1963.
- Rittler, T: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. Springer-Verlag, Wien, 1962.
- Rogers, D: The Psychology of Adolescence. Appleton-Century-Crofts, New York, 1962.
- Schapera, I. and Farrington, B: The Early Cape Hottentots. Van Riebeeck Society, Kaapstad, 1933.
- Schapera, I. (Ed.): The Bantu-speaking Tribes of South Africa. Maskew Miller Ltd., Kaapstad, 1956.

- Schapera, I: A Handbook of Tswana Law and Custom. Frank Cass and Co. Ltd., London, 1970.
- Schiff, A.F: Rape in other Countries in Medicine, Science and the Law, Vol. II, no. 3, 1971.
- Schmidt, C.W.H: The State v. A. 1962(4) S.A. 679 (O.K.) in T.H.R.-H.R., 1963.
- Schönke, A. und Schröder, H: Strafgesetzbuch. Kommentar. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1970.
- Schulz, F: Classical Roman Law. Clarendon Press, Oxford, 1950.
- Seymour, S.M: Bantu Law in South Africa. Juta and Co. Ltd., Johannesburg, 1970.
- Simon J. en de Beus, P: Belgischen Strafwetten. Strafwetboek, Wetboek van Strafvordering en Bijkomende Wetten. Brussel, 1959. Met byvoegsel deur P. de Beus in 1962.
- Simons, D: Leerboek van het Nederlandsche Strafrecht. Bijgewerkt door W.P.J. Pompe. P. Noordhoff, N.V. Groningen, 1941.
- Singh Gour, Hari: The Penal Law of India. Vol. II. Law Book Co., Allahabad, 1955.
- Smidt, H.J: Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Deel II. H.O. Tjeenk Willink, Haarlem, 1891.
- Smith, J.C. and Hogan, B: Criminal Law. Butterworths, London, 1969.
- Soga, J.H: The Ama-Xhosa: Life and Customs. Lovedale Press, 1931.
- Stayt, H.A: The Bavenda. Oxford, 1931.
- Stephen, J.F: A Digest of the Criminal Law. Vyfde uitgawe deur H. Stephen. MacMillan and Co., London, 1894.
- Strauss, S.A: Toestemming deur 'n Jeugdig in T.H.R.-H.R., Mei 1964.
- Strauss, S.A: Toestemming tot Benadeling as verweer in die Strafreë en die Deliktereg, 1961, LL.D.-proefskrif, Universiteit van S.A. Aangehaal as Toestemming.
- Taft, D.R. and England, R.W: Criminology. The MacMillan Company, New York, 1964.
- Turner, J.W.C: Russell on Crime, Vol. I. Stevens and Sons Ltd., London, 1964.
- Turner, J.W.C: Kenny's Outlines of Criminal Law. Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1966.

- Van Appeldoorn, L.J: Inleiding tot de studie van het Nederlandse Recht. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1966.
- Van Bemmelen, J.M. en Van Hattum, W.F.C: Hand- en Leerboek van Het Nederlandse Strafrecht. Dele I en II. Martinus Nijhoff, 's-Gravenhage, 1953-1954.
- Van Bynkershoek, C: Observationum Juris Romani. Lugduni, 1752. Aangehaal as Van Bynkershoek.
- Van Bynkershoek, C: Quaestiones Juris Privati. Leyden, 1744.
- Van den Heever, F.P: Breach of Promise and Seduction in the South African Law, Kaapstad, 1954.
- Van den Vyver, J.D: Art. 31 van die Wysigingswet op Bantowetgewing, 1963 in T.H.R.-H.R., Mei 1964.
- Van der Keessel, D.G: Praelectiones Juris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Jurisprudentiam Hollandicam. Van Warmelo e.a. se versorging. A.A. Balkema, Kaapstad, 1967. Aangehaal as Praelectiones.
- Van der Keessel, D.G: Theses Selectae Juris Hollandici et Zelandici. Lugduni, 1800. Aangehaal as Theses.
- Van der Keessel, D.G: Praelectiones ad ius Criminale, Vol. 2. Juta and Co., Kaapstad, 1972. Versorg en vertaal deur B. Beinart en P. van Warmelo,. Aangehaal as Crim.
- Van der Linden, J: Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek. Amsterdam, 1806.
- Van Hemel, G.A: Inleiding tot de studie van Het Nederlandsche Strafrecht. Haarlem, 1913.
- Vanhoudt, C.J. en Calewaert, W: Belgisch Strafrecht. 3 dele E. Story-Scientia, Gent, 1968.
- Van Leeuwen, S: Het Roomsche Hollandsche Recht met aantekeninge deur C.W. Decker, Amsterdam, 1783.
- Van Leeuwen, S: Proces Crimineel en Regtelijke Bewering. Leiden, 1725.
- Van Leeuwen, S: Censura Forensis. Lugduni, 1741.
- Van Warmelo, N.J: A Preliminary Survey of the Bantu tribes of South Africa. Staatsdrukker, Pretoria, 1955.
- Van Warmelo, N.J: Venda Law, Dele 1 en 2, Staatsdrukker, Pretoria, 1948.
- Van Zurek, E: Codex Batavus. Adriaan Beman, 1711.
- Vinnius, A: In quatuor libros Institutionem Imperialium Commentarius. Amstelaedami, 1665.

