

IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(WES-KAAPSE AFDELING, KAAPSTAD)

SAAKNOMMER:

A255/2014

5 **DATUM:**

28 AUGUSTUS 2015

In die saak tussen:

M MALATSI

Appellant

en

10 **DIE STAAT**

Respondent

UITSpraak

RILEY, WnR:

15

Die appellant het in die Streekhof te Paarl tereggestaan op een aanklag van onsedelike aanranding en 'n verdere aanklag van verkragting, gelees met die bepalings van artikel 51(2) van die Strafwysigingswet 105 van 1997.

20

Die appellant, wie te alle tye regsverteenvoording in die Hof *a quo* geniet het, het onskuldig gepleit op beide aanklagtes en is na aanhoor van die getuienis op 23 Junie 2009 skuldig bevind, soos aangekla. Op dieselfde dag het die Hof die twee aanklagtes

25

saamgeneem vir doeleindes van vonnis

en appellant gevonnissen tot 25 jaar gevangenisstraf, waarvan die Hof tien jaar opgeskort het vir 'n tydperk van vyf jaar op dergelike voorwaardes.

- 5 Op 14 Augustus 2014 het hierdie Hof appellant verlof verleen om te appelleer teen die skuldigbevinding en vonnis. Appellant kom nou in hoër beroep teen beide sy skuldigbevinding en vonnis.

In die onderhawige saak is 'n gedeelte van die rekord ten opsigte van
10 die getuienis in hoof en kruisverhoor van die appellant verlore en/of vermis en het die verhoorlanddros 'n rekonstruksie van die rekord saamgestel. Beide die Staat en die verdediging was in ooreenstemming met die rekonstruksie van die vermiste gedeelte van die rekord, soos deur die verhoorlanddros voorberei.

15

Mnr Solomons, wie namens appellant in hierdie hof verskyn het, het aangevoer en gesubmiteer dat, hoewel daar gepoog was om die rekord te rekonstrueer, daar nie aan die vereistes, soos neergelê in **S v Gora** 2010 (1) SASV 159 (WK) voldoen is nie, en dat daar dus
20 inbreuk gemaak is op die appellant se fundamentele reg tot 'n regverdige verhoor. Gevolglik was hy van mening dat die hof die skuldigbevinding en vonnis moes tersyde stel.

In **S v Chabedi** 2005 (1) SASV 415 (HHA) op 417 het Brandt AR hom
25 soos volg uitgelaat oor die rekord op appèl:

5 ‘[5] On appeal, the record of the proceedings in the trial
court is of cardinal importance. After all, that record
forms the whole basis of the rehearing by the Court of
appeal. If the record is inadequate for a proper
consideration of the appeal, it will, as a rule, lead to the
conviction and sentence being set aside. However, the
requirement is that the record must be adequate for a
proper consideration of the appeal, not that it must be
10 perfect recordal of everything that was said at the trial.
As has been pointed out in previous cases, records of
proceedings are often still kept by hand, in which event a
verbatim record is impossible. (See S v Collier 1976 (2)
SA 378 (C) at 379 A – D and S v S 1995 (2) SACR 420 (T)
15 at 423 b – f)

[6] The question whether defects in the record are so
serious that a proper consideration of the appeal is not
possible, cannot be answered in the abstract. It depends,
inter alia, on the nature of the defects in the particular
20 record and on the nature of the issues to be decided on
appeal.”

In **Machaba & ’n Ander v S** (20401/2014) [2015] (HHA) 60 (gedateer
8 April 2015) was die rekord op appèl nie volledig nie, aangesien die
25 rekord van die laaste week van die opname nie ten volle

getranskribeer was nie. Die meganiese opnames kon nie opgespoor word nie. Pogings om die vermiste gedeeltes van die rekord te rekonstrueer was onsuksesvol. Die vermiste gedeelte van die rekord was 'n gedeelte van die getuienis wat gehandel het oor 'n verhoor-
5 binne-'n-verhoor ten opsigte van beskuldigde 2, 'n gedeelte van die uitspraak en die geheel van die vonnisverrigtinge. Omdat karige inligting oor vonnis aan die Hof van appèl beskikbaar was, het Schoeman WnR gebruik gemaak van die persoonlike omstandighede van die appellante, soos vervat in die rekord van die borgaansoek.
10 Die Hof bevind dat vir die doeleindes van die aanhoor van die appèl, nieteenstaande die rekord, die appellante nie benadeel sou word nie.

