

*“We have somehow moved ... to a world in which the grotesquerie of parent-organized child orgies of bestiality, Satanism, and cannibalism are the topics of polite conversation, and accounts of the large-scale abuse of children in orphanages and training schools abound in the daily newspapers. One might well ask, how has this occurred.”*¹

INLEIDING

*“... die slagoffer word afgeskeep, hy is vergete, hy kom nie tot sy reg nie, en dít terwyl hy immers die sentrale figuur in strafverrigtinge waarby hy betrokke is, behoort te wees. Soos ‘n slagoffer van ‘n wreedaardige aanranding haar belewenis opgesom het: ‘The (criminal) process is about me but without me.’”*²

i. ALGEMENE INLEIDING

‘n Geweldige toename in die pleging van seksuele misdade met kinders word op internasionale vlak bespeur.³ Die probleem is egter dat die omvang daarvan nie bepaal kan word nie, aangesien baie voorvalle nie aangemeld word nie. Die moontlikheid van kinderslagoffers se viktimisering deur regstelsels is ‘n verdere ontstellende aspek. Sommige lede van ‘n gemeenskap mag ook genoodsaak voel om die reg in eie hande te neem, ten einde die ondoeltreffendheid van ‘n regstelsel te oorbrug.⁴ Die oogmerk van hierdie proefskrif is om leemtes in die **Suid-Afrikaanse Regstelsel** met betrekking tot die posisie van kinderslagoffers aan te toon. Kinders is immers nie net die slagoffers van seksuele misdade nie, maar hulle word ook tydens getuienislewering aan verdere trauma blootgestel, waarna hul belange nie altyd die gewenste aandag tydens vonnisoplegging geniet nie. Dit is in die belang van gesonde regsplegning dat kinderslagoffers van seksuele misdade se belange deurgaans in ag geneem moet word.

ii. DIE OMSKRYWING VAN ‘N KIND

Op enkele uitsonderings na word ‘n kind as ‘n persoon onder die ouderdom van agtien jaar

¹ KANADA: T Sullivan *Sexual Abuse and the Rights of Children: Reforming Canadian Law* (1992) 31-32

² RSA: JPJ Coetzer “Die slagoffers van Misdaad: ‘n Verwaarloosde groep” 1994 *Consultus* 28-32, 28

³ RSA: JMT Labuschagne “Die rol van die Strafbereg in versekering van die vrye psigoseksuele ontplooiing van kinders” 1996 *SALJ* Vol 113 Deel IV, 585-589, 585; L Meintjies-Van der Walt “Towards victims’ empowerment strategies in the criminal justice process” 1998 *SACJ* Vol 11, 157-172, 157; R Songca “The reliability of anatomically correct dolls in child sexual abuse cases” 1993 *SACJ* Vol 6, 83-89, 83-84 en 86; A Levett “Contradictions and confusions in child sexual abuse” 1991 *SACJ* Vol 4, 9-10, 10

⁴ RSA: Suid-Afrikaanse Regskommissie (verder verwys na as SARK) *Sexual Offences against Children* (verder verwys na as *Sexual Offences against Children*)(Projek 108, Werkstuk 10, 1997) par 3.1.2, 3.2.2., 3.3.1 en 5.3.1

omskryf.⁵ In **Engeland** word 'n "child" omskryf as 'n persoon onder die ouderdom van veertien jaar en 'n "young person" as 'n jeugdige tussen die ouderdom van veertien en agtien jaar.⁶ Weens die feit dat kinderslagoffers se ouderdom op die stadium van die pleging van seksuele dade 'n wesenlike element van verskeie misdade is,⁷ is dit uiteraard belangrik om die kind se ouderdom te bewys. Dit is byvoorbeeld die geval ten aansien van die onweerlegbare vermoede by verkragting in die **Suid-Afrikaanse Reg**, dat 'n meisie onder die ouderdom van twaalf jaar nie toestemming tot geslagsgemeenskap kan verleen nie.⁸

Ouderdomsvasstelling kan op verskeie maniere geskied.⁹ Howe kan byvoorbeeld 'n slagoffer se ouderdom volgens sy fisiese voorkoms skat¹⁰ of die ouers en of voogde van die kind kan getuienis daarvoor aflê. Howe aanvaar in hierdie verband wel die getuienis van die kind se moeder,¹¹ maar nie van 'n persoon wat nie by die kind se geboorte teenwoordig was nie.¹² Die getuienis van die dokter of vroedvrou wat die geboorte behartig het, sal ook toelaatbaar wees. Die getuienis van familielede of bekendes wat tydens die geboorte teenwoordig was, word oor die algemeen met versigtigheid benader. 'n Kind mag nie self oor sy ouderdom getuig nie, omdat dit hoorsê-getuienis is.¹³ 'n Geboortesertifikaat is *prima facie*-bewys van 'n kind se ouderdom en word afdoende bewys in die afwesigheid van getuienis tot die teendeel.¹⁴ 'n

⁵ ANDER: artikel 1 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989 [<http://www.unicef.org/crc/convention.htm>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003; artikel 2 van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* 1990 [<http://www1.umn.edu/humanrts/africa/afchild.htm>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003; RSA: artikel 28(3) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996; artikel 1 van die *Wet op Kindersorg* 74 van 1983; SARK *Sexual Offences* (Projek 107, 2002) (verder verwys na as *Sexual Offences*) par 3.2.2, vir die voorgestelde "Sexual Offences Bill" ("Wetsontwerp op Seksuele Misdade"); artikel 1 van Deel I van die *Children's Charter of South Africa* [<http://www.anc.org.za/misc/childcht.html>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003; AUSTRALIË: artikel 6 van die *Children's Protection Act* 1993 (SA); artikel 65A van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 1(1) van die *Criminal Code* 1913 (WA); artikel 106A van die *Evidence Act* 1906 (WA); KANADA: *A Manson Essentials of Canadian Law The Law of Sentencing* (2001)105

⁶ ENGELAND: Artikel 107(1) van die *Children and Young Persons Act* 1933; PJ Richardson (ed) *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice* (2001) § 5-232; KANADA: Sullivan 107

⁷ RSA: Artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe* 23 van 1957

⁸ RSA: *Kamfer* 1969(4)SA 250(K)253A; JMT Labuschagne "Ouderdomsgrense en strafregtelike aanspreeklikheid weens seksuele misbruik van kinders" 1998 *Obiter* 340-343, 342-343; *Titus* 1969(3)SA 436(K); ENGELAND: P Murphy en E Stockdale *Blackstone's Criminal Practice* (2001) 219, wat daarop wys dat dit ook vir 'n oortreding van artikel 5 van die *Sexual Offences Act* 1956 'n vereiste is dat die slagoffer se ouderdom ten tye van die pleging van die misdaad bewys moet word, omdat dit 'n wesenlike element van die misdaad is. Vir hierdie doel kan 'n geboortesertifikaat voorgelê word of getuienis van die slagoffer se ouers aangebied word.

⁹ RSA: *Ngoma* 1984(3)SA 666(A)672b-g; *Seleke* 1976(1)SA 675(T)689H-690A; *Tsankobeb* 1981(4)SA 614(A)629G-H; *Mohlokane* 1969(1)SA 561(A)567C-F; *Van Rooi* 1976(2)SA 580(A)538H; C 1955(1)SA 380(K)384C-D

¹⁰ RSA: Artikel 337 van die *Strafproseswet* 51 van 1977; M 1988(2)SA 779(A); *Mavhungu* 1988(3)SA 67(V); *Tsankobeb supra*; *Nyathi* 1978(2)SA 20(B); *Naude* 1978(1)SA 566(T); sien oor die voorgangerartikel: *Thomas* 1961(4)SA 850(K); *Tango* 1969(2)SA 648(K); *Botha* 1947(2)SA 1281(K); *Kamfer supra* 251D en 252B; *Hlongwane* 1960(1)SA 309(T)310; *Hadebe* 1960(1)SA 488(T)489C-G

¹¹ RSA: C 1955(1)*supra* 384C-D

¹² RSA: *Naran* 1963(1)SA 651(A); *Sunduza* 1958(2) PH H 343(SR)683; *Botha supra*; *Ngoma supra*

¹³ RSA: *D* 1995(2)SASV 502(K)505g-i; C 1955(1)*supra* 381F-H en 383A; K 1951(3)SA 180(SWA)182C

¹⁴ RSA: Artikel 28(2) van die *Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes* 51 van 1992; *Ngoma supra*

Doopseël is egter nie voldoende of geloofwaardige bewys van sy ouderdom nie,¹⁵ alhoewel dit wel 'n hof van hulp mag wees.¹⁶ Die verdediging kan ook die kind se ouderdom formeel erken.¹⁷ Indien ouderdom nie betwis word nie, mag howe die afleiding maak dat dit nie in geskil is nie.¹⁸ Mediese getuienis mag ook oor 'n slagoffer se ouderdom aangebied word. Dit is egter belangrik dat die geneesheer sy kwalifikasies, ervaring en die motivering vir sy gevolgtrekking oor die kind se ouderdom op rekord moet plaas.¹⁹

iii. INTERNASIONALE ONTWIKKELINGE OP DIE GEBIED VAN DIE BESKERMING VAN KINDERS SE REGTE

In die vroeë sestigerjare is nuwe wetgewing oor kindermishandeling en die rapportering van seksuele misdade op die wetboeke in die **Verenigde State van Amerika** geplaas weens die gemeenskap se verontwaardiging oor seksuele en geweldsmisdade met kinders. Wêreldwye veldtogte teen kindermisbruik, 'n toename in die rapportering van kindersake en die identifisering van leemtes in verskeie regstelsels oor die aanbieding en evaluasie van kinders se getuienis het daartoe bygedra. In **Kanada** het wetswysigings gevolg en is verskeie nuwe maatreëls - onder andere die gebruik van geslotebaantelevisiestelsels - ingevoer om getuienislewering minder traumaties vir kinders te maak.²⁰ 'n Soortgelyke tendens is in **Engeland** waargeneem.²¹

Baie stappe is gedurende die afgelope paar dekades geneem om erkenning aan kinders se regte te verleen. Verskeie internasionale konvensies en handveste oor kinders se belange is in die lewe geroep.²² Die **Suid-Afrikaanse regering** het op 16 Junie 1995 die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989 onderteken, met die onderneming om die bepalings

¹⁵ RSA: K 1951(3)*supra* 182B; *Moeketsi* 1976(4)SA 838(O); *Koto* 1952(1)PH H59(EDL)105

¹⁶ RSA: *Ngoma supra*

¹⁷ RSA: artikel 220 van die *Strafproseswet*

¹⁸ RSA: D 1995(2)*supra* 505 f-i; contra C 1955(1)*supra* 383C-E en 384A-B; K 1951(3)*supra*; *Lange* 1969(3)SA 40(N); *Mavundla* 1976(4)SA 731(N)

¹⁹ RSA: *Koto supra* 104: "The district surgeon should have stated the grounds for his conclusions. He should also have stated his qualifications or the length of his experience."; *Seferino* 1958(1)PH H117 (SR) 217; *Jacobs* 1940 TPD 146; *Ngoma supra*, oor die gebruik van X-straalplate; *Hadebe supra* 490A-C; D 1995(2)*supra* 505g-i

²⁰ KANADA: Sullivan 32-34 en 37

²¹ ENGELAND: JR Spencer en RH Flin *The Evidence of Children: The law and the Psychology* (1990)11-12

²² RSA: Suid-Afrikaanse Menseregtekommissie (verder verwys na as SAMRK) *Report on Sexual Offences against Children: Does the Criminal Justice System protect Children?* (verder verwys na as *Report on Sexual Offences*) (April 2002) [<http://www.sahrc.org.za>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003, par 3; Parlementêre Taakspan se *Report of The Parliamentary Task Group on the Sexual Abuse of Children* (verder verwys na as Parlementêre Taakspan) (12 Junie 2002) [<http://www.gov.za/reports/2002/abuse.pdf>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003, Hoofstuk 3: "The Task Group's Findings and Recommendations", par 3.6

daarvan na te kom,²³ kinders se status te beskerm²⁴ en te alle tye “*n kind se beste belang*” te bevorder.²⁵ ‘n Kind moet teen alle vorme van diskriminasie, fisiese sowel as sielkundige geweld, beserings, mishandeling, verwaarlosing en uitbuiting (insluitend seksuele mishandeling) beskerm word, terwyl die kind hom in die sorg van sy ouers, voogde of enige ander persoon wat vir die kind verantwoordelik is, bevind.²⁶ Stappe moet geneem word om kinders se seksuele uitbuiting, kinderprostitusie sowel as kinderpornografie te verbied.²⁷ Verskeie ander misdade, onder andere ontvoering, handeldryf in of die verkoop van kinders²⁸ asook enige ander uitbuiting wat nadelig op die kind se welsyn kan inwerk, moet bekamp word.²⁹ Kinders mag nie aan wrede, barbaarse of vernederende behandeling, strawwe of marteling onderwerp word of wederregtelik van hul bewegingsvryheid ontnem word nie.³⁰

Suid-Afrika is ook ‘n lid van die *United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)*, ingevolge waarvan alle mense vry en gelyk gebore is en met waardigheid en respek behandel moet word. Alle vorme van diskriminasie, veral teenoor lede van die vroulike geslag, moet beveg word.³¹ Die **Suid-Afrikaanse regering** het in 1990 die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* onderteken,³² ingevolge waarvan kinders se regte in ‘n kulturele perspektief geplaas moet word.³³ Dringende maatreëls word benodig om die regte en welsyn van kinders in Afrika te bevorder en te beskerm. Weens die verskille in Afrika in kinders se sosio-ekonomiese, kulturele, tradisionele en

²³ ANDER: artikel 2 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989; RSA: *De Reuck v Director of Public Prosecutions, Witwatersrand Local Division* 2003(3)SA 389(W)par 11

²⁴ RSA: *SARK Sexual Offences: The Substantive Law* (Projek 107, Werkstuk 85, 1999)(verder verwys na as *Sexual Offences: The Substantive Law*) 18; *SARK Sexual Offences against Children* par 2.2.1; ANDER: die Aanhef van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989

²⁵ RSA: artikel 28(2) van die *Grondwet* 1996; *SARK Sexual Offences* (Projek 107, 2002) 124; ANDER: artikel 3 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989; AUSTRALIË: artikel 42F(3) van die *Evidence Act* 1958 (Vic)

²⁶ ANDER: artikel 19 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989

²⁷ ANDER: artikel 34 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989

²⁸ ANDER: artikel 35 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989

²⁹ ANDER: artikel 36 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989

³⁰ ANDER: artikels 37 en 39 van die *United Nations Convention on the Rights of the Child* 1989

³¹ ANDER: [<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003. Mans en vrouens beskik oor gelyke ekonomiese, sosiale, kulturele, burgerlike en politieke regte. Artikel 2 van die *United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* bepaal, dat die Staat enige diskriminasie teenoor vrouens moet bestraf. Volgens artikel 5 moet die Staat deur middel van opvoeding, opleiding of voorligting mense bewus maak van die feit dat die baring, grootmaak en beskerming van kinders die gelyke verantwoordelikheid van vrouens, mans en die gemeenskap in geheel is.

³² RSA: *SARK Sexual Offences: The Substantive Law* 21; *De Reuck supra* par 12

³³ RSA: *SARK Sexual Offences against Children* par 2.3.2

ontwikkelingsomstandighede ³⁴ moet daar teen enige vorm van diskriminasie teen kinders gewaak word. ³⁵ Die “*best interests of the child*”-kriterium geld in alle aangeleenthede wat op kinders betrekking het. ³⁶ Alle vorme van marteling, onmenslike of vernederende behandeling (veral kinders se fisiese, geestelike en seksuele mishandeling), ³⁷ sowel as enige skadelike sosiale en kulturele praktyk wat kinders se welsyn, waardigheid, normale groei en ontwikkeling aantast; gebruike en praktyke wat nadelig vir kinders se gesondheid of lewe is en enige gebruike en praktyke wat teen kinders op grond van geslag of ‘n ander status diskrimineer, moet geëlimineer word. ³⁸ Kinders moet teen alle vorme van seksuele uitbuiting en seksuele misbruik (onder andere kinderprostitusie en kinderpornografie) beskerm word. ³⁹

By die “*International Children Summit*” (Internasionale Kinderkonferensie), wat in 1992 in **Suid-Afrika** plaasgevind het, is die *Children’s Charter of South Africa* opgestel en aangeneem in die besef dat:

“... all children are created equal and are entitled to basic human rights and freedoms and that all children deserve respect and special care and protection as they develop and grow...” ⁴⁰

Ingevolge hierdie Handves, is alle kinders onder die ouderdom van agtien jaar geregtig op die regte wat in die Handves vervat is, sonder om aan enige diskriminasie blootgestel te word. ⁴¹ Dit omvat die reg om nie ‘n slagoffer van enige geweld, insluitend seksuele geweld, te wees nie. ⁴² In 1994 is riglyne tydens ‘n konferensie oor “*Sexual offences against children, the legal system and the management of the offender and the victim*” vir die hantering van seksuele misdade met kinders geformuleer. Kinders se beste belang moet te alle tye voorkeur geniet. Stappe moet geneem word om hul veiligheid te verseker en sekondêre trauma sowel as enige diskriminasie te voorkom. Kinders moet tydens strafregtelike verrigtinge regverdig behandel word en verstaanbare taalgebruik moet gehandhaaf word. Kinderslagoffers het die reg op ‘n spoedige verhoor en om aangaande die hofproses ingelig te word. ⁴³

³⁴ AFRIKA: artikel 1 van Deel I van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*

³⁵ AFRIKA: artikel 3 van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*

³⁶ AFRIKA: artikel 4 van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*

³⁷ AFRIKA: artikel 16 van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*

³⁸ AFRIKA: artikel 21 van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*

³⁹ AFRIKA: artikel 27 van die *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*

⁴⁰ RSA: Per die *Aanhef* van die *Children’s Charter of South Africa*

⁴¹ RSA: artikel 1 van Deel II van die *Children’s Charter of South Africa*

⁴² RSA: artikel 5 van Deel II van die *Children’s Charter of South Africa*

⁴³ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 2.5 en 2.6, waarin die “*Principles for the management of sexual offences against children*” ondersteun word

Die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*,⁴⁴ wat veral deur die **Kanadese Charter of Rights and Freedoms** 1982 beïnvloed is,⁴⁵ stipuleer, onder andere, dat alle kinders in **Suid-Afrika** die reg op beskerming teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik, vernedering en uitbuitende arbeidspraktyke het.⁴⁶ Kinders se “*beste belang*” is voorts van deurslaggewende belang in enige aangeleentheid wat hulle raak.⁴⁷ Konstitusionele erkenning moet ook aan hul menswaardigheid en die beginsel van gelykheid voor die reg verleen word.⁴⁸ Indien seksuele misdade met kinders gepleeg word, word hul reg op liggaamlike integriteit, waardigheid en privaatheid geskend.⁴⁹ Alhoewel verskeie stappe reeds geneem is om kinders se posisie te verbeter, mag dit nie ten koste van beskuldigdes se fundamentele regte geskied nie. Dit val egter vreemd op dat slagoffers nie oor ‘n konstitusionele reg op ‘n spoedige en of ‘n billike verhoor beskik nie.⁵⁰

Die **Suid-Afrikaanse regering** word voorts deur die *Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour* 1999 verplig om kinders teen, onder andere, prostitusie en kinderpornografie te beskerm. Die Parlementêre Taakspan is van mening dat die Suid-Afrikaanse regering verskeie ander internasionale instrumente moet bekragtig om omvattende beskerming aan kinders te kan verleen. Die handveste en konvensies behels die “*Optional Protocol to the Convention of the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*”, die “*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*”, die “*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*” en die “*Council of Europe Convention on Cybercrime*”.⁵¹

Alhoewel kinders tans seksueel meer ingelig is en ook op ‘n jonger ouderdom seksueel aktief

⁴⁴ RSA: Wet 108 van 1996, wat op 16 Desember 1996 goedgekeur is met, tensy anders vermeld, inwerkingtreding op 4 Februarie 1997

⁴⁵ RSA: F Viljoen “The impact of fundamental right on criminal justice under the interim constitution (pre-trial to prison)” 1994 *De Jure* 231-251, 232

⁴⁶ RSA: Artikel 28(1) van die *Grondwet* 1996

⁴⁷ RSA: Artikel 28(2) van die *Grondwet* 1996; *De Reuck supra* par 10

⁴⁸ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 2.4.1; JD Van der Vyfer “Constitutional protection of children and young persons” in JA Robinson (ed) *The Law of Children and Young Persons* (1997) 285

⁴⁹ RSA: PJ Pienaar “Pre-trial judicial investigation with reference to sexually abused children and juveniles” 1994 *Acta Criminologica* Vol 7 No 2, 94-103, 94

⁵⁰ RSA: Meintjies-Van der Walt 1998 SACJ 159 en 164

⁵¹ RSA: Parlementêre Taakspan par 3.6.2 en 3.6.3

raak as voorheen, moet hulle steeds teen seksuele uitbuiting as gevolg van hul onvolwassenheid en weerloosheid⁵² beskerm word.⁵³ Verskeie wysigings is in die **Suid-Afrikaanse Reg** op die wetboek geplaas om kinders se trauma tydens getuienisaflegging te verlig en sekondêre viktimisering te voorkom,⁵⁴ maar hierdie oogmerke word, onder andere deur die toepassing van die versigtigheidsreëls, belemmer.⁵⁵ Die meeste statutêre bepalings is op die versekering van 'n billike verhoor vir beskuldigdes gerig.⁵⁶ Slagoffers behoort by wyse van "*victim impact statements*" (verklarings deur slagoffers oor die gevolge van die misdaad) hul omstandighede, belange en die impak van seksuele misdade op hul lewens tydens die vonnisopleggingsfase op rekord te kan plaas. Sodoende kan wesenlike inligting aan howe geopenbaar word en verseker word dat geregtigheid teenoor slagoffers geskied, deurdat 'n geringe belangstelling in die slagoffer as individu getoon word. Die sosiale en morele implikasies van 'n beskuldigde se misdade behoort nie oor die hoof gesien te word nie.⁵⁷

Erkenning moet ook aan kinderslagoffers se reg op gelyke beskerming, gelykheid voor die reg sowel as die voordeel van die reg,⁵⁸ hul reg op menswaardigheid,⁵⁹ lewe,⁶⁰ vryheid en sekerheid van die persoon,⁶¹ liggaamlike en psigiese integriteit,⁶² privaatheid⁶³ en die reg om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word, verleen word.⁶⁴ Slagoffers se regte moet telkens teenoor beskuldigdes se regte afgeweg word.⁶⁵ Dit is immers net reg, billik en in die belang van gesonde regspleging sowel as die gemeenskap se samehorigheidsgevoel, dat slagoffers van staatsweë ondersteun en beskerm word. Slagoffers

⁵² RSA: JMT Labuschagne "Die opkoms van 'n abstrakte penetrasiebegrip by geslagsmisdade" 1994 SACJ Vol 114 Deel III 461-464, 464

⁵³ RSA: J M T Labuschagne "Ouderdomsgrense en die bestraffing van pedofilie" 1990 SACJ Vol 1, 10-23, 14

⁵⁴ RSA: Artikels 153, 154, 158, 161, 165, 170A en 185A van die *Strafproseswet*; Meintjies-Van der Walt 1998 SACJ 165

⁵⁵ RSA: Meintjies-Van der Walt 1998 SACJ 165-166

⁵⁶ RSA: Coetzer 1994 *Consultus* 29

⁵⁷ RSA: Meintjies-Van der Walt 1998 SACJ 166-169; G H Van Rooyen "Blessed are the peacemakers: victim - offender mediation in the criminal justice system - a practical example" 1999 SACJ Vol 12, 62-64, waar die outeur onder meer opmerk dat selfs die *Grondwet* in die beskuldigde se guns is; sien ook die bespreking *infra* by Hoofstuk 15: VONNISOPLEGGING IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

⁵⁸ RSA: Artikel 9(1) van die *Grondwet* 1996

⁵⁹ RSA: Artikel 10 van die *Grondwet* 1996

⁶⁰ RSA: Artikel 11 van die *Grondwet* 1996

⁶¹ RSA: Artikel 12(1) van die *Grondwet* 1996

⁶² RSA: Artikel 12(2) van die *Grondwet* 1996; Labuschagne 1994 SACJ 464

⁶³ RSA: Artikel 14 van die *Grondwet* 1996

⁶⁴ RSA: Artikel 28(1)(d) van die *Grondwet* 1996

⁶⁵ RSA: Meintjies-Van der Walt 1998 SACJ 171 en voetnoot 92

behoort nie die gevoel te hê dat die regstelsel hulle in die steek gelaat het of dat hulle deur die gemeenskap verwerp word nie.⁶⁶

Kinderslagoffers mag voorts wesenlike probleme tydens getuienisaflegging ondervind. Die slagoffer is gewoonlik die enigste getuie oor die misdad. ⁶⁷ Die meeste misdade word ook eers na 'n aansienlike tydperk gerapporteer. ⁶⁸ Seksuele aantygings word dikwels nie deur mediese getuienis gestaaf nie. ⁶⁹ Jong kinders sukkel om die gebeure te verbaliseer en kan nie altyd datums, tye of die volgorde van gebeure onthou nie, met die gevolg dat hulle in die onpersoonlike, onverstaanbare regsisteem verlore voel. Die trauma van getuienislewering en kruisondervraging mag selfs byna erger as die misdad self wees ⁷⁰ en kan tot sekondêre viktimisering van die slagoffer lei. ⁷¹ Indien seksuele misdade binne gesinsverband geskied, mag dit gebeur dat die onskuldige ouer weens lojaliteit, vrees, emosionele of finansiële afhanklikheid nie gewillig is om teen die ander ouer te getuig nie. Beskuldigdes word ook gewoonlik kort na hul arrestasie op borg vrygelaat, wat by kinderslagoffers die persepsie mag skep dat niks omtrent die misdade gedoen gaan word nie. ⁷²

Die geweldige emosionele en sielkundige krisis van kinderslagoffers word voorts deur uitstelle, verdagings ⁷³ en uitgerekte hofprosedures vererger. ⁷⁴ 'n Tekort aan behoorlik opgeleide personeel mag verdere trauma veroorsaak. ⁷⁵ Indien kinderslagoffers weier om uit vrees vir dreigemente te getuig, ⁷⁶ mag hoorsê-getuienis oor hul mededelings nie aangebied word nie, aangesien dit ontoelaatbaar is. ⁷⁷ Misverstande en verkeerde taalgebruik mag tot gevolg hê dat die kind nie die hofverrigtinge verstaan nie. ⁷⁸ Selfs al sou mediese getuienis staving aan die

⁶⁶ RSA: Coetzer 1994 *Consultus* 29

⁶⁷ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 3.3.2

⁶⁸ RSA: Labuschagne 1996 *SALJ* 586

⁶⁹ RSA: Levett 1991 *SACJ* 15

⁷⁰ RSA: H Swanepoel "Bloedskande en seksuele molestering binne gesinsverband met spesifieke verwysing na kindergetuienis" Junie 1991 *Die Landdros* Vol 26 No 2, 55-60, 59-60

⁷¹ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 3.4.1

⁷² RSA: Swanepoel 1991 *Die Landdros* 59

⁷³ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 3.4.1

⁷⁴ RSA: Swanepoel 1991 *Die Landdros* 59

⁷⁵ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 3.4.1; Meintjies-Van der Walt 1998 *SACJ* 164

⁷⁶ RSA: *De Broglio*, ongerapporteerde NPD uitspraak, gedateer 5 Julie 1988, 4

⁷⁷ RSA: P Zieff "The child victim as witness in sexual abuse cases - a comparative analysis of the law of evidence and procedure" 1991 *SACJ* Vol 4, 21-43, 31

⁷⁸ RSA: Swanepoel 1991 *Die Landdros* 60

kind se weergawe verleen, bewys dit nog nie die dader se identiteit nie. Daar is ook nie voldoende maatreëls vir die beskerming van slagoffers en hul families nie.⁷⁹ Onafhanklike regsverteenvoerding vir kinderslagoffers mag voorts in sommige omstandighede wel gewens wees, maar geskied selde.⁸⁰ Kinders tussen die ouderdom van ses en twaalf jaar weier dikwels om te getuig of daar is onvoldoende getuienis om 'n skuldigbevinding te regverdig. Waar kinderslagoffers ouer as twaalf jaar is, dui statistieke daarop dat meer skuldigbevindings uitgebring word. Kinders onder die ouderdom van ses jaar is gewoonlik te jonk om te getuig, weier om te getuig of kan slegs deur middel van anatomies-korrekte poppe die gebeure demonstreer. In die meeste gevalle is staving ook afwesig.⁸¹

Dit mag egter ook nie uit die oog verloor word dat kinders wel doelbewustelik leuens mag vertel nie.⁸² Mantell⁸³ wys daarop dat verskeie wanpersepsies aanleiding tot aantygings van “*seksuele mishandeling*” van kinders kan gee. Dit sluit in eenvoudige misverstande, verkeerde rapportering, verdraaiing van feite (byvoorbeeld, waar die een party wraaksugtig is of die bewerings tydens 'n egskeidingsgeding wil gebruik), professionele foute, wanvoorstellings, foutiewe identifikasie van 'n dader sowel as motiewe om, byvoorbeeld, aandag te trek. Hy kom tot die volgende slotsom:⁸⁴

“Judges know that treachery, deceit, lying and many forms of honest error abound in most of the matters presented for their decision. Cases involving child abuse allegations are no exception. They may, in fact, require an especially informed and unemotional examination of areas of possible distortion if we are to arrive at better balanced judgments...”

Verskeie ander aspekte geniet voorts wêreldwyd aandag, waaronder die rapportering van misdade en die aanbieding van kinders se getuienis. Die bespreking van seksualiteit is - ongeag ouderdom - 'n moeilike en sensitiewe aangeleentheid in enige kultuur.⁸⁵ Indien 'n slagoffer van 'n seksuele misdaad getuienis daarvoor moet lewer, is dit nog moeiliker, veral vir kinders. Misverstande en verwarring - veral oor terminologie - moet reeds tydens die afneem van kinderslagoffers se **verklarings** vermy word. Die groot verskeidenheid amptelike tale in **Suid-Afrika** mag juis tot misverstande tydens die afneming van 'n slagoffer se klagte aanleiding

⁷⁹ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 3.3.2 en 3.4.1

⁸⁰ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 3.4.1; Levett 1991 *SACJ* 16

⁸¹ RSA: JJA Key “The child witness: the battle for justice” 1988 *De Rebus* 54-58, 56-57

⁸² RSA: Swanepoel 1991 *Die Landdros* 60

⁸³ VSA: D Mantell “Clarifying erroneous child sexual abuse allegation” 1988 *American Journal of Orthopsychiatry* Vol 58 Deel 4, 618-621, 619-621

⁸⁴ VSA: *Supra* 621

⁸⁵ RSA: SARK *Sexual Offences against Children* par 5.2.1

gee.⁸⁶ Daar moet 'n mate van vertroue tussen die polisiebeampte (wat die verklaring afneem) en die kind bestaan.⁸⁷ Die kind se presiese woorde, taalgebruik en aanduidings van seksuele terme moet neergeskryf word, sodat aantygings van beïnvloeding en voorsegging tydens die verhoor uitgeskakel kan word. As 'n baie jong kind begrippe soos “*penis*” en “*vagina*” gebruik, kan dit agterdog wek, omdat kennis hiervan nie normaalweg binne 'n jong kind se verwysingsraamwerk val nie.⁸⁸ In *Prokureur-Generaal, Transvaal v Die Streeklanddros, Pretoria en J van Bruggen*⁸⁹ is bevind dat elke verklaring in die lig van die kind se ouderdom en die omringende omstandighede oorweeg moet word. Ander kriteria behels die kind se vordering op skool, die reaksie teenoor die persoon wat die verklaring afgeneem het sowel as die kind se reaksie in die hof. Selfs al is die kind nog baie jonk, moet houe probeer om die waarheid vas te stel, maar moet die kind se belange terselfdertyd beskerm word.

Verskeie aspekte speel 'n rol alvorens 'n verhoor 'n aanvang neem en word kortliks vermeld, omdat dit nie vir doeleindes van hierdie proefskrif in diepte bespreek word nie. Daar moet behoorlik met die kindergetuie gekonsulteer word.⁹⁰ Leidende vrae moet oor die algemeen tydens konsultasie en hoofondervraging vermy word.⁹¹ Dit is ongelukkig soms juis by jong kinders nodig om vrae van 'n geringe leidende aard te stel, ten einde 'n antwoord te bekom of die kind se geheue te stimuleer.⁹² Die kind behoort sy weergawe in sy eie woorde te vertel en vrae moet slegs ter opheldering gestel word.⁹³ Die kind moet ook oor die hofprosedures en hofverrigtinge ingelig word. Die kindergetuie moet voorts voorberei word op wat verwag kan word en welke rolle die verskillende hofbeamptes vervul. Kinders het immers baie min, indien

⁸⁶ RSA: *Blaauw* 1999(2)SASV 295(W)301h-i: "Laconic statements are taken by policemen who merely happen to be on duty ... Many languages are spoken in South Africa and those who speak a little of those other than their own mother tongue try to do the best they can in different languages. The opportunities for misunderstanding and confusion are thus large."

⁸⁷ RSA: JC Hammond en EJ Hammond "Justice and the Child Witness" 1987 SACC Vol 11 No 1, 3-20, 7-8

⁸⁸ RSA: T 2000(2)SASV 658(CkH)664f-i; SAMRK *Report on Sexual Offences* par 4.1.3, waar riglyne vir die afneming van behoorlike verklarings verskaf word en die volgende opgemerk word: "The child is not required to lay out all details of the sexual incident at the first interview with the police. A detailed statement is taken by the investigating officer once one is appointed, and only when the child has sufficiently recovered to be able to give a detailed account of the abuse."

⁸⁹ RSA: Ongerapporteerde TPA uitspraak, gedateer 18 Maart 1996, 3-4

⁹⁰ ENGELAND: B Hill en K Fletcher-Rogers *Sexually Related Offences* (1997) 4; NIEU-SEELAND: *Ellis* [2000] 1 NZLR 513 (ook gerapporteer per [1999] NZCA 226 par 50(ii) en (iii) [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz>]) [laaste keer besoek op 8 Julie 2003] omrede par 33-50 nie in die NZLR-hofverslae aangehaal word nie); *MEF* [1992] 2 NZLR 372, 379: "The remarks ... indicate that he may have felt himself under some pressure to please the interviewer and perhaps then regretted it."; VSA: JEB Myers *Legal Issues in Child Abuse and Neglect* (1992) 54-59; RSA: Songca 1993 SACJ 86

⁹¹ ENGELAND: Richardson § 8-72; RSA: V 1991(1)SASV 59(T)60a en 65h-i

⁹² KANADA: *F (CC)* (1998) 120 CCC (3d) 225 (SCC) par 53: "It must be recognized that in some situations it will be necessary and appropriate to ask leading questions."; VSA: Myers 62-63

⁹³ AUSTRALIË: *Australian Law Reform Commission* (Australiese Regshervormingskommissie) (verder verwys na as ALRC) *Seen and heard: priority for children in the legal process* (Projek 84, 1997) (verder verwys na as *Seen and heard*) [<http://www.alrc.gov.au/publications/publist/reports.htm>], laaste keer besoek op 3 Julie 2003, par 14.20-14.21

enige, kennis van die regsproses⁹⁴ en behoort nie aan 'n onbekende, angswekkende of intimiderende atmosfeer⁹⁵ of meerdere konsultasies blootgestel te word nie.⁹⁶ Kinders mag onder die wanindruk verkeer dat net slegte mense hof toe gaan waarna die tronk hul voorland is, wat derhalwe vrees by kinders kan wek om te getuig.⁹⁷ In **Queensland (Australië)**, byvoorbeeld, rus daar 'n statutêre plig op 'n aanklaer om die slagoffer van 'n misdaad oor die regsproses en sy rol as getuie in te lig.⁹⁸

Lang uitstelte tas kinders se geheue aan, affekteer die kwaliteit van hul getuienis nadelig en dra tot hul trauma by. Hierdie faktore doen afbreuk aan die kind se geloofwaardigheid.⁹⁹ Kinders mag selfs weier om getuienis af te lê.¹⁰⁰ In die geval van lang vertraging, moet hulle 'n geleentheid vir geheueverfrissing gebied word.¹⁰¹ 'n Lang tydsverloop meng ook met kinderslagoffers se spoedige herstel in, omdat effektiewe terapie vertraag word.¹⁰² 'n Verdere nadeel van 'n lang vertraging is dat die kind se taalvermoë intussen dermate ontwikkel het dat dit die indruk mag skep dat hy van sy aanvanklike verklaring afwyk en weens hierdie gewaande

⁹⁴ RSA: K Müller en M Tait "A Prosecutor is a person who cuts off your head": Children's perceptions of the legal process" 1997 *SALJ* Vol 114 Deel III 593-603, 595-596 en 600-603; K Müller en M Tait "Are children beheaded and fed to wild animals? A study of the perceptions of South African children relating to the judicial process" 1998 *SALJ* Vol 115 Deel III 447-456, 447-449; M Reddi "The child witness in the criminal justice system Suggestions for reform" 1993 *Journal for Juridical Science* Vol 18 Deel 2, 123-136, 125-126; Levett 1991 *SACJ* 16-17

⁹⁵ AUSTRALIË: ALRC *Seen and heard* par 14.90-14.92, 14.93-14.94, 14.116-14.118 en Aanbevelings 104-105 en 113-114; ALRC *Annual Report* (Projek 3, 1975) (verder verwys na as *Annual Report*) [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/dis.../05childr.html?query=%22children+s+evidence%22>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003, par 5.8

⁹⁶ NIEU-SEELAND: DC Geddis, NJ Taylor en RM Henaghan "Child sexual abuse (II): obtaining accurate testimony from child victims" November 1990 *New Zealand Law Journal* 388-394, 392; W Ball "Child witnesses in sexual assault cases - issues of credibility and interviewing practices" 1995 *Butterworths Family Law Journal* 251-258, 251. Riglyne vir onderhoude met kindergetuies word op 252 gegee.