- Voet, J: Commentarius ad Pandectas. Hagae-Comitum, 1707.
- Völlmar, H.F.A: Inleiding tot de studie van Het Nederlands Burgerlijk Recht. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1964.
- Vos, H.B: Leerboek van Nederlands Strafrecht. H.D. Tjeenk Willink en Zoon N.V., Haarlem, 1950.
- Wahle, E: Zur Reform des Sexualstrafrechts. Berlin, 1969.
- Wattenberg, W.W: The Adolescent Years. Harcourt, Brace and World, Inc., 1955.
- Welzel, H: Das Deutsche Strafrecht. Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- Wessels, J.W: History of the Roman-Dutch Law. African Book Co. Ltd., Grahamstown, 1908.
- Wilda, W.E: Das Strafrecht der Germanen. Nadruk van die 1842-uitgawe. Scientia Aalen, 1960.
- Willinski, A: Das Römische Recht. B.G. Teuber Verlagsgesellschaft, Leipzig, 1966.
- Woesner, H: Erneuerung des Sexualstrafrechts. in N.J.W., 1968.
- Zeegers, M: Seksuele Delinquenten. Scheltema en HoIkema N.V., Amsterdam, 1966.

GEWYSDES.SUID-AFRIKAANSE (w.o. RHODESIESE) REG:

A.

- S. v. A.* 1962(4) S.A. 679 (O.D.).
S. v. A. 1970(3) S.A. 757 (A).
R. v. Aaron 1913 N.H.C. 86.
R. v. Abid 1938 A.A. 517.
R. v. Abrahams 1918 K.P.A. 590.
R. v. Adamstein 1937 K.P.A. 331.
S. v. Agmat 1965(2) S.A. 874(K).
Queen v. Albert 12 S.C. 272.
S. v. Alexander and others 1965(2) S.A. 818(K).
S. v. Artman and another 1968(3) S.A. 339(A).
Attorney-General, Transvaal v. Additional Magistrate for Johannesburg
 1924 A.A. 421.

B.

- R. v. B.* 1958(1) S.A. 199(A).
R. v. Bambata Zuma 1936 J.S. 704(O.D.).
Bensimon v. Barton 1919 A.A. 13.
Bam v. Bhabha 1947(4) S.A. 798(A).
Banks v. Clement N.O. 1921 K.P.A. 197.
R. v. Bell 1929 K.P.A. 478.
R. v. Bezuidenhout 1946 K.P.A. 190.
R. v. Botha and another 1947(2) S.A. 1281(K).
R. v. Bourke, 1916 T.P.A. 303.
S. v. Brereton 1971(1) S.A. 489(R.,A.).
R. v. Burgess 1927 T.P.A. 14.

C.

- R. v. C.* 1952(4) S.A. 117(O).
R. v. C. 1955(4) S.A. 40(N).
S. v. C. 1965(3) S.A. 105(N).
Cecilia and another v. S. 1971(2) P.H.H. 114(R.,A.).
R. v. Churchill 1959(2) S.A. 575(A).
Cronje v. R. 1934 N.P.A. 41.
R. v. Curtis 1926 K.P.A. 385.

D.