In die onderhawige saak is ek tevrede dat die rekonstruksie van die rekord van die verrigtinge van die vermiste getuienis 'n voldoende
15 rekonstruksie daarstel vir die aanhoor van die appèl en dat daar geen inbreuk gemaak word op die appellant se fundamentele regte tot 'n regverdigde verhoor, wat sy appèl insluit. Sien **S v Zenzile** 2009 (2) SASV 407 (WK) en **S v Gora** (supra).

20 Die getuienis kan kortliks as volg opgesom word: Die klagster wat ten tye van die pleeg van die misdryf tien jaar oud was, is die dogter van appellant se saamleefmaat. Volgens haar het sy saam met haar moeder en die appellant op Normandy plaas in die Groot Drakenstein area gewoon. Op Vrydag, 13 Julie 2007, was sy en die appellant
25 alleen by die huis. Terwyl sy op die rusbank gelê en slaap het, het

appellant bo-op haar kom lê en toe haar borste en privaatdele betas. Sy het hom gevra om op te hou maar hy het voort gegaan. Appellant het toe gedreig dat as sy iemand van die voorval vertel dat hy haar sou slaan. Hy het haar toe R1 gegee. Sy het dieselfde aand 'n
5 rapport aan haar ma gemaak oor die insident.

Dit is nie in geskil dat haar moeder haar nie aanvanklik geglo het nie. Sy het egter die hele naweek aan haar ma "gekarring", soos sy dit gestel het, om iets aan die saak te doen. Haar ma was egter
10 onwillig.

Die klaagster het verder getuig dat sy die Saterdag by haar oom se huis oorgeslaap het maar dat sy en die appellant weer die Sondag, 15 Julie 2007, alleen by hulle huis was. Op hierdie geleentheid het
15 hy haar weer, soos op die vorige geleentheid betas, maar ook verder haar broekie afgetrek en terwyl sy op die rusbank gelê het, bo-op haar geklim en sonder haar toestemming geslagsgemeenskap met haar gehad.

20 Op dié geleentheid het appellant R5 aan die klaagster gegee. Die klaagster het ook die voorval aan haar ma rapporteer. Sy en haar ma is die volgende dag eers na die polisiestasie en sy is op 23 Julie 2007 na 'n dokter geneem wie haar ondersoek het.

25 Die klaagster se moeder het die klaagster se getuienis gestaaf en

verduidelik dat die rede waarom sy nie onmiddellik na die polisie
gegaan het toe klaagster aanvanklik die rapport aan haar gemaak het
nie, was omdat sy bang was dat die appellant haar sou slaan as sy
die saak teen hom sou maak, aangesien sy geweet het dat hy die
5 hele naweek met hulle sou wees.

Volgens die mediese verslag (J88), wat by ooreenstemming tussen
die partye ingehandig is, het Dr Abrahams tydens die ondersoek van
die klaagster bevind dat daar 'n gedeeltelike skeur van die
10 maagdevlies was. Dr Abrahams kom tot die gevolgtrekking dat sy
bevindings aanduidend is dat penetrasie verby die labia majora,
fourchette en gedeeltelik deur die maagdevlies plaasgevind het.

Appellant het getuig dat hy 'n goeie verhouding met die klaagster
15 gehad het en dat hy lief was vir haar en die ander kinders in die huis.
Hy het getuig dat hy die Vrydag, 13 Julie 2007, gewerk het en dat
klaagster die meeste van die dag nie by die huis was nie. Hy het
ontken dat die insident, soos deur klaagster getuig, plaasgevind het.
Hy het getuig dat niks noemenswaardig die Saterdag gebeur het nie
20 maar dat daar 'n begrafnis op die Sondag was, wat deur klaagster en
haar klein broertjie bygewoon is.