⁹⁷ RSA: Müller en Tait 1997 *SALJ* 600; Müller en Tait 1998 *SALJ* 455-456

⁹⁸ AUSTRALIË: Artikel 16 van die *Criminal Offence Victims Act* 1995 (Qld); NIEU-SEELAND: Geddis, Taylor en Henaghan November 1990 *New Zealand Law Journal* 391 en 393; Nieu-Seelandse Raadgewende Komitee (verder verwys na as RKNS) *A Private or Public Nightmare: Report of the Advisory Committee on the Investigation, Detection and Prosecution of Offences against Children* (1988) 23; RSA: SAMRK *Report on Sexual Offences* par 4.1.5, wat op die Nasionale Riglyne in hierdie verband wys

⁹⁹ ENGELAND: J Plotnikoff en R Woolfson *Prosecuting Child Abuse: An Evaluation of the Government's Speedy Progress Policy* (1995) 5 en 85; AUSTRALIË: ALRC *Seen and heard* par 14.52: Indien uitstelte nie vermy kan word nie, behoort daar voorsiening gemaak te word vir 'n opname van die kind se getuienis in geheel voor die verhoor; ALRC *Child Welfare* (Projek 18, 1981)(verder verwys na as *Child Welfare*) [<http://www.alrc.gov.au/publications/publist/reports.htm>], laaste keer besoek op 3 Julie 2003, par 10.11-10.12; ALRC *Annual Report* par 5.5; NIEU-SEELAND: Geddis, Taylor en Henaghan November 1990 *New Zealand Law Journal* 392-393; RKNS 22

¹⁰⁰ AUSTRALIË: ALRC *Seen and heard* par 14.52; ALRC *Child Welfare* par 10.11-10.12; ALRC *Annual Report* par 5.5; NIEU-SEELAND: Op 4 Julie 1997 is 'n *Practice Notice: Delay in Cases involving Child Complainants* afgevaardig met instruksies dat kindersake spoedig afgehandel moet word (met inagneming van die getuie se belange), deur die verloop van elke saak te monitor en seker te maak dat dit binne 'n sekere tydperk afgehandel word, reëlins te tref vir die verskuiwing van verhoor om die aangeleentheid te akkommodeer of selfs vervroeging van verhoordatums waar moontlik; RSA: Key 1988 *De Rebus* 55 en 57; N Padayachee "The adequacy of South African Criminal Procedure and Evidence in relation to offences involving the sexual molestation of children" 1993 *Obiter* 194-202, 198; Zieff 1991 *SACJ* 36; Hammond en Hammond 1987 *SACC* 8; Reddi 1993 *Journal for Juridical Science* 131

¹⁰¹ ENGELAND: Richardson § 8-78; RSA: *Toka* 1990(2)SASV 225(T)227f-228b; Key 1988 *De Rebus* 58

¹⁰² AUSTRALIË: ALRC *Seen and heard* par 14.53; D Brown, D Farrier & D Weisbrot *Brown, Farrier, Neal and Weisbrot's Criminal Laws Materials and Commentary on Criminal Law and Process in New South Wales* (1996) 906; RSA: SAMRK *Report on Sexual Offences* par 7.2.41 en 7.2.48

weersprekings aan onnodige kruisondervraging blootgestel word. Gewoonlik het die kind se fisiese voorkoms en emosionele toestand ook sedertdien verander en kan howe (sowel as die jurie, waar toepaslik) nie die omvang van die impak van die misdaad op 'n weerlose, klein kind visualiseer nie. Die spoedige afhandeling van verhore waarin kinders betrokke is, is derhalwe in hul beste belang en in belang van geregtigheid.¹⁰³

Eenvoudige, direkte vrae en taal moet teenoor kinderslagoffers gebesig word.¹⁰⁴ Kinders se intelligensie, ontwikkelingsvlak en vermoë om vrae te verstaan, moet ook in ag geneem word.¹⁰⁵ Onderhoude en konsultasies behoort slegs deur behoorlik opgeleide en vaardige persone, wat oor goeie kommunikasievaardighede beskik en binne 'n kort tydperk 'n gemaklike verhouding met 'n kind kan opbou, gevoer te word,¹⁰⁶ om sekondêre viktimisering van die kind te voorkom en sy belange te beskerm.¹⁰⁷ Deur voorkeur aan kindersake te verleen, word geregtigheid gedien.¹⁰⁸

Die "**Australian Law Reform Commission**" (Australiese Regshervormingskommissie) stel voor dat instansies of ondersteuningseenhede geskep moet word sodat die personeel daaraan verbonde kindergetuies oor die hofproses kan inlig, hulle op getuienisaflegging en kruisondervraging kan voorberei, hulle op hoogte van verwickelinge kan hou en reëlings vir terapie kan tref.¹⁰⁹ 'n Verdere voorstel word kortliks vermeld. In **Suid-Afrika** het Pienaar¹¹⁰ voorgestel, dat **voorverhoorondersoeke** ten aansien van alle seksuele misdade met kinders gehou moet word. Die landdros voer dan met behulp van die polisie 'n onderhoud met die slagoffer en mag gelas dat die slagoffer medies ondersoek of behandel moet word. Die verdagte verskyn daarna voor die landdros, sodat sy toestand aangeteken kan word en hy van die bewerings ingelig kan word. Hy mag egter nie aan kruisondervraging onderwerp word nie en die landdros hoor getuienis aan totdat hy tevrede is dat die ondersoek voltooi is. Daarna

¹⁰³ NIEU-SEELAND: Working Party se verslag vir die *Courts Consultative Committee* getiteld *Child Witnesses in the Court Process: A Review of Practice and Recommendations for Change* (1996) (verder verwys na as die *Working Party*) 7-8; Geddis, Taylor en Henaghan November 1990 *New Zealand Law Journal* 392-393; RKNS 22

¹⁰⁴ ENGELAND: R Bull "Obtaining evidence expertly: the reliability of interviews with child witnesses" 1992 *Expert Evidence* 5 - 12, 5; KANADA: F (CC) *supra* par 53: "It would be preferable if the police officers conducting the videotaped interview would pose simple, open-ended questions to the child."; RSA: Songca 1993 SACJ 86

¹⁰⁵ AUSTRALIË: ALRC *Seen and heard* par 14.20-14.21

¹⁰⁶ ENGELAND: Bull 1992 *Expert Evidence* 8; AUSTRALIË: ALRC *Seen and heard* par 14.20-14.21 en 14. 110-14.112; Brown, Farrier & Weisbrot 906; RSA: Key 1988 *De Rebus* 54-58 ; Hammond en Hammond 1987 SACC

¹⁰⁷ RSA: SARK *Sentencing Restorative Justice* par 2.27

¹⁰⁸ ENGELAND: Plotnikoff en Woolfson 4

¹⁰⁹ AUSTRALIË: ALRC *Seen and heard* par 14.95-14.100 en Aanbeveling 106

¹¹⁰ RSA: Pienaar 1994 *Acta Criminologica* 97-98 en 102: "The pre-trial investigation is a window on the victim and the offender that can help to gain understanding."

word 'n verslag aan die Direkteur van Openbare Vervolgings vir sy beslissing voorgelê. Hierdie prosedure mag wel groter beskerming aan kinders se regte verleen. Die landdros kry immers die geleentheid om die slagoffer sowel as die dader waar te neem.

In die Aanhef van die voorgestelde "*Sexual Offences Bill*" ("*Wetsontwerp op Seksuele Misdade*"),¹¹¹ wat oor eksterritoriale werking sal beskik,¹¹² beklemtoon die **Suid-Afrikaanse Regskommissie** alle persone se reg op gelykheid, privaatheid, menswaardigheid, vryheid en sekerheid van die persoon, waarby die reg om nie aan enige vorm van geweld blootgestel te word nie, inbegrepe is. Die handhawing van kinders se beste belang is deurgaans belangrik. Die Regskommissie benadruk die omvang van die verpligtinge wat op die Staat in terme van die reeds vermelde internasionale instrumente rus. Die hoë voorkoms van seksuele misdade in **Suid-Afrika** sowel as die nadelige impak daarvan op slagoffers, word ook beklemtoon. Vrouens en kinders is besonder weerloos teen alle seksuele misdade, insluitend prostitusie.

Die konsepwet bevat verskeie oogmerke, waarvan die belangrikstes kortliks bespreek word. Slagoffers mag nie aan enige diskriminasie blootgestel word nie en moet met die nodige respek en waardigheid behandel word. Hulle moet omtrent hul regte en relevante strafregtelike prosedures ingelig word. Slagoffers beskik voorts oor die reg om hul opinie te lug en op die hoogte van alle verwickelinge gehou te word. Hulle het bykomend hiertoe die reg op die verlening van bystand en om dienooreenkomstig hul ontwikkelingsvlak, ouderdom en in 'n verstaanbare taal aangespreek te word. Van aansienlike belang is:

"to have procedures dealt with expeditiously in time frames appropriate to the complainant and the offence...The vulnerability of children should entitle them to speedy and special protection and provision of services..."

welke aanbeveling by implikasie beteken, dat kinderslagoffers ook die reg op 'n spoedige verhoor sal hê. Voorts het slagoffers die reg om terapie te bekom en moet elke vonnisopsie die veiligheid, herstel en sekerheid van slagoffers, hul familie sowel as die gemeenskap verseker.

iv. DIE GEBRUIK VAN VERWARRENDE TERMINOLOGIE

Die gebruik van dubbelsinnige terminologie waar kinders die slagoffers van seksuele misdade is, soos "*seksuele molestering*" ("*sexual molestation*"), "*seksuele misbruik*" of "*seksuele mishandeling*" ("*sexual abuse*") sowel as "*kinderfoltering*",¹¹³ gee aanleiding tot verwarring. Die

¹¹¹ RSA: SARK *Sexual Offences* per die Aanhef en die voorgestelde artikel 1

¹¹² RSA: SARK *Sexual Offences* in die voorgestelde artikel 25

¹¹³ ANDER: Die *Definition of Terms* van die *World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children* [<http://www.usemb.se/childre/csec/>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003; VSA: artikels 455.010 en 566.100 van die *Missouri Revised Statutes*; RSA: J Cole "Parental absence as risk factor in the sexual exploitation of children" 1995 *Acta*

term “*seksuele molestering*” is vaag¹¹⁴ en word gewoonlik in die plek van “*seksuele misbruik*” aangewend. Hierdie begrippe het heel waarskynlik hul ontstaan weens oorsese navorsing gehad. Die benaming “*child rapist*” (kinderverkrachter) word oorsee gebruik sodra die aanwending van geweld of dreigemente aan ‘n dader toegeskryf kan word, andersins word die handeling getipeer as dié van ‘n “*child molester*” (kindermolesteerder).¹¹⁵ In die internasionale reg blyk “*seksuele mishandeling*” kommersiële uitbuiting (in die vorm van kinderpornografie en prostitusie), seksuele aanraking, ekshibisionisme en stimulering (wat wissel van betasting en soene tot digitale geslagsgemeenskap) en seksuele geslagsgemeenskap in te sluit.¹¹⁶ Laasgenoemde het op vaginale, orale sowel as anale geslagsgemeenskap betrekking.

Alhoewel die terme “*sexual abuse*” (seksuele misbruik of seksuele mishandeling) en “*sexual molestation*” (seksuele molestering) baie gewild in die **Suid-Afrikaanse** praktyk is, is nie een van hierdie begrippe in die **Suid-Afrikaanse Reg** vervat of deur die Wetgewer omskryf nie.¹¹⁷ Verskillende betekenisse word boonop daaraan gekoppel.¹¹⁸ Daar behoort eerder na reeds bestaande misdade verwys te word,¹¹⁹ veral omdat nóg “*seksuele kindermishandeling*” nóg “*seksuele molestering*” aparte misdade in die **Suid-Afrikaanse Reg** uitmaak.¹²⁰ Die gemeenregtelike misdade van verkrachting, bloedskanie, onsedelike aanranding en openbare onsedelikheid sowel as die bepalings van artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe*,¹²¹ is voldoende vir die bestrawwing van gedrag, wat as “*seksuele molestering*” getipeer word.¹²² Die term “*kinderfoltering*” behoort ook vermy te word. “*Foltering*” beteken “*met wreedheid pynig, martel, ernstige geestelike leed besorg en omvat dus mishandel wat beteken om sleg te*

Criminologica Vol 8 No 2, 35-40, 35; **NIEU-SEELAND**: DC Geddis, NJ Taylor en RM Henaghan “Child sexual abuse (I): incidence, epidemiology, cause, diagnosis and effects - a critique of the literature” October 1990 *New Zealand Law Journal* 371-375, 371

¹¹⁴ **RSA**: AME Steyn, MM Grobbelaar en HF Snyman “Die stiefvader as seksuele molesteerder” 1995 *Acta Criminologica* Vol 8 No 1, 62-63; N Padayachee “Sexual molestation: is it a concept with a fixed meaning?” 1993 *SACJ* Vol 6, 323-326, 324

¹¹⁵ **RSA**: Padayachee 1993 *SACJ* 323; Cole 1995 *Acta Criminologica* 35, wat verkies om die frase “*sexual exploitation*” te gebruik vir “...behaviour whereby an adult gains sexual as well as financial advantages from a child who is cognitively incapable of judging or warding off such actions ... to understand sexual exploitation, crimes connected with paedophilia should be considered. These included sexual molestation, child pornography, child prostitution and sex rings.”

¹¹⁶ **RSA**: Swanepoel 1991 *Die Landdros* 55; Padayachee 1993 *SACJ* 323-324 ; **NIEU-SEELAND**: RKNS 10-11; Geddis, Taylor en Henaghan October 1990 *New Zealand Law Journal* 371

¹¹⁷ **RSA**: Padayachee 1993 *SACJ* 324-326; Levett 1991 *SACJ* 12; Labuschagne 1990 *SACJ* 10; SARK *Sexual Offences against Children* par 3.3.2: “There is no criminal offence labelled “child abuse”, “child sexual abuse” or even “child neglect” in South African Law.”

¹¹⁸ **RSA**: Levett 1991 *SACJ* 11-13; Steyn, Grobbelaar en Snyman 1995 *Acta Criminologica* 62-63

¹¹⁹ **RSA**: Padayachee 1993 *SACJ* 325-326

¹²⁰ **RSA**: JRL Milton Hunt’s *South African Criminal Law and Procedure Statutory Offences* (1988) par E3

¹²¹ **RSA**: Wet 23 van 1957

¹²² **RSA**: JRL Milton Hunt’s *South African Criminal Law and Procedure* (Vol II, 1996) 469

behandel, liggaamlik of geestelik kwaad aan te doen". Dit kan fisiese óf psigiese foltering omvat.¹²³

Die proefskrif is in drie afdelings verdeel, naamlik seksuele misdade, prosedurele reg - met spesifieke verwysing na die posisie van kinders en die uiteindelijke evaluasie van hul getuienis - en laastens vonnisoplegging vir seksuele misdade. Vir doeleindes van regsvergelyking, is die regstelsels van **Engeland, Kanada, Australië en Nieu-Seeland** uitgesonder, om aan te toon dat waar seksuele misdade met kinders in **Suid-Afrika** gepleeg word, hulle deurgaans slagoffers van die verskillende prosesse is. Die relevante wetgewing en hofbeslissings is, met enkele uitsonderings in die **Suid-Afrikaanse Reg**, tot en met die einde van 2002 bygewerk.

¹²³ RSA: J Engelbrecht "Kindermolestering en verkragting: die howe se rol" 1995 *Consultus* Vol 8 No 1, 20-26, 20

AFDELING I: SEKSUELE MISDADE

Misdade waarby 'n geringe seksuele ondertoon betrokke is, soos *crimen iniuria*, openbare onsedelikheid, abduksie en ontvoering, word nie vir doeleindes van hierdie proefskrif bespreek nie. Daar word hoofsaaklik op die meer ernstige seksuele misdade gekonsentreer, gevolg deur 'n kort bespreking van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se aanbevelings oor die skepping van nuwe misdade. Hierdie raamwerk word deurgaans gevolg, ook by die vergelyking met die regsposisie in **Engeland, Kanada, Australië en Nieu-Seeland**.

HOOFSTUK 1: ENGELSREGTELIKE SEKSUELE MISDADE

*“Sexual abuse is a crime, but it is also a sign of family crisis and, unlike many other crimes, there is the danger that the victim will be further victimized by the intervention of the law.”*¹

1.1 Inleiding

Op enkele uitsonderings na, is die Engelse Strafreë in totaliteit gekodifiseer. Nie alle afwykende seksuele gedrag word egter in die kodifikasies ingesluit nie.² Meer as een wet is ook van toepassing op dieselfde misdaad.³ Weens die geweldige omvang van al die wetgewing, word daar met 'n bespreking van die belangrikstes volstaan.

1.2 Die misdaad verkragting

*“Rape is the most humiliating, distressing and cynical of crimes.”*⁴

Ingevolge die pre-Anglo-Saksiese Reg kon slegs 'n maagd verkrag word en het die misdaad verkragting ook ontvoering ingesluit. 'n Vroulike slagoffer kon voorkom dat haar verkragter vervolgt word deur in te stem om met hom te trou, waarna die regter en die onderskeie families hul goedkeuring daartoe moes verleen. In gevalle waar die verkragters vervolgt is, het die strawwe - afhangend van die partye se sosiale status - gevarieer. In terme van die Anglo-Saksiese Reg is verkragting met die doodvonnis bestraf, terwyl kastrasie en verblinding in die tyd van Willem die Veroweraar aan die orde van die dag was. In 1275 is twee jaar

¹ N Frude “The sexual abuse of children within the family” 1985 *Med Law* Vol 4 463-473, 471

² B Hill en K Fletcher-Rogers *Sexually Related Offences* (1997) 369-377, wat op ander vorme van afwykende seksuele gedrag wys

³ So, byvoorbeeld, het die *Sexual Offences Act* 1956 seksuele misdade gekodifiseer. Die *Sexual Offences Act* 1967 het die reg met betrekking tot homoseksuele aktiwiteite gewysig, terwyl die *Sexual Offences Act* 1976 'n statutêre omskrywing vir verkragting ingevoeg het. Die *Sexual Offences Act* 1985 het die strawwe vir poging tot verkragting en onsedelike aanranding van 'n vrou verhoog en twee nuwe statutêre misdade met betrekking tot uitlokking vir doeleindes van prostitusie geskep. Die *Sexual Offences Act* 1993 het weggedoen met die gemeenregtelike vermoede dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar nie tot seksuele geslagsgemeenskap in staat is nie.

⁴ A [2001] 3 All ER 1 par 49

gevangenisstraf, gekoppel aan 'n boete, ingevolge die *First Statute of Westminster* vir verkragting voorgeskryf. Selfs slagoffers wat nie maagde was nie, kon toe klagtes lê en huweliksluiting kon nie meer 'n oortreder van vervolging vrystel nie. In 1285 is die doodvonnis weer deur die *Second Statute of Westminster* ingestel en eers in 1841 afgeskaf.⁵ Die regsbeginsels ten aansien van verkragting het tot in 1994 dieselfde gebly. Wetswysigings het daarna weggedoen met die tradisionele benadering⁶ dat slegs 'n vrou die slagoffer kon wees van verkragting, waarvoor vaginale geslagsgemeenskap vereis is. Ander vorme van penetrasie is toe ook strafbaar gestel en sowel 'n man as 'n vrou kon die slagoffer van verkragting wees.⁷

Verkragting word gepleeg wanneer 'n man opsetlik⁸ geslagsgemeenskap met enige ander persoon⁹ sonder die slagoffer se toestemming hou of roekeloos oor die bestaan van toestemming is.¹⁰ Indien 'n beskuldigde met die seksuele daad voortgaan nadat die slagoffer toestemming onttrek het, pleeg hy ook verkragting.¹¹ Die misdaad kan slegs deur 'n man gepleeg word, terwyl sowel 'n vrou as 'n man tans¹² die slagoffer daarvan kan wees.¹³ Sedert 1993 mag 'n seun onder die ouderdom van veertien jaar wel aan verkragting skuldig bevind word.¹⁴ Indien 'n beskuldigde 'n getroude vrou tot geslagsgemeenskap oorreed onder die

⁵ J Morton *Sex, Crimes and Misdemeanours* (2000) 165-167

⁶ Morton 167; *Clarence* (1889) Vol 58 QBD 10, 15: "The essence of rape is ... the penetration of the woman's person without her consent ..."; P Murphy en E Stockdale *Blackstone's Criminal Practice* (2001) 205

⁷ Morton 167

⁸ Artikel 1(2)(b) van die *Sexual Offences Act* 1956, soos gewysig; *Khan* [1990] 2 All ER 783 (CA) 787-788; *Haughian and Pearson* (1985) 80 Cr App R 334; *Pigg* (1982) 74 Cr App R 352 (verkragting van 'n 17-jarige meisie); *Satnam and Kewal* (1984) 78 Cr App R 149 (verkragting van 'n 13-jarige meisie); AP Simester en GR Sullivan *Criminal Law Theory and Doctrine* (2000) 403-404; P J Richardson (ed) *Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice* (2001) § 20-4 tot 20-5 en 20-33 tot 20-35. Wederregtelikheid is, volgens Hill en Fletcher-Rogers 131-132, nie 'n vereiste nie, omdat 'n man ook aan die verkragting van sy vrou skuldig bevind kan word; P Rook en R Ward *Rook & Ward on Sexual Offences* (1997) 49

⁹ Artikel 1(1) van die *Sexual Offences Act* 1956, soos gewysig; A [2001] *supra* par 50: "The crime has now been extended to the rape of a man by another man."; Simester en Sullivan 403-404; Richardson § 20-4 tot 20-5 en 20-33 tot 20-35; Hill en Fletcher-Rogers 131; Rook en Ward 49. Die bepaling van artikel 7(2) van die *Sexual Offences Act* 1976 moet saamgelees word met dié van artikel 1 van die *Sexual Offences Act* 1956: "a rape offence' means any of the following, namely rape, attempted rape, aiding, abetting, counselling and procuring rape or attempted rape, incitement to commit rape, conspiracy to rape and burglary with intent to rape."; Murphy en Stockdale 210

¹⁰ Artikel 1(2) van die *Sexual Offences Act* 1956, soos gewysig; *Khan* [1990] *supra* 787-788; *Attorney-General's Reference (No 29 of 1998)(B)* [1999] 1 Cr App R (S) 311, 314; *Taylor* (1985) 80 Cr App R 327, 332: "... the defendant is reckless if he does not believe that the woman is consenting and could not care less whether she is consenting or not but presses on regardless."; A [2001] *supra* par 49-50

¹¹ Simester en Sullivan 405; J Smith *Smith and Hogan Criminal Law* (1999) 457; Murphy en Stockdale 210 en 212; Hill en Fletcher-Rogers 132; *Kaitamaki* [1984] 2 All ER 435 (PC) 437; *Greaves* [1999] 1 Cr App R(S)319

¹² Artikel 142 van die *Criminal Justice and Public Order Act* 1994 het die regsposisie gewysig.

¹³ Artikel 1(1) van die *Sexual Offences Act* 1956; Simester en Sullivan 404; Murphy en Stockdale 210, wat daarop wys dat 'n vrou wel as medepligtige aan verkragting skuldig bevind kan word; *Director of Public Prosecutions v R and B* [1997] 1 Cr App R 36 (CA)

¹⁴ Artikel 1 van die *Sexual Offences Act* 1993; Simester en Sullivan 404; Smith 462; Richardson § 20-23; Hill en Fletcher-Rogers 132-133 en 200; *Pickford* [1995] 1 Cr App R 420(CA)

voorwendsel dat hy haar wettige eggenoot is, maak dit ook verkragting uit.¹⁵ Sou 'n beskuldigde in die verloop van een voorval 'n slagoffer sowel anaal as vaginaal penetreer, is dit twee aparte verkragtings.¹⁶ Voor 1991 kon 'n man nie skuldig bevind word aan verkragting van sy eggenote nie, omdat sy vrou weens die bestaan van 'n gemeenskaplike huweliksband tussen hulle tot geslagsgemeenskap ingestem het.¹⁷ Hy kon wel, afhangend van die omstandighede, onder andere aan onsedelike aanranding skuldig bevind word.¹⁸ In *R (Rape: Marital exemption)*¹⁹ het die hof egter in 1991 bevind dat die “*marital rape exemption*” nie meer in die Engelse Reg geld nie en dat hierdie verouderde, gemeenregtelike fiksie afgeskaf moes word.

Sowel vaginale as anale penetrasie²⁰ word by die omskrywing van geslagsgemeenskap ingesluit,²¹ maar nie orale seks nie.²² Saadstorting is nie 'n vereiste nie en die geringste penetrasie is voldoende om die misdaad te bewys.²³ Dit is nie nodig om getuieis aan te bied dat 'n maagd se maagdevlies inderdaad as gevolg van die penetrasie geskeur is²⁴ of dat haar vagina geopenetreer is nie.²⁵ Poging tot verkragting word ook verbied.²⁶

¹⁵ Artikel 1(3) van die *Sexual Offences Act* 1956, soos gewysig

¹⁶ *Maishman* [2000] 1 Cr App R (S) 419, 420 en 422: “... He undressed and had intercourse with her, penetrating both her vagina and her anus ... there were two rapes ...”

¹⁷ *R (Rape: Marital exemption)* [1991] 4 All ER 481(HL); *Smith* 461; *Clarence supra* 16; *Clarke* [1949] 2 All ER 448, 448-449: “... a husband cannot be guilty of a rape on his wife... intercourse is... an obligation imposed on the wife by reason of the marriage”; *Reid* [1972] 2 All ER 1350(CA)1352; *O'Brien* [1974] 3 All ER 663, 665; *Director of Public Prosecutions v Morgan* [1975] 2 All ER 347(HL) 353

¹⁸ *Miller* [1954] 2 All ER 529, 533-534; *Reid supra* 1353; *Steele* [1977] 65 Crim App R 22, 25

¹⁹ *Supra* 484 en 489; *Simester en Sullivan* 404; *Richardson* § 20-23. Hierdie benadering is gevolg in *C (Rape: Marital exemption)* [1991] 1 All ER 755 (Crown CT) 758: “In my judgment, the position in law today is, as already declared in Scotland, that there is no marital exemption to the law of rape.”

²⁰ Artikel 1(2)(a) van die *Sexual Offences Act* 1956, soos gewysig; *Bowley* [1999] 1 Cr App R (S) 232; *Jabble* [1999] 1 Cr App R(S) 298; *Attorney-General's Reference (No 8 of 1999) (A)* [2000] 1 Cr App R(S) 56

²¹ Artikel 1(2)(a) van die *Sexual Offences Act* 1956; *Simester en Sullivan* 404; *Murphy en Stockdale* 1731 en 1734; *Davies* [1998] 1 Cr App R(S) 380, 383, waar die hof op die belangrikheid van 'n korrek geformuleerde klagstaat wys: “We ... underline the importance of a properly drafted indictment. When non-consensual sexual intercourse, whether vaginal or anal, is alleged it must be charged as rape, with (if appropriate) an alternative count of buggery.”; *D* [2000] 1 Cr App R(S) 120, 121

²² Volgens *Murphy en Stockdale* 209 en *Hill en Fletcher-Rogers* 132, maak dit onsedelike aanranding uit; *Attorney-General's Reference (No 8 of 1999) (A) supra*

²³ Artikel 44 van die *Sexual Offences Act* 1956; *Morton* 167; *Smith* 456; *Murphy en Stockdale* 209-210; *Richardson* § 20-256; *Hill en Fletcher-Rogers* 132

²⁴ *Murphy en Stockdale* 210; *Smith* 456; *Hill en Fletcher-Rogers* 132

²⁵ *Smith* 456

²⁶ Artikel 6(3) en (4) van die *Criminal Law Act* 1967; *Hill en Fletcher-Rogers* 134; *Gullefer* [1990] 3 All ER 882; artikel 1(1) van die *Criminal Attempts Act* 1981; *Attorney-General's Reference (No 1 of 1992)* (1993) 96 Cr App R 298(CA); *Khan* [1990] *supra*; *Matthews* [1999] 1 Cr App R(S) 309

Die essensie van verkragting is die afwesigheid van toestemming.²⁷ Dit word egter nie vereis dat die slagoffer die afwesigheid van toestemming aan die beskuldigde moet oordra of demonstreer nie.²⁸ Alvorens toestemming geldig sal wees, moet die slagoffer voldoende begrip hê van die aktiwiteit waartoe ingestem word²⁹ en die verlening van toestemming moet 'n intelligente handeling wees.³⁰ Volgens Hill en Fletcher-Rogers kan 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar wel geldige toestemming tot geslagsgemeenskap gee, mits sy weet wat die daad behels.³¹ Daar kan nie sprake van geldige toestemming wees indien die beskuldigde geslagsgemeenskap het met 'n baie jong meisie, wat nie die erns of aard van die daad verstaan nie.³²

Geslagsgemeenskap speel ook 'n rol by verskeie ander statutêre misdade. **Seksuele geslagsgemeenskap met 'n meisie onder dertien jaar** word verbied.³³ Weens die feit dat lewenslange gevangenisstraf hiervoor opgelê mag word, is dit duidelik dat die Wetgewer dit in 'n baie ernstige lig beskou.³⁴ Dit is nie 'n geldige verweer indien die beskuldigde glo dat die slagoffer ouer as dertien jaar is nie, of beweer dat die kind toestemming verleen het. Geslagsgemeenskap met 'n meisie onder dertien jaar regverdig 'n aanklag van verkragting of van 'n oortreding van artikel 5 van die *Sexual Offences Act* 1956.³⁵

Daar heers onsekerheid in die Engelse Reg of daar ooit 'n misdaad van **aanranding met die opset om te verkrag** was en of dit steeds bestaan.³⁶ Blackstone³⁷ voer aan dat daar nie meer

²⁷ Smith 457 wys daarop dat toestemming in die verlede afwesig was indien geslagsgemeenskap deur vrees, dwang of bedrog bewerkstellig is. Tans pleeg 'n beskuldigde verkragting indien die slagoffer nie tot die daad toestem nie, ongeag die rede daarvoor; *Director of Public Prosecutions v Morgan supra* 361 en 357; Murphy en Stockdale 211-212; Richardson § 20-26 tot 20-28; *Clarence supra* 29; A [2001] *supra* par 49-50; *Olugboja* (1981) 73 Cr App R 345, 350-351; *Jabble supra*

²⁸ Smith 457; *Malone* [1998] 2 Cr App R 447(CA) 457A: "The *actus reus* of rape is an act of sexual intercourse with a woman who at the time of the act of sexual intercourse does not consent to that act of sexual intercourse. There is no requirement that the absence of consent has to be demonstrated or that it has to be communicated to the defendant for the *actus reus* of rape to exist."

²⁹ Simester en Sullivan 407 en 613; *Lang* (1976) 62 Cr App R 50, 52: "... whether she understood her situation and was capable of making up her mind ..."

³⁰ Smith 459

³¹ Hill en Fletcher-Rogers 200

³² *Howard* [1965] 3 All ER 684 (CCA); Hill en Fletcher-Rogers 200

³³ Artikel 5 van die *Sexual Offences Act* 1956; Hill en Fletcher-Rogers 201

³⁴ Smith 465

³⁵ Smith 465; Hill en Fletcher-Rogers 201. Murphy en Stockdale 219, wat daarop wys dat dit 'n wesenlike vereiste van hierdie misdaad is dat die slagoffer se ouderdom ten tye van die misdaad bewys moet word

³⁶ Smith 462

³⁷ Murphy en Stockdale 175; Rook en Ward 100

so 'n misdaad is nie. **Huisbraak met die opset om onder andere te verkrag**,³⁸ word wel statutêr omskryf. Ander misdade is ook geskep om gevalle waar toestemming op 'n onbehoorlike wyse verkry is, strafbaar te stel,³⁹ naamlik waar 'n beskuldigde 'n vrou deur **dreigemente** of **intimidasie** tot geslagsgemeenskap oorreed⁴⁰ of geslagsgemeenskap met haar bewerkstellig deur middel van **valse voorwendsels of wanvoorstellings**.⁴¹ Beide laasgenoemde misdade het betrekking op gevalle waar óf die beskuldigde óf 'n derde persoon geslagsgemeenskap met die vrou hou. Daadwerklike geslagsgemeenskap word vereis, andersins maak hierdie handeling van koppelary die misdaad poging tot verkragting uit.⁴²

Sommige skrywers meen dat die omskrywing van verkragting verder uitgebrei behoort te word om digitale penetrasie by wyse van 'n voorwerp sowel as orale geslagsgemeenskap sonder toestemming in te sluit.⁴³ Simester en Sullivan meen dat geslagsgemeenskap met 'n kind onder die ouderdom van tien jaar sonder meer die misdaad van verkragting uitmaak. Hulle stel voorts die benaming van "*sexual violation*" (seksuele skending) in die plek van "*rape*" (verkragting) voor. Omrede die afwesigheid van toestemming die wese van verkragting is, behoort dit as 'n vereiste behou te word. Die skrywers is van mening dat daar 'n behoefte bestaan vir regsekerheid oor welke optrede van 'n beskuldigde onversoenbaar sou wees met die bestaan van toestemming.⁴⁴

1.3 Die misdaad bloedskande

*"None of you shall approach to any that is near of kin to him,
to uncover their nakedness...
incest was the love whose name others dared not speak."*⁴⁵

Afgesien van 'n kort tydperk van Puritanisme, waartydens die doodvonnis vir bloedskande opgelê is, is die bestrawwing van hierdie gedrag aanvanklik aan die kanonieke regstelsel oorgelaat. Hiervolgens moes 'n beskuldigde 'n openbare bekentenis in die kerk of op die markplein aflê, waartydens hy 'n wit hemp moes aanhê, 'n wit staf moes vashou en kaalvoet

³⁸ Artikel 9 van die *Theft Act* 1968. Artikel 10 handel oor huisbraak met verswarende omstandighede, waarvoor lewenslange gevangenisstraf in sommige gevalle opgelê kan word; Hill en Fletcher-Rogers 143-144

³⁹ Smith 462

⁴⁰ Artikel 2(1) van die *Sexual Offences Act* 1956; Richardson § 20-51; Hill en Fletcher-Rogers 137-138; *Wellard* (1978) 67 Cr App R 364, waar die slagoffer 'n 17½-jarige meisie was

⁴¹ Artikel 3(1) van die *Sexual Offences Act* 1956; Richardson § 20-52; Hill en Fletcher-Rogers 138-140; Murphy en Stockdale 212-213

⁴² Smith 463; Murphy en Stockdale 212-213

⁴³ Simester en Sullivan 414; Rook en Ward 100-104

⁴⁴ Simester en Sullivan 414-415

⁴⁵ Morton 100-101

moes wees om sy sonde so te bely. Indien hy vermoënd was, is finansiële vergoeding aan die slagoffer betaal. Teen die 1800's het bloedskande nie meer veel aandag geniet nie. Daar was wel 'n bepaling in die *Criminal Law Amendment Act 1885*, wat gehandel het oor die vervolging van vaders wat bloedskandige geslagsgemeenskap met hul dogters onder die ouderdom van sestien jaar gehad het. Dit is egter as ontoereikend bestempel, omdat die slagoffer se vader tot 'n mediese ondersoek van die kind moes instem en vervolging binne drie maande na die voorval ingestel moes word.⁴⁶ Die beskuldigde kon dus die hele prosedure kortwiek deur te weier dat sy dogter medies ondersoek word. Weens druk wat deur verskeie organisasies uitgeoefen is, is die misdaad bloedskande in die *Punishment of Incest Act 1908* vervat. Daar is egter in die *Parliamentary Bills* daarna verwys as 'n "very disagreeable" en "a very painful subject". Verskeie mense, veral lede van die aristokrasie, het geglo dat wetgewing nie nodig was nie, omdat daar volgens hulle nie so 'n misdaad bestaan het nie. Daar was baie min vervolgings vir bloedskande.⁴⁷

Bloedskande word omskryf as seksuele geslagsgemeenskap⁴⁸ tussen persone wat binne 'n verbode graad van bloedverwantskap gebore is.⁴⁹ Daadwerklike geslagsgemeenskap word vereis en wedersydse masturbasie, orale seks of anale geslagsgemeenskap word nie ingesluit nie. Die geringste penetrasie is voldoende. Indien toestemming ontbreek, maak die gedrag verkragting uit.⁵⁰ Bloedskande word gepleeg indien 'n man⁵¹ geslagsgemeenskap hou met 'n vrou wat in die direkte linie aan hom verwant is. Hierby inbegrepe is sy kleindogter, dogter, suster en moeder sowel as 'n halfsuster en 'n buite-egtelike vroulike bloedverwante.⁵² Geslagsgemeenskap tussen 'n man en sy ouma maak egter nie bloedskande uit nie.⁵³

'n Vrou wat sestien jaar of ouer is, pleeg bloedskande indien sy 'n man, wat in die direkte linie aan haar verwant is, toelaat om geslagsgemeenskap met haar te hou. Dit sluit haar oupa,

⁴⁶ Morton 101-102

⁴⁷ Morton 101-106. Daar was geen statistieke oor die voorkoms van bloedskande nie. Erkennings oor die pleging van die misdaad is as 'n klad op die naam van die Viktoriaanse huis en familie beskou.