- R. v. D.* 1957(2) S.A. 74(O.D.).
S. v. D. 1962(2) S.A. 462(N).
S. v. D. 1963(3) S.A. 263(O.D.).
R. v. D. 1964(4) S.A. 245(S.R.).
R. v. D. 1969(2) S.A. 591(R.,A.).
R. v. D. and others 1951(4) S.A. 450(A).
Dalisiko v. Notyanga 2 N.A.H. 53.
R. v. Davies and another 1956(3) S.A. 52(A).
Daza v. Ngetshola 2 N.A.H. 101.
De Beer v. R. 1933 N.P.A. 30.
R. v. Dimane 1940 T.P.A. 372.
R. v. Dray 1925 A.A. 553.
R. v. Duka 4 C.C. 129(N).
Duncan v. Wilson (1906) 27 N.L.R. 624.
R. v. du Plessis 1922 T.P.A. 153.

E.

- R. v. E.* 1960(2) S.A. 691(F.C.).
R. v. Ellis 1936 S.W.A. 10.
R. v. Erasmus 1952(4) S.A. 114(K).
S. v. Erasmus 1970(3) S.A. 665(W).
Estate Heineman and others v. Heineman 1919 A.A. 99.

F.

- S. v. F.* 1967(4) S.A. 639(T).
R. v. Francis 1947(4) S.A. 48(S.R.).

G.

- R. v. Gannon* 1906 T.S. 114.
R. v. Gengen 1902 N.L.R. 52.
R. v. Giles 1926 W.P.A. 211.
R. v. Gloose 1936(2) P.H.F. 155(S.W.A.).
R. v. Gow 1940(2) P.H.H. 148(K).
Green v. Fitzgerald and others 1914 A.A. 88.
S. v. Grobler en 'n ander 1966(1) S.A. 507(A).
Groundland v. Groundland and Alger 1923 W.P.A. 217.
Gumede v. R. 1946(1) P.H.H. 68(N).
Guttenberg v. R. 1905 T.S. 207.

H.

- R. v. H.* 1962(1) S.A. 278(S.R.).
H. v. C. 1929 T.P.A. 992.
R. v. Handcock 1925 O.P.A. 147.
R. v. Harris 1927 N.P.A. 330.
R. v. Hart 1931 O.P.A. 102.
R. v. Hattingh 1942(1) P.H.H. 114(K).
R. v. Henning 1933(2) P.H.H. 209(T).
R. v. Hirjee 1949(3) S.A. 1075(D).
S. v. Hlapezula and others 1965(4) S.A. 439(A).
Howard v. R. 1917 N.P.A. 192.

J.

- R. v. J.* 1966(1) S.A. 88(R.,A.).

R. v. J. and A. 1942 T.P.A. 284.
Jaca v. Senana 1939 N.A.H. (K. & O.) 12.
R. v. Jeremiah 1947(2) S.A. 938(S.R.).
The State v. Jeremy 12 C.L.J. 231.
R. v. Jini 1951(1) P.H.H. 68(O.D.).
S. v. Johnson 1969(1) S.A. 201(A).
S. v. Johnson 1970(3) S.A. 535(K).
Joosten v. Grobbelaar (1832) 1 Menz. 149.

K.

R. v. K. 1951(4) S.A. 49(0).
R. v. K. 1956(3) S.A. 352(A).
R. v. K. 1958(3) S.A. 420(A).
R. v. K. 1966(1) S.A. 366(R.,A.).
R. v. K. and F. 1931(2) P.H.H. 191; 1932 O.D. 71.
R. v. Kaffir 1923 K.P.A. 261.
R. v. Kalil Katib 1904 O.R.C. 1.
R. v. Kam Cham 1921 O.D. 327.
Kaula v. Mtumkulu 1938 N.A.H. (T. & N.) 68.
S. v. Ken 1966(4) S.A. 514(N).
S. v. Kellner 1963(2) S.A. 435(A).
R. v. Kgaladi 1943 A.A. 255.
Kuhn v. Karp 1948(4) S.A. 825(T).

L.

R. v. L. 1946 A.A. 190.
Ex parte L 1947(3) S.A. 50(K).
R. v. Langa 1957(2) P.H.H. 233(N).
Lange v. Lange 1945 A.A. 332.
Queen v. Lourie 9 S.C. 432.
Louw v. Louw 1946 K.P.A. 117.
Lutchman v. R. 1915 N.P.A. 205.
R. v. Lutuli 1902 N.L.R. 253.

M.