Volgens hom het die klaagster eers na sesuur die aand op Sondag,
15 Julie 2007, tuisgekom. Hy het die klaagster se bewerings oor die
25 insidente wat op die Sondag plaasgevind het, ontken.

Die verhoorlanddros het die Staat se getuies se getuienis volledig opgesom en na 'n deeglike en kritiese evaluering van die klaagster se getuienis as volg bevind:

5

“Dit is nodig om die klaagster, ... se getuienis met versigtigheid te benader... Eerstens, omdat sy verskriklik jonk was toe die gebeure plaasgevind het en, tweedens, omdat sy 'n enkelgetuie is. Ten spyte van haar ouderdom ... 'n buitengewone goeie getuie, wanneer haar ouderdom in ag geneem word. Sy het aandagtig geluister na al die vrae wat aan haar gestel is en op geen stadium het haar aandag begin afdwaal soos dikwels opgemerk word by jong getuies nie. Sy het die vrae wat aan haar gestel is so volledig as wat menslik moontlik is beantwoord en sy het nie die neiging van sommige kinders getoon dat hulle nie wou praat nie en net met een of twee woorde antwoord nie. Sy het die bewerings wat sy gemaak het, strykdeur gehandhaaf, ten spyte van deeglike kruisondervraging en sy het haarself nooit op enige aspek weerspreek nie...’

10

15

20

Die verhoorlanddros was verder tevrede dat wanneer klaagster se getuienis in oënskou geneem word, dat daar staving van aansienlike trefkrag, nie net in haar ma se getuienis, maar ook in die mediese

25

getuienis gevind kon word wat ondubbelsinnig bewys dat klaagster wel van te vore geslaggemeenskap gehad het.

Die verhoorhof was bedag aan die verskille tussen die klaagster en
5 haar moeder se getuienis en het na my mening tereg bevind dat die
klaagster en haar moeder se getuienis in belangrike opsigte
ooreenstem en dat die verskille in hulle getuienis aanduidend is '*...
dat dit nie die getuienis is van getuies wat 'n gretigheid toon om
appellant te inkrimineer en wat probeer voorgee dat daar geen
10 probleme aan hulle kant van die huisgesin is nie*'.

Na deurlees van die stukke, is ek tevrede met die verhoorlanddros se
bevindinge en dat die verhoorlanddros tot die korrekte slotsom
gekom het dat die klaagster, nieteenstaande haar jong ouderdom en
15 al was sy 'n enkelgetuie, 'n indrukwekkende getuie was. Wat uitstaan
is dat die klaagster 'n baie eenvoudige maar sinvolle en logiese
relaas aan die verhoorhof voorgelê het toe sy getuig het, en indien
sy wou, kon sy maklik die saak teen die appellant baie erger gemaak
het.

20

Na my mening is die verskille tussen die klaagster en haar moeder se
getuienis in elk geval nie wesentlik nie en doen dit glad nie afbreuk
aan die klaagster of haar moeder se geloofwaardigheid as getuies
nie. Die verhoorhof het die getuies gehoor en gesien getuig en is
25 daar gevolglik geen basis om in te meng met die

geloofwaardigheidsbevindinge van die verhoorhof nie.

In die onderhawige saak is ek oortuig dat daar geen wanvoorligting op die feite is nie en is ek tevrede dat die verhoorhof se evaluering van die getuienis aangaande die feite korrek is. Sien *S v Malumbi en 'n Ander* 1991 (1) SASV 235 (A) op 247 F – G.

Die verhoorlanddros het bevind dat die appellant se weergawe onwaarskynlik was en dat dit nie waar was nie. In die verband verwys ek na enkele voorbeelde. Die appellant se gretigheid om sekere aspekte van die klaagster se swak gedrag, byvoorbeeld, dat sy geld gesteel het; dat sy onnodig rondgeloop het; dat sy gerook het en dat sy 'n seksuele verhouding gehad het met 'n 16 of 18-jarige seun, voor die Hof te plaas, al was hierdie bewerings merendeels gebaseer op gerugte en hoorsê. Wat egter glad nie sin maak nie, is dat appellant nooit die totaal onaanvaarbare gedrag deur die klaagster met haar bespreek het nie, al was hy volgens hom, baie lief vir haar.