⁴⁸ Hill en Fletcher-Rogers 215; Murphy en Stockdale 228

⁴⁹ Smith 469; Murphy en Stockdale 228; Rook en Ward 111-114 en 116-119; *Ball and Ball* (1911)AC 47 (HL); *Cheni v Cheni* (1962) 3 All ER 873(PDA)

⁵⁰ Hill en Fletcher-Rogers 215

⁵¹ Murphy en Stockdale 228 wys daarop dat 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar as dader ingesluit is

⁵² Artikel 10 van die *Sexual Offences Act 1956*; Murphy en Stockdale 225, meld dat vervolging alleenlik mag geskied indien die Direkteur van Openbare Vervolgings se magtiging bekom is; Richardson § 20-96 tot 20-111; Hill en Fletcher-Rogers 210 en 214; *Jones* (1933) 24 Cr App R 55; *Carmichael* [1940] 2 All ER 165(CCA) 169

⁵³ Hill en Fletcher-Rogers 214

vader, broer, seun, halfbroer, halfseun sowel as 'n buite-egtelike manlike bloedverwant in.⁵⁴ Bloedskande kan nie met of deur stiefouers⁵⁵ óf aannemende ouers gepleeg word nie,⁵⁶ omdat dit slegs tot bloedverwantskap beperk is. Toestemming is ook nie 'n verweer nie.⁵⁷ 'n Beskuldigde moet kennis dra van die bestaan van die verwantskap aan die slagoffer ten einde die nodige opset vir bloedskande te kan vorm.⁵⁸ Aanhitsing van 'n meisie onder sestien jaar tot die pleging van bloedskande word ook verbied. Die dader moet 'n man of 'n seun wees en weet dat die meisie sy kleindogter, dogter, suster, halfsuster of buite-egtelike verwante is.⁵⁹ Die slagoffer word nie vir hierdie misdadert vervolgt nie. Uitlokking tot die pleging van bloedskande deur die meisie met 'n derde party, maak nie aanhitsing uit nie.⁶⁰

Smith glo dat bloedskande heel waarskynlik as gevolg van die afsku waarmee dit bejêen word, bestraf word. Hy is egter van mening dat dit nie genoegsame rede is om bloedskande te kriminaliseer nie. Selfs al sou die risiko van genetiese defekte by geboortes voortspruitend uit bloedskandige verhoudings hoog wees, is dit nie die enigste oorsaak van sulke defekte nie. Daar is immers geen verbod op geslagsgemeenskap tussen persone met ernstige oorerflike siektes nie, al mag die risiko's vir genetiese defekte in hul geval hoër wees. Indien bloedskande gedekriminaliseer sou word, moet jong kinders steeds teen wellustige ouer familieledes beskerm word.⁶¹ Bailey en McCabe is ook van mening dat bloedskande gedekriminaliseer moet word. Geslagsgemeenskap tussen toestemmende verwante bo agtien jaar en selfs bloedskande tussen broer en suster behoort nie meer 'n misdadert uit te maak nie. Indien die slagoffers kinders onder die ouderdom van sestien jaar is, dek bestaande misdadere reeds die bloedskandige gedrag.⁶²

⁵⁴ Artikel 11 van die *Sexual Offences Act* 1956; Richardson § 20-113 tot 20-119, wat daarop wys dat vervolging nie ingestel mag word sonder die Direkteur van Openbare Vervolgings se magtiging nie; Hill en Fletcher-Rogers 211; *Pickford supra*, waar die beskuldigde sy stiefseun aangehits het om geslagsgemeenskap met sy biologiese moeder te hou

⁵⁵ Murphy en Stockdale 228; Hill en Fletcher-Rogers 214

⁵⁶ Artikel 47(1) van die *Adoption Act* 1976; Murphy en Stockdale 228; Hill en Fletcher-Rogers 214

⁵⁷ Smith 469

⁵⁸ Murphy en Stockdale 228; *Carmichael supra* 169: "Knowledge is vital to the commission of the offence."

⁵⁹ Artikel 54 van die *Criminal Law Act* 1977; Richardson § 20-112; *Pickford supra*; Rook en Ward 119-121. Volgens Hill en Fletcher-Rogers 213, is hierdie misdadert op die wetboek geplaas om voorsiening te maak vir gevalle waar 'n manlike beskuldigde 'n vroulike persoon aanhits om bloedskande te pleeg, wat ingevolge artikel 11 van die *Sexual Offences Act* 1956 nie 'n misdadert sou uitmaak nie.

⁶⁰ Smith 471

⁶¹ Smith 470-471; Rook en Ward 121-123

⁶² V Bailey en S McCabe "Reforming the Law of Incest" 1979 *Crim LR* 749-764, 758 en 764

1.4 Die misdaad onsedelike aanranding

'n Statutêre omskrywing van hierdie misdaad ontbreek. Onsedelike aanranding word wel gepleeg wanneer 'n slagoffer in onsedelike omstandighede aangerand word.⁶³ Die aard van die handeling is belangrik. Die aanranding moet onsedelik wees of in onsedelike omstandighede gepleeg word.⁶⁴ 'n Objektiewe toets⁶⁵ word toegepas om vas te stel of die gedrag wel volgens 'n regdenkende persoon se opvatting 'n aantasting van die slagoffer se seksuele sedes of fatsoenlikheid ("*sexual modesty*") uitmaak.⁶⁶ In *Court*⁶⁷ het die hof *a quo* die volgende oor die aard van onsedelike aanranding opgemerk:

"The offence of indecent assault included both a battery, or touching, and the psychic assault without touching. If there was touching, it was not necessary to prove that the victim was aware of the assault or of the circumstances of indecency. If there was no touching, then to constitute an indecent assault the victim must be shown to have been aware of the assault and of the circumstances of indecency."⁶⁸

Op appèl het die *House of Lords*⁶⁹ die hof *a quo* se uiteindelijke bevinding bekragtig, maar weens ander redes. Die *House of Lords* het drie kategorieë van moontlike onsedelike gedrag geïdentifiseer. Die eerste kategorie behels gedrag wat nie *per se* onsedelik is nie en ook nie sonder meer onsedelik word, omdat 'n beskuldigde die handeling met 'n seksuele beweegrede of motief ("*motive*") verrig nie. Dit geld byvoorbeeld waar 'n beskuldigde 'n slagoffer se hand neem, haar romp aanraak of haar skoen vashou. Ingevolge die tweede kategorie maak gedrag wat volgens die oordeel van regdenkende persone *per se* onsedelik is, die misdaad uit, tensy dit 'n geval is waar 'n vrou toestemming verleen het, byvoorbeeld, vir 'n ginekologiese

⁶³ Simester en Sullivan 411; Rook en Ward 2; Smith 471-472, tref 'n onderskeid tussen onsedelike aanranding en onsedelike "*battery*"; Hill en Fletcher-Rogers 169; Murphy en Stockdale 236-237; *National Mode of Trial Guidelines* (1991) 92 Cr App R 142. Dit is interessant dat alle onsedelike aanrandings summier verhoor word. Sou 'n hof egter van oordeel wees dat sy vonnisjurisdiksie weens sekere faktore oorskry gaan word, word die saak op "*indictment*" (akte van beskuldiging) verhoor. Die faktore behels: 'n substansiële ouderdomsverskil tussen die dader en die slagoffer; die gebruik van geweld of dreigemente van geweld; die skending van 'n vertrouensverhouding; die feit dat verskeie soortgelyke ernstige misdade betrokke is; indien die slagoffer uitsonderlik weerloos is en of die ernstige aard van die aanranding.

⁶⁴ Simester en Sullivan 411; Murphy en Stockdale 237; Hill en Fletcher-Rogers 169; *Court* [1989] AC 28 HL 33-35: "The gravamen of the offence of indecent assault is the element of indecency... By indecency is meant conduct that right-minded people will consider an affront to the sexual modesty of a woman. Although the offence of indecent assault may vary greatly in its gravity... it is in any circumstances a nasty, unpleasant offence for which a conviction is likely to carry a far greater social stigma than a conviction for common assault... the necessary intent is to commit an assault which the jury as right-thinking people consider to be sexually indecent. The motive for such an act will usually be to obtain sexual gratification but it need not necessarily be so"; *Goss and Goss* (1990) 90 Cr App R 400, 406

⁶⁵ Murphy en Stockdale 237; *Court* [1989] *supra* 34-35

⁶⁶ *Court* [1989] *supra* 33-34; *Goss and Goss supra* 406; Murphy en Stockdale 237; *Willis* (1974) 60 Cr App R 146, 149

⁶⁷ [1987] 1 All ER 120(CA). Die beskuldigde was 'n winkelassistent. Hy het die 12-jarige klagstertjie, wat blykbaar iets in die winkel wou gaan koop het, verskeie kere op haar boude geslaan en aangevoer dat hy 'n "*buttock fetish*" het.

⁶⁸ *Supra* 122

⁶⁹ *Court* [1989] *supra*; Richardson § 20-148 tot 20-149; Simester en Sullivan 411-412; Rook en Ward 10, wat daarop wys dat waar die beskuldigde sy vinger in 'n meisie se geslagsdeel of in 'n seun se anus indruk, dit ook onsedelike gedrag sal uitmaak.

ondersoek. Die derde kategorie omvat gedrag wat afhangend van die omstandighede onsedelik kan wees. Indien 'n beskuldigde 'n twaalfjarige ten volle geklede meisie oor sy knieë laat lê en haar oor haar boude slaan, mag die pak slaag op tugtiging neerkom, maar as dit vir seksuele bevrediging gedoen word, is dit onsedelike aanranding.⁷⁰

Alhoewel 'n beskuldigde se motief nie 'n neutrale handeling onsedelik kan maak nie,⁷¹ kan dit wel dui op sy opset sowel as die onsedelikheid van sy gedrag.⁷² In *Beal v Kelley*⁷³ het die beskuldigde homself aan 'n veertienjarige seun ontbloot en die seun uitgenooi om sy privaatdeel aan te raak. Die seun het geweier, waarna die beskuldigde sy arm gegryp en hom nadergetrek het. Die beskuldigde is aan onsedelike aanranding skuldig bevind, omdat:

“...it is not necessary to prove that the assault was of an indecent nature. It is sufficient if there was an assault accompanied by an indecent motive or other circumstances of indecency... towards the person alleged to have been assaulted. If there is a hostile act with every circumstance of indecency, I cannot see why it is not an indecent assault. If a man assault a woman, at the same time exposing his person to her, I have no doubt that is an indecent assault ...”⁷⁴

Alhoewel die element van *mens rea* nie roekeloosheid insluit nie,⁷⁵ meen Smith dat blote roekeloosheid voldoende behoort te wees.⁷⁶ 'n Beskuldigde moet wel die opset hê om die slagoffer onsedelik aan te rand.⁷⁷ In *C*⁷⁸ het die beskuldigde sy vingers in die slagoffer se vagina ingedruk. Hy het beweer dat hy onder die invloed van drank was en nie geweet het wat hy doen nie. Die hof het bevind dat sy handeling onsedelike aanranding uitgemaak het.

⁷⁰ *Supra* 35-36. Volgens A Reed en P Seago *Criminal Law Sweet & Maxwell's Textbook Series* (1999) 394, moet die hof besluit of die handeling in die lig van die hedendaagse standaarde van fatsoenlikheid, sedelikheid en privaatheid, afstootlik is en derhalwe as onsedelik beskou moet word. 'n Handeling kan *per se* onsedelik wees, soos waar 'n beskuldigde 'n slagoffer se privaatdele betas. Omringende omstandighede kan daarop dui dat onsedelike aanranding gepleeg word sonder dat 'n dreigement van onsedelike aanraking of betasting geuiteer is, byvoorbeeld, waar 'n beskuldigde, wat met 'n mes gewapen is, sonder om die slagoffer aan te raak, die slagoffer sou beveel om sy klere uit te trek, ten einde die beskuldigde seksueel te stimuleer of te bevredig. Indien 'n beskuldigde onsedelike motiewe het wat nie duidelik uit die handeling blyk nie, word 'n onsedelike aanranding nie gepleeg, waar hy, byvoorbeeld, poog om 'n meisie se skoene te verwyder nie.

⁷¹ Murphy en Stockdale 237; *Court* [1989] *supra* 35

⁷² *Court* [1989] *supra* 224, waar die hof moes beslis of die beskuldigde se verskuilde motief die misdaad onsedelike aanranding uitgemaak het. Hy het 'n "*buttock fetish*" gehad: "The fact is that right thinking people do take into account the purpose or intent with which an act is performed in judging whether or not it is indecent. If evidence of motive is available that throws light on the intent it should be before the jury to assist them in their decision."

⁷³ [1951] 2 All ER 763(KBD)

⁷⁴ *Supra* 763-764

⁷⁵ Smith 473

⁷⁶ Smith 473; Murphy en Stockdale 237-238; *Court* [1989] *supra*

⁷⁷ *Court* [1989] *supra* 45-46; *Kingston* (1993) 97 Cr App R 401(CA); *Goss and Goss supra*; *Kimber* [1983] 3 All ER 316 (CA) 319: "There had to be evidence that the appellant had intended to do what he did unlawfully. When there is a charge of indecent assault on a woman, the unlawfulness can be proved ... by evidence that the defendant intended to cause bodily harm."

⁷⁸ [1992] Crim LR 642, 643: "The only issue was whether or not C intentionally did the act alleged. Lack of memory whether caused by drunkenness or a hit on the head which caused ... amnesia did not affect, and could not affect, his responsibility if at the time what was done was done deliberately."

'n Werklike geloof in die bestaan van toestemming kan wel 'n verweer wees.⁷⁹ Selfs al het 'n slagoffer tot die onsedelike daad ingestem, sal die toestemming ongeldig wees indien die slagoffer ernstige beserings opgedoen het. Die beserings hoef nie permanent van aard te wees nie, maar moet meer as net gering wees.⁸⁰ Sado-masochistiese daade wat in privaatheid deur toestemmende partye met groot sorg beoefen word, sal ook onsedelike aanranding uitmaak.⁸¹ Die Wetgewer het 'n statutêre onderskeid tussen die onsedelike aanranding van 'n vrou en 'n man getref en twee aparte misdade op die wetboek geplaas. Niemand mag 'n vrou⁸² onsedelik aanrand nie, selfs al is die partye met mekaar getroud.⁸³ Die dader kan sowel 'n man as 'n vrou wees.⁸⁴ Toestemming deur 'n meisie onder sestien jaar tot 'n onsedelike daad is nie 'n geldige verweer nie,⁸⁵ maar in ander gevalle kan toestemming wel 'n verweer wees,⁸⁶ tensy dit deur middel van dwang of bedrog verkry is. Dit is egter nie 'n verweer indien 'n beskuldigde onder 'n redelike geloof verkeer dat die slagoffer ouer as sestien jaar is nie.⁸⁷ Hierdie toedrag van sake is in *Laws*⁸⁸ sowel as *B v Director of Public Prosecutions*⁸⁹ gekritiseer:

“ The offence of indecent assault on a girl of 15 is a serious offence ... Parliament has prescribed that a girl under 16 has no power in law to consent to such an assault... It is so totally ludicrous that ‘the young man’s defence’ is available under s 6 but not under ss 14 and 15 that if I was free from the incumbrances of authority and knew nothing about the unhappy history of this legislation I would hold that Parliament must have intended the ordinary *mens rea* requirements... should apply... in the last 23 years the courts seem to have moved away from placing anything more than an evidential burden on the defendant and from requiring the mistake, provided that it is honest, to be a reasonable one ...”⁹⁰

Niemand mag voorts 'n man (waarby 'n seun inbegrepe is) onsedelik aanrand nie.⁹¹ Dit is nie

⁷⁹ *Kimber supra* 318-319; Murphy en Stockdale 237

⁸⁰ Murphy en Stockdale 237; Hill en Fletcher-Rogers 154-156 en 171; *Brown* [1993] 2 All ER 75, 83-84, 90-94 sowel as 100-101; *Donovan* [1934] 2 KB 498, 507 en 509, waar die 17-jarige klagster verkeie kere deur die appellant met 'n rottang of 'n kiere in onsedelike omstandighede ter bevrediging van sy seksuele perverse neigings geslaan is; *Boyea* [1992] Crim LR 574, 574-575

⁸¹ Murphy en Stockdale 237

⁸² Artikel 14(1) van die *Sexual Offences Act* 1956; Richardson § 20-144 tot 20-155; *Boyea supra* 574-575; *Goss and Goss supra*

⁸³ Richardson § 20-154

⁸⁴ Smith 476; Richardson § 20-150

⁸⁵ Artikel 14(2) van die *Sexual Offences Act* 1956; Murphy en Stockdale 237; Richardson § 20-152; Hill en Fletcher-Rogers 171; *Goss and Goss supra*; *Thomas* (1985) 81 Cr App R 331, 334; *M'Cormack* [1969] 3 All ER 371(CA) 373

⁸⁶ Smith 472 en 474; Murphy en Stockdale 237; *M'Cormack* [1969] 3 All ER 371(CA) 373

⁸⁷ Smith 472 en 474; Richardson § 20-152 en 20-153

⁸⁸ (1928) 21 Cr App R 45, 46

⁸⁹ [1998] 4 All ER 265 (QBD)

⁹⁰ *Supra* 284

⁹¹ Artikel 15(1) van die *Sexual Offences Act* 1956, soos gewysig. Anders as in artikel 14, word daar nie in artikel 15 voorsiening gemaak vir die verweer dat 'n beskuldigde geglo het dat sy en die seun wettig getroud is nie. Smith 474, voer aan dat dit heel waarskynlik 'n oorsig was; Murphy en Stockdale 234 ;Richardson § 20-156 tot 20-167

‘n verweer dat ‘n seun onder sestien jaar tot die handeling toegestem het nie.⁹² Indien ‘n vrou ‘n twaalfjarige seun aanhits om geslagsgemeenskap met haar te hou, pleeg sy onsedelike aanranding.⁹³ As sy egter net passief optree⁹⁴ en ‘n seun onder die ouderdom van sestien jaar toelaat om met haar geslagsgemeenskap te hou, is dit nie ‘n misdaad nie, tensy sy die seun sonder sy toestemming onsedelik aanraak.⁹⁵ Aanranding sowel as “*battery*” kan ook onsedelike aanranding uitmaak.⁹⁶ Indien die slagoffer sowel as die dader manlik is, is die toepaslike aanklag eerder ‘n oortreding van artikel 13 van die *Sexual Offences Act 1956*.⁹⁷

‘n Blote uitnodiging aan ‘n persoon om die beskuldigde onsedelik of intiem aan te raak, maak nie ‘n onsedelike aanranding uit nie.⁹⁸ In *Director of Public Prosecutions v Rogers*⁹⁹ het die beskuldigde sonder om enige dwang of geweld aan te wend sy arm om sy elfjarige dogter se skouers gesit, haar die trappe opgelei, hom aan haar ontbloot en haar gevra om hom te masturbeer. Die hof het bevind dat dit nie onsedelike aanranding was nie.

Geen persoon mag voorts “*gross indecency*” (‘n **growwe onsedelike daad**) met ‘n kind onder

⁹² Artikel 15(2) van die *Sexual Offences Act 1956*; *Thomas supra* 334; contra egter *Sutton* [1977] 3 All ER 476 (CA) 480, waar die misdaad gepleeg is alvorens die *Protection of Children Act 1978* op die wetboek geplaas is. Die beskuldigde was ‘n fotograaf wat naakte seuns onder die ouderdom van 16 jaar aangeraak het, terwyl hy pornografiese foto’s van hulle geneem het. Die hof het bevind dat dit nie onsedelik was nie, omdat hy bloot deur die aanrakings aangedui het welke posisie die kinders moes inneem.

⁹³ *Hare* [1934] 1 KB 354, 356, waar ‘n 12-jarige seun onsedelik aangerand is: “There is no doubt ... that in ... the Act the word “Whosoever” includes a woman, and there is no reason for saying that a woman cannot be guilty of an indecent assault on another female.”

⁹⁴ *Smith* 476-477; *Hill en Fletcher-Rogers* 171, wat daarop wys dat die vrou in hierdie omstandighede nie onsedelike aanranding pleeg nie, tensy sy die slagoffer met geweld of beserings gedreig het

⁹⁵ *Smith* 476, wat van mening is dat hierdie misdaad nie sin maak nie; *Faulkner v Talbot* [1981] 3 All ER 468(QBD) 471; *Richardson* § 20-163; *Hill en Fletcher-Rogers* 170

⁹⁶ *Smith* 471

⁹⁷ *Burrows* [1952] 1 All ER 58(CCA): “Evidence was given that the appellant exposed himself to the boy and told the boy to handle his, the appellant’s, person... in the absence of a hostile act against the boy, the appellant should not have been convicted of indecent assault... the proper charge was one of committing an act of gross indecency.” Ingevolge die *Sexual Offences (Amendment) Act 2000*, word wysigings van die bestaande artikel 13 van die *Sexual Offences Act 1956* beoog. Sien ook bespreking in par 1.5 *infra*

⁹⁸ *Fairclough v Whipp* [1951] 2 All ER 834(KBD) 834, waar die beskuldigde besig was om in ‘n kanaal te urineer en toe ‘n 9-jarige meisie aangesê het om sy penis aan te raak, wat sy toe gedoen het: “I cannot hold that an invitation to somebody to touch the invitor can amount to an assault on the invitee.”; *Pratt* [1984] Crim LR 41, waar bevind is dat die Staat ‘n onsedelike bedoeling aan die kant van die beskuldigde moet bewys. In hierdie saak het die beskuldigde die twee 13-jarige seuns genader waar hulle besig was om vis te vang. Hy het voorgegee dat hy ‘n vuurwapen het en het hulle gedwing om hul klere uit te trek sonder om aan hulle te raak. Sy verweer was dat hy wou vasstel of hulle moontlik in besit van sy dagga was, wat die vorige dag van die beskuldigde gesteel is. Hierdie optrede was nie as sodanig onsedelike aanranding nie.

⁹⁹ (1953) 2 All ER 644(QBD) 645-646: “... an indecent assault is an assault accompanied by indecency ... if it could be shown here that the respondent had done anything towards this child which ... could be called compulsion, or had acted ... in a hostile manner towards her... that would, undoubtedly, be assault, and, if it was accompanied by an act of indecency, it would be an indecent assault... as the respondent used nor compulsion, nor force, on the child to go upstairs ... we cannot punish him for doing an act which deserves the reprobation of every decent man...”

die ouderdom van veertien jaar pleeg nie.¹⁰⁰ Hierdie bepaling is op die wetboek geplaas om kinders te beskerm in gevalle waar 'n beskuldigde sou beweer dat hy onder 'n wanindruk oor die kind se ouderdom verkeer het.¹⁰¹ Hierdie misdaad vul voorts die leemte in die reg, wat deur *Fairclough v Whipp*¹⁰² en *Director of Public Prosecutions v Rogers*¹⁰³ meegebring is. Indien 'n beskuldigde voortaan 'n kind sou uitnoui om hom op 'n growwe onsedelike wyse aan te raak, pleeg hy die misdaad "gross indecency".¹⁰⁴ Die misdaadsbepaling sluit ook gevalle in waar 'n kind aangehits word om 'n growwe onsedelike daad met die beskuldigde of 'n ander persoon te pleeg sowel as waar 'n beskuldigde vir sy eie seksuele bevrediging op 'n growwe onsedelike wyse in 'n kind se teenwoordigheid optree, wel wetende dat die kind hom dophou.¹⁰⁵ Dit was die geval in *Francis*,¹⁰⁶ waar die beskuldigde in die teenwoordigheid van jong seuns gemasturbeer het. Die hof het bevind dat die growwe onsedelike daad teenoor die slagoffer verrig moet word. Indien die beskuldigde glo dat die kind hom nie kan sien nie, pleeg hy nie die misdaad nie.

Voorbeelde van onsedelike aanranding is onder andere indien 'n man sy penis ontbloot, die slagoffer nader en 'n onsedelike voorstel maak¹⁰⁷ sowel as waar hy onsedelike woorde of voorstelle uiter.¹⁰⁸ Dit behels ook gesimuleerde geslagsgemeenskap,¹⁰⁹ orale seks¹¹⁰ of

¹⁰⁰ Artikel 1(1) van die *Indecency with Children Act* 1960; Richardson § 20-272 tot 20-277; *Francis* (1989) 88 Cr App R 127; *Goss and Goss supra*; *B v Director of Public Prosecutions supra* 267; Hill en Fletcher-Rogers 204-205; Rook en Ward 195-200; *Attorney-General's Reference (No 20 of 1998) (Pidcock)* [1999] 1 Cr App R(S) 280; *Ali* [2000] 1 Cr App R(S) 36

¹⁰¹ *B v Director of Public Prosecutions supra* 270-271

¹⁰² *Supra*

¹⁰³ *Supra*

¹⁰⁴ Hill en Fletcher-Rogers 204-205

¹⁰⁵ Smith 475-476; *Francis supra*; *R (J)* [1993] Crim LR 971, waar die beskuldigde egpaar op verskeie geleenthede voor hul 8-jarige dogter seksuele gemeenskap gehad het; *Speck* [1977] 2 All ER 859 (CA), waar die beskuldigde toegelaat het dat 'n 8-jarige meisie se hand op sy penis was, terwyl hy 'n ereksie gehad het

¹⁰⁶ *Supra* 130: "... the actions must be directed towards the children in some way, at the very least deriving satisfaction from the knowledge that children are watching what he is doing."; *Morley* [1989] Crim LR 566

¹⁰⁷ *Simester en Sullivan* 411; *Rolfe* (1952) 36 Cr App R 4 (CCA) 6: "An assault can be committed without touching a person. One always thinks of an assault as the giving of a blow to somebody, but that is not necessary. An assault may be constituted by a threat or a hostile act committed towards a person, and if a man indecently exposes himself and walks towards a woman with his person exposed and makes an indecent suggestion to her that ... can amount to an assault."; *Attorney-General's Reference (No 45 of 1998) (Gale)* [1999] 1 Cr App R 464

¹⁰⁸ *Simester en Sullivan* 411; *Ireland and Burstow* [1998] AC 147 (HL); *Murphy en Stockdale* 237; *Taylor* (1992) 13 Cr App R(S) 472; *Attorney-General's Reference (No 25 of 1997) (Williams)* [1998] 1 Cr App R(S)

¹⁰⁹ *D* (1993) 14 Cr App R (S) 489; *D* (1993) 14 Cr App R (S) 776; *Samm* (1995) 16 Cr App R(S) 124; *W* [1997] 1 Cr App R(S) 95; *Leckey* [1999] 1 Cr App R (S) 57; *Attorney-General's Reference (No 32 of 1998) (Gilkes)* [1999] 1 Cr App R(S) 316; *Attorney-General's Reference (No 41 of 2000) (Harrison)* [2001] 1 Cr App R(S) 372

¹¹⁰ *D* (1993) *supra* 776; *Angol* (1994) 15 Cr App R(S) 727; *Attorney-General's Reference (No 9 of 1994) (Groves)* (1995) 16 Cr App R(S) 366; *Paget* [1998] 1 Cr App R(S) 80; *Matthews* [1998] 1 Cr App R(S) 220; *Cairns* [1998] 1 Cr App R(S) 434; *Attorney-General's Reference (No 12 of 1998) (M)* [1999] 1 Cr App R(S) 44; *Leckey supra*; *W and W* [1999] 1 Cr App R(S) 268, waar die appellant sy dogter geforseer het om haar eenjarige boetie se penis te suig terwyl die appellant gemasturbeer het; *Attorney-General's Reference (No 32 of 1998) (Gilkes) supra*; *Attorney-General's Reference (No 8 of 1999) (A) supra*

fellatio.¹¹¹ Die misdaad word ook gepleeg waar 'n beskuldigde 'n meisie se sitvlak,¹¹² privaatdeel¹¹³ of borste aanraak of soen¹¹⁴ of 'n seun se privaatdeel betas.¹¹⁵ Hierdie gedrag maak onsedelike aanranding uit, selfs al vind die betasting bo-oor kleredrag plaas.¹¹⁶ Indien 'n beskuldigde 'n slagoffer se vagina of anus met 'n voorwerp penetreer, pleeg hy ook onsedelike aanranding.¹¹⁷ Verdere voorbeelde van onsedelike aanranding is waar 'n beskuldigde 'n slagoffer teen haar wil soen en seksuele geslagsgemeenskap voorstel,¹¹⁸ waar hy sy privaatdeel tussen die bene van die slagoffer plaas en ejakuleer,¹¹⁹ 'n "*peeping Tom*" geval¹²⁰ sowel as masturbasie voor 'n slagoffer,¹²¹ masturbasie van 'n kind,¹²² wedersydse masturbasie¹²³ of waar die kind aangesê word om die beskuldigde te masturbeer.¹²⁴

Simester en Sullivan is van mening dat die misdaad "*sexually aggravated assault*" (seksuele aanranding met verswarende omstandighede) onsedelike aanranding moet vervang. Laasgenoemde kan nie meer tred hou met 'n moderne regstelsel wat op seksuele geweld fokus nie. Hulle voer voorts aan dat enige aanranding in die vorm van seksuele geweld as sodanig

¹¹¹ S (1993) 14 Cr App R(S) 788; Lee [1998] 2 Cr App R(S) 272

¹¹² *Attorney-General's Reference (No 45 of 1998) (Gale) supra*; *Samm supra*; *Attorney-General's Reference (No 75 of 1995) (Willey) [1997] 1 Cr App R(S) 198*; *Attorney-General's Reference (No 25 of 1997) (Williams) supra* 310

¹¹³ *Attorney-General's Reference (No 45 of 1998) (Gale) supra*; *Attorney-General's Reference (No 31 of 2000) (Tarry) [2001] 1 Cr App R(S) 386*; *D (1993) supra* 489; *O'S (1993) 14 Cr App R(S) 632*; *R (1993) 14 Cr App R(S) 772*; *Walters (1994) 15 Cr App R(S) 690*; *Samm supra*

¹¹⁴ *D (1993) supra* 489; *O'S supra*; *Walters supra*; *Attorney-General's Reference (No 25 of 1997) (Williams) supra*

¹¹⁵ *Attorney-General's Reference (No 43 of 1994) (Smith) (1995) 16 Cr App R(S) 815*; *Clarke [1997] 2 Cr App R(S) 52*; *Attorney-General's Reference (No 4 of 1997) (Hetherington) [1998] 1 Cr App R(S) 96*; *Nicholson [1998] 1 Cr App R(S) 370*

¹¹⁶ *Attorney-General's Reference (No 25 of 1997) (Williams) supra*; *Nicholson supra*; *Cairns supra*; *Attorney-General's Reference (No 12 of 1998) (M) supra*; *Attorney-General's Reference (No 29 of 1998) (B) supra*

¹¹⁷ *Attorney-General's Reference (No 32 of 1998) (Gilkes) supra*; *Attorney-General's Reference (No 12 of 1998) (M) supra*; *Attorney-General's Reference (No 29 of 1998) (B) supra*; *W [1999] 2 Cr App R(S) 150*; *Wellman [1999] 2 Cr App R(S) 162*; *Attorney-General's Reference (No 75 of 1998) (JN) [2000] 1 Cr App R(S) 102, 103*: "... the offender produced a vibrator which he placed in the girl's vagina. He then fingered her anus ..."; *M and M [2000] 1 Cr App R(S) 296, 297*: "Objects such as screwdrivers, part pick axe handles, razor blades, pins, and knitting needles were put into the children's bodies. One had his foreskin pinned over his penis, another razor blades inserted into her vagina, and two had both ends of pitchfork inserted into their bodies. One daughter and one grandchild had knitting needles inserted into their vagina in a determined attempt to procure an abortion."; *O'S supra*; *B (1993) 14 Cr App R (S) 774*; *Attorney-General's Reference (No 32 of 1992) (Newton) (1994) 98 Cr App R 206*; *Walters supra*; *Attorney-General's Reference (No 2 of 1995) (S) [1996] 1 Cr App R(S) 274*; *Attorney-General's Reference (No 75 of 1995) (Willey) supra*

¹¹⁸ *Leeson (1968) Cr App R 185, 187*, waar die slagoffer 'n 13-jarige meisie was

¹¹⁹ *D (1993) supra* 489; *R (1993) supra* 772: "... intercrural intercourse ... "; *B (1993) supra* 774

¹²⁰ Simester en Sullivan 411; *Smith v Superintendent of Police for Woking (1983) 76 Cr App R 234 (DC)*

¹²¹ *Taylor (1992) supra*; *Aston (1993) 14 Cr App R(S) 779*; *W and W supra*

¹²² *Clarke [1997] supra*; *Attorney-General's Reference (No 4 of 1997) (Hetherington) supra*; *Cairns supra*

¹²³ *Attorney-General's Reference (No 9 of 1994) (Groves) supra*; *Attorney-General's Reference (No 43 of 1994) (Smith) supra*; *Paget supra*; *Lee [1998] supra*

¹²⁴ *R (1993) supra* 772; *Aston supra*; *S (1993) supra*; *Walters supra*; *Attorney-General's Reference (No 2 of 1995) (S) supra*; *Attorney-General's Reference (No 4 of 1997) (Hetherington) supra*; *Cairns supra*; *Leckey supra*; *W and W supra*

verswarend is. Sou 'n beskuldigde agter 'n slagoffer aanhardloop met die opset om haar op enige wyse seksueel aan te rand, behoort dit voldoende te wees om die misdaad "*sexually aggravated assault*" uit te maak weens die slagoffer se vrees vir die aanranding. Dit behoort nie vereis te word dat 'n beskuldigde homself ontbloot of kledingstukke van die slagoffer verwyder nie. "*Sexual aggression*" (seksuele aggressie) behoort op sigself voldoende te wees en 'n onsedelike element behoort nie vereis te word nie.¹²⁵ Daar kan egter geen ondersteuning of grondslag vir hierdie voorstel gevind word nie. Die *Criminal Law Revision Committee* is, daarenteen, ten gunste van die behoud van onsedelike aanranding, maar stel een statutêre geslagsneutrale verbodsbepaling voor, omdat daar nie meer 'n behoefte bestaan om tussen die geslagte te onderskei nie.¹²⁶

1.5 Die misdaad "*buggery*"

Sodomie staan in die Engelse Reg bekend as die misdaad "*buggery*". Gedurende die Middeleeue het die Kerklike Howe die reg gehad het om alle sake van "*buggery*" te verhoor. Skuldiges is aan die siviele howe oorhandig om op 'n brandstapel verbrand te word. In 1533 het Henry VIII die Kerk hervorm en die "*abominable Vice of Buggery committed with mankind or beast*" met die doodvonnis strafbaar gestel. Na 1781 - toe sowel penetrasie as saadstorting vereis is - was daar baie min skuldigbevindings, omdat slagoffers nie bereid was om te erken dat saadstorting plaasgevind het nie en beweer het dat hulle wel weerstand gebied het. Sedert 1817 maak orale seks nie meer deel van die omskrywing van "*buggery*" uit nie. In 1828 is daar afstand gedoen van die vereiste dat saadstorting bewys moet word. Die doodvonnis vir die misdaad "*buggery*" is in Engeland in 1861 en in Skotland in 1889 afgeskaf en met lewenslange gevangenisstraf vervang. Poging was bestraf met gevangenisstraf vir 'n tydperk van tien jaar. In 1898 is die *Vagrancy Act* in Engeland op die wetboek geplaas in 'n poging om homoseksualiteit strenger te bekamp. In 1957 is die misdaad "*buggery*" in die *Sexual Offences Act* afgekondig.¹²⁷

"*Buggery*" in afsondering tussen toestemmende volwasse mans van een-en-twintig jaar of ouer is in 1967 in Engeland deur die *Sexual Offences Act* afgeskaf. Interessantheidshalwe kan genoem word dat "*buggery*" in 1967 ook in Wallis gedekriminaliseer is. Skotland het in 1980 die voorbeeld gevolg,¹²⁸ terwyl "*buggery*" tussen toestemmende volwasse mans agter geslote

¹²⁵ Simester en Sullivan 416

¹²⁶ Soos verwys na in Rook en Ward 31-32

¹²⁷ Morton 336-347 en 358; Rook en Ward 125-126

¹²⁸ By wyse van die *Criminal Justice (Scotland) Act*

deure eers in 1982 in Noord-Ierland afgeskaf is.¹²⁹ Laasgenoemde deurbraak het gevolg op die beslissing van *Dudgeon v United Kingdom* in 1981,¹³⁰ waarin die Europese Hof van Menseregte bevind het dat die verbod op “buggery” tussen toestemmende volwasse mans artikel 8¹³¹ van die “*Privacy Provisions of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*” geskend het. Dieselfde gevolgtrekking is in 1988 in die saak van *Norris v Republic of Ireland*¹³² bereik.

“Buggery” is ingevolge die gemene reg omskryf as anale geslagsgemeenskap tussen twee manlike persone of waar ‘n man anale geslagsgemeenskap met ‘n vrou het. Vaginale of anale geslagsgemeenskap tussen ‘n mens en ‘n dier word ook daarby ingesluit.¹³³ “Buggery” sonder toestemming resorteer tans onder die misdaad verkragting en is met lewenslange gevangenisstraf strafbaar. Indien “buggery” en onsedelike daade sonder toestemming tussen mans in die openbaar of met ‘n kind gepleeg word,¹³⁴ is dit steeds strafbaar.¹³⁵ Alhoewel “buggery” ‘n statutêre misdaad is, is daar geen omskrywing daarvan op die wetboek nie. Die gemeenregtelike vereistes geld dus steeds.¹³⁶ Penetrasie word vir “buggery” vereis, maar nie saadstorting nie. Toestemming deur die slagoffer tot anale geslagsgemeenskap is nie ‘n verweer nie.¹³⁷ Orale geslagsmeenskap vorm nie deel van die misdaadsomskrywing nie.¹³⁸

Homoseksuele aktiwiteite wat in privaatheid geskied maak nie ‘n misdaad uit nie, tensy een van die partye onder die ouderdom van agtien jaar is.¹³⁹ Indien anale geslagsgemeenskap nie in

¹²⁹ *Homosexual Offence (Northern Ireland) Order* 1982

¹³⁰ (1982) 4 ECHR (*European Court of Human Rights*) 149 par 61

¹³¹ Die bepalinge van artikel 8 lees soos volg: “1. Everyone shall have the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

¹³² Ongerapporteerde ECHR uitspraak gedateer, 26 Oktober 1988

¹³³ Smith 479 en 481; Murphy en Stockdale 231; Richardson § 20-130; Hill en Fletcher-Rogers 189: “... carnal copulation against nature by human beings with each other or with a beast.” *Fellatio* is nie ‘n verskyningsvorm van “buggery” nie, nog minder ‘n onnatuurlike geslagsmisdad.