- R. v. M.* 1946 A.A. 1023.
R. v. M. 1947(4) S.A. 489(N).
R. v. M. 1953(4) S.A. 272(R).
R. v. M. 1953(4) S.A. 393(A).
R. v. M. 1961(1) S.A. 434(T).
R. v. M. 1961(2) S.A. 60(O).
R. v. M. 1957(2) S.A. 73(O.D.).
M. v. M. 1962(2) S.A. 114(G.W.).
S. v. M. 1965(4) S.A. 577(N).
S. v. M. 1968(2) S.A. 617(T).
R. v. M. 1969(1) S.A. 328(R).
S. v. M. 1970(3) S.A. 201(R.,A.).
R. v. M. and another 1950(4) S.A. 101(T).
R. v. M. and another 1952(2) S.A. 499(T).
R. v. M. and others 1949(4) S.A. 831(A).
R. v. Mabena 1967(3) S.A. 525(R).
Mabilana v. Gege 1959 N.A.H. 42(S).
Macey v. Macey 1970(3) S.A. 717(R).
R. v. Magope 1931 O.P.A. 57.
S. v. Mahlinza 1967(1) S.A. 419(A).
R. v. Mahatshi 2 C.C. 61(N).
R. v. Mohamed Rahanan 1929 S.R. 17.
R. v. Majaji 1909 N.H.C. 53.
R. v. Majoni 1963(2) S.A. 310(S.R.).
R. v. Malevu 1961(1) S.A. 284(N).
R. v. Mane 1948(1) S.A. 196(O.D.).
R. v. Manembe 1 C.C. 86(N).
R. v. Mapumale 1925 W.P.A. 285.
R. v. Marakana 4 C.C. 127(N).
S. v. Marx 1962(1) S.A. 848(N).
R. v. Masago and another 1935 A.A. 32.
Mayo v. R. 1940 N.P.A. 17.
R. v. Matipa and others 1959(2) S.A. 396(T).
R. v. Maxaulana 1953(2) S.A. 252(O.D.).
Mbambo v. Swaai 1931 N.A.H. (K. en O.) 19.

- Mbata and others v. Kubeka* 1964 B.A.H. (N.- O.) 103.
R. v. Mgoebolo 1 C.C. 40(N).
S. v. Mkize 1962(1) P.H.H. 3(N).
Mukunyana and others v. Dumke 1939 N.A.H. (K. & O.) 68.
R. v. Mlota 1931(1) P.H.H. 56.
Mokwena v. Lamb 1943 W.P.A. 63.
R. v. Moonsamy 1918 T.P.A. 79.
R. v. Motsosakee and another 1952(1) P.H.H. 26(O).
R. v. Moyo 1946 S.R. 12.
R. v. Moyo 1969(1) P.H.H. 26(R).
R. v. Msikondi 1 C.C. 68(N).
S. v. Mtshiza 1970(3) S.A. 747(A).
Mtumba v. Rapetsoa 1944 N.A.H. (T. & N.) 55.
S. v. Mvelase 1966(2) P.H.H. 257(N).

N.

- R. v. N.* 1947(3) S.A. 560(T).
R. v. N. 1961(3) S.A. 147(T).
R. v. N. and B. 1952(4) S.A. 210(T).
Naicker v. Naidoo 1959(3) S.A. 768(D).
Ncadeni and others v. R. 1908 O.D. 243.
R. v. Ncube 1960(2) S.A. 17(S.R.).
R. v. Njikilana 1925 O.D. 204.
R. v. Njova 1906 O.D. 71.
Nkosi v. Mhladhla 1945 N.A.H. (T. & N.) 46.
Nkosi v. S. 1967(1) P.H.H. 112(T).
S. v. Nkosiyana and another 1966(4) S.A. 655(A).
Nkwana v. Nonqanaba 1 N.A.H. 79.
R. v. Nlhovo 1921 A.A. 485.
Ntantiso v. Nantazo 2 N.A.H. 42.
R. v. Nock 1947(3) S.A. 393(K).

O.

- Oosthuizen v. R.* 1954(1) P.H.H. 70(A).
Ex Parte Oxton 1948(1) S.A. 1011(K).

P.

- R. v. P.* 1960(1) P.H.H. 159(O).
S. v. Pachai 1962(4) S.A. 246(T).
R. v. Pearston 1940 O.P.A. 153.
S. v. Pedro 1969(1) S.A. 600(K).
Petersen v. R. 1910 T.P.A. 859.
Prinsloo v. Prinsloo 1958(3) S.A. 759(T).

R.