Die klaagster se moeder het ook getuig dat appellant op geen stadium enigsins melding aan haar gemaak het oor klaagster se swak gedrag nie en of, in besonder, die beweerde seksuele verhouding wat klaagster met die ouer seun sou gehad het nie.

Dit is verder duidelik dat appellant angstig was om die indruk te skep

dat die klaagster glad nie by die huis was op die dae wat sy getuig die insidente plaasgevind het nie. Alhoewel hy hom so ver as moontlik wou verwyder van die klaagster, was beide die klaagster en haar moeder se getuienis duidelik dat die klaagster nie by die 5 Bosbou was die Vrydag nie en dat daar glad nie 'n begrafnis was op die Sondag toe die verkragting plaasgevind het nie.

Dit is verder hoogs onwaarskynlik, gesien die situasie waarin die klaagster en haar moeder hulle in bevind het, dat hulle 'n valse saak 10 teen appellant sou maak, as die gevolg daarvan finansiële swaarkry vir hulle tot gevolg sou hê.

Na my mening, het die verhoorhof tereg bevind dat appellant se weergawe onwaarskynlik is en is dit duidelik dat die appellant se 15 bewerings oor klaagster se swak gedrag 'n versinsel is en aanduidend is van 'n wanhopige poging van sy kant om die klaagster in 'n swak lig te probeer stel en hom op die wyse te probeer te verontskuldig in omstandighede waar die geheel van die getuienis oorweldigend daarop dui dat hy die klaagster onsedelik aangerand en verkrag het.

20

Wanneer die Hof bepaal of die staat die skuld van 'n beskuldigde bo redelike twyfel bewys het al dan nie, kyk 'n hof nie na die getuienis wat die beskuldigde impliseer in isolasie nie. Net so kyk 'n hof nie na die verontskuldigende getuienis van 'n beskuldigde in isolasie om te 25 bepaal of sy weergawe redelik moontlik waar mag wees nie.

Die verhoorlanddros het myns insiens die getuienis van die appellant korrek opgesom en in aggenome die totaliteit van die getuienis korrek bevind dat die Staat bo redelike twyfel bewys het dat die
5 appellant die klaagster onsedelik aangerand het en verkrag het.

Dit volg dat die appèl teen die skuldigbevinding nie kan slaag nie.

In die onderhawige geval skryf die Strafwysigingswet 105 van 1997
10 'n vonnis van lewenslange gevangenisstraf vir dié vorm van verkragting voor en 'n vonnis van tien jaar gevangenisstraf ten opsigte van onsedelike aanranding tensy daar wesenlike en dwingende omstandighede bestaan wat 'n afwyking van die voorgeskrewe vonnis regverdig. Daar is namens appellant aangevoer
15 dat die vonnis in die saak skokkend onvanpas en betreklik swaar is, indien gekyk word na die omstandighede van die saak.

Mnr Theron, wie namens respondent verskyn het, het in sy hoofde van betoog aangevoer dat appellant hom gelukkig kan ag dat hy nie
20 lewenslange gevangenisstraf opgelê was nie. In die onderhawige saak het die verhoorlanddros in sy uitspraak verwys na die erkende beginsels en doelstellings by vonnisoplegging en dit oorweeg. Die verhoorlanddros het bevind dat wesenlike en dwingende omstandighede bestaan en het, na my mening, tereg bevind dat die
25 volgende as verswarend in ag geneem moes word. Eerstens, dat

appellant in 'n vertrouensposisie teenoor die klaagster gestaan het. Tweedens, dat klaagster appellant as haar pa beskou het. Derdens, dat appellant klaagster, wie tien jaar oud was, aan 'n skokkende ervaring onderwerp het. Vierdens, dat appellant se optrede neerkom
5 op 'n herhaling van dieselfde gedrag binne die bestek van 'n naweek.