¹³⁴ *Attorney-General’s Reference (No 4 of 1997)(Hetherington) supra*; *Attorney-General’s Reference (No 7 of 1997)(Fearon)* [1998] 1 Cr App R(S) 268; *Leckey supra*; *Ali supra*

¹³⁵ Artikel 1(6) van die *Sexual Offences Act* 1967; Smith 479 en 481; Murphy en Stockdale 231; Richardson § 20-120; *Attorney-General’s Reference (No 9 of 1994)(Groves) supra*

¹³⁶ Smith 479

¹³⁷ Smith 479; Murphy en Stockdale 231; Richardson § 20-120

¹³⁸ Murphy en Stockdale 231

¹³⁹ Artikel 1 van die *Sexual Offences Act* 1967. Ingevolge artikels 7 en 8 van die *Sexual Offences Act* 1967, moet vervolging binne 12 maande na pleging van die misdaad met die magtiging van die Direkteur van Openbare Vervolgings ingestel word; Richardson § 20-122; Hill en Fletcher-Rogers 191

die privaatheid tussen persone wat agtien jaar of ouer is, geskied nie, maak dit “buggery” uit.¹⁴⁰ Sodra meer as een persoon aan die daad deelneem of teenwoordig is, is daar nie sprake van enige privaatheid nie. Dit sal ook die geval wees waar “buggery” in ‘n kleedkamer, waartoe lede van die publiek toegang het, verrig word.¹⁴¹ Indien enige party onder agtien jaar is, word albei vervolgt, selfs al is hulle met mekaar getroud (in die geval van ‘n man en vrou) en ongeag die privaatheid van die aktiwiteit.¹⁴² Ingevolge die *Sexual Offences (Amendment) Act* 2000 moet die ouderdomsperk ten aansien van albei hierdie statutêre misdade¹⁴³ tot sestien jaar verlaag word. Die wetgewing is reeds op 30 November 2000 afgekondig, maar het nog nie in werking getree nie. ‘n Verdere verweer word ook op ‘n aanklag van oortreding van albei artikels beoog, naamlik dat die slagoffer reeds sestien jaar oud is, terwyl die beskuldigde onder die ouderdom van sestien jaar is.

1.6 Onnatuurlike geslagsmisdade

1.6.1 Bestialiteit

“Onnatuurlike geslagsmisdade” vorm nie deel van die Engelse Strafberegning nie. Geslagsgemeenskap met ‘n dier is ‘n verskyningsvorm van “buggery”.¹⁴⁴ Alhoewel die benaming “bestiality” wel aan die Engelse Reg bekend is, is “buggery” meer algemeen. Die omvang en voorkoms van “buggery” met ‘n dier kan nie maklik vasgestel word nie. Dit word egter op die platteland as deel van die alledaagse lewe, veral gedurende puberteitsjare, beskou.¹⁴⁵ “Buggery” met ‘n dier is wel vanuit ‘n godsdienstige oogpunt ‘n baie groot sonde.¹⁴⁶ Indien ‘n beskuldigde ‘n kind sou dwing om seksuele gemeenskap met ‘n dier te hou, sal hy “buggery” pleeg.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Artikel 12(1) en (1A) van die *Sexual Offences Act* 1956; Richardson § 20-121 en 20-123 tot 20-130; Hill en Fletcher-Rogers 189 en 191; Rook en Ward 127-130; Smith 479; *Attorney-General's Reference (No 9 of 1994)*(Groves) *supra*

¹⁴¹ Artikel 12(1B) van die *Sexual Offences Act* 1956

¹⁴² Smith 480; Richardson § 20-130, met betrekking tot die feit of die daad wel in privaatheid geskied het aldan nie: “... you look at all the circumstances, the time of night, the nature of the place including such matters as lighting and you consider further the likelihood of a third person coming upon the scene.”; Hill en Fletcher-Rogers 194, wys daarop dat “buggery” met ‘n vrou nie ‘n misdaad is, indien beide partye bo die ouderdom van agtien is en die aktiwiteit in privaatheid plaasvind nie

¹⁴³ Artikel 1 van die *Sexual Offences Act* 1967 en artikel 12 van die *Sexual Offences Act* 1956 *supra*

¹⁴⁴ Volgens Hill en Fletcher-Rogers 189-190, is penetrasie voldoende en saadstorting hoef nie bewys te word nie. Die ernstigste gevalle van “bestialiteit” is waar ‘n man sy vrou dwing om aan sulke praktyke deel te neem

¹⁴⁵ Artikel 12(1) van die *Sexual Offences Act* 1956: “It is a felony for a person to commit buggery with an animal”; Morton 287-296; Richardson § 20-121 en 20-124; Rook en Ward 165

¹⁴⁶ Morton 289

¹⁴⁷ *Bourne* (1952) 36 Cr App R 125, waar die 28-jarige beskuldigde sy vrou tweekeer gedwing het om geslagsgemeenskap met hul hond te hou, nadat hy die hond seksueel gestimuleer het. Die vrou is onskuldig bevind, omdat sy dwang haar handeling van alle wederregtelikheid ontnem het; Morton 292

1.6.2 Pedofilie

Pedofilie is nie 'n misdaad nie, maar 'n seksueel afwykende gedragspatroon deur 'n volwassene:

“Paedophilia is ... a practice which causes much public concern. Offences of rape and indecent assault may have children as their victims but there is also a number of specific offences which have grown piecemeal to protect children from those who would use them for their own sexual gratification.”¹⁴⁸

1.7 Seksuele misdade met kinders en jeugdiges

Verskeie kodifikasies bevat misdaadsbepalings wat op die beskerming van kinders en jeugdiges gerig is. Die mees algemene misdade word kortliks bespreek.

1.7.1 Geen man mag **geslagsgemeenskap met 'n meisie onder sestien jaar** hou nie,¹⁴⁹ tensy hy onder die ouderdom van vier-en-twintig jaar is, nog nie voorheen van 'n soortgelyke misdaad aangekla is nie, geglo het of redelike gronde gehad het om te glo dat die meisie sestien jaar of ouer is of onder die indruk verkeer het dat hulle wettig met mekaar getroud is.¹⁵⁰

1.7.2 **Koppelary van 'n vrou of 'n meisie vir doeleindes van prostitusie (“causing prostitution of women”)** word ook verbied. Geen persoon mag 'n vrou of 'n meisie oorreed om 'n prostituut te word, in 'n bordeel te werk of dit gereeld vir doeleindes van prostitusie te besoek nie.¹⁵¹ Niemand mag voorts enige aanbod van geld in ruil vir seksuele dienste maak nie. Die misdaad word nie gepleeg indien 'n beskuldigde glo dat die slagoffer reeds 'n prostituut is nie.¹⁵²

1.7.3 **Geslagsgemeenskap met 'n meisie bo die ouderdom van sestien jaar** is nie 'n misdaad

¹⁴⁸ Hill en Fletcher-Rogers 200. In *Kingston supra* was die beskuldigde 'n pedofiel met homoseksuele neigings.

¹⁴⁹ Ingevolge artikel 2 van die *Age of Marriage Act* 1949, is die “*age of marriage*” vir 'n vrou op die ouderdom van 16 jaar vasgestel: “A marriage solemnized between persons either of whom is under the age of sixteen shall be void.” Dit volg dus dat geslagsgemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van 16, volgens Smith 466, wederregtelik is; Richardson § 20-75; Goy [2001] 1 Cr App R(S) 43

¹⁵⁰ Artikel 6 van die *Sexual Offences Act* 1956; Smith 465; Murphy en Stockdale 219-221. Dit volg uit die bewoording van artikels 5 en 6 dat hulle mekaar oorvleuel. Sou 'n beskuldigde 'n meisie van 12 jaar verkrag, sal hy hom aan albei artikels skuldig maak. Vervolging moet binne 12 maande na die pleging van die misdaad ingestel word; Richardson § 20-74 tot 20-87; Hill en Fletcher-Rogers 201-203; Rook en Ward 190-195

¹⁵¹ Artikel 22 van die *Sexual Offences Act* 1956; Hill en Fletcher-Rogers 234-235; Richardson § 20-197 tot 20-202

¹⁵² Murphy en Stockdale 215

nie,¹⁵³ maar **koppelary van 'n meisie onder een-en-twintig jaar** word verbied. Die misdaad word gepleeg indien **enige persoon** die meisie verkry om wederregtelik seksuele geslagsgemeenskap met 'n derde persoon te hou.¹⁵⁴ Daadwerklike geslagsgemeenskap word vereis. Die beskuldigde se redelike geloof dat sy ouer as een-en-twintig jaar is, is nie 'n geldige verweer nie. Indien 'n manlike beskuldigde self met haar geslagsgemeenskap het, pleeg hy nie hierdie misdaad nie.¹⁵⁵

- 1.7.4** Geen eienaar van 'n perseel of 'n ander verantwoordelike persoon mag **toelaat of bewerkstellig dat die perseel gebruik word om geslagsgemeenskap** met 'n meisie onder die ouderdom van **dertien**¹⁵⁶ of **sestien** jaar¹⁵⁷ te hou nie.
- 1.7.5** Dit is voorts 'n misdaad indien 'n beskuldigde, in wie se sorg 'n kind tussen die ouderdom van **vier en sestien jaar** verkeer, toelaat dat die kind in 'n **bordeel woon** of gereeld daar besoek aflê.¹⁵⁸
- 1.7.6** Alhoewel prostitusie as sodanig nie verbied word nie,¹⁵⁹ word sekere handeling in verband met **kinderprostitusie**¹⁶⁰ pertinent as "*causing or encouraging prostitution of, intercourse with, or indecent assault on, girl under sixteen*" strafbaar gestel. Ingevolge hierdie verbodsbepaling mag geen ouer, wettige voog of die persoon wat beheer oor 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar het of in wie se sorg sy geplaas is, prostitusie, wederregtelike geslagsgemeenskap met of 'n onsedelike aanranding van hierdie meisie teweegbring of aanmoedig nie.¹⁶¹

¹⁵³ Smith 466

¹⁵⁴ Artikel 23(1) van die *Sexual Offences Act* 1956; Murphy en Stockdale 215; Richardson § 20-203 tot 20-206; Hill en Fletcher-Rogers 235

¹⁵⁵ Smith 466

¹⁵⁶ Artikel 25 van die *Sexual Offences Act* 1956; Murphy en Stockdale 221-222; Richardson § 20-215 en 20-218 tot 20-222; Hill en Fletcher-Rogers 203-204

¹⁵⁷ Artikel 26 van die *Sexual Offences Act* 1956; Richardson § 20-216 en 20-218 tot 20-222; Hill en Fletcher-Rogers 203-204; Smith 469; Murphy en Stockdale 222

¹⁵⁸ Artikel 3 van die *Children and Young Persons Act* 1933; Hill en Fletcher-Rogers 206

¹⁵⁹ Rook en Ward 259; Murphy en Stockdale 239; Hill en Fletcher-Rogers 225-226; *McFarlane* (1994) 99 Cr App R 8 (CA) 11: "... prostitution most frequently ... has meant the actual indulgence of a woman in sexual intercourse for reward ... activity in the sexual sense has been regarded as being of the very essence of the full extent of prostitution ... A common prostitute is any woman who offers herself commonly for lewdness for reward ..."

¹⁶⁰ Murphy en Stockdale 216

¹⁶¹ Artikel 28 van die *Sexual Offences Act* 1956; Murphy en Stockdale 215-217; *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112; Richardson § 20-223 tot 20-226a; Hill en Fletcher-Rogers 174-175 en 237-238

- 1.7.7** Geen man mag wetende van die opbrengste van 'n vroulike prostituut leef nie.¹⁶²
In die geval van 'n manlike prostituut kan 'n man sowel as 'n vrou vervolgt word.¹⁶³

1.8 Misdade in verband met kinderpornografie

Alhoewel daar geen statutêre omskrywing van pornografie is nie, stel verskeie statutêre bepalings sekere handeling in verband met pornografie (waarby kinderpornografie inbegrepe is) strafbaar. So, byvoorbeeld, word die **publikasie** of die **besit** - met die oog op publikasie teen 'n wins - van enige materiaal waarvan die inhoud **obseen** is, ingevolge die *Obscene Publications Act* 1959 verbied.¹⁶⁴ Materiaal is obseen indien "... *its effect ...is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it.*"¹⁶⁵ Hierdie omskrywing van obseen is baie enger as die normale betekenis van obseen, wat "*filthy, lewd or disgusting*" insluit.¹⁶⁶ Dit is natuurlik moontlik dat ander regstelsels nie optrede, gedrag of materiaal wat volgens die Engelse Reg as obseen beskou word, as sodanig sal tipeer nie.

Sekere bepalings van die *Customs and Excise Management Act* 1979 en die *Customs Consolidation Act* 1876 - alhoewel verouderd en in die afwesigheid van nuwe verbodsbepalings - mag steeds aangewend word om die **invoer** van kinderpornografie strafbaar te stel. Niemand mag, ingevolge die *Children and Young Persons (Harmful Publications) Act* 1955, op enige wyse ongewenste publikasies **aan kinders** beskikbaar stel, indien dit tot kinders se korrupsie kan lei nie.¹⁶⁷ Die *Protection of Children Act* 1978 plaas 'n verbod op die **neem** van, die toelating van die neem van of die vervaardiging¹⁶⁸ van **onsedelike** of "**pseudo**"-foto's

¹⁶² Artikel 30 van die *Sexual Offences Act* 1956; Richardson § 20-227 tot 20-237; Hill en Fletcher-Rogers 239-244; *Smith* (1993) 14 Cr App R(S) 708; *McFarlane supra*; *Kirk* (1995) 16 Cr App R(S) 895; *Malik* [1998] 1 Cr App R(S) 115; Murphy en Stockdale 207-208 en 241

¹⁶³ Artikel 5 van die *Sexual Offences Act* 1967; Richardson § 20-241

¹⁶⁴ Artikel 2 van die *Obscene Publications Act* 1959; Richardson § 31-60 tot 31-70; *Anderson* [1971] 3 All ER 1152, waar 'n tydskrif betrokke was, per die kopstuk: "... the word 'obscene' in its context as an alternative to 'indecent' had its ordinary meaning which included things which were shocking or lewd; since the offence was constituted if the relevant material was 'indecent or obscene' and ... the jury had stated that the magazine was both..."; *Emmerson* (1977) 65 Cr App R 154; *Xenofontos and Mace* (1992) 13 Cr App R (S) 580 (obscene videobande). Ingevolge artikel 2(3a) van die *Obscene Publications Act* 1959, moet die Direkteur van Openbare Vervolgings se magtiging bekom word, alvorens 'n vervolging ingestel mag word.

¹⁶⁵ Artikel 1(1) van die *Obscene Publications Act* 1959; *Penguin Books Ltd* [1961] Crim LR 176, 177: "To 'deprave' meant to make morally bad, to pervert, to debase or corrupt morality. To 'corrupt' meant to render morally unsound or rotten, to destroy the moral purity or chastity, to pervert or ruin a good quality, to debase, to defile." Volgens Hill en Fletcher-Rogers 261-263, is die motief van die outeur irrelevant. Die effek van die pornografiese materiaal op 'n persoon se geestestoestand is die belangrikste oorweging. Geen fisiese seksuele daad word vereis nie.

¹⁶⁶ Richardson § 31-63 tot 31-64

¹⁶⁷ Hill en Fletcher-Rogers 300-302, wys daarop dat 'n kind 'n persoon onder die ouderdom van 14 is, terwyl 'n "*young person*" tussen die ouderdom van 14 en 18 jaar is.

¹⁶⁸ *Atkins v Director of Public Prosecutions* [2000] 1 WLR 1427, 1438: "... whilst 'making' includes intentional copying ... it does not include unintentional copying."

(nagemaakte foto's) van 'n kind. Die **verspreiding, vertoning, aanbieding, publisering en besit van onsedelike foto's** met die doel om dit te versprei of te vertoon word ook verbied.¹⁶⁹ Omdat besit van kinderpornografiese materiaal op sigself 'n element van die verspreiding daarvan is, sal dit op 'n vermenigvuldiging van skuldigbevindings neerkom indien 'n beskuldigde aan sowel die besit as die verspreiding van die materiaal skuldig bevind word.¹⁷⁰

Enige verwysing na 'n onsedelike foto sluit ook 'n onsedelike film, 'n kopie, negatiewe, rekenaarskywe en data, enige ander elektroniese toestel waardeur foto's saamgestel kan word, 'n videoband sowel as grafiese beelde van kinders in.¹⁷¹ In *Graham-Kerr*¹⁷² is die volgende riglyne neergelê om te bepaal of 'n foto onsedelik is:

“The question ... is whether the photograph itself is indecent... if the photograph is one which right-thinking people would regard as indecent... the correct formulation of the test for the jury in this case was: (1) is it proved that the defendant took the photograph deliberately and intentionally? ... (2) If they were satisfied that the photograph was deliberately and intentionally taken, was it indecent? ... On the question of whether the photograph was or was not indecent, the jury had to apply the test ... the recognised standards of propriety... the question ... is a matter for the appraisal of the jury applying those standards ”¹⁷³

Die bestaande wetgewing is in 1994 gewysig sonder om weer in die misdadaatsbepaling vir die destydse ouderdomsbepaling van sestiën jaar voorsiening te maak. 'n Kind word wel in 'n ander bepaling as 'n persoon onder die ouderdom van sestiën jaar omskryf.¹⁷⁴ Die *Protection of Children Act 1978* stel sekere verwerpe tot 'n beskuldigde se beskikking.¹⁷⁵ So, byvoorbeeld, sal die besit van 'n onsedelike foto van 'n kind nie 'n misdaad wees indien dit vir 'n wettige rede

¹⁶⁹ Artikel 1(1) van die *Protection of Children Act 1978*, soos gewysig. Ingevolge artikel 1(3) mag vervolging alleenlik ingestel word nadat die Direkteur van Openbare Vervolgings se magtiging in die verband bekom is; Richardson § 20-107 tot 31-108; *Grigg* [1999] 1 Cr App R(S) 443 (CA), waar die beskuldigde die 10- en 14-jarige dogters van 'n vriend sover gekry om naakfoto's van mekaar te neem. Daar was geen seksuele aktiwiteite betrokke nie en die appellant was ook nie tydens die verfilming van die video teenwoordig nie; Hill en Fletcher-Rogers 303; Rook en Ward 200-212; Murphy en Stockdale 250-251; *Atkins v Director of Public Prosecutions supra*; *Caley* [1999] 2 Cr App R(S) 154

¹⁷⁰ *Bolingbroke* [2001] 1 Cr App R(S) 277, 279: "... it is wrong in principle to impose consecutive sentences for what is in effect a pair of offences. The distribution could not take place without the possession. By charging possession and distribution, the appellant was being charged twice for doing the same thing."

¹⁷¹ Artikel 7(2), (3), (4), (5), (7) en (9) van die *Protection of Children Act 1978*, soos gewysig; T Palfrey "Pornography and the possible criminal liability of Internet Service Providers under the Obscene Publication(s) and Protection of Children Act" 1997 *Information & Communications Technology Law*, Vol 6 No 3, 187-199, 189 en 191

¹⁷² (1989) 88 Cr App R 302, waar die appellant van 'n oortreding van artikel 1(1)(a) van die *Protection of Children Act 1978* aangekla is omdat hy onsedelike foto's van 'n 7-jarige seun geneem het; *Burton-Barri* [1999] 2 Cr App R(S) 253

¹⁷³ *Supra* 307-309; *Fellows and Arnold* [1997] 2 All ER 548, waar die beskuldigde onsedelike prente van kinders op 'n rekenaar gestoor het en die hof bevind het dat die omskrywing van 'n onsedelike foto wyd genoeg is om die beelde te dek

¹⁷⁴ Artikel 7(6) en (8) van die *Protection of Children Act 1978*; Murphy en Stockdale 251; Hill en Fletcher-Rogers 304; *Atkins v Director of Public Prosecutions supra*; *Owen* (1988) 86 Cr App R 291, 295-296, waar die appellant 'n reeks kop-en skouerfoto's van 'n 14-jarige meisie geneem het. Sy wou 'n model word. Met verloop van tyd het die foto's egter meer onthullend geraak, totdat die laaste paar haar ontblote borste vertoon het

¹⁷⁵ Artikel 1(4) van die *Protection of Children Act 1978*

besit word nie,¹⁷⁶ of 'n beskuldigde onwetend in besit daarvan gekom het.¹⁷⁷ Anders as die *Protection of Children Act 1978*, verbied die *Criminal Justice Act 1988* die blote besit van 'n onsedelike foto van 'n kind onder sestien jaar, sonder dat dit versprei of vertoon word.¹⁷⁸ 'n Beskuldigde kan wel as 'n verweer opper dat hy die foto vir 'n wettige rede besit, dat hy nie self die foto gesien of geweet of vermoed het dat dit onsedelik is nie, of dat die foto aan hom gestuur is sonder dat hy dit versoek het en dat hy dit net vir 'n kort tydperk besit het.¹⁷⁹ Dit is 'n misdadig ingevolge die *Indecent Displays (Control) Act 1981* om enige onsedelike saak - selfs al word kinders nie daarin uitgebeeld nie - **in die openbaar uit te stal**.¹⁸⁰ Dit sluit 'n pornografiese tydskrif, 'n boek of enige ander artikel, wat op sigwaarde onsedelik is, in.¹⁸¹

Alle pornografiese aktiwiteit met kinders moet verbied word om te voorkom dat kinders by die produksie van pornografie betrokke raak en fisiese of sielkundige trauma opdoen.¹⁸² 'n Kinderslagoffer word verder misbruik met elke vertoning van die pornografiese materiaal.¹⁸³ Dit is 'n welbekende feit dat kinderpornografie aangewend word om ander kinderslagoffers tot die pleging van seksuele dade met volwassenes te oorreed. Juis om hierdie afskuwelike bedryf uit te wis, word hoë boetes bykomend tot gevangenisstraf opgelê.¹⁸⁴

Daar is geen wetgewing in Engeland wat die gebruik van die **Internet** vir kinderpornografiese aktiwiteite strafbaar stel nie. Die koms van die Internet het baie vinnig vrees en paniek onder lede van die gemeenskap en internasionale regerings veroorsaak, omdat effektiewe kontrole

¹⁷⁶ Murphy en Stockdale 251; *Atkins v Director of Public Prosecutions supra*, waar die een beskuldigde, wat 'n professor was, beweer het dat sy besit van kinders se onsedelike foto's vir die doel van akademiese navorsing was. Op 1435 wys die hof daarop dat bepaal moet word "... whether the defendant is essentially a person of unhealthy interests in possession of indecent photographs in the pretence of undertaking research, or by contrast a genuine researcher with no alternative but to have this sort of unpleasant material in his possession."

¹⁷⁷ *Atkins v Director of Public Prosecutions supra* 1440: "... the offence of possession under section 160 is not committed unless the defendant knows he has photographs in his possession, or knows he once had them..."

¹⁷⁸ Artikel 160(1) van die *Criminal Justice Act 1988*; Hill en Fletcher-Rogers 306-307; Rook en Ward 212-215; *Land* [1998] 1 Cr App R 301(CA) per die kopstuk: "... in the absence of a statutory defence, there is no requirement for the prosecution to prove that a defendant knew that a child photographed was under the age of 16 ... The age of the person photographed is a question of fact for the jury to determine. Expert evidence on the matter would be inadmissible."

¹⁷⁹ Artikel 160(2) van die *Criminal Justice Act 1988*

¹⁸⁰ Artikel 1 van die *Indecent Displays (Control) Act 1981*

¹⁸¹ Volgens Hill en Fletcher-Rogers 314-316, is die doel van hierdie bepaling om kinders veral teen onsedelike uitstallings te beskerm. Die maksimum straf is 2 jaar gevangenisstraf. Ingevolge artikel 1(5) sal die uitstalling nie op die menslike liggaam betrekking hê nie. Kunswerke wat in 'n galery of museum uitgestal word, word ook nie as onsedelike sake beskou nie.

¹⁸² Hill en Fletcher-Rogers 261-263 en 265-267

¹⁸³ *Holt* (1995) 16 Cr App R(S) 510, 511-512: "... it must clearly be the object of any court to protect young children from those who have an improper or even unusual interest in their bodies... this sort of material ... provides a market which leads to the exploitation of young ... children who are specifically invited ... to display themselves in a sexual and seductive manner at an age when, in any right thinking society, that should be outside the realm of their knowledge and experience ... children who are invited or persuaded to pose in the way are starting on a path to corruption ..."; *Travell* [1997] 1 Cr App R(S) 52, 53-55; *Graham-Kerr supra* 309

¹⁸⁴ *Bolingbroke supra*; *Emmerson supra* 155

en beheer bykans onmoontlik is.¹⁸⁵ Hierdie tegnologiese ontwikkeling maak die verkryging, besit en verspreiding van kinderpornografie moontlik en skep aansienlike probleme in die reg.¹⁸⁶ In *Bolingbroke*¹⁸⁷ is hierdie aspek aangespreek:

“... the appellant ... was responsible for posting indecent photographs on the Internet ... he had in excess of 1, 000 indecent photographs of children on his computer... he had started off by using the Internet “*chatrooms*” and “it just snowballed” from there ... he had been involved for about 18 months ... The children shown in the photographs appear to be between five and eight years of age. There were examples of a young child appearing to be distressed at what was happening. In addition to the images on the computer, the police found records of “*chatroom*” conversations that the appellant had ... with other users of child pornography in which he boasted about the part he had played in obtaining the images. These are offences which are made possible by the advances in technology. The photographs or images were made available to a very, very large audience. They were accessible to anyone who had the necessary equipment. They can have a corrupting effect. Offences of this sort create new problems for courts ...”¹⁸⁸

In *Caley*¹⁸⁹ is die appellant aan die verspreiding en die besit van onsedelike foto’s skuldig bevind. Ongeveer 670 onsedelike foto’s van kinders tussen die ouderdom van drie en sestien jaar is op verskeie rekenaarskywe gevind. Die foto’s het “*images of explicit sexual scenes involving children*” uitgebeeld. Die materiaal is vanaf die Internet verkry:

“... the appellant ... had subscribed to the Internet, and it was in those circumstances that he literally came across these various sources of child pornography... he had ... ‘downloaded’ the images on to the floppy disks ... the material was pornographic ... the 1978 Act ... may be thought to be somewhat inadequate to cope with the commercial potential which access to the Internet now provides for those who wish to download and exploit material of this nature.”¹⁹⁰

Ter bekamping van kinderpornografie, bepleit Palfrey ‘n eenvormige internasionale definisie daarvan, maar die betrokkenheid van verskillende regstelsels mag dit onmoontlik maak om ‘n gepaste omskrywing te vind. Alhoewel die regering egter dringend stappe in Engeland behoort te neem om die gebruik van die Internet te reguleer, meen Palfrey dat enige kontrole oor die Internet fundamentele kommersiële regte mag skend, wat konflik kan veroorsaak.¹⁹¹ Volgens Hill en Fletcher-Rogers behoort enige onwettige of sensitiewe inligting as sulks op die Internet geklassifiseer te word. Daar kan, byvoorbeeld, by ‘n sekere “*website*” (webwerf) aangedui word

¹⁸⁵ Hill en Fletcher-Rogers 307; T Palfrey “Policing the Transmission of Pornographic Material” 1996 *Information & Communications Technology Law*, Vol 5 No 3, 197-213, 200:“... the real headache is the impracticality of trying to censor material that can be produced anywhere in the world, placed on the Internet anonymously and then accessed from anywhere else in the world.”

¹⁸⁶ Volgens Hill en Fletcher-Rogers 257, is bestaande wetgewing nie na behore daarvoor toegerus om hierdie probleme aan te spreek nie. Sien ook hul Aanhangsel 10:“*Computers and sex*” 364; *Fellows and Arnold supra*; Palfrey 1996 *Information & Communications Technology Law*; *W and W supra* 271-272:“... there is a real risk that with the help of a computer and the Internet you would return to abuse children ... it was through the Internet that pornographic material had been obtained by the appellant.”

¹⁸⁷ *Supra*

¹⁸⁸ *Supra* 278-279

¹⁸⁹ *Supra*

¹⁹⁰ *Supra* 155-156

¹⁹¹ Palfrey 1996 *Information & Communications Technology Law* 205-206

dat dit kinderpornografiese materiaal bevat. Instansies behoort voorts geskep te word om klagtes oor afstootlike inligting of webwerwe te ondersoek met die oog op moontlike stappe teen die spesifieke Internet-diensverskaffer ("*Internet Service Provider*"). Die probleem is egter dat slegs inligtingsbronne wat hul oorsprong in Engeland het, hierdeur geraak kan word, omdat die hoewe se jurisdiksie tot Engeland beperk is.¹⁹² Palfrey is van mening dat 'n suksesvolle vervolging van Internet-diensverskaffers onwaarskynlik is, tensy die verskaffer inderdaad weet wie die gebruikers is wat kinderpornografie uitsaai of stuur. Diensverskaffers dra normaalweg nie kennis van welke inligting versend word nie.¹⁹³

1.9 Ander seksuele misdade met kinderslagoffers

1.9.1 Daar is nie 'n behoefte in die Engelse Reg vir die skepping van 'n misdaad wat uitsluitlik op die **kommersiële seksuele uitbuiting van kinders** gerig is nie. Die bestaande misdade dek die situasie na behore.¹⁹⁴

1.9.2 Die **volgehoue seksuele mishandeling van 'n kind** word nie spesifiek verbied nie. Die Staat moet in die geval van voortdurende misdade spesifiek in die klagstaat beweer dat die handeling oor 'n tydperk plaasgevind het.¹⁹⁵

1.9.3 Volgens Simester en Sullivan, verg die besorgdheid oor die **verspreiding van VIGS** - veral waar onskuldige kinders aan seksuele geslagsgemeenskap blootgestel word - 'n heroorweging van die toereikendheid van reeds bestaande misdade. Hulle meen dat daar 'n behoefte vir wetgewing hieroor bestaan en dat die wedderregtelike oordrag van VIGS heel waarskynlik die misdaad aanranding met die opset om ernstig te beseer, sal uitmaak.¹⁹⁶

1.9.4 "**Stalking**" (**agtervolging**) is nie as sodanig 'n misdaad nie. Geen persoon mag egter op ten minste twee geleenthede 'n ander persoon aanhoudend teister en daardeur

¹⁹² Hill en Fletcher-Rogers Aanhangel 10: "*Computers and sex*" 364

¹⁹³ Palfrey 1996 *Information & Communications Technology Law* 195-197, 199 en 204

¹⁹⁴ Sien artikels 23, 25, 26, 28 en 30 van die *Sexual Offences Act* 1956 sowel as artikel 5 van die *Sexual Offences Act* 1967 *supra*

¹⁹⁵ Murphy en Stockdale 1268; *Hodgetts v Chiltern District Council* [1983] 2 AC 120, 128: "It is not an essential characteristic of a criminal offence that any prohibited act or omission in order to constitute a single offence, should take place once and for all on a single day. It may take place, whether continuously or intermittently, over a period of time."; *Thompson* [1914] 2 KB 99; *Simpson* (1994) 99 Cr App R 48

¹⁹⁶ Simester en Sullivan 391-392

vrees vir geweld by die slagoffer veroorsaak nie.¹⁹⁷ Indien 'n slagoffer aan traumatiese letsels weens die teisterende optrede blootgestel word, mag dit wel as liggaamlike leed kwalifiseer, in welke geval die toepaslike aanklag aanranding is.¹⁹⁸

1.9.5 Seksuele misdade met jeugdige buite die landsgrense van Engeland word verbied.¹⁹⁹

1.9.6 “Female genital mutilation (die skending van vroulike geslagsdele) word verbied.²⁰⁰

Geen misdaad word egter gepleeg indien die operasie noodsaaklik vir die pasiënt se fisiese of geestelike welsyn is of met 'n kraamproses of geboorteskenking verband hou nie.²⁰¹ Die pasiënt se geloof of tradisie speel nie 'n rol by die bepaling van die noodsaaklikheid van die operasie nie.

1.9.7 'n Nuwe misdaad getiteld “*abuse of position of trust*” (die misbruik van 'n vertrouensposisie) is op die wetboek geplaas. Die Wet het egter nog nie in werking getree nie,²⁰² maar beoog die bestrawwing van 'n persoon wat agtien jaar of ouer is en in 'n vertrouensverhouding met 'n kind onder agtien jaar staan, vir seksuele geslagsgemeenskap (hetsy vaginaal of anaal) of enige ander seksuele aktiwiteit met die kind.²⁰³ 'n Beskuldigde sal wel sekere verwere tot sy beskikking hê.²⁰⁴ Die misdaad het betrekking op gevalle waar die dader vir die sorg en opleiding van of beheer oor die kinderslagoffer verantwoordelik is.²⁰⁵

¹⁹⁷ Artikel 4 van die *Protection from Harassment Act 1997*; Hill [2000] 1 Cr App R(S) 8, waar die appellante die 13-jarige slagoffer geteister het deur haar aanhoudend te bel en dreigemente van 'n seksuele aard te maak

¹⁹⁸ *Ireland and Burstow supra* 159 en 166; *Morris (Clarence Barrington)* [1998] 1 Cr App R 386 (CA); *Chan-Fook* [1994] 2 All ER 552(CA) 558-559: "Bodily injury therefore may include ... psychiatric injury... it does not include mere emotions such as fear or distress or panic nor does it include as such, states of mind that are not themselves evidence of some identifiable clinical condition... expert evidence should be called by the prosecution." Volgens Hill en Fletcher-Rogers 161-162, behoort artikel 18 van die Wet toepassing te vind ten aansien van ernstige liggaamlike beserings indien die nodige opset bewys is

¹⁹⁹ Artikel 2 van die *Sexual Offences (Conspiracy and Incitement) Act 1996*; Richardson § 33-75 a tot 33-75c; Hill en Fletcher-Rogers 206-208

²⁰⁰ Artikel 1(1) van die *Prohibition of Female Circumcision Act 1985*; Richardson § 19-283 tot 19-284; Hill en Fletcher-Rogers 156, wat daarop wys dat die doel van hierdie artikel is om die skending van jong meisies se geslagsdele deur etniese minderheidsgroepe te voorkom. Dit was nie op die wetboeke geplaas om “*body piercing*” (deursteking van liggaamsdele) strafbaar te stel nie.

²⁰¹ Artikel 2 van die *Prohibition of Female Circumcision Act 1985*

²⁰² N Walker *Aggravation, Mitigation and Mercy in English Criminal Justice* (1999) 54; Murphy en Stockdale 253

²⁰³ Artikel 3(1) van die *Sexual Offences (Amendment) Act 2000*; Murphy en Stockdale 253

²⁰⁴ Artikel 3(2) van die *Sexual Offences (Amendment) Act 2000* bevat die volgende verwere:

- die beskuldigde het nie geweet of kon nie redelikerwyse weet dat die slagoffer onder die ouderdom van agtien jaar is nie;
- die beskuldigde het nie geweet dat daar 'n vertrouensverhouding tussen hulle bestaan nie; of
- die beskuldigde en die slagoffer is wettig met mekaar getroud.

²⁰⁵ Artikel 4 van die *Sexual Offences (Amendment) Act 2000*; Murphy en Stockdale 254

1.10 Gevolgtrekking

Die Engelse Strafreë is, op enkele uitsonderings na, in totaliteit gekodifiseer. Die “*age of consent*” (ouderdom waarop regsgeldige toestemming verleen kan word) is sestien jaar. Die misdaad verkragting is uitgebrei om vaginale sowel as anale geslagsgemeenskap (wat voorheen as “*buggery*” strafbaar was) in te sluit. Alhoewel die misdaad slegs deur ‘n man gepleeg kan word, kan sowel ‘n man as ‘n vrou die slagoffer van verkragting wees. Ander gedragswyses, waarby geslagsgemeenskap inbegrepe is, word ook strafbaar gestel. Aanbevelings is wel gemaak vir die uitbreiding van die omskrywing en toepassingsveld van die misdaad verkragting. Dit is interessant dat ‘n beskuldigde twee aparte verkragtings sou pleeg indien hy in die verloop van een voorval die slagoffer sowel anaal as vaginaal sou penetreer. Bloedskande word beperk tot seksuele geslagsgemeenskap tussen bloedverwante en sluit nie orale, digitale of anale geslagsgemeenskap in nie. Hierdie misdaad kan nie deur of met stiefouers of aannemende ouers gepleeg word nie. Dit is wel vreemd dat geslagsgemeenskap tussen ‘n man en sy ouma nie verbied word nie. Die afskaffing van bloedskande word deur verskeie outeurs bepleit.

Die misdaad onsedelike aanranding is in twee statutêre bepalings vervat, waarin daar tussen die onsedelike aanranding van ‘n vrou en dié van ‘n man onderskei word. In albei gevalle kan ‘n man sowel as ‘n vrou die dader wees. ‘n Voorstel vir ‘n enkele, geslagsneutrale verbodsbepaling is wel gemaak. Growwe onsedelike dade (“*gross indecency*”) met kinders onder veertien jaar word ook verbied. Sodomie staan in die Engelse Reg bekend as die misdaad “*buggery*”. “*Buggery*” in privaatheid tussen toestemmende volwasse mans is nie meer ‘n misdaad nie, terwyl anale geslagsgemeenskap sonder toestemming tans onder die misdaad verkragting ressorteer. Onnatuurlike geslagsmisdade is onbekend aan die Engelse Reg. Bestialiteit is ‘n verskyningsvorm van “*buggery*”. Daar is etlike ander seksuele misdade met kinders en jeugdige, welke verbodsbepalings nie geslagsneutraal is nie.

Alhoewel kinderpornografie nie pertinent verbied of omskryf word nie, raak verskeie bestaande misdade kinderpornografiese handeling. Vir doeleindes van hierdie misdade word ‘n kind as ‘n persoon onder die ouderdom van sestien jaar omskryf. Daar is geen wetgewing wat die gebruik van die Internet vir die verkryging, besit of verspreiding van kinderpornografie strafbaar stel nie. Verskeie voorstelle is wel in dié verband gemaak, maar ‘n eenvormige internasionale omskrywing van kinderpornografie blyk onmoontlik te wees en die voorstelle is grootliks onuitvoerbaar. Reeds bestaande misdade in die Engelse Reg blyk dus bykans alle vorme van seksuele misdadige gedrag met kinders strafbaar te stel.