- S. v. R.* 1971(1) S.A. 244(R).
Radebe v. R. 1905 N.L.R. 260.
Raji v. Silongalunga 4 N.A.H. 12.
R. v. Ramanka 1949(1) S.A. 417(A).
R. v. Ramcharam 1931 O.P.A. 192.
Rampatha v. Chundervathee 1957(4) S.A. 483(N).
R. v. Reid 1942 N.P.A. 410.
Robertson v. S. 1971(1) P.H.H. 9(R.,A.).
R. v. Robinson 1911 K.P.A. 319.
Rolinjati v. Mpinyama 4 N.A.H. 283.
R. v. Ryperd Boesman 1942(1) P.H.H. 63(S.W.A.).

S.

- R. v. S.* 1951(3) S.A. 209(K).
R. v. S. 1958(3) S.A. 102(A).
S. v. S. 1961(4) S.A. 792(N).
R. v. S. 1965(4) S.A. 604(S.R.).
S. v. S. 1971(2) S.A. 591(A).
Sagaye v. R. 1932 N.P.A. 236.
R. v. Saul 1927 N.P.A. 75.
Scholtemeyer v. Potgieter 1916 T.P.A. 188.
R. v. Schoombie 1945 A.A. 541.
R. v. Sharpe 1903 T.S. 868.
R. v. Shusha 1957(2) S.A. 434(D).

- R. v. Sibande* 1958(3) S.A. 1(A).
S. v. Sibiya 1964(2) S.A. 379(N).
R. v. Sideropoulos 1910 K.P.A. 15.
S. v. Sigwahla 1967(4) S.A. 566(A).
S. v. Sikunyana and others 1961(3) S.A. 549(O.D.).
Sinigwa v. Petse 6 N.A.H. 3.
R. v. Sita 1954(4) S.A. 20(O.D.).
R. v. Sitole 1947(2) P.H.H. 281(N).
Skenjana v. Geca 6 N.A.H. 101.
R. v. Smit 1941 G.W. 2.
Smit v. R. 1960(1) P.H.K. 6(K).
R. v. Smith 1928 O.P.A. 69.
Smith v. Smith 1948(4) S.A. 61(N).
R. v. Smith Malete 1907 T.H. 235.
Socout Ally v. R. 1907 T.S. 336.
Ex Parte Soobiah and others: in re Estate Pillay 1948(1) S.A. 873(N).
R. v. Stander 1939 T.P.A. 22.
Suid-Afrikaanse Nasionale Trust en Assuransie Maatskappy Bpk. v. Fondo 1960(2) S.A. 467(A).
R. v. Swaartbooi and others 1916 O.D. 170.
R. v. Swiggelaar 1950(1) P.H.H. 61(A); 1949(4) S.A. 238(O).

T.

- R. v. T.* 1937 T.P.A. 389.
R. v. T. 1940 K.P.A. 14.
R. v. T. 1941 O.D. 160.
R. v. T. 1960(4) S.A. 685(T).
S. v. T. 1963(1) S.A. 484(A).
R. v. Taleke (1886) E.D.C. 180.
R. v. Taling 1942 O.P.A. 264.
R. v. Tarasanwa 1948(2) S.A. 29(S.R.).
R. v. Taringa 1939(2) P.H.H. 176(S.R.).
R. v. Taylor 1927 K.P.A. 16.
S. v. Thenkwa en 'n ander 1970(3) S.A. 529(A).
S. v. Theron 1924 O.D. 204.
Tobie v. R. (1899) 16 C.L.J. 45.

- R. v. Tondo* 1910 O.D. 190.
Trust Bank van Afrika Bpk. v. Eksteen 1964(3) S.A. 402(A).
R. v. Tshipa 1958(2) S.A. 384(S.R.).
R. v. Tsutso 1962(2) S.A. 666(S.R.).

U.

- R. v. Usiklutu* 1867 N.L.R. 76.

V.

- R. v. V.* 1958(3) S.A. 474(G.W.).
R. v. V. 1960(1) S.A. 117(T).
R. v. V. 1957(2) S.A. 10(O).
R. v. V. 1957(3) S.A. 633(O).
S. v. V. 1972(3) S.A. 611(A).
Viljoen v. Viljoen 1944 K.P.A. 137.
S. v. Volschenk 1968(2) P.H.H. 283(D).

W.

- R. v. W.* 1949(3) S.A. 772(A).
Westermeyer v. R. 1911 N.P.A. 197.
R. v. Williams 1931(1) P.H.H. 38.
R. v. Williams 1956(1) S.A. 542(G.W.).