Dit is geykte reg dat 'n hof van appél met die verhoorhof sal inmeng indien daar 'n mistasting deur die verhoorhof begaan is en indien die verhoorhof 'n vonnis opgelê het wat skokkend onvanpas is. Die
10 misdrywe waaraan die appellant skuldig bevind is, is ongetwyfeld ernstig. Ten spyte van die swaar vonnisse wat howe oplê vir hierdie tipe misdrywe, gaan die pleeg daarvan onverpoosd voort. Die verhoorlanddros het tereg bevind dat in sake van dié aard, die vonnisse wat die Wetgewer voorskryf, aanduidend is van hoe ernstig
15 die misdrywe beskou word. Dit word ook aanvaar dat in sake van die aard, die misdaad en die belang van die gemeenskap, die persoonlike omstandighede van die appellant moet oorskadu. Daar kan geen twyfel wees dat daar 'n plig op die howe rus om in sake van die aard, deeglik kennis te neem van die belange en die vereistes
20 van die gemeenskap nie.

In sy uitspraak oor vonnis, het die verhoorlanddros nie verwys na soortgelyke sake wat in ons hoër howe aangehoor en gevonniss is nie. Dit volg dus dat geen oorweging geskenk was aan die benadering,
25 van en die effek van hierdie gesag aan die hand van die feite in die

onderhawige saak nie. Sien **S v Abrahams** 2002 (1) SASV 116 (HHA); **S v Mahomotsa** 2002 (2) SASV (HHA); **S v Nkomo** 2007 (2) SASV 198 (HHA), **S v GN** 2010 (1) SASV 93 (TPD). en in besonder **S v SMM** 2013 (2) SASV 229 (HHA).

5

In **Abrahams** (supra) se saak is die appellant skuldig bevind aan verkragting van sy 14-jarige dogter en het die verhoorhof bevind dat daar wesenlike en dwingende omstandighede bestaan wat 'n mindere vonnis as die voorgeskrewe vonnis van lewenslange gevangenisstraf regverdig. Die appellant is gevonnisd tot sewe jaar gevangenisstraf. Die Staat het geappelleer na die Hoër Hof van Appèl teen vonnis en die vonnis was vervang met een van 12 jaar gevangenisstraf.

In **Mahomotsa** (supra) was die klaagster 15 jaar oud en was die beskuldigde skuldig bevind aan twee aanklagtes van verkragting. Vonnisse van agt jaar en 12 jaar gevangenisstraf is onderskeidelik opgelê in plaas van lewenslange gevangenisstraf.

In **Nkomo** (supra), waar die beskuldigde die klaagster vyf keer verkrag het en waar die verkragting gepaard gegaan het met ontvoering, is die beskuldigde na die hoërhof verwys vir vonnis en is lewenslange gevangenisstraf opgelê. Die vonnis van lewenslange gevangenisstraf is egter op appèl tersyde gestel en vervang met 'n vonnis van 16 jaar gevangenisstraf.

25

In **S v GN** 2010 (1) SASV 93 (TPD) was appellant skuldig bevind aan verkragting van sy vyfjarige biologiese dogter. Die vonnis van lewenslange gevangenisstraf is op appèl tersyde gestel en is die appellant gevonniss tot 'n termyn van 20 jaar gevangenisstraf.

5

In **S v SMM** (supra) was appellant skuldig bevind aan die verkragting van sy 13-jarige niggie wat na hom gestuur is sodat hy haar kon help met 'n skooltoelatingsaansoekvorm. Hy is gevonniss tot lewenslange gevangenisstraf. Op appèl na die hoër hof van appèl word die vonnis
10 van lewenslange gevangenisstraf ter syde gestel en vervang met 'n vonnis van 15 jaar.

Dit word algemeen aanvaar dat waar 'n hof vonnis oplê in die geval van meerdere misdrywe, soos in die onderhawige geval, dat die hof
15 in sy soeke na 'n gepaste vonnis, oorweging moet skenk aan die saamneem van die klagtes vir vonnis doeleindes. Sien **S v Mabunda** 2013 (2) SASV 161 HHA. Die onderhawige saak is 'n geval waar die klagtes ten opsigte van tyd, plek en omstandighede baie eng met mekaar verbonde is en ooreenstemmend van aard is en is dit
20 gevolglik 'n gepaste saak waar die aanklagtes wel saamgeneem kan word vir die doeleindes van vonnis.