HOOFTUK 2: SEKSUELE MISDADE IN DIE KANADESE REG

“The victimization of children and young people has significant costs both for the victims and their families and for the future of our society as a whole. A continuing effort is required to improve detection and prevention of potential abuse, neglect and exploitation, and to ensure effective investigation, prosecution and punishment where crimes against children do occur.”¹

2.1 Inleiding

Die Kanadese Strafbestelsel is in totaliteit gekodifiseer en wel in die *Criminal Code* 1985. Spesiale misdade is geskep om kinderslagoffers teen skadelike seksuele optrede te beskerm. Die posisie van slagoffers word voortdurend deur die Wetgewer ondersoek² om nuwe maniere te vind om hulle teen veral seksuele uitbuiting te beskerm. In 1993 was twee derdes van alle slagoffers van seksuele misdade kinders, waarvan ‘n derde onder die ouderdom van tien jaar was.³

Seksuele misdade met kinders maak inbreuk op hul reg op liggaamlike integriteit en seksuele vryheid. Hierdie misdade kan geweldige fisiese en emosionele skade vir kinders inhou, omdat hulle emosioneel, seksueel en fisies baie weerloos is. Daar word by wyse van wetgewing gepoog om potensiële daders van enige seksuele vergrype met kinders af te skrik, veral waar die skending van ‘n vertrouensverhouding betrokke is. Die oorgrote meerderheid van kinderslagoffers verstaan nie die aard van seksuele aktiwiteite nie en kan nie toestemming daartoe verleen nie.⁴ Omdat kinders nie aangewese seksuele maats vir volwassenes is nie, moet hulle beskerm word sodat hulle in ‘n veilige omgewing sonder vrees vir uitbuiting kan grootword.⁵

“Perhaps the most difficult legal issue is whether the criminal law strikes an appropriate balance between protecting children from sexual abuse and exploitation, on the one hand, and permitting the sexual expression of young persons as they proceed through adolescence into young adulthood on the other. Where young children are involved, there can be no doubt ... that the proscriptions of the law are amply justified, and attempts by some to champion the sexual rights of children and youths to engage in sex with whomever they please are transparent, dangerous and intellectually dishonest.”⁶

¹ Kanadese Departement van Justisie *Child Victims and the Criminal Justice System* (1999) [verder verwys na as Justisie] se “Conclusion: improving protection for children” (<<http://canada.justice.gc.ca/en/cons/child/toc.html>>), laaste keer besoek op 8 Julie 2003

² Justisie Inleidende gedeelte

³ *Sharpe* [2001] 1 SCR 45 par 170; *Seaboyer; Gayme* (1991) 66 CCC (3d) 321 (SCC)334:“... the incidence of sexual assault is great ... it is impossible ... to measure accurately the actual rate of victimization.”; *L (DO)* [1993] 4 SCR 419, 439:“Each year, in Canada, the number of children who face traumatic situations of sexual abuse and the resulting aftermath ... increases... children represent a significant percentage of those victimized... almost 80 percent of sex crimes are committed against girls and boys and young women and men under the age of 20 ...”; *P (MB)* (1994) 89 CCC (3d) 289 (SCC) 314

⁴ *Butler* (1992) 70 CCC (3d) 129 (SCC) 170-171; *Sharpe supra* par 193

⁵ *Sharpe supra* par 193

⁶ T Sullivan *Sexual Abuse and the Rights of Children: Reforming Canadian Law* (1992) 81

2.2 Die misdaad “*sexual assault*” (seksuele aanranding)

Daar is weggedoen met die benaming “*rape*” (verkragting) en in die plek daarvan is die geslagsneutrale misdaad “*sexual assault*” (seksuele aanranding) op die wetboek geplaas.⁷ Die klem val nou op slagoffers se liggaamlike integriteit en seksuele vryheid.⁸ Seksuele aanranding is in *Bernard*⁹ as ‘n geweldsmisdaad getipeer:

“Sexual assault is a crime of violence. There is no requirement of an intent or purpose beyond the intentional application of force. It is first and foremost an assault. It is sexual in nature only because, objectively viewed, it is related to sex either on account of the area of the body to which the violence is applied or on account of words accompanying the violence. Indeed, the whole purpose ... of the replacement of the offence of rape by the offence of sexual assault was to emphasize the aspect of violence and put paid to the benign concept that rape was simply the act of a man who was “carried away” by his emotions.”¹⁰

Die statutêre verbodsbepalings oor aanranding geld ook by die verskillende verskyningsvorme van seksuele aanranding. Aanranding word gepleeg wanneer ‘n beskuldigde ‘n ander persoon sonder toestemming fisiese geweld toevoeg, ‘n dreigement in dié verband uiter of openlik ‘n wapen besit.¹¹ Alhoewel seksuele aanranding nie statutêr omskryf word nie, sluit dit ‘n wye reeks aktiwiteite in, wat wissel van ‘n blote aanraking of ‘n soen tot ‘n “*violent rape*” (gewelddadige verkragting).¹² Seksuele aanranding is ‘n handeling wat die slagoffer se seksuele integriteit en waardigheid skend¹³ en sonder toestemming geskied.¹⁴ Daar is geen

⁷ *R (AE)* (2001)156 CCC (3d) 335 (Ont CA) par 35: “... the single offence of sexual assault replaced the former offences of indecent assault and rape.”

⁸ *Park* (1995) 99 CCC (3d) 1 (SCC) 24: “The crime of rape has been replaced with the broader offence of sexual assault. Actual intercourse is not a prerequisite for a sexual assault... a woman need no longer suffer actual physical injury before she can say that she was sexually assaulted. Sexual assault is now, essentially, a sexual touching without consent... The primary concern is no longer solely with the physical safety of women... women have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in.”

⁹ (1989) 45 CCC (3d) 1 (SCC); *Higginbottom* (2001) 156 CCC (3d) 178 (Ont CA); *Taylor* (1985) 19 CCC (3d) 156, 161: “... Parliament has emphasized that sexual assault is primarily an act of violence and not an act of passion.”

¹⁰ *Supra* 39

¹¹ Artikel 265 van die *Criminal Code*; D Watt en M Fuerst *The 1997 Annotated Tremear's Criminal Code* (1996) 550; *Park supra* 12-13; EL Greenspan en M Rosenberg *Martin's Annual Criminal Code 2000* (2000) 486

¹² *McDonnell* (1997) 114 CCC (3d) 436 (SCC) par 84: “The *Criminal Code* creates no offence of major sexual assault. It creates a single offence of sexual assault which embraces conduct ranging from a grazing touch or quick kiss to the most serious forms of violent rape.”

¹³ Artikel 271 van die *Criminal Code*, soos gewysig; Watt en Fuerst 545; Greenspan en Rosenberg 497 en 499; *Litchfield* (1994) 86 CCC (3d) 97 (SCC) 107; *Seaboyer*; *Gayme supra* 333-334; *Bernard supra* 28: “Sexual assault is an assault ... committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated. The test to be applied ... is an objective one.”; *M (D)* (1999) 136 CCC (3d) 412; *Cadden* (1989) 48 CCC (3d) 123 (BCCA), waar die beskuldigde wat ‘n onderwyser was, vier jong seuns tussen die ouderdom van 9 en 10 jaar aangesê het om seksuele daade te pleeg; *Park supra* 23-24; *Cook* (1985) 20 CCC (3d) 18 (BCCA) 19; *Ewanchuk* (1999) 131 CCC (3d) 481 (SCC) par 23-26

¹⁴ *Robertson* (1987) 33 CCC (3d) 481 (SCC) 491; *Park supra* 12; *Caskenette* (1993) 80 CCC (3d) 439 (BCCA); *Sansregret* (1985) 18 CCC (3d) 223 (SCC) 232-233; *Ewanchuk supra* par 23 en 25: “The *actus reus* of assault is unwanted sexual touching. The *mens rea* is the intention to touch, knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent, either by words or actions, from the person being touched... The *actus reus* of sexual assault is established by the proof of... (i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent...”

definisie van die frase “*sexual integrity*” (seksuele integriteit) nie, maar artikel 7 van die *Charter of Rights and Freedoms* (wat deel van die *Constitutional Act 1982* vorm) waarborg elke persoon se reg op “*life, liberty and security*” (lewe, vryheid en sekerheid van die persoon) sowel as die reg om nie daarvan ontnem te word nie. ‘n Objektiewe toets word toegepas om te bepaal of ‘n redelike persoon van oordeel sou wees dat ‘n handeling wel ‘n slagoffer se seksuele integriteit skend.¹⁵ Verskeie omstandighede speel ‘n rol by die beoordeling of die gedrag wel in ‘n seksuele konteks plaasgevind het, naamlik die aard van die liggaamsdele wat aangeraak is, of die beskuldigde seksuele bevrediging verkry het, sy opset en gesindheid sowel as die vyandige of fisies gewelddadige aard van die daad.¹⁶ In *Chase*¹⁷ word seksuele aanranding soos volg omskryf:

“ Sexual assault is an assault ... which is committed in circumstances of a sexual nature, such that the sexual integrity of the victim is violated... it is clear that the conduct of the respondent in grabbing the complainant’s breasts constituted an assault of a sexual nature.”¹⁸

In *V (KB)*¹⁹ het die hof met goedkeuring na die beslissing in *Chase*²⁰ verwys en bevind dat die appellant se handeling deur sy driejarige seun aan sy privaatdeel te gryp, wel die seun se seksuele integriteit geskend het.²¹ Seksuele aanranding is geslagsneutraal. Enige persoon kan die misdaad pleeg. ‘n Seun van dertien jaar oud kan egter nie aan seksuele aanranding skuldig bevind word nie. Sou hy saam met ‘n volwassene ‘n ander persoon seksueel aanrand, word die volwassene vervolg, terwyl die seun immuniteit teen vervolging geniet.²² Sedert 1983 kan ‘n man wel aan seksuele aanranding van sy eggenote skuldig bevind word.²³

Daar is drie statutêre verskyningsvorme van seksuele aanranding. **Seksuele aanranding** in sy algemene vorm is waar ‘n beskuldigde iemand anders seksueel aanrand.²⁴ Toestemming deur

¹⁵ Watt en Fuerst 545-546; *Litchfield supra* 107; *Taylor supra* 162; *Chase supra* 103-104: “The test to be applied ... is an objective one... it is clear that the conduct of the respondent in grabbing the complainant’s breasts constituted an assault of a sexual nature.”; Greenspan en Rosenberg 499; *J (C)* (1990) 58 CCC (3d) 167, 169; *S (PL)* (1990) 57 CCC (3d) 531, 533; *Bernard supra* 28

¹⁶ *Bernier* (1998) 119 CCC (3d) 467, 472-474 en veral 475-477; *Chase supra* 103-104

¹⁷ (1988) 37 CCC (3d) 97 (SCC), waar die beskuldigde die 15-jarige meisie se borste betas het en haar verder intiem wou aanraak; *Taylor supra* 160 en 162 “... indecent assault was an assault in circumstances of indecency... ‘Sexual assault’ is therefore an act of force in circumstances of sexuality as that can be seen in the circumstances...”

¹⁸ *Supra* 103-104

¹⁹ (1993) 82 CCC (3d) 382 (SCC)

²⁰ *Supra* 103-104

²¹ *V (KB) supra* kopstuk: “ ...it was clearly open to the trial judge to conclude from all the circumstances that the assault was one of a sexual nature and that the sexual integrity of the appellant’s son was violated.”

²² Watt en Fuerst 289; Greenspan en Rosenberg 247

²³ *Park supra* 23

²⁴ Artikel 271 van die *Criminal Code*, soos gewysig

‘n slagoffer tussen die ouderdom van twaalf en veertien jaar tot die daad is nie ‘n verweer nie, tensy die beskuldigde self tussen twaalf en sestien jaar oud is, nie meer as twee jaar ouer as die slagoffer is nie en daar nie ‘n vertrouensverhouding met die slagoffer bestaan nie.²⁵ Die tweede verskyningsvorm staan bekend as “**sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing of bodily harm**” (seksuele aanranding met ‘n wapen, dreigemente teenoor ‘n derde party of die veroorsaking van liggaamlike leed). Die misdad word gepleeg indien ‘n beskuldigde iemand seksueel aanrand terwyl hy ‘n wapen besit, gebruik of dreig om dit of ‘n soortgelyke voorwerp te gebruik, waar hy dreig om ‘n **ander persoon** ernstig te beseer, **ernstige liggaamlike leed** aan die **slagoffer** toedien of **saam met ‘n ander persoon** die misdad pleeg.²⁶ **Seksuele aanranding met verswarende omstandighede**²⁷ (die derde en ernstigste verskyningsvorm) word gepleeg waar ‘n beskuldigde tydens die aanranding die slagoffer beseer, vermink of liggaamlik skend of waar die slagoffer se lewe in gevaar gestel word.

Seksuele geslagsgemeenskap word nie in die *Criminal Code* omskryf nie. Vaginale, orale of anale penetrasie word ook nie spesifiek vereis nie.²⁸ Die geringste penetrasie, van watter aard ookal, is voldoende om seksuele geslagsgemeenskap te bewys. Saadstorting is nie ‘n vereiste nie,²⁹ nog minder dat ‘n beskuldigde seksueel deur sy handeling bevredig moet word.³⁰ Die slagoffer hoef voorts ook nie beserings op te doen nie. ‘n Meisie se maagdevlies hoef hoegenaamd nie weens die penetrasie geskeur te wees nie.³¹ By vaginale geslagsgemeenskap word penetrasie van die vroulike *labia majora* wel vereis.³² Dit is nie nodig dat geweld teenoor die slagoffer aangewend moet word nie. Indien ‘n beskuldigde opsetlik geslagsgemeenskap met ‘n slagoffer sonder haar toestemming hou of seksueel deur die aanranding bevredig word, pleeg hy seksuele aanranding.³³

²⁵ Artikel 150.1(2) van die *Criminal Code*. Hierdie verweer geld glad nie by die ander vorme van seksuele aanranding nie

²⁶ Artikel 272 van die *Criminal Code*, soos gewysig; *Bernard supra* 29-30 en 38: “... an offence under s 246.2(c) ... merely adds to the sexual assault *simpliciter* the requirement of bodily harm to the complainant. The resulting interference with the physical integrity of the complainant aggravates the seriousness of a sexual assault but the mental element remains the same... sexual assault causing bodily harm is an offence of general intent requiring only the minimal intent to apply force.”

²⁷ Artikel 273 van die *Criminal Code*, soos gewysig

²⁸ Slegs artikel 159 van die *Criminal Code* vereis uitdruklik anale geslagsgemeenskap

²⁹ Artikel 4(5) van die *Criminal Code*, soos gewysig; *Nguyen; Hess* (1991) 59 CCC (3d) 161 (SCC) 166

³⁰ *J (C)* (1990) *supra*; *Bernier supra* 475

³¹ *Park supra* 13: “Sexual assault ... does not require proof of visible physical injury to the complainant ...”; Watt en Fuerst 15 en 545-546; Greenspan en Rosenberg 19

³² Watt en Fuerst 15 en 545-546; Greenspan en Rosenberg 19

³³ Watt en Fuerst 546

Toestemming deur 'n kind onder veertien jaar tot geslagsgemeenskap is, behalwe vir die omstandighede hierbo vermeld, nie 'n verweer op 'n aanklag van seksuele aanranding nie.³⁴ Tensy 'n beskuldigde alle redelike stappe geneem het om die slagoffer se ouderdom te bepaal, is dit nie 'n verweer dat hy ten tye van die misdadigegedrag het dat die slagoffer veertien jaar of ouer is nie.³⁵ 'n Beskuldigde moet die nodige opset hê om seksuele aanranding te pleeg of hy moet roekeloos wees oor die feit of die handeling wel seksuele aanranding uitmaak.³⁶ Geldige toestemming tot die daad behels dat 'n slagoffer vrywillig tot deelname aan die betrokke seksuele aktiwiteit ingestem het³⁷ deur 'n bewuste, goed ingeligte keuse uit te oefen, wel wetende wat die aard en inhoud van die daad is. Indien 'n slagoffer weens gebrekkige verstandelike of geestelike vermoëns nie die aard van die handeling verstaan of nie besef dat hy nie aan die daad deel te neem nie, sal die toestemming nie geldig wees nie.³⁸

Indien 'n slagoffer nie weerstand bied nie en toestemming tot die geslagsdaad vanweë geweld, dreigemente van geweld, bedrog,³⁹ die misbruik van 'n gesagsposisie of afpersing verleen,⁴⁰ maak dit seksuele aanranding uit.⁴¹ Die misdadigegedrag word ook gepleeg waar iemand anders as die slagoffer tot die seksuele daad instem of die beskuldigde 'n vertrouensposisie of 'n bevoegdheid⁴² misbruik om die slagoffer tot deelname aan die aktiwiteit te beweeg. Toestemming sal voorts ontbreek indien 'n slagoffer uitdruklik weier om aan die seksuele daad deel te neem of die aanvanklike toestemming herroep⁴³ en deur woorde of gedrag aandui dat die aktiwiteit nie moet voortgaan nie.⁴⁴ Dit is egter nie 'n vereiste dat 'n slagoffer uitdruklike weerstand moet bied of deur woord of daad teen die seksuele handeling beswaar moet maak

³⁴ Artikel 150.1(1) van die *Criminal Code* geld ten aansien van al drie vorme van seksuele aanranding

³⁵ Artikel 150.1 (4) van die *Criminal Code* het ook op al drie vorme van seksuele aanranding betrekking

³⁶ *Daviault* (1995) 93 CCC (3d) 21, 60: "... the requisite mental element is simply an intention to commit the sexual assault or recklessness as to whether the actions will constitute an assault. The necessary element can ordinarily be inferred from the proof that the assault was committed by the accused."; *Chase supra* 103; *Watt en Fuerst* 550-552; *Greenspan en Rosenberg* 499

³⁷ Artikel 273.1(1) van die *Criminal Code*, soos gewysig; *Watt en Fuerst* 553; *Greenspan en Rosenberg* 504

³⁸ *Watt en Fuerst* 533; *Greenspan en Rosenberg* 489 en 504

³⁹ *Watt en Fuerst* 533

⁴⁰ *Davis* (2000) 139 CCC (3d) 193 (SCC), waar die beskuldigde gedreig het om naakfoto's van B aan haar moeder te stuur indien B nie sekere seksuele aktiwiteite met hom verrig nie. Sy het toe daartoe ingestem

⁴¹ Artikel 265(3) van die *Criminal Code*; *Watt en Fuerst* 532-534; *Greenspan en Rosenberg* 486; *Welch* (1996) 101 CCC (3d) 216 (Ont CA), waar bevind is dat hierdie gevalle nie 'n *numerus clausus* verteenwoordig nie. Selfs al het 'n slagoffer tot die daad toegestem, verg die gemeenskapsbelange dat hierdie daad gestraf moet word indien seksuele bevrediging deur die toediening van pyn aan die slagoffer verkry is; *M (ML)* (1994) 89 CCC (3d) 96 (SCC); *Ewanchuk supra* par 36

⁴² *Watt en Fuerst* 554, wys daarop dat hierdie terme nêrens in die *Criminal Code* omskryf word nie

⁴³ *Park supra* 16

⁴⁴ Artikel 273.1 (2) van die *Criminal Code*, soos gewysig

nie.⁴⁵ In *Welch*⁴⁶ het die hof bevind dat toestemming nie 'n verweer op 'n aanklag van seksuele aanranding is indien ernstige liggaamlike beserings aan die slagoffer toegedien is nie. In *Ewanchuk*⁴⁷ is 'n sewentienjarige meisie seksueel aangerand. Die hof het bevind dat toestemming 'n subjektiewe aangeleentheid is. Daar moet bepaal word wat die slagoffer se subjektiewe gemoedstoestand op die stadium van die beweerde aanranding was. Verskeie faktore mag wel die slagoffer noop om toestemming tot die daad te verleen. Indien sy nie vrywilliglik tot die seksuele handeling instem nie, is daar nie geldige toestemming nie.⁴⁸

'n Beskuldigde beskik wel oor die verweer van geloof in die bestaan van toestemming. Indien hy beweer dat hy geglo het dat die slagoffer toegestem het, kan hy met die verweer slaag as bevind word dat daar redelike gronde vir sy geloof bestaan het.⁴⁹ Sy geloof sal nie redelik wees indien dit die gevolg van dronkenskap,⁵⁰ roekeloosheid of moedswillige blindheid vir die afwesigheid van toestemming was nie.⁵¹ Hy moet alle redelike stappe in die omstandighede neem om vas te stel of die slagoffer inderdaad toestem.⁵² Die redelikheid van die geloof word beoordeel in die lig van die omringende omstandighede, die slagoffer se getuienis asook getuienis van enige ander bron as die beskuldigde.⁵³ In *Park*⁵⁴ is bevind dat hierdie verweer oor 'n "air of reality" (mate van realiteit) moet beskik. Howe moet let op die omringende omstandighede van die aanranding sowel as enige ander getuienis om te bepaal of 'n beskuldigde werklik kon geglo het dat toestemming tot die seksuele daad verleen is. Indien die getuienis nie by sy weergawe inpas nie of sy verweer onrealisties of onredelik is, sal dit nie slaag nie.⁵⁵

⁴⁵ *M (ML) supra*; *Ewanchuk supra* par 39

⁴⁶ *Supra* (oortreding van artikel 272 van die *Criminal Code*, soos gewysig, weens sado-masochistiese seksuele aktiwiteite) 238-239; *Robinson* (2001) 153 CCC (3d) 398 (Ont CA) par 59-62

⁴⁷ *Supra*

⁴⁸ *Supra* par 26, 36 en 39

⁴⁹ Artikel 265(4) van die *Criminal Code*

⁵⁰ *Watt en Fuerst* 535, vermeld dat die vraag is of die beskuldigde dieselfde fout sou gemaak het as hy nugter was; *Greenspan en Rosenberg* 506-507

⁵¹ *Sansregret supra* 235 en 237

⁵² *Watt en Fuerst* 554; *Greenspan en Rosenberg* 506; artikel 273.2 van die *Criminal Code*, soos gewysig, wat die omstandighede reël waarin 'n beskuldigde se geloof nie redelik sal wees nie; *Daigle* [1998] 1 SCR 1220 par 3: "... the appellant could not rely on the defence of honest but mistaken belief since he had not taken reasonable steps to ascertain that the victim was consenting."

⁵³ *Pappajohn* [1980] 2 SCR 120, 126-127 en 133; *Sansregret supra* 237; *Osolin* (1994) 86 CCC (3d) 481 (SCC) (veral in die minderheidsuitspraak 546); *Laybourn, Bulmer and Illingworth* (1987) 33 CCC (3d) 385 (SCC) 391-392; *Robertson supra* 491; *Esau* (1997) 116 CCC (3d) 289 (SCC) par 82; *Livermore* (1996) 102 CCC (3d) 212 (SCC)

⁵⁴ *Supra*

⁵⁵ *Supra* 15

2.3 Die misdaad bloedskande

“... *Incest is ... unacceptable, incomprehensible and repugnant to the vast majority of people, and has been for centuries in many cultures and countries.*”⁵⁶

Bloedskande is ‘n geslagsneutrale misdaad en word tot seksuele geslagsgemeenskap tussen nabye bloedverwante beperk. Seksuele geslagsgemeenskap tussen ‘n persoon en sy of haar ouer, kind, broer, halfbroer, suster, halfsuster, oupa, ouma of kleinkind word verbied.⁵⁷ Daadwerklike geslagsgemeenskap tussen die dader en ‘n gelyste bloedverwant word vereis.⁵⁸ Enige mate van penetrasie is voldoende om die misdaad te bewys en saadstorting word nie vereis nie.⁵⁹ ‘n Beskuldigde moet wel kennis dra van die bestaan van die verbode graad van verwantskap, alvorens hy strafregtelike aanspreeklikheid sal opdoen.⁶⁰ Opset sal ontbreek indien ‘n beskuldigde uit “*restraint, duress or fear*” (weens dwang of geweld of uit vrees) geslagsgemeenskap met die persoon, wat hom of haar aldus gedreig of gedwing het, hou. Daar is geen omskrywing in die *Criminal Code* van die frase “*restraint, duress or fear*” nie en die gewone alledaagse betekenis moet daaraan geheg word.⁶¹ Toestemming is nie ‘n verweer op ‘n aanklag van bloedskande nie.⁶²

In *Schemmann*⁶³ het die konstitusionaliteit van die misdaad bloedskande ter sprake gekom. Die hof het bevind dat die keuse van ‘n bloedverwant as ‘n seksuele maat op ‘n rasonale basis strafbaar gestel word, om die toevoeging van leed aan slagoffers te voorkom en die belange van die gemeenskap te dien. Die misdaad is wel konstitusioneel, omdat bloedskandige geslagsgemeenskap op sigself skadelik is. Indien kinders, ongeag hul ouderdom, die slagoffers van bloedskande is, gaan die misdaad met geweldige trauma gepaard en word ‘n vertrouensverhouding geskend. Bloedskandige gedrag met kinders doen ernstige afbreuk aan die familie-eenheid en verhoog die risiko van genetiese defekte. Bloedskande word steeds deur

⁵⁶ *F (RP)* (1996) 105 CCC (3d) 435, 445

⁵⁷ Artikel 155(1) van die *Criminal Code* omvat die misdaadomskrywing, terwyl subartikel (4) die definisie van “*broer*” en “*suster*” bevat.

⁵⁸ Watt en Fuerst 294; Greenspan en Rosenberg 259-260

⁵⁹ Artikel 4(5) van die *Criminal Code*, soos gewysig; *GEB* [2001] BCCA 236 [<http://www.canlii.org/bc/cas/bcca>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, waar die appellant skuldig bevind is aan bloedskande met sy biologiese dogter, welke handeling oor ‘n tydperk van ses jaar plaasgevind het en vaginale en anale geslagsgemeenskap asook cunnilingus en *fellatio* ingesluit het.

⁶⁰ Artikel 155(1) van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 294; Greenspan en Rosenberg 259

⁶¹ Artikel 155(3) van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 294

⁶² *F (RP) supra* 448

⁶³ Ongerapporteerde BCCA beslissing, gedateer 22 November 1996 [<http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/ca>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 5, 15-17 en 49. Die appellant het bloedskande met sy dogter gepleeg vandat sy 17 jaar oud was. Twee kinders is uit hierdie verhouding gebore. Tydens die tweede tydperk waarin bloedskande met sy dogter gepleeg is, was sy 25 jaar oud.

die gemeenskap met afsku bejeën, alhoewel die *Law Reform Commission* reeds in 1978 die dekriminalisasie van bloedskande tussen toestemmende volwassenes bepleit het.⁶⁴

In *F (RP)*⁶⁵ het die hof bevestig dat die misdaad bloedskande konstitusioneel is. Die moeder van die gesin en haar drie seuns - waarvan een met sy twee halfsusters bloedskande gepleeg het - het oor 'n lang tydperk vrywillig met mekaar geslagsgemeenskap gehad. Die hof het bevind dat 'n jeugdige slagoffer nie geldige toestemming tot bloedskandige geslagsgemeenskap kan verleen nie. Die gemeenskap vereis dat die integriteit van die familie-eenheid behou moet word, terwyl weerlose kinders binne gesinsverband beskerming moet geniet. Die seksuele uitbuiting van 'n kind deur 'n familielid moet derhalwe bekamp word.

2.4 Die misdaad onsedelike aanranding

Daar bestaan nie meer 'n afsonderlike misdaad onsedelike aanranding in die Kanadese Reg nie. Handeling wat in die verlede onsedelike aanranding uitgemaak het, word tans onder die omskrywing van die misdaad "*sexual assault*" (seksuele aanranding) tuisgebring.⁶⁶ Onsedelike aanranding is wel as 'n aanranding in onsedelike omstandighede omskryf.⁶⁷ 'n Objektiewe toets is toegepas om te bepaal of 'n handeling, gegewe die spesifieke omstandighede, die misdaad uitgemaak het.⁶⁸

2.5 Die misdaad "*buggery*" of anale geslagsgemeenskap

*"... it is inappropriate to be prosecuting people on the basis of sexual orientation. In particular what we are really doing is singling out not only a particular group, but in fact a particular sexual act ... the evidence is not that homosexual exploitation is more serious than heterosexual exploitation."*⁶⁹

⁶⁴ *Supra* par 83 en 84: "It may be that the question will become a matter of debate here and the crime of incest will suffer the same fate as the crime of the "detestable and abominable vice of buggery". But it is no more the proper business of the judiciary, which has no collective claim to moral wisdom, to bring about that fate that it is the proper business of Parliament to try a man for murder."

⁶⁵ *Supra* 445 en 448

⁶⁶ *Taylor supra* 160: "The new "sexual assault" offences were part of the criminal law amendment Act which came into force on January 4, 1983... gradations of "sexual assault" replaced the previous sections which created the crimes of rape, attempted rape, sexual intercourse with the feeble-minded, indecent assault on a female and indecent assault on a male. The gradation of these new offences bears a close resemblance to that in the assault offences."; *Roche* (1985) 20 CCC (3d) 524(Ont CA) 527; *R (AE) supra* par 35

⁶⁷ *Taylor supra* 160 en 163: "... indecent assault was an assault in circumstances of indecency ... acts of assault ... had a sexual or carnal aspect ... the new sections cover a much wider range than did the indecent assault sections, including what would formerly have been termed rape or attempted rape. "; *Swietlinski* (1981) 55 CCC (2d) 481 (SCC) 490. Die destydse artikel 149.(1) van die *Criminal Code* het die onsedelike aanranding van 'n vrou gereël en dit met 5 jaar gevangenisstraf strafbaar gestel.

⁶⁸ *Swietlinski supra* 490: "What acts are indecent and what circumstances will have that character are questions of fact that will have to be decided in each case, but the determination of those questions will depend upon an objective view of the facts and circumstances in relation to the actual assault, and not upon the mental state of the accused."

⁶⁹ Sullivan 91

In 1969 is die misdade “*buggery*” en “*gross indecency*” (growwe onsedelikheid) - vir insoverre dit in privaatheid tussen toestemmende volwassenes plaasgevind het - afgeskaf.⁷⁰ **Anale geslagsgemeenskap** (“*anal intercourse*”) sonder toestemming is steeds ‘n misdaad.⁷¹ Dit is nie ‘n misdaad indien dit in privaatheid tussen ‘n man en sy eggenote of enige twee persone wat beide agtien jaar of ouer is, geskied en toestemming verleen is nie.⁷² Die daad sal nie in privaatheid wees indien dit in die openbaar verrig word, meer as twee persone daaraan deelneem of meer as twee persone tydens die seksuele aktiwiteit teenwoordig is nie.⁷³ ‘n Beskuldigde moet die opset hê om anale geslagsgemeenskap met die slagoffer te hou.⁷⁴ Toestemming sal ontbreek indien dit deur bedrog, dwang, geweld of vrees vir liggaamlike leed teweeggebring is of waar die slagoffer weens ‘n geestesgebrek nie tot die daad kon toestem nie.⁷⁵ Indien ‘n beskuldigde geglo het dat die slagoffer agtien jaar of ouer is, is dit slegs ‘n verweer as hy alle redelike stappe geneem het om die slagoffer se werklike ouderdom vas te stel.⁷⁶

‘n Interessante vraag is of daar teen veertienjarige seuns gediskrimineer word deur anale geslagsgemeenskap met hulle strafbaar te stel, selfs al is toestemming verleen. Seksuele oriëntasie word nie uitdruklik as ‘n verbode grond van diskriminasie in artikel 15(1) van die *Canadian Charter of Rights and Freedoms*⁷⁷ vermeld nie. Die artikel bepaal dat:

“Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or physical disability.”

In *Vriend v Alberta*⁷⁸ het die Hoogste Hof van Appèl bevind dat seksuele oriëntasie wel

⁷⁰ Deur die *Criminal Law Amendment Act* 1969; *Pinard and Maltais* (1983) 5 CCC (3d) 460, 463: “Whether an act is or is not an act of gross indecency depends upon the nature of the act, the circumstances in which it was committed and the time and place in which this act was committed.”; *Quesnel and Quesnel* (1980) 51 CCC (2d) 270 (Ont CA) 280: “... gross indecency... may be defined as a marked departure from decent conduct expected of the average Canadian in circumstances that existed. What is needed is a fair objective standard in relation to which the conduct can be tested. It is not to be a subjective approach where the result would be dependent upon and varying with the personal taste and predilections of the particular Judge or jurymen ...”; *M (MH)* (1994) 91 CCC (3d) 504 (NSCA) 513 en 516

⁷¹ Artikel 159(1) van die *Criminal Code*

⁷² Artikel 159(2) van die *Criminal Code*

⁷³ Artikel 159(3)(a) van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 294-295; Greenspan en Rosenberg 261-263. Ingevolge artikel 150 van die *Criminal Code* word ‘n openbare plek omskryf as: “... any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied...”

⁷⁴ Watt en Fuerst 295

⁷⁵ Artikel 159(3)(b) van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 294-295; Greenspan en Rosenberg 261-263

⁷⁶ Artikel 150.1 (5) van die *Criminal Code*

⁷⁷ Vervat in die *Constitution Act* 1982

⁷⁸ [1998] 1 SCR 493

soortgelyk is aan die gronde wat in artikel 15(1) vermeld word.⁷⁹ Enige diskriminasie weens seksuele oriëntasie is onkonstitusioneel.⁸⁰ In *M (C)*⁸¹ het die hof opgemerk dat dit onregverdig is dat 'n persoon wat veertien jaar of ouer is tot die meeste seksuele aktiwiteite kan toestem, maar nie tot anale geslagsgemeenskap nie.⁸² Die hof het bevind dat artikel 159 van die *Criminal Code* onredelik inbreuk maak op artikel 15(1) van die *Canadian Charter*. Nie net skend die verbodsbepaling homoseksuele persone se reg op seksuele oriëntasie en gelykheid nie,⁸³ maar is dit ook diskriminasie op grond van ouderdom.⁸⁴

2.6 Onnatuurlike geslagsmisdade

2.6.1 Bestialiteit

Die term “*onnatuurlike geslagsmisdade*” is onbekend aan die Kanadese Reg. Bestialiteit word nie statutêr omskryf nie, maar is geslagsgemeenskap tussen 'n mens en 'n dier of 'n voël. Die misdaad is in die omskrywing van “*buggery*” vervat.⁸⁵ Verskeie handeling van bestialiteit word verbied, naamlik bestialiteit deur 'n persoon self⁸⁶ of waar die persoon iemand anders (onder andere 'n kind) dwing om bestialiteit te pleeg.⁸⁷ Geen persoon mag bestialiteit in die teenwoordigheid van 'n kind onder veertien jaar pleeg of die kind tot die verrigting van so 'n handeling aanhits nie,⁸⁸ selfs al het die kind toestemming verleen.⁸⁹ Opset sowel as daadwerklike geslagsgemeenskap word vereis.⁹⁰

⁷⁹ *Supra* par 90: “Sexual orientation is a “deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs” ... It is analogous to the other person characteristics enumerated in s 15(1); and therefore this step of the test is satisfied.”

⁸⁰ *Supra* par 102: “This ...is clearly an example ...which demeans the individual and strengthens and perpetrates the view that gays and lesbians are less worthy of protection as individuals in Canada’s society. The potential harm to the dignity and perceived worth of gay and lesbian individuals constitutes a particularly cruel form of discrimination.”

⁸¹ (1995) 98 CCC (3d) 481 (Ont CA)

⁸² *Supra* 483

⁸³ *Supra* 488: “... s 159 arbitrarily disadvantages gay men by denying to them until they are 18 a choice available at the age of 14 to those who are not gay, namely, their choice of sexual expression with a consenting partner to whom they are not married. Anal intercourse is a basic form of sexual expression for gay men. The prohibition ... has an adverse impact on them. Unmarried, heterosexual adolescents 14 or over can participate in consensual intercourse without criminal penalties; gay adolescents cannot... it ... is, therefore, a discriminatory provision which infringes the guarantee of equality.”

⁸⁴ *Supra* 492: “... s 159 constitutes an infringement of s 15 on the ground of age...”

⁸⁵ Watt en Fuerst 296

⁸⁶ Artikel 160(1) van die *Criminal Code* stel dit met 10 jaar gevangenisstraf strafbaar.

⁸⁷ Artikel 160(2) van die *Criminal Code* skryf ook 10 jaar gevangenisstraf voor; *C (MH)* (1991) 63 CCC (3d) 385 (SCC)

⁸⁸ Artikel 160(3) van die *Criminal Code* skryf ook 10 jaar gevangenisstraf voor

⁸⁹ Artikel 150.1 (1) en (4) van die *Criminal Code*

⁹⁰ Watt en Fuerst 296

2.6.2 Pedofilie

Sullivan gee 'n interessante bespreking oor die geskiedenis van pedofilie,⁹¹ wat nie 'n afsonderlike misdaad of 'n verweer is nie, maar seksueel afwykende gedrag in die vorm van 'n perverse liefde vir kinders. In *Sharpe*⁹² wys die hof daarop dat veral pedofiele kinderpornografie as verleidingsmiddel gebruik om jong kinders tot seksuele aktiwiteite te oorreed.⁹³ In *Stuckless*⁹⁴ word pedofiele neigings soos volg bespreek:

“Because pedophilia relates to prepubescent children, Stuckless was more particularly diagnosed as a “hebephile”, that is “a variant of pedophilia in which the erotic choices are children who have reached pubescence... Stuckless was both a pedophile and a hebephile ... these are lifelong sexual preferences for which there is no cure... Pedophilia is an explanation, not a defence. Society is entitled to protection no less from pedophiles than from those who sexually abuse children without this tendency.”⁹⁵

2.7 Seksuele misdade met kinders en jeugdige

Daar is verskeie misdadebepalings wat seksuele daad met kinders en jeugdige strafbaar stel. Sommige daarvan is uniek aan die Kanadese Reg.

⁹¹ Sullivan 21-22: “The Greek society of antiquity was not populated simply by bisexual or homosexual pedophiles. It was one in which the idealized and purest form of love ... was that bond between an older free man and a pubescent free boy. Current sexual categorizations are not adequate for a description of Greek sexual ethics according to our present picture ... Growing up in ancient Greece nevertheless often included being sexually molested by older men, depending on the particular area and era. Boy brothels flourished in Athens, as did boy ‘rental’ or escort services. The ancient Greek ideal of sexuality revolved around puerile, youthful, eroticism ... the sexual abuse was not restricted to boys over the age of eleven or twelve but included younger children and girls as well... the boy-man love ... was one of those sentimental ideals... the Romans did not adopt the practice of pederasty from the Greeks but were already practising various forms of love between males prior to hellenization... the Greek idealization of pederasty had vanished, and in ancient Rome pederastic relations were restricted to relations with slave boys; the place of the free-born boy was taken by the favourite male slave... the preference for boys and of the reduced interest in women, who were expected to be passive... pederasty was widely practised during this period but declined with the growing condemnation of homosexual behaviour on religious and moral grounds which accompanied the establishment of Christianity... the ancient sources offer little by way of a construction of youthful sexuality as separate and distinct from the construction of adolescents as objects of adult male sexual desire.”