Y.

- R. v. Youngleson (2)* 1948(1) S.A. 822(W).

Z.

- Z. v. R.* 1957(2) P.H.H. 240(N).
R. v. Z. 1960(1) S.A. 739(A).
Zonyane v. R. 1912 O.D. 361.
Zulu and another v. Minister of Justice and another 1956(2) S.A. 128(N).

ENGELSE REG

R. v. Angel (1968) *Crim. L.R.* 342.

Assistant Recorder Kingston-Upon-Hull, Ex Parte Morgan (1969)
1 *All E.R.* 416 *Q.B.D.*

Bampton v. Bampton (1959) 2 *All E.R.* 766 *C.A.*

R. v. Banks (1916) 2 *K.B.* 621.

R. v. Barrot 12 *Cox C.C.* 498.

R. v. Barrow 11 *Cox C.C.* 191.

Beal v. Kelly (1951) 2 *All E.R.* 763 *K.B.*

R. v. Bham (1965) 3 *All E.R.* 124.

R. v. Blanchard (1952) 1 *All E.R.* 114 *L.A.*

R. v. Burrows (1952) 1 *All E.R.* 58 *C.C.A.*

R. v. Camplin 169 *E.R.* 163.

R. v. Chapman (1958) 3 *All E.R.* 143 *C.C.A.*

R. v. Richard Clarke 169 *E.R.* 779.

R. v. Clarke (1949) 2 *All E.R.* 448 *L.A.*

R. v. Clarkson and others (1971) 3 *All E.R.* 344 (*C.-M.A.C.*).

R. v. Cockburn 3 *Cox C.C.* 543.

R. v. Cook (1954) 1 *All E.R.* 60 *L.A.*

R. v. Day 173 *E.R.* 1026; 9 *C. and P.* 722.

R. v. Dee 15 *Cox C.C.* 579.

R. v. Eldershaw (1828) 3 *C. and P.* 396.

Fairclough v. Whip (1951) 2 *All E.R.* 834 *K.B.*

R. v. Fletcher 10 *Cox C.C.* 248.

R. v. Forde (1923) 2 *K.B.* 400.

R. v. Harling (1938) 1 *All E.R.* 307 *C.C.A.*

R. v. Harrison (1938) 3 All E.R. 134 C.C.A.

R. v. Howard (1965) 3 All E.R. 684 C.C.A.

R. v. Hudson (1965) 1 All E.R. 721 C.C.A.

R. v. Joseph Jackson 168 E.R. 911.

R. v. Johnson (1963) 3 All E.R. 577 C.C.A.

Lee v. Lau (1964) 2 All E.R. 248 P.D.A.

R. v. Leeson 1968 Crim. L.R. 283.

R. v. Marsden 2 Q.B.D. 149.

R. v. Mayers 12 Cox C.C. 311.

R. v. Meredith 8 C. and P. 589.

R. v. Miller (1954) 2 All E.R. 529 W.A.

R. v. Pearce (1951) 1 All E.R. 493 C.C.A.

R. v. Prince 13 Cox C.C. 138.

R. v. Ram and Ram 17 Cox C.C. 609.

R. v. Rider (1954) 1 All E.R. 5 C.C.

R. v. Rolfe (1952) 36 Cr. App. Rep. 4, C.C.A.

R. v. Bernard Saunders 173 E.R. 488.

Shahnaz v. Rizwan (1964) 2 All E.R. 993 Q.B.D.

Srini Vasan (otherwise Clayton) v. Shrini Vasan (1945) 2 All E.R. 21 P.D.A.

R. v. Shillingford 1968 Crim. L.R. 282.

R. v. Tolson 23 Q.B.D. 168.

R. v. Waite 17 Cox C.C. 554.

R. v. William Williams 173 E.R. 497.

R. v. Williams (1923) 1 K.B. 340.

R. v. Williams (1893) 1 Q.B.D. 320.

R. v. Young 14 Cox C.C. 114.

NEDERLANDSE REG1. HOGHE RAAD:

- 2 Maart 1896, W.6777.
 24 Oct. 1898, W.7194.
 11 Jan. 1904, A.37.
 30 Aug. 1909, W.8903.
 5 Febr. 1912, W.9292.
 10 Nov. 1924, A.18.
 15 Febr. 1926, N.J. 1926, 264.
 16 Juni 1930, N.J. 1930, 1339,
 27 Mei 1931, N.J. 1931, 1040.
 15 Juni 1931, N.J. 1932, 1300.
 29 Oct. 1934, N.J. 1934, 166.
 16 Juli 1935, N.J. 1935, 1447.
 2 Maart 1936, N.J. 1936, 360.
 14 Febr. 1938, N.J. 1938, 959.
 14 Maart 1938, N.J. 1938, 956.
 21 Juni 1943, N.J. 1943, 559.
 19 Maart 1946, N.J. 1946, 209.
 14 Jan. 1947, N.J. 1947, 160.
 26 Juli 1949, N.J. 1949, 731.
 27 Febr. 1951, N.J. 1951, 334.