Alhoewel die verhoorlanddros beveel het dat die klagtes saamgeneem word vir die doel van vonnis en gelas het dat 'n
25 gedeelte van die vonnis opgeskort word, het die verhoorlanddros nie

behoorlik oorweging gegee aan die benadering, soos in die gesag hierbo uiteengesit, tesame met die feit dat die onsedelike aanranding en die verkragting in die onderhawige saak nie as 'die mees ernstigste' beskou kon word nie'. Die verhoorlanddros het ook nie
5 behoorlik in ag geneem dat die verkragting kortstondig was, en dat, alhoewel die klaagster vaginale beserings opgedoen het tydens die verkragting, die verkragting nie gepaard gegaan het met addisionele geweld nie. In die omstandighede is die vonnis van 25 jaar gevangenisstraf op beide aanklagtes, in die besondere
10 omstandighede van die saak, skokkend en onvanpas.

Appellant se persoonlike omstandighede is uiters gunstig. Ten tye van die oplegging van die vonnis was hy 37 jaar oud. Hy het wel 'n vorige veroordeling vir aanranding gehad wat terugdateer na 2004,
15 maar dit kon nie ernstig gewees het nie, want hy was berispe en ontslaan. Hy het Graad 11 op skool gehaal en hy was werksaam as 'n plaaswerker en het R420 per week verdien. Hy was die broodwinner in die huis in die saamleefverhouding met klaagster se ma, en het na beide sy twee klein kinders by klaagster se moeder,
20 sowel as klaagster se moeder en haar twee kinders, insluitende die klaagster, gesorg. Appellant was verder vir ongeveer twee jaar in aanhouding voordat die saak afgehandel is.

Dit is uiters verswarend dat die klaagster tien jaar oud was ten tye
25 van die voorvalle. Appellant was in 'n vertrouensposisie teenoor haar

en het die appellant sy posisie uitgebuit om sy wellustige drange te bevredig. Alhoewel die klaagster se beserings nie van 'n erge aard is nie, speel dit, na my mening, nie so 'n groot rol nie aangesien die emosionele en psigiese skade wat met verkragting gepaard gaan, 5 meer aandag behoort te geniet bo die fisiese beserings wat 'n slagoffer opdoen.

Ongelukkig is daar geen getuienis aangebied oor die emosionele en psigiese skade wat die klaagster opgedoen het as gevolg van die 10 appellant se optrede nie. Dit staan egter vas dat hierdie voorval nie die klaagster ongedeerd gelaat het nie.

In ag geneem al die faktore wat 'n gepaste vonnis daarstel en die riglyne, soos omskryf in **S v Malgas** en **S v Vilakazi**, is ek van 15 mening dat 'n effektiewe vonnis van 13 jaar 'n meer billike en regverdigte vonnis in die omstandighede van die saak is. Dit volg dat die appèl teen vonnis moet slaag. Derhalwe sal ek die volgende bevel voorstel:

- 20 1. Die appèl teen skuldigbevinding word van die hand gewys.
2. Die appèl teen vonnis slaag.
3. Die vonnis van 25 jaar gevangenisstraf waarvan tien jaar 25 opgeskort word vir 'n periode van vyf jaar word tersyde

gestel en vervang met die volgende vonnis:

3.1 Aanklagtes 1 en 2 word saamgeneem vir doeleindes
van vonnis. Die beskuldigde word gevonnissen tot
5 agtien (18) jaar gevangenisstraf, waarvan vyf (5)
jaar gevangenisstraf opgeskort word vir 'n periode
van vyf (5) jaar op voorwaarde dat die beskuldigde
nie weer skuldig bevind word aan verkragting en/of
onsedelike aanranding, soos omskryf in artikel 3
10 en/of artikel 5 van die Wysigingswet op Strafbereg
(Seksuele Misdrywe en Aanverwant
Aangeleenthede), Wet 32 van 2007 nie, en wat
gepleeg word gedurende die tydperk van opskorting.

3.2 Die vonnis word teruggedateer na 23 Junie 2009.

RILEY, WnR

20 Ek stem saam en dit word so beveel.

VELDHUIZEN, R