⁹² *Supra*

⁹³ *Supra* par 165 asook par 200 en 202-208: “Child pornography is especially valuable to paedophiles... Paedophilia is a form of paraphilia. Paraphilia very simply is the clinical term denoting sexual deviance ... [Paedophilia] is the erotic attraction or the sexual attraction to pre-pubescent children”... many paedophiles show child pornography to children in order to lower their inhibitions towards engaging in sexual activity and to persuade them that paedophilic activity is normal ...” In *Jewell and Gramlick* (1995) 100 CCC (3d) 270 (Ont CA) het een van die beskuldigdes 33 videobande vervaardig, waarop seksuele aktiwiteite tussen kinders en volwassenes uitgebeeld is. Alvorens die kinders verfilm is, is daar aan hulle kommersiële video's sowel as kinderpornografiese materiaal getoon om hulle seksueel te stimuleer en seker te maak dat hul gedrag tydens die verfilming normaal vertoon.

⁹⁴ (1998) 127 CCC (3d) 225 (Ont CA); *B (JH)* (1996) 101 CCC (3d) 1, 29

⁹⁵ *Supra* par 13-14 en 54

2.7.1 Die geslagsneutrale misdaad “*sexual interference*” (seksuele inmenging) word gepleeg, indien enige persoon enige deel van ‘n kind onder veertien jaar se liggaam met sy (die beskuldigde se) liggaamsdeel of ‘n voorwerp vir ‘n seksuele oogmerk aanraak.⁹⁶ Toestemming is nie ‘n verweer nie,⁹⁷ tensy die slagoffer tussen die ouderdom van twaalf en veertien jaar is en die beskuldigde self tussen twaalf en sestien jaar oud is, die beskuldigde nie twee jaar ouer as die slagoffer is nie en daar nie sprake van ‘n vertrouensverhouding met die kind is nie.⁹⁸

Indien ‘n vertrouensverhouding met die kind bestaan, kan ‘n beskuldigde (selfs al is die beskuldigde twaalf of dertien jaar oud is) wel vervolgt word.⁹⁹ Hy moet alle redelike stappe neem om die slagoffer se ouderdom vas te stel, anders is dit nie ‘n verweer dat hy ten tye van die misdaad geglo het dat die slagoffer veertien jaar of ouer is nie.¹⁰⁰ ‘n Aansienlike ouderdomsverskil tussen die partye beteken nie sonder meer dat ‘n vertrouensverhouding bestaan nie.¹⁰¹ Alhoewel die bestaan van ‘n vertrouensverhouding nie ‘n element van hierdie misdaad is nie, speel dit ‘n rol by die beoordeling van die geldigheid van ‘n beskuldigde se verweer. ‘n Feite-oordeel word aangewend om vas te stel of ‘n vertrouensverhouding tussen die partye bestaan het. ‘n Hof moet derhalwe bepaal of die weerlose kind van die beskuldigde afhanklik was. ‘n Geringe ouderdomsverskil tussen die partye kan die bepaling van ‘n vertrouensverhouding bemoeilik. Daar mag situasies wees waar ‘n vertrouensverhouding wel tussen die partye bestaan ten spyte van ‘n baie klein ouderdomsverskil.¹⁰²

2.7.2 Die misdaad “*invitation to sexual touching*” (uitnodiging tot seksuele aanraking)

⁹⁶ Artikel 151 van die *Criminal Code*. Hierdie misdaad vorm ‘n element van die misdaad “*sexual exploitation*” (sien bespreking *infra*). Sien ook Greenspan en Rosenberg 253; Watt en Fuerst 290-291; *Burke* (1996) 105 CCC (3d) 205 (SCC); *Sears* (1990) 58 CCC (3d) 62, waar die 12-jarige meisie die beskuldigde gevra het of sy seksuele gunste teen vergoeding vir hom kon verrig. Hy het ingestem en *fellatio* het teen betaling plaasgevind. Uit die kopstuk volg: “An accused who intends sexual interaction of any kind with a child and with that intent makes contact with the body of a child “touches” the child within the meaning of s 151. Although in this case the complainant suggested the sexual interaction, the accused, for his own sexual gratification, made himself available for bodily contact...”; *Bone* (1993) 81 CCC (3d) 389 (Man CA) 392: “The specific intent of achieving a sexual purpose is a required element. A person too drunk to form that intent cannot be guilty of it.”

⁹⁷ Artikel 150.1 (1) van die *Criminal Code*

⁹⁸ Artikel 150.1 (2) van die *Criminal Code*; *L (DB)* (1996) 101 CCC (3d) 406 (Ont CA) 412

⁹⁹ Artikel 150.1 (3) van die *Criminal Code*

¹⁰⁰ Artikel 150.1 (4) van die *Criminal Code*

¹⁰¹ Watt en Fuerst 292-293; Greenspan en Rosenberg 257

¹⁰² *L (DB) supra* 412-413, waar die beskuldigde van “sexual touching contrary to s.151 ...” aangekla is. Hy is ses jaar vantevore as ‘n pleegkind in die sorg van die klaagster se ouers geplaas toe hy tien jaar en sy agt jaar oud was. Sewe maande later het die seksuele daad ‘n aanvang geneem en voortgeduur totdat hulle in hul puberteitsjare geslagsgemeenskap met mekaar gehad het. Aangesien hy self jonger as sestien jaar en nie twee jaar ouer as sy was nie, moes die hof bepaal of daar ‘n vertrouensverhouding tussen hulle bestaan het, aangesien die verweer sy aanspreeklikheid ingevolge artikel 150.1(2)(a) en (b) van die *Criminal Code* kon uitsluit.

word gepleeg waar 'n beskuldigde opsetlik ¹⁰³ 'n kind onder veertien jaar vir 'n seksuele oogmerk en ongeag die bestaan van toestemming, ¹⁰⁴ uitnood of aanhits om op enige wyse die liggaam van enige persoon, insluitend die beskuldigde of die kind self, aan te raak. ¹⁰⁵ Indien 'n beskuldigde 'n jong kind aansê om 'n sneesdoekie vas te hou, waarop die beskuldigde dan ejakuleer, maak sy gedrag hierdie misdaad uit. ¹⁰⁶ Dieselfde verwerre wat by die misdaad seksuele inmenging geopper kan word, geld ook hier. ¹⁰⁷

2.7.3 Die misdaad "**sexual exploitation**" (**seksuele uitbuiting**) word gepleeg indien 'n beskuldigde opsetlik die liggaam van 'n kind tussen veertien en agtien jaar op enige wyse aanraak of die kind uitnood of aanhits om die liggaam van 'n ander persoon, die beskuldigde of die kind s'n, op enige wyse aan te raak. Die bestaan van 'n gesags-, vertrouens- of 'n afhanklikheidsverhouding is wel 'n vereiste van hierdie misdaad. ¹⁰⁸ Die handeling moet met 'n seksuele oogmerk geskied. ¹⁰⁹ 'n Beskuldigde kan wel as 'n verweer opper dat hy geglo het dat die slagoffer agtien jaar of ouer is, maar dan moes hy alle redelike stappe geneem het om die slagoffer se ware ouderdom vas te stel. ¹¹⁰

Hierdie misdaad is op die wetboek geplaas om persone te bestraf vir seksuele dade met kinders, indien daar 'n vertrouensverhouding tussen die partye was, ¹¹¹ selfs al is toestemming verleen. ¹¹² In *Audet* ¹¹³ het die hof bevind dat onderwysers noodwendig in 'n gesagsposisie teenoor sowel as in 'n vertrouensverhouding met skoolleerlinge staan. ¹¹⁴ Vir die bestaan van 'n afhanklikheidsverhouding moet die kind *de facto* op die

¹⁰³ Watt en Fuerst 291; Greenspan en Rosenberg 253-255

¹⁰⁴ Artikel 150.1 (1) van die *Criminal Code*

¹⁰⁵ Artikel 152 van die *Criminal Code*. Hierdie misdaad vorm ook 'n wesenslike element van die misdaad "*sexual exploitation*" in artikel 153. Sien ook Watt en Fuerst 291-292; Greenspan en Rosenberg 253-255

¹⁰⁶ *Fong* (1994) 92 CCC (3d) 171 (Alta CA) 175

¹⁰⁷ Artikel 150.1 (2), (3) en (4) van die *Criminal Code*

¹⁰⁸ *M (D) supra* par 9, waar die appellant seksuele misdade met sy minnares se dogter oor 'n tydperk van 3 jaar gepleeg het; *Galbraith* (1994) 90 CCC (3d) 76 (Ont CA) 81 en 83

¹⁰⁹ Artikel 153(1) van die *Criminal Code*. Die omskrywing van 'n kind is in subartikel (2) vervat. Sien ook Watt en Fuerst 292; Greenspan en Rosenberg 255-257; *Nguyen*; *Hess supra* 178-181 oor die konstitusionaliteit van die voorgangerartikel 146; *Audet* (1996) 106 CCC (3d) 481 (SCC) par 13; *M (D) supra*; *Bone supra* 392: "... the offence of sexual exploitation ... is one of specific intent ... This offence involves an act committed for "a sexual purpose". It is not enough for the Crown to prove, for example, a touching ..."; *Caskenette supra*

¹¹⁰ Artikel 150.1 (5) van die *Criminal Code*

¹¹¹ *Audet supra* par 14; *LeBlanc* (2000) 147 CCC (3d) 1 (NSCA) 21

¹¹² Artikel 150.1 (1) van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 293

¹¹³ *Supra*

¹¹⁴ *Supra* par 43-44

beskuldigde steun.¹¹⁵ Die feite van elke geval word beoordeel om te bepaal of die vereiste verhouding tussen die partye bestaan. 'n Ouderdomsverskil van minder as twee jaar kan op die afwesigheid van so 'n verhouding dui, terwyl 'n groot ouderdomsverskil wel die afleiding kan regverdig dat daar 'n vertrouensverhouding bestaan, in terme waarvan 'n beskuldigde 'n versorgingspog teenoor die kind verskuldig is en die kind emosioneel en finansieel van hom afhanklik is.¹¹⁶

2.7.4 Geen persoon mag - in geheel of gedeeltelik - van die opbrengste van 'n **jeugdige prostituut** onder die ouderdom van agtien jaar leef nie.¹¹⁷ Indien 'n beskuldigde saam met die jeugdige prostituut woon of gereeld in die kind se geselskap is, word vermoed - totdat die teendeel bewys is - dat hy of sy van die opbrengste van kinderprostitusie leef.¹¹⁸ Niemand mag die seksuele dienste van 'n jeugdige onder agtien jaar teen betaling verkry of poog om dit teen vergoeding te verkry nie.¹¹⁹ Dit is 'n geldige verweer dat 'n beskuldigde geglo het dat die slagoffer agtien jaar of ouer is, indien hy alle redelike stappe geneem het om die slagoffer se werklike ouderdom vas te stel.¹²⁰

2.7.5 Koppelary¹²¹ word as 'n reël verbied. 'n Afsonderlike bepaling stel **koppelary deur 'n ouer of voog van 'n kind onder agtien jaar** strafbaar, waar die ouer of voog die kind verkry of verskaf vir die deelname aan verbode seksuele aktiwiteite met 'n ander persoon.¹²² As die beskuldigde geglo het dat die slagoffer agtien jaar of ouer is, sal dit slegs 'n verweer wees indien alle redelike stappe geneem is om die slagoffer se ware ouderdom te bepaal.¹²³ Seksuele aktiwiteite tussen die beskuldigde en die kind resorteer nie onder hierdie verbodsbepaling nie.¹²⁴

2.7.6 Geen **eienaar, bewoner, bestuurder of persoon in beheer van 'n perseel** mag

¹¹⁵ *M (D) supra* par 9; *Galbraith supra* 81 en veral 83

¹¹⁶ Watt en Fuerst 293; Greenspan en Rosenberg 257; *M (D) supra* par 9

¹¹⁷ Artikel 212(2) van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 405; Greenspan en Rosenberg 368

¹¹⁸ Artikel 212(3) van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 406; Greenspan en Rosenberg 368

¹¹⁹ Artikel 212(4) en (5) van die *Criminal Code* (soos gewysig deur die *Criminal Code (Child Prostitution, Child Sex Tourism, Criminal Harassment and Female Genital Mutilation) Act 1997*); Watt en Fuerst 406; Greenspan en Rosenberg 368-369. Die bepalings van artikel 212(5) is in 1999 herroep.

¹²⁰ Artikel 150.1 (5) van die *Criminal Code*

¹²¹ Artikel 212(1) van die *Criminal Code*

¹²² Artikel 170 van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 311; Greenspan en Rosenberg 279

¹²³ Artikel 150.1 (5) van die *Criminal Code*

¹²⁴ Watt en Fuerst 311

toelaat dat 'n jeugdige onder agtien jaar op die perseel aan verbode seksuele aktiwiteite deelneem nie.¹²⁵ Sou die beskuldigde geglo het dat die slagoffer agtien jaar of ouer is, is dit slegs 'n verweer indien alle redelike stappe geneem is om die slagoffer se werklike ouderdom vas te stel.¹²⁶

2.7.7 Die misdaad “*corrupting children*” (die korrupsie of bedorwenheid van kinders) word gepleeg indien sekere handelingte teenoor 'n kind onder agtien jaar in die woning waarin die kind bly, verrig word. Die verbode handelingte moet die slagoffer se morele waardes in gevaar gestel weens sy onaanvaarbare huislike omstandighede. Die verbode gedrag sluit in owerspel, enige ander seksueel onsedelike optrede sowel as waar 'n beskuldigde gereeld onder die invloed van drank of verdowingsmiddels is.¹²⁷ Dit is nie 'n verweer dat die beskuldigde geglo het dat die slagoffer agtien jaar of ouer is nie, tensy hy alle redelike stappe geneem het om die slagoffer se ware ouderdom te bepaal.¹²⁸

In *E (B)*¹²⁹ was die konstitusionaliteit van die misdaad “*corrupting children*” in geskil. Die hof het bevind dat die verbodsbepaling wel 'n beskuldigde se reg op vryheid van uitdrukking aantas, maar dat hierdie skending ter beskerming van kinders se regte regverdig kon word. Kinders moet 'n begrip ontwikkel van welke handelingte verkeerd en onaanvaarbaar is. Hulle moet leer dat alle persone - ongeag geslag of ouderdom - op gelyke behandeling geregtig is. Enige blootstelling aan skadelike, onaanvaarbare seksuele gedrag het die potensiaal om kinders se waardes nadelig te beïnvloed:¹³⁰

“...it is in the home where children are most susceptible to the kinds of conduct at which s. 172 is aimed.”¹³¹

2.7.8 Ingevolge die misdaad “*exposure*” (ontbloting), mag geen persoon vir 'n seksuele doel

¹²⁵ Artikel 171 van die *Criminal Code*; Watt en Fuerst 311-312; Greenspan en Rosenberg 280

¹²⁶ Artikel 150.1 (5) van die *Criminal Code*

¹²⁷ Artikel 172 van die *Criminal Code*. Subartikel (3) bepaal dat 'n kind vir doeleindes van hierdie artikel 'n persoon onder die ouderdom van 18 jaar is. Vervolging mag alleenlik, ingevolge subartikel (4), ingestel word as die Prokureur-Generaal se magtiging bekom is, tensy ander staatsinstansies by die voorval betrokke is.; Watt en Fuerst 312-313; Greenspan en Rosenberg 282

¹²⁸ Artikel 150.1 (5) van die *Criminal Code*

¹²⁹ (2000) 139 CCC (3d) 100, waar die appellant se twee stiefdogters en sy twee seuns aan seksuele immorele aktiwiteite blootgestel is. Hulle het die appellant en sy vrou tydens geslagsgemeenskap waargeneem. Hulle het in die huis ook toegang gehad tot video's van geslagsgemeenskap tussen die appellant en sy vrou, verskeie suggestiewe foto's van sy vrou, pornografiese video's, boeke, vibrators en ander seksuele toestelle.

¹³⁰ *Supra* 117, 119, 121 en 125

¹³¹ *Supra* 125

sy geslagsdele aan 'n kind onder die ouderdom van veertien jaar **ontbloot** nie.¹³²

2.8 Misdade in verband met kinderpornografie

*“The very existence of child pornography ... is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows directly from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. The harm of child pornography is inherent because degrading, dehumanizing, and objectifying depictions of children, by their very existence, undermine the Charter rights of children and other members of society. Child pornography eroticises the inferior social, economic, and sexual status of children. It preys on preexisting inequalities.”*¹³³

Verskeie kinderpornografiese handeling word spesifiek deur die Kanadese Reg verbied. Kinderpornografie word omskryf as enige film, video, fotografiese of visuele uitbeelding wat op 'n elektroniese of meganiese wyse gemaak is, waarin 'n kind onder agtien jaar in die deelname aan eksplisiete seksuele aktiwiteite uitgebeeld word, sowel as materiaal waarvan die dominante eienskap die uitbeelding vir 'n seksuele oogmerk van 'n kind se seksuele orgaan of anale area is. Enige geskrewe of visuele materiaal wat 'n seksuele daad met 'n kind onder agtien jaar uitbeeld, maak ook kinderpornografie uit.¹³⁴ Die omskrywing is ook op die skepping van grafiese beelde (byvoorbeeld op 'n rekenaar) sowel as enige uitbeelding van denkbeeldige persone (byvoorbeeld sketse) van toepassing.¹³⁵ Die betekenis en boodskap van die uitbeelding is belangrik, maar nie die oogmerk of *“the meaning that the author intended to convey”* (die betekenis wat die outeur bedoel het om oor te dra) nie. Dit is in elk geval gewoonlik onmoontlik om te bepaal wat in die gedagtes van die vervaardiger of besitter van die materiaal aangaan. 'n Objektiewe toets word toegepas om te bepaal of 'n redelike persoon die inhoud van die materiaal as 'n uitbeelding van deelname aan eksplisiete seksuele aktiwiteite deur 'n kind

¹³² Artikel 173(2) van die *Criminal Code*

¹³³ *Sharpe supra* par 158-158, waar 'n gedeelte van die *Report on Pornography* deur die *Standing Committee on Justice and Legal Affairs* (1978) par 18:4 oor die nuwe-effekte van pornografie, aangehaal word: "... this type of material... reinforces some unhealthy tendencies in Canadian society. The effect of this type of material is to reinforce male-female stereotypes to the detriment of both sexes. It attempts to make degradation, humiliation, victimization, and violence in human relationships appear normal and acceptable. A society which holds that egalitarianism, non-violence, consensualism, and mutuality are basic to any human interaction, whether sexual or other, is clearly justified in controlling and prohibiting any medium of depiction, description or advocacy which violates these principles."; Sullivan 92-93 se aanhaling uit die Badgley-verslag van 1984: "Indiscriminate exposure to children of pornographic depictions may distort in an unhealthy way their perceptions of relations between the sexes and communicate an attitude whose impact, by reason of the child's impressionability, may have an effect out of all proportion to the social utility of allowing them free expression. Further, the ready accessibility of pornography to young persons may serve to compromise the parental role in educating his or her child in sexual matters. The Committee believes that the most appropriate persons to determine how a child should be introduced to and instructed in matters of human sexuality are the child's parents and educators, not the purveyors of pornography."

¹³⁴ Artikel 163.1(1) van die *Criminal Code*, soos gewysig, welke artikel in 1993 op die wetboek geplaas is; Watt en Fuerst 304-305; Greenspan en Rosenberg 272-273; *Sharpe supra*, S (VP) [2001] BCSC 619 [<http://www.canlii.org/bc/cas/bcsc>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 48; *Butler supra* 150, oor die indeling van pornografiese materiaal: "... (1) explicit sex with violence, (2) explicit sex without violence but which subjects people to treatment that is degrading or dehumanizing, and (3) explicit sex without violence that is neither degrading nor dehumanizing."; *Weir* (2001) 156 CCC (3d) 188 (Alta CA) par 22 en 24

¹³⁵ *Sharpe supra* par 38-39, waar die beskuldigde 'n groot hoeveelheid foto's, boeke, manuskripte en rekenaarskywe, waarin verskeie naakte foto's en 'n aantal stories vervat is, besit het. In par 40 bespreek die hof dat 'n seksuele, visuele uitbeelding wat 'n beskuldigde van homself saamgestel het, ook onder hierdie definisie sou resorteer, maar dat dit 'n konstitusionele probleem sal skep. Par 137-138 bevat die aard en inhoud van die materiaal.

onder die ouderdom van agtien jaar sou beskou.¹³⁶

Omdat 'n wye betekenis aan die frase "*explicit sexual activity*" (eksplisiete seksuele aktiwiteit) geheg kan word, moet daar gepoog word om die Wetgewer se bedoeling vas te stel. Die uitbeelding van 'n blote aanraking, omhelsing of 'n soenery van 'n kind is nie pornografies van aard nie. Hierteenoor sal materiaal wel onder die omskrywing resorteer indien dit kinders naak of tydens intieme seksuele¹³⁷ aktiwiteite uitbeeld, mits die gedrag in grafiese besonderhede en ooglopend seksueel vertoon word.¹³⁸ Die uitbeelding van 'n twaalfjarige meisie se pubiese hare en ontblote borste maak pornografie uit.¹³⁹ Alvorens materiaal deur die verbodsbepaling geraak sal word, moet dit vir 'n seksuele oogmerk op die uitbeelding van 'n kind se geslagsdeel of anale area konsentreer. Sou daar twyfel oor die aard van die uitbeelding bestaan, moet 'n beskuldigde die voordeel daarvan kry. 'n Foto van 'n kind wat naak in 'n bad sit, is nie kinderpornografiese materiaal nie, tensy 'n redelike persoon van mening is dat die uitbeelding seksueel van aard is. Die gewraakte materiaal moet objektief 'n misdaad ingevolge die *Criminal Code* uitmaak. Die verbod is gerig teen materiaal wat die boodskap uitstuur dat seks met kinders aangemoedig en nagestreef behoort te word.¹⁴⁰

Verskeie kinderpornografiese handeling word strafbaar gestel. Niemand mag kinderpornografie **vervaardig, druk, publiseer of besit met die doel om dit te publiseer** nie.¹⁴¹ Opset is 'n vereiste en die verweer van "*public good*" mag geopper word.¹⁴² Onder "*public good*" word verstaan, dit wat nodig of voordelig is vir godsdiens, moraliteit, die toepassing van geregtigheid, die nastrewing van die wetenskap, literatuur of kuns, of oogmerke van algemene belang.¹⁴³ As 'n beskuldigde geglo het dat die persoon wat in die materiaal uitgebeeld word, agtien jaar of ouer is, is dit slegs 'n verweer indien alle redelike stappe geneem

¹³⁶ *Sharpe supra* par 43 en 218

¹³⁷ S (*VP supra* par 81, waar verskillende betekenisse van die woord "*sexual*" gelys word: "The word ... has ... various connotations: (a) ... pertaining to sex or the attribute of being either male or female; pertaining to sex as concerned in generation or in the process associated with this ... (b) ... relating to, or associated with sex as a characteristic of an organic being; of or relating to the male or female sexes or their distinctive organs or functions; or of relating to the sphere of behaviour associated with libidinal gratification ... (c) ... relating to sex, or to the sexes, or the relations between them ... (d) relating to or endowed with sex..."

¹³⁸ *Sharpe supra* par 49 en 73

¹³⁹ S (*VP supra* par 57 en 82-84: "... with respect to pubic hair by itself ... photographs ... depict the vaginal area, albeit a small part of it ... her labia are discernible and they most assuredly are part of a "sexual organ" on any definition, whether liberal or restrictive ... one must conclude that female breasts are "organs" related to the sphere of behaviour associated with libidinal gratification. To say otherwise, is indeed to deny reality ... the bare breasts of a pubescent female are sexual organs ..." In par 77 verskyn die verskillende definies van vroulike borste.

¹⁴⁰ *Sharpe supra* par 51 en 56

¹⁴¹ Artikel 163.1(2) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁴² Artikel 163(3) en (4) van die *Criminal Code*, soos gewysig; Watt en Fuerst 305; Greenspan en Rosenberg 266

¹⁴³ Watt en Fuerst 301

is om die persoon se ouderdom vas te stel en te verseker dat, waar die persoon agtien jaar of ouer is, hy of sy nie as 'n kind onder agtien jaar in die pornografiese materiaal uitgebeeld word nie.¹⁴⁴ Geen persoon mag voorts kinderpornografie **versprei, invoer, verkoop of besit vir die doel van die verspreiding of verkoop daarvan** nie,¹⁴⁵ tensy dit 'n kunswerk is of vir 'n opvoedkundige, wetenskaplike of mediese oogmerk bestem is.¹⁴⁶

Dit is ook 'n misdad om kinderpornografie te **besit**,¹⁴⁷ tensy die materiaal 'n kunswerk is of vir 'n opvoedkundige, wetenskaplike of mediese oogmerk besit word.¹⁴⁸ In *Sharpe*¹⁴⁹ het die hof bevind dat enige uitbeelding wat redelikerwys as kuns beskou kan word, as 'n kunswerk getipeer kan word.¹⁵⁰ Dit is natuurlik 'n moeilike taak om vas te stel of die materiaal wel kuns is. Die kunstenaar se subjektiewe oogmerk sowel as die vorm en inhoud van die beweerde kunswerk moet vir hierdie doel in aanmerking geneem word.¹⁵¹ Daar word nie op die gemeenskap se standarde gelet nie, omrede dit afbreuk aan die doel van die verwere sal doen om alle kunswerke wat 'n potensiële risiko van skade teenoor 'n kind mag inhou, te verbied.¹⁵² 'n Liberale benadering word gevolg om te bepaal of die kinderpornografiese materiaal inderdaad vir 'n kunstige oogmerk besit word.¹⁵³ Omdat kortverhale ook as 'n kunswerk kan kwalifiseer, selfs al beskryf dit kinderpornografiese tonele in detail, ondersoek die Wetgewer moontlikhede om hierdie leemte aan te spreek en die omskrywing van 'n kunswerk te beperk.¹⁵⁴

¹⁴⁴ Artikel 163.1(5) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁴⁵ Artikel 163.1(3) van die *Criminal Code*, soos gewysig; *Daniels* (1999) 137 CCC (3d) 527 par 15 en 20: "...the appellant paid a subscription fee for a time's access to an electronic bulletin board which contained child pornography, adult pornography and the ability to communicate with other users and the systems operator. He did not pay to access or download any particular file.... The misapprehension played an essential part in his decision in that he concluded... that because the appellant had paid for child pornography he must have received it."

¹⁴⁶ Artikel 163.1(6) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁴⁷ Artikel 163.1(4) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁴⁸ Artikel 163.1(6) van die *Criminal Code*, soos gewysig; Greenspan en Rosenberg 273

¹⁴⁹ *Supra*

¹⁵⁰ *Supra* par 63; *Ontario (Attorney-General) v Langer* (1995) 97 CCC (3d) 290 (Ont CA) 316

¹⁵¹ *Supra* par 64; *Ontario (Attorney-General) v Langer supra* 336: "I am not satisfied that the ... paintings and drawings pose a realistic risk of harm to children. I, therefore, have a reasonable doubt as to whether the paintings and drawings exceed standards of community tolerance based on the risk of harm to children. I have also accepted the unanimous opinion of the art experts ... that... the paintings and drawings have artistic merit."

¹⁵² *Supra* par 65

¹⁵³ *Supra* par 68-69

¹⁵⁴ *Criminal Intelligence Service Canada* [verder verwys na as CISC] se *Annual Report on Organized Crime in Canada* (2002) [verder verwys na as *Organized Crime*] (<<http://www.cisc.gc.ca/AnnualReport2002>>), laaste keer besoek op 8 Julie 2003, bl 3-4 van die Afdeling *Sexual Exploitation of Children*

In *Stroempl*¹⁵⁵ het die beskuldigde twaalf tydskrifte, meer as driehonderd foto's, sestien tekeninge, tien videobande sowel as ander kinderpornografiese materiaal besit. Die hof het bevind dat die drang om kinderpornografie te besit, 'n aanvraag en 'n mark vir die vervaardiging en verspreiding van die materiaal skep, wat tot die seksuele uitbuiting van kinders aanleiding gee. Om hierdie bedryf uit te wis, is dit belangrik dat swaar strawwe vir kinderpornografiese misdade opgelê moet word.¹⁵⁶ In *Sharpe*¹⁵⁷ het die meerderheid van die hof bevind dat die verbod op die besit van kinderpornografie konstitusioneel is. Verskeie belangrike bevindings word kortliks bespreek:

- i. 'n Balans moet tussen die beskerming van kinders se belange enersyds en 'n beskuldigde se vryheid van uitdrukking andersyds gehandhaaf word. Alhoewel die reg op vryheid van uitdrukking 'n fundamentele reg is, is dit nie 'n absolute reg nie.¹⁵⁸ Die belange van kinders weeg in hierdie geval swaarder as 'n beskuldigde se regte.¹⁵⁹
- ii. 'n Persoon se reg op privaatheid word nie as sodanig deur die deursoeking van sy perseel of die beslaglegging op sy eiendom geskend nie. Die *Charter* maak immers voorsiening vir behoorlike prosedures in hierdie verband. Ten einde die euwel van kinderpornografie in die kiem te smoor en kinders se belange te beskerm, is dit dus nodig om inbreuk op 'n beskuldigde se reg op privaatheid te maak.¹⁶⁰
- iii. Die vervaardiging van kinderpornografie is nie in kinders se beste belang nie, omdat dit hul regte op lewe, vryheid, privaatheid, menswaardigheid en liggaamlike integriteit skend.¹⁶¹ Pornografiese materiaal is 'n permanente bewys van kinders se seksuele uitbuiting.¹⁶² Kinders is fisies, geestelik sowel as emosioneel onvolwasse¹⁶³ en word deur die verbodsbepalings teen enige misbruik en uitbuiting wat met materiaal van hierdie aard geassosieer word, beskerm. Die boodskap aan lede van die Kanadese samelewing is dat kinders nie seksuele objekte is nie.¹⁶⁴

¹⁵⁵ (1996) 105 CCC (3d) 187

¹⁵⁶ *Supra* 191

¹⁵⁷ *Supra*

¹⁵⁸ *Supra* par 2, 21-22, 25-28, 34, 103-104 en 128-129

¹⁵⁹ *Supra* par 103

¹⁶⁰ *Supra* par 190 en 240

¹⁶¹ Artikel 7 van die *Constitution Act* 1982; *Sharpe supra* par 189 en 241-242

¹⁶² *Supra* par 241; CISC *Organized Crime* bl 2 van *Sexual Exploitation of Children* "Child pornography is not a victimless crime. A child is not only victimized when the photo is initially captured, but repeatedly as the image is shared with others around the world via the Internet. Photos taken years ago continue to surface in some offender's collections."

¹⁶³ *Supra* par 169

¹⁶⁴ *Supra* par 34, 72 en 236; *Ontario (Attorney-General) v Langer supra* 304-305 en 328: "The evil of child pornography lies not only in the fact that actual children are often used in its production, but also in the use to which it is put... some paedophiles use child pornography in ways that put children at risk... by rationalizing paedophilia as a normal sexual preference... to fuel their sexual fantasies ... and to "groom" children, by showing it to them in order to promote discussion of sexual matters and thereby

- iv. Die belangrikheid van kinders se beskerming teen skadelike seksuele praktyke en leed regverdig sonder meer 'n verbod op die vervaardiging, verspreiding en besit van kinderpornografie, omdat hierdie materiaal, onder andere, 'n persoon se inhibisies aansienlik kan verlaag. Onaanvaarbare seksuele gedrag word as normaal uitgebeeld, wat aanleiding tot die pleging van seksuele misdade met kinders kan gee. Die materiaal word ook gebruik om kinders tot seksuele aktiwiteite te ooreed of af te pers:¹⁶⁵

“... child pornography...will fuel fantasies and may incite offences in the case of certain individuals...some child pornography can play an important role in the seduction of children. Criminalizing the possession of child pornography is likely to help reduce the grooming and seduction of children ... Children are used and abused in the making of much of the child pornography caught by the law. Production of child pornography is fueled by the market for it, and the market in turn is fueled by those who seek to possess it... The link between the production of child pornography and harm to children is very strong... The child is traumatized by being used as a sexual object in the course of making the pornography. The child may be sexually abused and degraded. The trauma and violation of dignity may stay with the child as long as he or she lives... the child must live in the years that follow with the knowledge that the degrading photo or film may still exist, and may at any moment be being watched and enjoyed by someone... criminalizing the possession of child pornography not only provides additional protection against child exploitation... but also reinforces the laws criminalizing the production and distribution of child pornography... Possession of child pornography increases the risk of child abuse. It introduces risk, moreover, that cannot be entirely targeted by laws prohibiting the manufacture, publication and distribution of child pornography. Laws against publication and distribution of child pornography cannot catch the private viewing of child pornography, yet private viewing may induce attitudes and arousals that increase the risk of offence. Nor do such laws catch the use of pornography to groom and seduce children. Only by extending the law to private possession can these harms be squarely attacked.”

Die gebruik van **rekenaars** en die **Internet** as medium vir kinderpornografie word in 'n baie ernstige lig beskou. Die vryelike beskikbaarheid en benutting van rekenaars en die Internet skep nuwe maniere vir die bewaring, vervaardiging en verspreiding van kinderpornografie.¹⁶⁶ In hierdie verband merk die Kanadese Intelligensiediens die volgende op:¹⁶⁷

“The global information highway ... allows individuals to connect with others from around the world with little effort... there are those who will use the Internet for the purpose of sexually exploiting children around the world. Some will use the Internet to communicate with like-minded individuals to share similar interests and views. Some will use chat rooms and e-mail as a means of locating children for sexual encounters. Others use the Internet as a vehicle for personal profit through the creation of websites that distribute child pornography. In other instances, individuals, often in locations around the world, have formed sophisticated and clandestine networks to

persuade them that such activity is normal. Because of the ways in which child pornography is used by paedophiles, the risk of harm is present whether or not real children are used in its creation...The objective of protecting children from the harmful impact of child pornography is sufficiently important to justify limitations on the right to freedom of expression, particularly when the nature of the expression is less worthy of protection than others.”

¹⁶⁵ *Supra* par 89 en 91-94; sien ook par 227-229; *Davis supra*, waar die beskuldigde naakfoto's van die 15-jarige klaagster geneem het om haar loopbaan as model te bevorder. Ten spyte van verskeie versoeke, het hy nooit die foto's aan haar getoon nie. Toe sy op die negatiewe aandring, het hy gesê dat sy dit slegs sal kry, indien sy sekere seksuele daade met hom verrig. Sou sy weier, sou hy die foto's aan haar moeder stuur; *CISC Organized Crime* bl 2 van *Sexual Exploitation of Children*: “... people who view child pornography only do so because they wish to have sexual relations with children... child pornography acts as a catalyst towards abusing children.”

¹⁶⁶ *Sharpe supra* par 166

¹⁶⁷ *CISC Organized Crime* bl 2 van *Sexual Exploitation of Children*

facilitate their passion for child pornography... The Internet facilitates the distribution of child pornography at an alarming rate. The high volume of images available through the Internet allows individuals to obtain vast collections quickly and with little effort when compared to past conventional methods of distribution. While instances of traditional distribution, such as the postal system, are reported on occasion, the bulk of pornographic material flows through the Internet.”

In 2002 is verdere aktiwiteit by die reeds bestaande verbodsbepalings gevoeg, om spesifieke handeling met betrekking tot kinderpornografie op die Internet strafbaar te stel.¹⁶⁸ Dit omvat die **uitsending** (“*transmission*”), **beskikbaarstelling** (“*makes available*”) of **uitvoer van kinderpornografie** sowel as **besit vir die doel van die uitsending, beskikbaarstelling of uitvoer daarvan**¹⁶⁹ asook die opsetlike verkryging van **toegang** (“*access*”) tot kinderpornografie.¹⁷⁰ Dit sal wees waar ‘n persoon opsetlik veroorsaak dat kinderpornografie deur hom (of haar) gesien word of aan hom (of haar) versend word.¹⁷¹ ‘n Verbod word ook op “*luring a child*” (**aanlokking van ‘n kind**) by wyse van kontak (“*communications*”) deur middel van ‘n rekenaarsisteem geplaas.¹⁷² Hierdie verbodsbepaling onderskei tussen drie ouderdomskategorieë, naamlik kinders onder die ouderdom van onderskeidelik veertien, sestien en agtien jaar, en beoog die bestrawwing van kontak wat daarop gerig is om die pleging van misdade met hierdie kinders te bewerkstellig. Daar word ook ‘n onderskeid ten aansien van die misdade getref, naamlik:

- in die geval van kinders onder die ouderdom van veertien jaar is die misdade seksuele inmenging, uitnodiging tot seksuele aanraking, bestialiteit, abduksie en ontbloting;
- ten aansien van kinders onder die ouderdom van sestien jaar behels dit abduksie; en
- by kinders onder die ouderdom van agtien jaar behels dit seksuele aanranding, bloedskande, verkryging van die seksuele dienste van ‘n jeugdige onder die ouderdom van agtien jaar teen betaling of vergoeding, koppelary, enige kinderpornografiese aktiwiteit sowel as seksuele uitbuiting.

Dit is nie ‘n verweer dat die beskuldigde geglo het dat die slagoffer ten minste veertien, sestien of agtien jaar - na gelang van die geval - is nie, tensy hy alle redelike stappe geneem het om die slagoffer se ware ouderdom te bepaal.¹⁷³ Die betrokkenheid van **georganiseerde misdaad** (“*criminal organization*”) by enige kinderpornografiese handeling (of enige ander ernstige

¹⁶⁸ CISC *Organized Crime* bl 5 van *Sexual Exploitation of Children*

¹⁶⁹ Artikel 163.1(3) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁷⁰ Artikel 163.1(4.1) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁷¹ Artikel 163.1(4.2) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁷² Artikel 172.1(1) van die *Criminal Code*, soos gewysig; CISC *Organized Crime* bl 6 voetnoot 74 van *Sexual Exploitation of Children*: “...instances where individuals, often posing as children themselves, make contact with children in chat rooms, instant messengers or through e-mail with the hopes of arranging a meeting in person. The goal is to lure them away from their homes for the purposes of sexually exploiting them.”