2. HOF LEEUWARDEN:

- 31 Aug. 1904, W.8238.
 28 Jan. 1925, W.11356.
 2 Maart 1933, N.J. 1934, 28.

3. RECHTBANK HEERENVEEN:

- 24 Jan. 1895, W.6630.

DUITSE REG

- B.G.H. St. 1, 122.*
B.G.H. St. 7, 99.
B.G.H. St. 9, 302.
B.G.H. St. 14, 82.
B.G.H. St. 15, 132.
B.G.H. St. 15, 197.
B.G.H. St. 16, 175.
B.G.H. St. 17, 1.
B.G.H. St. 17, 280.
B.G.H. St. 18, 26.
B.G.H. St. 18, 29.
B.G.H., N.J.W. 66, 894.
B.G.H., N.J.W. 66, 1326.
B.G.H., N.J.W. 67, 941.
B.G.H., N.J.W. 67, 988.
B.G.H., N.J.W. 68, 1293.
B.G.H., N.J.W. 68, 1888.
B.G.H., N.J.W. 69, 581.
B.G.H., N.J.W. 70, 523.
B.G.H., N.J.W. 70, 1464.
B.G.H., J.Z. 68, 571.
O.L.G. Hamm., N.J.W. 66, 559.
O.L.G. Köln, N.J.W. 66, 1183.
O.L.G. Koblenz, N.J.W. 66, 1524.
O.L.G. Celle, N.J.W. 70, 341.

MINDER BEKENDE AFKORTINGS

- B.G.H.* - *Bundesgerichtshof.*
- C.C.* - *Case Circular.*
- J.S.* - *Justice Summary.*
- J.Z.* - *Juristenzeitung.*
- N.J.* - *Nederlands Jurisprudentie*
- N.J.W.* - *Neue Juristische Wochenschrift.*
- O.L.G.* - *Oberlandesgerichtshof.*
- W.* - *Weekblad van het Recht.*

ENGLISH SUMMARY

In this thesis the crime of rape is viewed and analysed from different angles. Occasional references are made to related crimes.

This study is mainly directed towards an analysis of the South African law. It is given a historical background and reference is made to various other legal systems.

The following represents a summary of the most important conclusions arrived at:

(i) in the course of the discussion, and especially by way of comparison with other legal systems, it appeared to be clear that five separate crimes should, systematically, be created from the South African crime of rape, namely:

- (a) sexual intercourse by violence or by threats of violence;*
- (b) sexual intercourse with sexually immature children;*
- (c) carnal knowledge of mentally defectives;*
- (d) carnal connection with a person asleep or otherwise incapacitated; and*
- (e) coition obtained by fraud;*

(ii) in respect of the elements of the present South African crime of rape the following submissions are made:

- (a) the crime of rape is of such a nature that only a woman is included as a possible victim. In this thesis it is shown that such an approach can bring about unjust results. It is submitted that both a man and a woman should be capable of being an object (victim) or subject (perpetrator) of rape;*

- (b) *the rule that a boy under the age of 14 years cannot commit a crime of which sexual intercourse is an ingredient is also criticised. It is pointed out that, because penetration is sufficient to constitute sexual offences, the general rules of criminal liability of children should be applicable;*
- (c) *it is suggested that the Bantu customary union should be recognised as a marriage for the purposes of rape and cognate offences;*
- (d) *difficulties arising from the law of rape point to the undesirability of the existence of the institution of judicial separation;*
- (e) *it is pointed out that the rule that a girl under the age of 12 years cannot consent to sexual intercourse, is unrealistic. The sole question should be: is she sexually mature? If she is sexually immature sexual intercourse with her should, under certain circumstances, be punishable; and*
- (f) *it is submitted that the death sentence should be abolished as a sentence for rape.*