¹⁷³ Artikel 172.1(4) van die *Criminal Code*, soos gewysig

misdadaad) word ook verbied en swaar bestraf.¹⁷⁴

2.9 Ander seksuele misdade met kinderslagoffers

2.9.1 Die kommersiële seksuele uitbuiting van kinders word grootliks deur die *Criminal Code (Child Prostitution, Child Sex Tourism, Criminal Harassment and Female Genital Mutilation) Act 1997* gereël. Die Aanhef van hierdie Wet is baie interessant en lees soos volg:

“... the Parliament of Canada has grave concerns regarding violence against women and children and, in particular, child prostitution, criminal harassment and female genital mutilation ... children, by virtue of their lack of maturity, are more vulnerable than adults to danger, exploitation and abuse and are in greater need of protection ... to prevent, prohibit, eliminate and impose effective sanctions against practices harmful to women and children ... violence against women both violates, and impairs or nullifies, the enjoyment by women of their human rights and fundamental freedoms ... Parliament of Canada has grave concerns regarding the prostitution of children, whether in or outside Canada ... Canada has undertaken to protect children from all forms of sexual exploitation and sexual abuse, and to take measures to prevent the exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices...”¹⁷⁵

Kinderprostitusie word verbied. Niemand mag van die opbrengste van ‘n kinderprostituut onder die ouderdom van agtien jaar leef of die kind beweeg of dwing om prostitusie te pleeg nie. Geen geweld, intimidasie of dwang mag voorts teenoor die kind aangewend word nie.¹⁷⁶ Die gemiddelde ouderdom van ‘n kinderprostituut is veertien jaar. Navorsing het aan die lig gebring dat georganiseerde misdaad ook by kinderprostitusie betrokke is. Die *Criminal Code* is derhalwe gewysig om die betrokkenheid van ‘n “*criminal organization*” (kriminele organisasie) by die pleging van ‘n ernstige misdaad (“*serious offence*”) - waarby kinderpornografie en kinderprostitusie inbegrepe is - te verbied.¹⁷⁷ **Seksuele misdade met kinders buite die landsgrense van Kanada** word ook bestraf. Die slagoffers moet normaalweg in Kanada woonagtig wees, maar die land uitgeneem word sodat seksuele misdade met hulle in die buiteland gepleeg kan word.¹⁷⁸ Opset is ‘n vereiste.¹⁷⁹ Hierdie misdaad blyk voorkomend van aard

¹⁷⁴ Artikel 467.11(1), 467.12(1), 467.13(1) en 467.14 van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁷⁵ Sien ook CISC *Organized Crime* bl 4 van *Sexual Exploitation of Children*

¹⁷⁶ Artikel 212(2.1) van die *Criminal Code*, soos gewysig deur die *Criminal Code (Child Prostitution, Child Sex Tourism, Criminal Harassment and Female Genital Mutilation) Act 1997*

¹⁷⁷ Artikels 467.1(1), 467.11(1), 467.12(1) en 467.13(1) van die *Criminal Code*, soos gewysig; CISC *Organized Crime* bl 4 van *Sexual Exploitation of Children*

¹⁷⁸ Artikel 273.3 van die *Criminal Code*, soos gewysig, tref ‘n onderskeid tussen verskillende ouderdomsgroepe en seksuele misdade van toepassing en skryf 5 jaar gevangenisstraf voor; artikel 7 (4.1) tot (4.3) van die *Criminal Code*, soos ingevoeg deur die *Criminal Code (Child Prostitution, Child Sex Tourism, Criminal Harassment and Female Genital Mutilation) Act 1997*; Greenspan en Rosenberg 507

¹⁷⁹ Watt en Fuerst 555; Greenspan en Rosenberg 507

te wees, omdat daadwerklike seksuele aktiwiteite nie vereis word nie. Daar kan ingegryp word voordat 'n kind beserings opdoen.

2.9.2 Daar is nie 'n misdad in die Kanadese Reg wat die **volgehoue seksuele mishandeling van 'n kind** verbied nie. Jong kinders onthou gewoonlik nie die besonderhede of datums van verskeie seksuele misdade wat met hulle gepleeg is nie.¹⁸⁰ In *M (GL)*¹⁸¹ is die appellant van een aanklag van onsedelike aanranding aangekla, ten spyte van die feit dat die elfjarige seun oor 'n tydperk van vier jaar op vier geleenthede aangerand is. Die hof het bevind dat dit 'n belangrike eienskap van 'n voortdurende misdad is dat dit een of meer voorvalle omvat. Getuienis omtrent enige een van die voorvalle is voldoende om die misdad te bewys.¹⁸²

2.9.3 Onregmatige "**female genital mutilation**" (skending van vroulike geslgsdele)¹⁸³ is 'n verskyningsvorm van aanranding met verswarende omstandighede. Die misdad word gepleeg indien die slagoffer onder agtien jaar is en die skending nie vir doeleindes van 'n chirurgiese operasie noodsaaklik is nie.¹⁸⁴ Toestemming is nie 'n verweer nie.¹⁸⁵

2.9.4 Die moontlike **verspreiding van VIGS** tydens seksuele misdade word in 'n baie ernstige lig beskou. By jeugdige slagoffers bestaan verdere risiko's van swangerskappe en die opdoening van seksueel oordraagbare siektes:¹⁸⁶

"... the need ... is ... to assist children and young persons to develop a healthy and informed attitude towards sex. To accomplish this, information about sexual abuse, pregnancy and sexually transmitted diseases must be given in the context of a program

¹⁸⁰ *P (MB) supra* (minderheidsuitspraak) 318: "...the young abuse victim could not recall the precise dates of events which occurred eight years earlier, although she was able to identify the period during which it occurred ... Common sense dictates that the same exacting standard cannot apply in such circumstances as it perhaps should in others. In light of the context of child sexual abuse and the difficulty that children have in determining exact dates and times of occurrences and, most often, have to rely on recollections of surrounding events as well as the assistance of others, courts must not unduly limit and complicate the trial ... there are no unfair consequences to the [respondent] ..." en meerderheidsuitspraak op 297: "... courts, including this one, have accepted that, in cases involving offences and particularly sexual offences against young children, absolute precision with respect to the timing of an alleged offence will often be unrealistic and unnecessary ..."; artikel 601 van die *Criminal Code* oor die wysiging van klagstate; *B (G)* [1990] 2 SCR 57, waar die hof bevind het dat die versuim om 'n spesifieke tyd of datum van die pleging van die misdad te verskaf, nie sonder meer 'n klagstaat gebrekkig maak nie; *B (R)* (2000) 139 CCC (3d) 77 par 22, waar die hof daarop wys dat die datums van die misdade baie belangrik is indien 'n alibi as verweer geopper word

¹⁸¹ (2000) 138 CCC (3d) 383; *Robinson supra*

¹⁸² *Supra* par 28

¹⁸³ Artikel 268(3) van die *Criminal Code*, soos gewysig deur die *Criminal Code (Child Prostitution, Child Sex Tourism, Criminal Harassment and Female Genital Mutilation) Act 1997*

¹⁸⁴ Artikel 268 van die *Criminal Code*, soos gewysig, reël aanranding met verswarende omstandighede en bepaal: "(1) Every one commits "aggravated assault" who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant. (2) Every one who commits an aggravated assault is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years." Ingevolge die wysiging is subartikels (3) en (4) ingevoeg om die skending van vroulike geslgsdele te reël.

¹⁸⁵ Artikel 268(4) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁸⁶ Sullivan 86 en 93-94

that also addresses what is appropriate and positive sexual behaviour.”¹⁸⁷

Indien ‘n persoon, wetende dat hy VIGS onder lede het, seksuele gemeenskap met ‘n ander persoon hou, sonder om daardie persoon daarvan in te lig, kan hy van aanranding met verswarende omstandighede, soos beslis is in *Cuerrier*,¹⁸⁸ aangekla word.

2.9.5 ‘n Kind kan ook die slagoffer van “*stalking*” (agtervolging) of kriminele teistering wees. Niemand mag ‘n ander persoon of kind opsetlik¹⁸⁹ teister of so optree, dat die slagoffer weens die gedrag redelikerwyse vir sy eie welsyn of die van ‘n ander persoon vrees nie.¹⁹⁰ Die verbode gedrag sluit in herhaalde agtervolgings van ‘n slagoffer,¹⁹¹ herhaalde kommunikasie met ‘n slagoffer of ‘n ander persoon,¹⁹² die dophou van ‘n slagoffer of ‘n ander persoon se woning of werksplek of enige ander plek wat gereeld deur ‘n slagoffer of ‘n ander persoon besoek word¹⁹³ sowel as dreigende optrede teenoor ‘n slagoffer of ‘n lid van sy familie.¹⁹⁴

In *McCraw*¹⁹⁵ is die beskuldigde aan drie aanklagte van “*stalking*” skuldig bevind. Hy het anonieme briewe aan drie jong “*football cheerleaders*” geskryf, waarin hy verskeie seksuele dade wat hy met hulle wou pleeg, grafies beskryf het. Hy het ook te kenne gegee, dat hy met hulle geslagsgemeenskap wou hou, “*even if I have to rape you*”. Hierdie optrede het die meisies bevrees en angsbevang gemaak. Die hof het bevind

¹⁸⁷ Sullivan 102

¹⁸⁸ (1998) 127 CCC (3d) 1 (SCC), waar die beskuldigde ingevolge artikel 268 van die *Criminal Code* van aanranding met verswarende omstandighede aangekla is. Hy is deur ‘n verpleegster meegedeel dat hy HIV-positief is en dat hy enige moontlike seksuele maat dienooreenkomstig moet inlig en kondome moet gebruik. Hy het egter onbeskermd geslagsgemeenskap met die twee klagsters gehad. In par 75 en 147: “... the common law should be changed to permit deceit about sexually transmitted disease that induces consent to be treated as fraud vitiating consent... an individual who knows he is HIV-positive and has unprotected sexual intercourse without disclosing this condition to his partner may be found guilty of ... s 265 ... The section provides protection by way of deterrence for those in the position of the complainants ...”; Watt en Fuerst 538; Greenspan en Rosenberg 492; *Ssenyonga* (1993) 81 CCC (3d) 257, kopstuk: “The law of assault is too blunt an instrument to control the spread of the AIDS virus.”

¹⁸⁹ Watt en Fuerst 528; Greenspan en Rosenberg 484

¹⁹⁰ Artikel 264(1) van die *Criminal Code* (soos gewysig deur die *Criminal Code (Child Prostitution, Child Sex Tourism, Criminal Harassment and Female Genital Mutilation) Act 1997*); Watt en Fuerst 527-528; artikels 810, 810.1 en 811 van die *Criminal Code*, soos gewysig, wat eintlik meer op ‘n gesinsgeweld-situasie betrekking het; Greenspan en Rosenberg 483-484

¹⁹¹ Artikel 264(2)(a) van die *Criminal Code*, soos gewysig. Artikel 423(1)(c)(en (e)) van die *Criminal Code* omvat ook hierdie gedrag, indien dit op intimidasie gerig is.

¹⁹² Artikel 264(2)(b) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁹³ Artikel 264(2)(c) van die *Criminal Code*, soos gewysig. Artikel 423(1)(f) van die *Criminal Code* het ook betrekking op hierdie gedrag indien dit intimiderend van aard is.

¹⁹⁴ Artikel 264(2)(d) van die *Criminal Code*, soos gewysig

¹⁹⁵ (1991) 66 CCC (3d) 517 (SCC); *Clemente* (1994) 91 CCC (3d) 1 (SCC) 4, waar die hof beslis het dat ‘n dreigement voldoende is om aanspreeklikheid ingevolge hierdie bepaling te vestig

dat ernstige liggaamlike leed enige besering of aantasting van 'n slagoffer se fisiese of sielkundige integriteit, gesondheid en welsyn insluit. 'n Dreigement om te verkrag kan wel 'n dreigement van die toediening van ernstige liggaamlike leed uitmaak.¹⁹⁶

2.10 Die ouderdomsperke in statutêre misdade ten aansien van kinderslagoffers

Die Kanadese Departement van Justisie se navorsing oor die gewenste wysigings van die “*age of consent*”-perke (ouderdom waarop regsgeldige toestemming verleen kan word) in die *Criminal Code* word, met verwysing ook na opmerkings in die saak van *Sharpe*,¹⁹⁷ volledigshalwe bespreek. Volgens die Departement van Justisie¹⁹⁸ het die Wetgewer die ouderdomsgrense van slagoffers van seksuele misdade laag gehou om voorsiening te maak vir gevalle waar jeugdige seksueel met mekaar eksperimenteer, omdat sulke gedrag nie die toepassing van strafsanksies noodsaak nie. Die algemene gevoel is egter dat die ouderdomsperke nie na behore voorsiening maak vir gevalle waar onvolwasse, onervare jeugdige bo die ouderdomsgrens, seksueel deur volwassenes uitgebuit word nie. Die relatiewe lae ouderdomme kan koppelaars voorts toelaat om jong meisies tot prostitusie te verlei, sonder dat die koppelaars vervolging hoef te vrees.

Navorsing het getoon dat die “*age of consent*”-perk in Amerika, Australia en Engeland oor die algemeen sestien jaar is. In Europese lande wissel die ouderdom, afhangend van die betrokke land en die aard van die seksuele aktiwiteit. In Nederland is dit twaalf jaar, in Frankryk vyftien jaar, sestien jaar in België sowel as Luxemburg en sewentien jaar in Ierland. Omrede baie uitlanders Kanada as 'n teikengebied weens die lae ouderdomsgrense uitkies, is voorgestel dat die “*age of consent*”-perk in alle gevalle tot sestien jaar, en moontlik selfs so hoog as agtien jaar, verhoog moet word. Dit sal erkenning verleen aan die feit dat kinders bo veertien jaar steeds weerloos is wanneer dit kom by uitbuiting deur volwassenes. Word die ouderdom egter te hoog gestel, sal dit die gevalle waar jeugdige vinniger volwasse word en meer verantwoordelik optree, ignoreer. Die Strafwet behoort nie aangewend te word om die seksuele gedrag van ouer tieners te beheer nie.

In *Sharpe*¹⁹⁹ word daarop gewys dat die omskrywing van 'n kind vir doeleindes van kinderpornografie 'n persoon onder agtien jaar is. Alhoewel jong persone tussen veertien en

¹⁹⁶ *Supra* 530

¹⁹⁷ *Supra*

¹⁹⁸ Justisie Deel III: “*Improving the experience of child witnesses and facilitating their testimony in criminal proceedings: Different ages for different purposes: age of consent*”

¹⁹⁹ *Supra*

sewentien jaar in sommige gevalle wel seksuele aktiwiteite mag beoefen, word seksuele aktiwiteite met hulle onder sekere omstandighede verbied om hulle teen uitbuiting te beskerm. Dit sal byvoorbeeld die geval wees by seksuele uitbuiting²⁰⁰ en kinderprostitusie.²⁰¹ Ingevolge die *Convention on the Right of the Child*, word 'n kind omskryf as 'n persoon onder agtien jaar. Dit beteken by implikasie dat hierdie internasionale konvensie vereis dat kinders onder agtien jaar in Kanada as 'n groep beskerming moet geniet.²⁰² Navorsing het aangetoon dat tot 30% van alle seksuele misdadigers in Kanada kinders onder agtien jaar is. Indien die ouderdomsbepanking op agtien jaar gehou word, sal die uitbuiting van alle kinders strafregtelik aangespreek kan word, ook waar ouer kinders deur volwassenes misbruik word om jonger kinders te verlei:²⁰³

“... young persons of 16 or 17 ... may be involved in taking advantages of still younger children, by introducing them to prostitution, to performing in pornographic displays for filming, and so on. Such exploitation might be of the older child's own motion, or it might be engineered by adults who perceive the advantage in having as fronts those who are free from serious criminal responsibility... Children may well have valid claims to autonomy in wide ranges of conduct. However, the liberty to engage in behaviour which is regarded as harmful will be withheld from children with more frequency that it is withheld from adults. Various justifications may be offered for this. The child may be too young or inexperienced to appreciate the harmfulness of the behaviour, or its nature or extent. In addition, quite apart from the characteristics and maturity of the individual child, adult society may be protective of the state of childhood, which is seen as a time, firstly, for the enjoyment of innocence and, then, gradually, for development out of innocence. The exposure to certain kinds of influence or behaviour may be seen as a disruption of the valuable process of gradual maturation... In the case of pornography ... we think that there is strong justification for treating children as vulnerable, and effecting some decrease in their liberty.”

2.11 Gevolgtrekking

Die Kanadese misdade is in geheel gekodifiseer en die “*age of consent*” (ouderdom waarop regsgeldige toestemming verleen kan word) is veertien jaar. Die misdaad “*sexual assault*” (seksuele aanranding) het “*rape*” (verkragting) vervang en word gepleeg wanneer 'n handeling die slagoffer se seksuele integriteit en waardigheid skend, terwyl dit sonder toestemming geskied. Daar is drie statutêre vorme van seksuele aanranding wat van mekaar in graad van erns verskil. 'n Objektiewe toets word toegepas om te bepaal of 'n redelike persoon van oordeel sou wees dat die handeling wel 'n slagoffer se seksuele integriteit geskend het. Toestemming deur 'n kind onder die ouderdom van veertien jaar tot geslagsgemeenskap is nie 'n verweer nie. 'n Seun van dertien jaar kan nie aan seksuele aanranding skuldig bevind word nie. Alle vorme van penetrasie word strafbaar gestel en die misdaad seksuele aanranding is geslagsneutraal.

²⁰⁰ Artikel 153 van die *Criminal Code*

²⁰¹ Artikel 212(4) van die *Criminal Code*

²⁰² *Sharpe supra* par 226

²⁰³ *Sharpe supra* par 230-231

Bloedskande is 'n geslagsneutrale misdaad en word tot geslagsgemeenskap tussen bloedverwante beperk. Onsedelike aanranding maak nie meer 'n afsonderlike misdaad uit nie, maar resorteer nou onder die misdaadsomskrywing van seksuele aanranding. Sodomie staan bekend as die misdaad "*buggery*". "*Gross indecency*" (growwe onsedelikheid) sowel as "*buggery*" tussen toestemmende volwassenes in privaatheid is reeds gedekriminaliseer. Anale geslagsgemeenskap word steeds onder sekere omstandighede verbied, onder andere waar 'n slagoffer onder die ouderdom van agtien jaar is. In Ontario het die Hooggeregshof egter bevind dat die verbodsbepalings op anale geslagsgemeenskap kinders se reg op seksuele oriëntasie en gelykheid skend en teen hulle op grond van ouderdom diskrimineer, indien hulle wel toestemming tot die daad verleen het.

Onnatuurlike geslagsmisdade is onbekend aan die Kanadese Reg. Bestialiteit word as 'n verskyningsvorm van "*buggery*" strafbaar gestel. Die Kanadese Wetgewer het verskeie unieke statutêre misdade met kinders en jeugdiges geskep, wat vreemd aan ander regstelsels is, naamlik "*sexual interference*" (seksuele inmenging), "*invitation to sexual touching*" (uitnodiging tot seksuele aanraking), "*sexual exploitation*" (seksuele uitbuiting) en "*corrupting children*" (die korrupsie of bedorwenheid van kinders). Verskeie ander vorme van seksuele gedrag met kinders en jeugdiges word ook verbied. 'n Groot hoeveelheid kinderpornografiese handeling word verbied. Sedert 2002 word etlike dade met betrekking tot die gebruik van rekenaarstelsels en die Internet as medium vir kinderpornografie ook strafbaar gestel. In 1997 is wetgewing aangeneem om kinderprostitusie sowel as die pleging van seksuele misdade met kinders en jeugdiges buite die landsgrense van Kanada te verbied. Die betrokkenheid van georganiseerde misdaad by die pleging van enige ernstige misdaad - waarby kinderpornografie en kinderprostitusie inbegrepe is - word ook strafbaar gestel.

Alhoewel die Kanadese Wetgewer poog om alle moontlike seksuele, misdadige gedrag met kinders te verbied, word dit betwyfel of die beskerming effektief is. Die ouderdom waarop 'n kind toestemming tot geslagsgemeenskap kan gee, is veertien jaar. Baie kinders wat ouer as veertien jaar is, beskik nie oor die emosionele volwassenheid om besluite van hierdie aard te neem nie. Die Departement van Justisie is derhalwe ten gunste van 'n verhoging van die ouderdomsperke om voorsiening te maak vir gevalle waar onvolwasse, onervare jeugdige bo die ouderdomsgrens seksueel deur volwassenes uitgebuit word. Die voorstel behels dat die "*age of consent*"-perk in alle gevalle tot sestien jaar, indien nie selfs so hoog as agtien jaar, verhoog moet word.

HOOFSTUK 3 : SEKSUELE MISDADE IN AUSTRALIË

3.1 Inleiding

Die Australiese Gemenebes bestaan uit ses State en twee streke, naamlik die “*Australian Capital Territory*”, Nieu-Suid-Wallis, die “*Northern Territory*”, Queensland, Suid-Australië, Tasmanië, Victoria en Wes-Australië. Alhoewel daar ‘n oorkoepelende *Crimes Act* in die Gemenebes is, maak dit nie vir al die misdade voorsiening nie. Die meeste statutêre misdade word afsonderlik deur elk van die agt State gereël. Weens die wesenlike verskille tussen die onderskeie kodifikasies, word ‘n eenvormige Strafreghkode oorweeg.¹ Omrede ‘n geweldige hoeveelheid wetgewing betrokke is, kan al die bronne nie aangehaal word nie. Vir doeleindes van hierdie proefskrif word daar hoofsaaklik op die regsposisie in Nieu-Suid-Wallis en Victoria gekonsentreer met enkele verwysings na die ander State.²

3.2 Die misdaad verkragting of “*sexual assault*” (seksuele aanranding)

*“... there is some special shame,
as well as pain, indignity and mental suffering,
experienced by a rape victim.”³*

Alvorens wetswysigings deurgevoer is, was verkragting tot konvensionele heteroseksuele, vaginale geslagsgemeenskap met ‘n vroulike slagoffer beperk. In die meeste State staan die misdaad nou as “*sexual assault*” (seksuele aanranding) bekend,⁴ terwyl Victoria en Suid-Australië die benaming “*rape*” (verkragting) behou het.⁵ Seksuele aanranding of verkragting word gepleeg waar ‘n beskuldigde geslagsgemeenskap met ‘n ander persoon hou terwyl die beskuldigde bewus is van die feit dat die slagoffer nie tot die daad toegestem het nie.⁶ Dit sal ook die geval wees, waar ‘n beskuldigde met die geslagsgemeenskap volhard na bewuswording

¹ CR Snyman “Codifying the criminal law - the Australian Experience” 2000 *SACJ* Vol 13, 214-221, 215-216

² Die volgende afkortings word in die voetnote gebruik wanneer daar na die onderskeie State se wetgewing verwys word: **ACT** is **Australian Capital Territory**; **SA** is **Suid-Australië**, **WA** is **Wes-Australië**, **NSW** is **Nieu-Suid-Wallis**, **Vic** is **Victoria**, **Tas** is **Tasmanië**, **NT** is **Northern Territory**, **Cth** is **Commonwealth** en **Qld** is **Queensland**.

³ L Waller “Victims on Trial - Prosecutions for Rape” 1977 *SACC* Vol 1, 147-162, 149

⁴ L Waller en CR Williams *Brett, Waller and Williams Criminal Law Text and Cases* (1993) 84-87. In Nieu-Suid-Wallis is die misdade verkragting en poging tot verkragting in 1981 deur artikel 63 van die *Crimes Act* 1900, soos gewysig, herroep. In die plek daarvan is “*sexual assault*” op die wetboek geplaas. Volgens D Brown, D Farrier & D Weisbrot *Brown, Farrier, Neal and Weisbrot’s Criminal Laws Materials and Commentary on Criminal Law and Process in New South Wales* (1996) 784 en 843, val die klem nou eerder op die gewelddadige as die seksuele aard van die misdaad; *L* (1991) 103 ALR 577 (HCA); *Jabaltjari* (1989) 64 NTR 1, 2

⁵ Artikel 38(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 48 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA)

⁶ Artikel 61 I van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 38(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *C v T* (1996) 136 ALR 703, 718

van die feit dat toestemming ontbreek.⁷ **Seksuele aanranding met verswarende omstandighede** word gepleeg wanneer liggaamlike beserings aan die slagoffer of 'n ander persoon in die onmiddellike nabyheid toegedien is, 'n gevaarlike wapen of instrument gebruik is om die slagoffer of ander persoon met liggaamlike leed te dreig, 'n bende-optrede ter sprake is, die slagoffer onder die ouderdom van sestien jaar is, onder die beskuldigde se beheer of gesag is of 'n ernstige fisiese of intellektuele gebrek het.⁸

Die misdaad verkragting of seksuele aanranding is geslagsneutraal.⁹ Die geringste penetrasie¹⁰ is voldoende om geslagsgemeenskap te bewys en saadstorting word nie vereis nie.¹¹ Die omskrywing van 'n vroulike vagina sluit ook die eksterne geslagsdele sowel as 'n chirurgies gekonstrueerde vagina in.¹² Handeling wat met mediese of higiëniese prosedures verband hou, word nie bestraf nie.¹³ Alle vorme van geslagsgemeenskap word verbied,¹⁴

⁷ Artikel 38(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

⁸ Artikel 61J van die *Crimes Act* 1900 (NSW) en artikel 61P oor poging. In die *Australian Capital Territory* tref artikel 92 van die *Crimes Act* 1900 'n onderskeid tussen drie verskillende grade van seksuele aanranding. Die maksimum vonnis wissel tussen 12 en 20 jaar gevangenisstraf. Artikel 326 van die *Criminal Code* 1913 (WA) reël seksuele geslagsgemeenskap sonder toestemming met verswarende omstandighede (soos omskryf in artikel 319).

⁹ Artikel 349 van die *Criminal Code* 1899 (Qld), terwyl artikel 350 oor poging handel; artikel 61 I en J van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 38(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 92 van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 326 van die *Criminal Code* 1913 (WA)

¹⁰ Artikel 35(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); AG 129 ACTR 1; *M* (1994) 181 CLR 487 (HCA) 536-537; artikel 62(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹¹ Artikel 35(1)(a) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 62(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹² Artikel 35(1)(b) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), waarby 'n geslagsveranderingsoperasie inbegrepe sal wees; Waller en Williams 123; *Cogley* [1989] VR 799 (hierdie beslissing is gegee alvorens die bestaande wetgewing gewysig is, maar tans word daar ook vir 'n chirurgies gekonstrueerde vagina voorsiening gemaak); *Holland* (1993) 117 ALR 193 (HCA) 197

¹³ Artikel 35(1)(b) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 61 R(2)(a1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹⁴ Artikel 62(2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 35(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); Brown, Farrier & Weisbrot 859; *Ibbs* [1987] 163 CLR 447, 448-449; *Abraham* (1998) 70 SASR 575, 597; *Corkin (No 2)* (1988) 50 SASR 285, 286; *Stone* (1999) 2 Qd R 413

naamlik vaginale penetrasie,¹⁵ anale penetrasie,¹⁶ orale penetrasie,¹⁷ *cunnilingus*,¹⁸ *fellatio*¹⁹ sowel as digitale penetrasie. Laasgenoemde geskied by wyse van 'n objek, 'n instrument²⁰ of enige liggaamsdeel, byvoorbeeld 'n beskuldigde se vingers.²¹ Dit is nie 'n vereiste dat 'n meisie se maagdevlies as gevolg van die penetrasie geskeur moet wees nie.²² Die bestaan van 'n huwelik tussen die partye is geen verweer nie,²³ nog minder is daar 'n vermoede dat 'n persoon weens ouderdom nie tot seksuele geslagsgemeenskap in staat is nie.²⁴ 'n Seun onder die ouderdom van veertien jaar kan wel aan verkragting of seksuele aanranding skuldig bevind word.²⁵

Opset word vereis. 'n Beskuldigde moet weet dat toestemming ontbreek of hy moet roekeloos oor die bestaan daarvan wees.²⁶ Om te bepaal of sy verweer van geloof in toestemming redelik is, let 'n hof op die omstandighede waarin die geslagsgemeenskap plaasgevind het sowel as

¹⁵ Artikel 35(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Bolton and Barker* [1998] 1 VR 692; *DJT* [1998] 4 VR 784; *Higham* [1997] 1 VR 280; *Holland supra* 197; *AG supra* per die kopstuk: "... sexual intercourse" did not include penetration of the parts of the female genitalia up to but not beyond the hymen."; artikel 349(2)(a) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

¹⁶ Artikel 35(1)(a) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Abraham supra* 597; artikel 5 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); *Staats* (1998) 123 NTR 16, hetsy deur 'n vinger of 'n vibrator; *Stone supra*; artikel 349(2)(a) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

¹⁷ Artikel 35(1)(a) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Bolton and Barker supra*; *DJT supra*; *Staats supra*; artikel 349(2)(c) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

¹⁸ Artikel 5 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); *Corkin (No 2) supra* 286-287 en 289: "... cunnilingus... involves, the oral stimulation of the female sexual organs ... That would ... include the penetration of the vagina by another person's tongue. It would also include, one might observe, the penetration of the mouth by a man's penis..."; *Randall* [1991] SASR 447, 452, waar die slagoffer die 4-jarige dogtertjie van die appellant se minnares was: "... the licking or sucking of the vagina or vulva, including the labia majora, with the tongue or mouth."; *Rien* (1995) 63 SASR 503, 505; artikel 35(1)(b) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Waller en Williams* 92; *Abraham supra* 597; *D* (1997) 69 SASR 413; *C* (1993) 60 SASR 467

¹⁹ Artikel 5 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 35(1)(a) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Waller en Williams* 92; *Randall supra* 453-454; *Rien supra* 505: "... the introduction of a penis into the mouth of another, commonly known as oral intercourse, constitutes fellatio ... "fellatio" ... described any penile penetration of the mouth of a person or any licking of the penis that occurs without such penetration."; *Abraham supra* 597; *Arundell* (1999) 2 VR 228; *D* (1997) *supra* 413; *Director of Public Prosecutions (SA) v O'Connor* (1995) 65 SASR 250; *HG* (1999) 160 ALR 554 (HCA) par 2; *MacDonald* (1995) 65 SASR 322; *Ryan* (2001) 179 ALR 193 (HCA); *Stone supra*

²⁰ Artikel 35(1)(b) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Holland supra* 198, waar die appellant sy vingers in die 13-jarige meisie se vagina ingedruk het; *Abraham supra* 597; *Arundell supra*; *D* (1997) *supra* 413; *DJT supra* (vibrator); artikel 349(2)(b) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

²¹ *Brown, Farrier & Weisbrot* 859; *Sessions* [1998] 2 VR 304, waar die beskuldigde 'n 8 maande oue baba se vagina met sy vinger gepentreer het; *Griffis* (1996) 67 SASR 170; *Abraham supra*; *Arundell supra*; *Higham supra*; *MacDonald supra*; *Stone supra*

²² *AG supra* 2

²³ Artikel 61T van die *Crimes Act* 1900 (NSW); *Waller en Williams* 85-86 en 92; *L* (1991) *supra* 582-583; *Brown, Farrier & Weisbrot* 860

²⁴ Artikel 73(2) van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA)

²⁵ *Brown, Farrier & Weisbrot* 859; artikel 4N van die *Crimes Act* 1914 (Cth); artikel 62(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; *Glennon* [1993] 1 VR 97, 103

²⁶ Artikels 65 A(3) en 61R(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); *Green* (2001) 78 SASR 463, 471; artikel 38(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Waller en Williams* 121; *Brown, Farrier & Weisbrot* 861-862 en 866

die slagoffer se optrede.²⁷ Regsgeldige toestemming tot die daad behels 'n vrywillige wilsinstemming tot die aktiwiteit.²⁸ Indien die slagoffer ernstige liggaamlike beserings tydens die geslagsgemeenskap opgedoen het, is dit *prima facie* bewys van die feit dat toestemming ontbreek. Die afwesigheid van beserings of weerstand deur die slagoffer dui egter nie noodwendig op toestemming tot die daad nie.²⁹ In Wes-Australië, byvoorbeeld, kan 'n kind onder die ouderdom van dertien jaar nie tot seksuele geslagsgemeenskap toestem nie.³⁰

Na 'n ontleding van die onderskeie State se verskillende wetgewing, blyk toestemming tot seksuele geslagsgemeenskap in die volgende omstandighede te ontbreek:³¹

- waar dwang, geweld of vrees vir geweld betrokke is;³²
- waar dreigemente geuiter³³ of intimidasie betrokke is;³⁴
- waar die slagoffer liggaamlike beserings of enige ander leed gevrees het;³⁵
- waar die slagoffer nie oor die vermoë beskik om die seksuele daad te verstaan nie³⁶ of verkeerdelik glo dat die handeling vir mediese of higieniese doeleindes bestem is;³⁷
- waar afpersing aangewend is of die slagoffer of 'n ander persoon in die openbaar met

²⁷ Brown, Farrier & Weisbrot 865; *Saragozza* [1984] VR 187, 193; *Daly* [1968] VR 257, 258-259: "... the Crown must establish beyond reasonable doubt that the accused either was aware that the woman was not consenting, or else realized she might not be, and determined to have intercourse with her whether she was consenting or not."

²⁸ Artikel 319(2) van die *Criminal Code* 1913 (WA); artikel 36 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); Waller en Williams 96-98; Brown, Farrier & Weisbrot 876; *Ibbs supra* 449; artikel 348(1) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

²⁹ Artikel 37 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikels 61D(3)(e) en 61 R(2)(d) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 319(2)(b) van die *Criminal Code* 1913 (WA); *LAZ* [1998] 1 VR 427, 460; Brown, Farrier & Weisbrot 676-677; artikel 192 van die *Criminal Code Act of the Northern Territory of Australia* 1997 (NT) [verder verwys na as *Criminal Code* 1997 (NT)]; *Shaw* (1996) 1 Qd R 641, 644

³⁰ Artikel 319(2)(c) van die *Criminal Code* 1913 (WA); contra *B and P* (1999) 1 Qd R 296, waar die beskuldigde egpaar hul 11-jarige dogter seksuele geslagsgemeenskap met 'n 67-jarige man teen die betaling van \$20 laat hou het, per die kopstuk: "... while in a rape case the age of a complainant, if a minor, would often be highly relevant to the question of whether or not she consented to sexual intercourse, there was no principle of law which deemed a minor to be incapable of giving such consent. Accordingly it was wrong to direct a jury that consent would not be an issue as between an adult male and an 11 year old child."

³¹ Artikels 61D(3) en 61R van die *Crimes Act* 1900 (NSW), soos gewysig; artikel 36 van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

³² Artikel 348(2) van die *Criminal Code* 1899 (Qld); artikel 1 van die *Crimes (Amendment) Ordinance (No 5)* 1985 (ACT), waaruit blyk dat dit nie net op die slagoffer van toepassing sal wees nie, maar ook op 'n derde persoon wat in die onmiddellike nabyheid is; artikel 36(a) en (b) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikels 61D(3), 61R en 65A van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

³³ Artikel 348(2) van die *Criminal Code* 1899 (Qld); *Shaw* (1995) 2 Qd R 97, 111 en 113; artikel 1 van die *Crimes (Amendment) Ordinance (No 5)* 1985 (ACT); artikel 57(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikels 61R(2)(c) en 65A van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

³⁴ Artikel 348(2) van die *Criminal Code* 1899 (Qld); artikels 61D(3) en 65A van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 57(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

³⁵ Artikel 348(2) van die *Criminal Code* 1899 (Qld); artikel 36 van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

³⁶ Artikel 36(e) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

³⁷ Artikel 36(g) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 61 R(2)(a1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

vernedering gedreig of fisies of geestelik geteister word;³⁸

- waar alkohol, 'n dwelmiddel of 'n verdowingsmiddel deur die slagoffer gebruik is;³⁹
- waar die slagoffer aan die slaap of bewusteloos is;⁴⁰
- waar 'n wanvoorstelling gemaak of bedrog gepleeg is;⁴¹
- waar die beskuldigde sy gesagsposisie, professionele, vertrouensverhouding of ander magposisie oor die slagoffer misbruik;⁴² of
- waar die slagoffer onregmatig vir die doel van geslagsgemeenskap aangehou word.⁴³

Verskeie ander verbodsbepalings verbied ook ander daade van geslagsgemeenskap in die onderskeie State. Hierdie misdade is geslagsneutraal. In Nieu-Suid-Wallis sowel as Victoria, byvoorbeeld, is dit 'n misdaad om **seksuele geslagsgemeenskap met 'n kind onder tien jaar** te hou⁴⁴ en poging tot die pleging van hierdie daad sowel as aanranding met die opset om met die kind geslagsgemeenskap te hou, word ook verbied.⁴⁵ Toestemming deur die slagoffer tot die daad is geen verweer nie.⁴⁶ Geen persoon mag **seksuele geslagsgemeenskap met 'n kind onder dertien jaar** in Wes-Australië hou⁴⁷ of die kind verkry, aanhits of aanmoedig om aan seksuele geslagsgemeenskap deel te neem nie.⁴⁸

Seksuele geslagsgemeenskap met 'n kind tussen die ouderdom van **tien en sestien jaar** word

³⁸ Artikel 1 van die *Crimes (Amendment) Ordinance (No 5) 1985* (ACT)

³⁹ Artikel 1 van die *Crimes (Amendment) Ordinance (No 5) 1985* (ACT); artikel 36(d) van die *Crimes Act 1958* (Vic); artikel 66 van die *Crimes Act 1900* (NSW)

⁴⁰ Artikel 36(d) van die *Crimes Act 1958* (Vic)

⁴¹ Artikels 36(f) en 57(2) van die *Crimes Act 1958* (Vic); Waller en Williams 104-105; Brown, Farrier & Weisbrot 877; *Cushion* (1997) 150 ALR 45 oor die opset om te bedrieg; artikel 348(2) van die *Criminal Code 1899* (Qld); artikel 1 van die *Crimes (Amendment) Ordinance (No 5) 1985* (ACT); artikels 61R(2)(a), 61R(2)(a1) en 66 van die *Crimes Act 1900* (NSW)

⁴² Artikel 1 van die *Crimes (Amendment) Ordinance (No 5) 1985* (ACT)

⁴³ Artikel 1 van die *Crimes (Amendment) Ordinance (No 5) 1985* (ACT); artikel 36(c) van die *Crimes Act 1958* (Vic)

⁴⁴ Artikel 66A van die *Crimes Act 1900* (NSW); *HG supra*, waar die slagoffer die 8-jarige dogter van die beskuldigde se *de facto* vrou was; *Dinsdale* (2000) 74 ALJR 1538; artikel 92E (1) van die *Crimes Act 1900* (ACT); artikel 45 van die *Crimes Act 1958* (Vic); *Giordano* [1998] 1 VR 544; *Di Nardo* [1998] 2 VR 493; *McKellin* [1998] 4 VR 757

⁴⁵ Artikel 66 B van die *Crimes Act 1900* (NSW); *McKellin supra*

⁴⁶ Artikel 45(2) van die *Crimes Act 1958* (Vic); Waller en Williams 125; *MacDonald supra*; *HG supra* par 30: "...Proof of lack of consent is no part of the statutory offence yet it would become part of a forensic dispute touching admissibility of evidence. Indeed, the search for evidence of consent becomes grotesque in the case of a young child who is made to participate in sexual activity initiated by an adult who is in a parental relationship..."

⁴⁷ Artikel 320(2) van die *Criminal Code 1913* (WA); artikel 49 van die *Criminal Law Consolidation Act 1935* (SA) oor 'n 12-jarige slagoffer

⁴⁸ Artikel 320(3) van die *Criminal Code 1913* (WA)

ook in Nieu-Suid-Wallis en Victoria verbied. Die skending van 'n vertrouensverhouding tussen die partye sal 'n swaarder vonnis regverdig.⁴⁹ Toestemming sal slegs 'n verweer wees as die beskuldigde redelike gronde gehad het om te glo dat die slagoffer sestien jaar of ouer is, of waar die beskuldigde nie meer as twee jaar ouer as die slagoffer is nie.⁵⁰ Ander misdade behels **dreigemente van geweld of aanranding** met die opset om geslagsgemeenskap te hou⁵¹ sowel as poging daartoe,⁵² geslagsgemeenskap wat deur **bedrog of geweld** teweeggebring is⁵³ of waar **intimidasie, dwang** of 'n ander **nie-gewelddadige** dreigement betrokke is.⁵⁴

3.3 Die misdaad bloedskande

“Incest is particularly devastating because dependant children tend to accept the guilt and shame rather than face up to the fact that the care giver is untrustworthy... The incest ‘taboo’ has not prevented children from being victimised; it has only prevented them from talking about it. Furthermore, neither the punitive approach of the 19 th century nor the psychiatrists’s couch of the 20 th century have stopped offenders from offending.”⁵⁵

Die misdaad bloedskande het eers aan die begin van die 20ste eeu inslag in Australië gevind. In Nieu-Suid-Wallis is dit in 1924 op die wetboek geplaas.⁵⁶ Bloedskande word gepleeg indien persone wat binne die verbode grade van bloedverwantskap aan mekaar verwant is, seksuele geslagsgemeenskap met mekaar hou.⁵⁷ In sommige State maak die jeugdige ouderdom van

⁴⁹ Artikel 66C van die *Crimes Act* 1900 (NSW); *Holland supra*; *J* (1982) 45 ALR 331; artikel 46(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Connell* [1996] 1 VR 436; *Di Nardo supra*; artikel 49 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA), waar die enigste verskil is dat die ouderdom van die slagoffer tussen 12 en 17 jaar is; Waller en Williams 125

⁵⁰ Artikel 46(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 49(4) van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA), waarin bepaal word dat toestemming slegs 'n verweer sal wees as die slagoffer 16 jaar of ouer is en die beskuldigde óf onder die ouderdom van 17 jaar is óf redelike gronde vir die geloof dat die slagoffer 17 jaar of ouer is, gehad het; Waller en Williams 125, wys daarop dat die bewyslas op 'n beskuldigde rus; *Douglas* [1985] VR 721, 724; *Director of Public Prosecutions v Cole* 100 NTR 1

⁵¹ Artikel 61K van die *Crimes Act* 1900 (NSW); *Cahill* [1998] 4 VR 1; *Cheney* (1991) 99 ALR 360; *Cogley supra* 807:“... the criminality of the offences comes from the assault, the intent to commit the crime of rape and ... the accompanying aggravating circumstances.”; *Peterson* (1979) 27 ALR 641; artikel 40(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 351 van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

⁵² Artikel 61P van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁵³ Artikel 57(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

⁵⁴ Artikel 65A van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 57(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

⁵⁵ F Briggs “Confronting the Problem of Child Sexual Abuse” Jan-Mar 1985 *Australian Police Journal* 28-30, 30; *J* (1982) *supra*, 335:“... incest... has been regarded as morally wrong and an offence against religion. It involved the genetic risk that certain diseases are more likely to occur. It is destructive of the family relationship. It involves a breach of the trust reposed in a parent to care for and protect his children. The cogency of these considerations has varied from time to time and from community to community.”

⁵⁶ Waller en Williams 128; artikel 78E van die *Crimes Act* 1900 (NSW); Brown, Farrier & Weisbrot 901

⁵⁷ Brown, Farrier & Weisbrot 900-901

die slagoffer 'n element van die misdaad uit, juis vanweë die erns waarmee bloedskande bejêen word.⁵⁸ Die verbode grade van verwantskap is nie dieselfde in al die State nie. In Suid-Australië, byvoorbeeld, word slegs seksuele verhoudings tussen ouers en kinders sowel as geslagsgemeenskap tussen sibbes (broers en susters) verbied, ongeag of hulle bloed-, buite-egtelike of aangename verwante van mekaar is.⁵⁹

In Nieu-Suid-Wallis mag 'n man en sy moeder, suster, dogter of kleindogter nie seksuele geslagsgemeenskap met mekaar hou nie.⁶⁰ Poging tot bloedskande word ook verbied.⁶¹ 'n Vrou bo die ouderdom van sestien jaar pleeg bloedskande indien sy toelaat dat haar oupa, vader, broer of seun geslagsgemeenskap met haar hou. Dit is irrelevant of die verwantskap een van vol- of halfbloed is.⁶² Weens die bewoording van die artikel, lyk dit asof die man die aktiewe party en die vroulike beskuldigde die passiewe party is, omdat sy bloot geslagsgemeenskap toelaat. Albei partye word wel aangekla.⁶³ 'n Beskuldigde moet kennis dra van die bestaan van die verwantskap⁶⁴ en toestemming is nie 'n verweer nie.⁶⁵ Vervolging kan slegs ingestel word nadat die Prokureur-Generaal se magtiging in die verband bekom is.⁶⁶

In Victoria word seksuele geslagsgemeenskap met kinders, direkte afstammeling, stiefkinders, ouers, ander voorsate, stiefouers, halwe verwante, susters sowel as broers verbied. Buite-egtelike verhoudings en bloedskandige geslagsgemeenskap tussen verwante uit hoofde van aanneming word ook verbied. Toestemming is nie 'n verweer nie en die misdaad is geslagsneutraal.⁶⁷ In *DDR*⁶⁸ het die beskuldigde in haar veertienjarige dogter se

⁵⁸ Artikel 92L van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 329 van die *Criminal Code* 1913 (WA); artikel 44 van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

⁵⁹ Brown, Farrier & Weisbrot 900-901; artikel 72 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); Waller en Williams 128; C (1993) *supra* (vader en dogter); *Reiner* (1974) 8 SASR 102 (vader en dogter)

⁶⁰ Artikel 78A van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁶¹ Artikel 78B van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁶² Artikel 78A van die *Crimes Act* 1900 (NSW); Waller en Williams 128

⁶³ Brown, Farrier & Weisbrot 900

⁶⁴ Artikel 78C (1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁶⁵ Artikel 78C (2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁶⁶ Waller en Williams 128; artikel 78F van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁶⁷ Artikel 44 van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; *Wakime* [1997] 1 VR 242 (vader en dogter)

⁶⁸ (1998) 3 VR 580; *DJT supra*, waar die beskuldigde oor 'n tydperk van 5 jaar sy 12-jarige stiefdogter aan verskeie dade van bloedskandige geslagsgemeenskap onderwerp het

teenwoordigheid geslagsgemeenskap met 'n man in 'n motel gehad. Die man het daarna met die dogter gemeenskap gehad, terwyl die beskuldigde 'n voorwerp ('n "dildo") in haar dogter se vagina ingedruk het. Sy is skuldig bevind aan bloedskanie.

In Queensland⁶⁹ was die hof in *Percival*⁷⁰ van mening dat bloedskanie in sommige gevalle net so ernstig soos verkragting kan wees:

"In the instant case, sexual intercourse commenced after the age of 16 but was preceded by some five years of almost daily sexual contact of various kinds which led to it... when the sexual intercourse occurred, in respect of which the complainant ... merely acceded to the applicant's demands because of fear of verbal or physical abuse, or painful intercourse, it may be regarded as serious as rape ... However, the applicant was not charged with rape. Had that been the charge, the Crown had the responsibility of proving beyond reasonable doubt not only the sexual intercourse, but lack of consent by the complainant... If rape alone is charged and there is a reasonable doubt about consent, the accused is simply acquitted. Where an accused is charged with incest, and he pleads guilty to that offence ... it is not known what course he would have taken if the charge had been rape... Society's attitudes are changing and it may be timely for this matter to be addressed by the legislature including the question of whether it may be appropriate for a conviction of incest to be open on an indictment charging rape or whether a charge of incest may be laid as an alternative to that of rape ... While incest and rape are different offences, it is clear that they can, in certain circumstance, be equally serious."⁷¹

Waller en Williams wys daarop dat die dekriminalisasie van bloedskanie tussen volwassenes bepleit word. Indien ouer kinders seksueel deur bloedverwante uitgebuit word, maak dit reeds bestaande misdade uit. Die Strafbereg is, in elk geval, nie die aangewese dissipline om bloedskanie gedrag te bestraf nie. Ten spyte van die argumente vir die behoud van die familie-eenheid en die gevaar van genetiese defekte, bestaan daar nie meer 'n behoefte vir hierdie misdaad nie.⁷²

3.4 Die misdaad onsedelike aanranding

Onsedelike aanranding⁷³ word omskryf as die opsetlike aantasting van 'n slagoffer se fisiese

⁶⁹ Waar artikel 222 van die *Criminal Code* 1899 (Qld) bloedskanie verbied; *Jobson* [1989] Qd R 464 (bloedskanie tussen 18-jarige broer en 16-jarige suster); *Cooksley* [1982] Qd R 405

⁷⁰ (1998) 2 Qd R 191

⁷¹ *Supra* 205-206

⁷² Waller en Williams 4 en 128; Brown, Farrier & Weisbrot 901

⁷³ Waller en Williams 126-127; *Phillips* [1971] 45 ALJR 467 (HCA) 472-473, waar die hof beslis het dat fisiese kontak, selfs al was dit opsetlik en met geweld, nie "battery" is nie, tensy dit gedoen is op "an angry, revengeful, rude, insolent or hostile manner ... I would respectfully agree that the circumstances of the physical contact of one person with another which makes that contact indecent make it unnecessary upon a charge of indecent assault to establish some 'hostility' over or above the actual circumstances of the indecency and the contact of the two persons." *Staats supra* 40

integriteit op 'n onsedelike wyse sonder toestemming.⁷⁴ Om te bepaal of die gedrag wel onsedelik is, word daar op die handeling⁷⁵ sowel as die omringende onsedelike omstandighede gelet.⁷⁶ Die handeling hoef nie as sodanig onsedelik te wees nie.⁷⁷ Respektabele, ordentlike lede van die gemeenskap se morele standarde word in ag geneem om vas te stel of die gedrag wel onsedelike aanranding uitmaak⁷⁸ en die slagoffer se liggaamlike integriteit skend.⁷⁹ Die misdaad is geslagsneutraal.⁸⁰ Die afwesigheid van toestemming word nie pertinent vereis nie. Indien 'n beskuldigde die slagoffer se ouer, voog of onderwyser is, word vermoed dat die slagoffer nie geldige toestemming tot die daad verleen het nie.⁸¹ Indien die slagoffer werklike fisiese leed opgedoen het, is toestemming ook nie 'n verweer nie.⁸² Die bestaan van 'n huwelik tussen die partye regverdig nie sonder meer die afleiding dat toestemming tot die handeling gegee is nie.⁸³

In sommige State word 'n statutêre onderskeid tussen onsedelike aanranding⁸⁴ en onsedelike aanranding met **verswarende omstandighede** getref.⁸⁵ Laasgenoemde misdaad word gepleeg

⁷⁴ Artikel 39(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 352(1)(a) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

⁷⁵ Waller en Williams 127

⁷⁶ *Salmon* [1969] SASR 76, 78: "An indecent assault is an assault accompanied with circumstances of indecency on the part of the accused towards the person assaulted..."

⁷⁷ Waller en Williams 127; *Salmon supra*, waar die beskuldigde van verkragting aangekla, maar aan onsedelike aanranding skuldig bevind is. Hy het beweer dat geslagsgemeenskap met die slagoffer se toestemming plaasgevind het, maar dat sy daartydens geskreeu en hy haar toe tweekeer geslaan het. Die hof het bevind dat hy tereg aan onsedelike aanranding skuldig bevind is, ten spyte van die feit dat die houe nie onsedelik van aard was nie.

⁷⁸ Waller en Williams 127

⁷⁹ *Staats supra* 40: "Each of the three offences involved ... a violation of body integrity."

⁸⁰ Artikel 61L van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 39(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; *Saraswati* (1991) 100 ALR 193 (HCA) 198

⁸¹ Artikel 57 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA)

⁸² Waller en Williams 78 en 127

⁸³ Artikel 73(4) van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA)

⁸⁴ Artikel 61L van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 39(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; artikel 56 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); *MacDonald supra*; *Dowlan* [1998] 1 VR 123; *Connell supra*

⁸⁵ Artikel 61M van die *Crimes Act* 1900 (NSW); *Fleming* (1998) 73 ALJR 1 (HCA); artikel 324 van die *Criminal Code* 1913 (WA) sowel as artikel 319(1), waarin verswarende omstandighede soos volg omskryf word:

- Die beskuldigde het 'n gevaarlike of soortgelyke wapen besit.
- Die beskuldigde het die misdaad saam met 'n ander persoon of persone gepleeg.
- Die slagoffer het fisiese beserings opgedoen.
- Die beskuldigde het gedreig om die slagoffer te dood.
- Die slagoffer is tussen die ouderdom van 13 en 16 jaar.
- Die slagoffer is bo die ouderdom van 60 jaar.
- Die beskuldigde het 'n daad verrig wat die slagoffer waarskynlik erg sal verneder of afkraak.

indien die beskuldigde lid van 'n bende is wat die slagoffer onsedelik aangerand het,⁸⁶ die slagoffer onder die ouderdom van sestien jaar is,⁸⁷ die beskuldigde in 'n gesagsposisie tot die slagoffer staan,⁸⁸ die slagoffer 'n ernstige fisiese of intellektuele gebrek het⁸⁹ of die beskuldigde 'n gevaarlike wapen besit.⁹⁰ Voorbeelde van onsedelike aanranding⁹¹ is waar 'n beskuldigde sy vinger in 'n meisie se vagina⁹² of 'n seun se anus indruk,⁹³ aanraking van die slagoffer se pubiese hare,⁹⁴ waar 'n kind geforseer word om 'n beskuldigde se penis aan te raak⁹⁵ of hom te masturbeer.⁹⁶ Ander voorbeelde sluit in die betasting van 'n seun se privaatdeel⁹⁷ (selfs bo-oor die kind se kleredrag),⁹⁸ masturbasie in 'n kind se teenwoordigheid,⁹⁹ masturbasie van 'n kind,¹⁰⁰ wedersydse masturbasie,¹⁰¹ ejakulasie in 'n kind se mond,¹⁰² orale seks¹⁰³ asook betasting van 'n meisie se borste,¹⁰⁴ boude of vagina.¹⁰⁵

⁸⁶ Artikel 61M (3)(a) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 319(1) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

⁸⁷ Artikel 61M (3)(b) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); ACK [2000] NSWCCA 180 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/nsw/>], laaste keer besoek op 7 Julie 2003; artikel 319(1) van die *Criminal Code* 1913 (WA) met betrekking tot 'n kind tussen die ouderdom van 13 en 16 jaar

⁸⁸ Artikel 61M (3)(c) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁸⁹ Artikel 61M (3)(d) en (e) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

⁹⁰ Artikel 319(1) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

⁹¹ *Abel*, ongerapporteerde TASSC uitspraak, gedateer 25 Oktober 1994 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/>], laaste keer besoek op 6 Desember 2001, par 5 en 9: "... the indecent assaults had included rubbing his finger on and around her vagina, licking her vagina, rubbing his penis on her vagina and placing his penis in her mouth.... The indecent assaults found proved against the appellant involved quite explicit acts of sexual interference short of penile penetration..."

⁹² *Arundell supra*; *Hewitt* [1998] 4 VR 862; S (1996) 1 Qd R 559

⁹³ *Jackway, ex parte Attorney-General* (1997) 2 Qd R 277

⁹⁴ *SA Police v Saunders* (1995) 65 SASR 224; *Arundell supra*

⁹⁵ *Jonkers v Police* (1996) 67 SASR 401; S (1996) *supra*

⁹⁶ *Arundell supra*; *DJT supra*; *Percival supra*; *Swingler* [1996] 1 VR 257

⁹⁷ *M, ex parte Attorney-General* (2000) 2 Qd R 543

⁹⁸ *Swingler supra*

⁹⁹ *Jackway, ex parte Attorney-General supra*; *Percival supra*; *Swingler supra*

¹⁰⁰ *D* (1997) *supra*; *Swingler supra*

¹⁰¹ *Director of Public Prosecutions (SA) v O'Connor supra*

¹⁰² S (1996) *supra*, waar die slagoffer 'n 6-jarige meisie was

¹⁰³ *Arundell supra*; *Jackway, ex parte Attorney-General supra*; S (1996) *supra*; *Swingler supra*

¹⁰⁴ *SA Police v Saunders supra*; *D* (1997) *supra* 413; *J* (1982) *supra*; *Jonkers v Police supra*; *Percival supra*; *Reiner supra*

¹⁰⁵ *Saraswati supra* 205-206; *Hewitt supra*; *J* (1982) *supra*; *Percival supra*; *Reiner supra*

3.5 Die misdaad “buggery” of homoseksuele geslagsgemeenskap

“ ... the ‘crime which is not to be named among Christians’
... ‘crime against nature’ ...”¹⁰⁶

“Buggery” word as afskuwelike gedrag bestempel. Dit word omskryf as penale penetrasie van ‘n man, vrou of dier *per anum*. Indien die slagoffer ‘n mens is, staan die misdaad bekend as sodomie. In die geval van anale geslagsgemeenskap met ‘n dier, word daarna verwys as bestialiteit.¹⁰⁷ In Australië het al die State,¹⁰⁸ met die uitsondering van Tasmanië, teen 1994 geslagsgemeenskap in privaatheid tussen toestemmende volwassenes gedekriminaliseer. Sommige State het diskriminasie op grond van seksuele oriëntasie statutêr verbied.¹⁰⁹ Suid-Australië het die eerste Staat geword om seksuele oriëntasie as ‘n verbode grond van diskriminasie te erken. In Nieu-Suid-Wallis is die bestaande *Anti-Discrimination Act* 1977 in 1994 gewysig om diskriminasie op grond van homoseksualiteit te verbied. In dieselfde jaar het die hof in *Toonen v Australia*¹¹⁰ bevind dat Tasmanië se verbodsbepalings op seksuele aktiwiteite tussen mans die “*Privacy Provision of the International Covenant on Civil and Political Rights*” geskend het. Die betrokke bepaling is in 1997 by wyse van die *Criminal Code* herroep.¹¹¹ Seksuele geslagsgemeenskap tussen toestemmende mans in privaatheid is nou in geheel in Australië gedekriminaliseer.

Anale geslagsgemeenskap sonder toestemming is sedert 1980 by die misdaadsomskrywing van verkragting of seksuele aanranding ingesluit.¹¹² Homoseksuele geslagsgemeenskap sluit anale sowel as orale penetrasie in en word omskryf as:

¹⁰⁶ Waller en Williams 128

¹⁰⁷ Waller en Williams 127-128; *Swingler supra* 262

¹⁰⁸ Waller en Williams 128

¹⁰⁹ Artikels 5(1) en 29(3) van die *Equal Opportunity Act* 1984 (SA) verbied diskriminasie op grond van seksualiteit, wat heteroseksualiteit, homoseksualiteit, biseksualiteit sowel as transseksualiteit insluit

¹¹⁰ (Communication No 488/1992, gedateer 31 Maart 1994 van die *UN Human Rights Committee*) [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/journals>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, waar bevind is dat die strafbepalings van die *Criminal Code* 1924 (Tas) die applikant se reg op privaatheid geskend het omdat dit alle seksuele aktiwiteite tussen volwasse, toestemmende mans verbied. Die betrokke bepaling was derhalwe onkonstitusioneel.

¹¹¹ Hierdie saak het aanleiding gegee tot die nasionale *Human Rights (Sexual Conduct) Act* 1994 (Cth), in terme waarvan Australië sy internasionale verpligtinge ingevolge artikel 17 van die *International Covenant on Civil and Political Rights* nagekom het. Artikel 4(1) van die *Human Rights* - Wet bepaal: “...sexual conduct involving only consenting adults acting in private is not to be subject, by or under any law of the Commonwealth, a state or a territory, to any arbitrary interference with privacy within the meaning of art 17...”

¹¹² sien die bespreking *supra* sowel as *Swingler supra* 263: “... after the 1980 Act came into force ... some conduct which previously would have amounted to buggery could thereafter be prosecuted as rape ...”

“... sexual connection occasioned by the penetration of the anus of any male person by the penis of any person ... sexual connection occasioned by the introduction of any part of the penis of a person into the mouth of another male person, or ... the continuation of homosexual intercourse.”¹¹³

Toestemming van die slagoffer tot geslagsgemeenskap *per anum* is geen verweer nie.¹¹⁴

Vervolging mag slegs met die Direkteur van Openbare Vervolgings se voorafverkreë magtiging ingestel word.¹¹⁵ Verskeie ander vorme van homoseksuele aktiwiteite word ook verbied, naamlik:

- homoseksuele geslagsgemeenskap met ‘n **seun onder tien jaar**¹¹⁶ sowel as poging daartoe en aanranding met die opset om die misdaad te pleeg;¹¹⁷
- homoseksuele geslagsgemeenskap met ‘n **seun tussen tien en agtien jaar**¹¹⁸ sowel as poging daartoe en aanranding met die opset om die misdaad te pleeg;¹¹⁹
- homoseksuele geslagsgemeenskap tussen ‘n **skoolhoof**, ‘n **onderwyser**, ‘n biologiese **vader** of ‘n **stiefvader** en sy leerling, seun of stiefseun wat tussen die ouderdom van tien tot agtien jaar is¹²⁰ sowel as poging daartoe;¹²¹
- ‘n **growwe onsedelike daad** met ‘n seun onder agtien jaar;¹²² en
- die **uitlokking**, verkryging of aanhitsing van ‘n seun onder agtien jaar tot homoseksuele geslagsgemeenskap of ‘n growwe onsedelike daad met ‘n manspersoon.¹²³

¹¹³ Artikel 78G van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Hierdie omskrywing geld ook by ‘n oortreding van artikel 78Q (growwe onsedelike daad)

¹¹⁴ Artikel 78R van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹¹⁵ Artikel 78T(2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹¹⁶ Artikel 78H van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹¹⁷ Artikel 78 I van die *Crimes Act* 1900 (NSW) (artikel 78J reël die posisie met betrekking tot bevoegde uitsprake); *Jackway, ex parte Attorney-General supra*

¹¹⁸ Artikel 78K van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 208(1) en (2) van die *Criminal Code* 1899 (Qld); artikel 322A (2) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

¹¹⁹ Artikel 78L van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 209(1) en (2) van die *Criminal Code* 1899 (Qld) oor poging

¹²⁰ Artikel 78N van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹²¹ Artikel 78 O van die *Crimes Act* 1900 (NSW). In die geval van artikel 78N sowel as artikel 78 O, kan ‘n beskuldigde ingevolge artikel 78 P van ‘n oortreding van artikel 78K aangekla word.

¹²² Artikel 78 Q(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Artikel 58 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA) bevat ‘n growwe onsedelike daad-verbodsbepaling, wat geslagsneutraal is; *Stach* (1986) 66 ALR 79

¹²³ Artikel 78 Q(2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

3.6 Onnatuurlike geslagsmisdade

3.6.1 Bestialiteit

Die benaming “*onnatuurlike geslagsmisdade*” is onbekend aan die Australiese Gemenebes. Seksuele geslagsgemeenskap met ‘n dier¹²⁴ sowel as poging daartoe¹²⁵ word in omtrent al die State verbied.¹²⁶ In Victoria is daar verskeie verskyningsvorme van bestialiteit, naamlik “*buggery*” (anale geslagsgemeenskap) deur ‘n man met ‘n dier (ongegag die geslag daarvan), “*buggery*” deur ‘n dier met ‘n man of ‘n vrou, penetrasie van ‘n dier se vagina deur die manlike penis en penetrasie van ‘n vrou se vagina deur die dierlike penis.¹²⁷ Geen persoon mag ook in Australië ‘n ander persoon dwing om ‘n seksuele daad met ‘n dier te verrig nie.¹²⁸ Volgens Waller en Williams word die dekriminalisasie van bestialiteit bepleit, omdat dit ‘n slagofferlose misdaad is.¹²⁹

3.6.2 Pedofilie

Pedofilie is nie ‘n misdaad of ‘n verweer nie, maar ‘n afwykende gedragspatroon, ingevolge waarvan ‘n persoon seksueel aangetrokke is tot kinders wat nog nie puberteit bereik het nie.¹³⁰

3.7 Seksuele misdade met kinders en jeugdiges

Verskeie statutêre bepalings in die onderskeie State reël die bestrawwing van seksuele misdade met kinders en jeugdiges, koppelary en, onder andere, prostitusie. Daar word met ‘n bespreking van die belangrikste misdade volstaan.

¹²⁴ Artikel 79 van die *Crimes Act 1900* (NSW); artikel 211 van die *Criminal Code 1899* (Qld), soos gewysig; artikel 69 van die *Criminal Law Consolidation Act 1935* (SA); *Swingler supra 262*

¹²⁵ Artikel 80 van die *Crimes Act 1900* (NSW)

¹²⁶ Na aanleiding van die voorgeskrewe vonnisse, blyk dit dat die Wetgewers hierdie misdaad in ‘n baie ernstige lig beskou. In Nieu-Suid-Wallis, byvoorbeeld, is die voltooide handeling strafbaar met 14 jaar gevangenisstraf en poging daartoe met 5 jaar gevangenisstraf.

¹²⁷ Artikel 59 van die *Crimes Act 1958* (Vic); *Swingler supra 261*; artikel 181 van die *Criminal Code 1913* (WA). Ingevolge artikel 319(4) van dieselfde Wet word die handeling van bestialiteit in die omskrywing van seksuele gedrag ingesluit.

¹²⁸ Artikel 33.4(1) van die *Australian Model Criminal Code*, soos verwys na in die Suid-Afrikaanse Regskommissie se *Sexual Offences: The Substantive Law* [verder verwys na as SARK *Sexual Offences: The Substantive Law*] (Projek 107, Werkstuk 85, 1999) 186-187

¹²⁹ Waller en Williams 4

¹³⁰ *Ryan supra* par 116 en 126

3.7.1 Seksuele geslagsgemeenskap met kinders word ingevolge verskeie bepalings verbied. Geslagsgemeenskap met 'n **kind tussen die ouderdom van tien en sestien jaar** is 'n geslagsneutrale misdaad in Victoria sowel as Nieu-Suid-Wallis.¹³¹ In Victoria is toestemming nie 'n verweer nie, tensy 'n beskuldigde bewys dat die kinderslagoffer toestemming tot die daad verleen het **en** die beskuldigde redelike gronde gehad het om te glo dat die kind sestien jaar of ouer is; **of** dat die beskuldigde nie meer as twee jaar ouer as die kind is nie; **of** dat die beskuldigde redelike gronde gehad het om te glo dat hy of sy met die kind getroud is.¹³² In Nieu-Suid-Wallis word voorsiening gemaak vir die misdaad seksuele geslagsgemeenskap met 'n kind tussen die **ouderdom van tien en sestien jaar**,¹³³ sowel as poging daartoe en aanranding met die opset om die misdaad te pleeg,¹³⁴ waar 'n **vertrouensverhouding** met die kind bestaan.¹³⁵ In Nieu-Suid-Wallis, Wes-Australië sowel as Victoria, mag geen persoon geslagsgemeenskap met 'n kind van die ouderdom van sestien jaar of ouer hou, indien 'n vertrouensverhouding met die kind bestaan nie.¹³⁶ Toestemming is nie 'n verweer nie, tensy die beskuldigde redelike gronde het om te glo dat die slagoffer agtien jaar of ouer is of dat hulle met mekaar getroud is.¹³⁷

Hierdie misdade is geslagsneutraal en is op die wetboeke geplaas om juis die skending van vertrouensverhoudings te bekamp¹³⁸ en kinders sowel as jeugdige teen uitbuiting

¹³¹ Artikel 46(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 66 C (1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW), wat egter nie vermeld of 'n beskuldigde verweer tot sy beskikking het nie; artikel 359E(1) van die *Criminal Code* 1899 (Qld), wat op kinders onder die ouderdom van 16 jaar betrekking het

¹³² Artikel 46(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

¹³³ Artikel 66 C (2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); *Fleming supra*

¹³⁴ Artikel 66D van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹³⁵ Artikels 66C(2) en 66D van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹³⁶ Waller en Williams 126; artikel 48(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), wat die ouderdom van die slagoffer tot tussen 16 en 17 jaar beperk; artikel 77 van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikels 322(2) en (3) van die *Criminal Code* 1913 (WA), wat handel oor seksuele geslagsgemeenskap met 'n kind van 16 jaar of ouer. Die verbodsbepaling verbied ook 'n persoon om 'n slagoffer te verkry, aan te hits of aan te moedig om seksuele geslagsgemeenskap in hierdie omstandighede te hou.

¹³⁷ Artikel 48(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); Waller en Williams 125

¹³⁸ *DH*, ongerapporteerde NSWCCA uitspraak, gedateer 14 Julie 1997 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/vnsw/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, 12: "... an important purpose... is to provide a heavier sentence when the aggravating feature is present of a breach of a relationship of trust between the offender and the child with whom the offender has sexual intercourse."

deur persone in gesagsposisies te beskerm.¹³⁹ In *Howes*¹⁴⁰ het die hof opgemerk dat die gesagsverhouding ten tye van die pleging van die misdaad moet bestaan. Toestemming deur die kind is nie 'n verweer nie:¹⁴¹

“... the words are apt to describe circumstances which are wider than those which demonstrate that the child complainant is, at the time of sexual penetration, actually or temporarily under the care, supervision or authority of the accused... The offence created by the section is also aimed at those who, by virtue of an established and on-going relationship involving care, supervision or authority, are in a position to exploit or take advantage of the influence which grows out of that relationship. The words of the section cannot sensibly mean that, in a case such as the present, a child pupil ceases to be under the care, supervision or authority of his or her teacher when a teaching period concludes, or when school ceases for the day, or even when the school goes into temporary recess. It certainly cannot mean, in my view, that the relevant relationship ceases to exist because the parties agree during school session, to meet at a place remote from the school... ‘The Government is of the view that all young persons in this age category, whether boys or girls, should be protected from exploitation by all persons in positions of responsibility, that is, teachers, scout leaders, youth leaders, babysitters and such like.’”¹⁴²

In Nieu-Suid-Wallis word geslagsgemeenskap tussen 'n **onderwyser**, 'n biologiese vader of 'n stiefvader en sy leerling, dogter of stiefdogter, wat tussen die ouderdom van sestien en sewentien jaar is, verbied.¹⁴³

3.7.2 Geen persoon mag 'n **onsedelike daad** met 'n kind onder sestien jaar in Nieu-Suid-Wallis verrig nie.¹⁴⁴ Niemand mag ook 'n onsedelike daad met 'n kind wat sestien jaar of ouer is verrig nie.¹⁴⁵ In albei gevalle is poging sowel as aanhitsing van die kind tot die pleging van 'n onsedelike daad strafbaar. In *S*¹⁴⁶ het die beskuldigde oor 'n tydperk van

¹³⁹ *Howes* [2000] 2 VR 141 par 5 en 58, waar die beskuldigde die 17-jarige meisie se onderwyser was

¹⁴⁰ *Supra* par 25: “For many years and in many places legislatures have tried to stop those in a position of responsibility towards children from abusing that position by sexually abusing them. This they have done either by creating separate offences in which the position of responsibility is an element of the crime or by making that position an aggravating circumstance of sexual offences against children, leading to a higher maximum penalty. Schoolmasters and teachers have long been the subject of attention...”

¹⁴¹ *Supra* par 60 en 62-63

¹⁴² *Supra* par 4 en par 50: “The section does not require that the “care” or “supervision” or “authority” be based on a legal right or power... Legal authority may create or help to create a relationship of care, supervision or authority, but it is certainly not essential.”

¹⁴³ Artikel 73 van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹⁴⁴ Artikels 61N(1) en 61P (poging) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 323 van die *Criminal Code* 1913 (WA); artikel 47 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Di Nardo supra*; *Dowlan supra*; *Connell supra*; *J* (1982) *supra*; artikel 210 van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

¹⁴⁵ Artikel 61N(2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Poging tot die pleging van die misdaad word deur artikel 61P gereël. In Wes-Australië sal 'n beskuldigde, ingevolge artikel 320 van die *Criminal Code* 1913 (WA), 'n misdaad pleeg indien hy onsedelik teenoor 'n kind optree of 'n kind verkry, aanhits of aanmoedig om 'n onsedelike daad te verrig of indien hy die kind onsedelik afneem. 'n Onsedelike daad is ingevolge artikel 319(1) 'n handeling wat in die teenwoordigheid van iemand anders gepleeg of aanskou word sowel as 'n daad wat gefotografeer, op video opgeneem of op 'n ander manier opgeneem is; *Dinsdale supra*

¹⁴⁶ (1996) *supra*

twee jaar 'n sesjarige meisie telkemale versoek om sy privaatdeel te suig en te vryf. Sy het dit inderdaad gedoen. Sy verweer was dat hy haar nie onsedelik aangeraak het nie, maar die hof het bevind dat sy optrede wel onsedelik was.¹⁴⁷

Geen persoon mag in Nieu-Suid-Wallis onder **verswarende omstandighede** 'n onsedelike daad met kinders onder sestien jaar pleeg nie.¹⁴⁸ Niemand mag ook onsedelike daad onder verswarende omstandighede met kinders van sestien jaar of ouer verrig nie.¹⁴⁹ Indien die misdad met 'n kind onder die ouderdom van tien jaar gepleeg word, regverdig dit die oplegging van 'n swaarder vonnis.¹⁵⁰ Die verswarende omstandighede behels 'n bende-optrede, die bestaan van 'n gesagsverhouding tussen die beskuldigde en die slagoffer of waar die slagoffer 'n ernstige fisiese of intellektuele gebrek het.¹⁵¹ Poging sowel as aanhitsing van 'n kind tot die pleging van 'n onsedelike daad word ook strafbaar gestel. In Victoria mag geen persoon 'n onsedelike daad met of in die teenwoordigheid van 'n sestienjarige kind verrig indien die kind onder die beskuldigde se sorg, toesig of gesag is en die partye nie met mekaar getroud is nie. Toestemming is nie 'n verweer nie, tensy die beskuldigde redelike gronde het om te glo dat die kind sewentien jaar of ouer is of dat daar 'n huwelik tussen hulle bestaan.¹⁵²

3.7.3 Koppelaar van 'n kind onder sestien jaar vir seksuele geslagsgemeenskap word in Victoria verbied. Hierdie geslagsneutrale oortreding word gepleeg indien die kind verkry word om aan seksuele geslagsgemeenskap buite huweliksverband deel te neem¹⁵³ of waar 'n derde persoon seksueel met die kind verkeer.¹⁵⁴ In Wes-Australië

¹⁴⁷ *Supra* 560-562: "... where an adult and an under-age girl engage in sexual activity at the instigation of the adult, the adult indecently deals with the girl as a matter of ordinary language... "Indecent treatment of girls..." ... includes doing any act which would constitute an assault ... if done without consent ... None of the acts done by the appellant could ... be said to have occurred independently of the exercise of his will, or to have been an event that happened by accident. The appellant asked her to perform them."

¹⁴⁸ Artikels 61 O(1) en 61P (poging) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹⁴⁹ Artikel 61 O(1A) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹⁵⁰ Artikel 61 O(2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹⁵¹ Artikel 61 O(3) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹⁵² Artikel 49 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Giordano supra*. Artikel 322(4), (5) en (6) van die *Criminal Code* 1913 (WA) skep 3 misdade ten opsigte van 'n slagoffer wat 16 jaar of ouer is en waar 'n vertrouensverhouding bestaan, naamlik: onsedelike aktiwiteite met die kind; waar die beskuldigde sodanige kind verkry, aanhits of aanmoedig vir hierdie doel sowel as waar 'n beskuldigde die kind onsedelik afneem of 'n opname maak; artikels 73 en 74 van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

¹⁵³ Artikel 58(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikels 217(1) en 218(1) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

¹⁵⁴ Artikel 58(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

is dit 'n misdad om 'n vrou of 'n meisie deur dreigemente, intimidasie, bedrog of selfs die toediening van dwelmmiddels te beweeg om seksuele geslagsgemeenskap te hou.¹⁵⁵

3.7.4 Uitlokking van 'n kind onder agtien jaar tot seksuele geslagsgemeenskap of die pleging van 'n onsedelike handeling of aanmoediging van die kind om aan seksuele geslagsgemeenskap of 'n onsedelike handeling met die beskuldigde of 'n ander persoon deel te neem, word in Victoria verbied. Daar moet 'n vertrouensverhouding tussen die partye bestaan en hulle mag nie met mekaar getroud wees nie.¹⁵⁶

3.7.5 Prostitusie¹⁵⁷ word nie as sodanig in die Australiese Gemenebes verbied nie. In sommige State word sekere handelingse wel strafbaar gestel,¹⁵⁸ onder andere uitlokking op 'n openbare plek¹⁵⁹ wat naby of in die sig van 'n skool, kerk, woning of hospitaal is¹⁶⁰ en **kinderprostitusie**.¹⁶¹

3.7.6 Geen eienaar of okkupeerder van 'n perseel mag in Victoria seksuele geslagsgemeenskap met 'n kind onder sewentien jaar op daardie perseel toelaat nie. Die Wetgewer beskou hierdie gedrag blykbaar in 'n baie ernstige lig, omdat vyftien jaar gevangenisstraf opgelê mag word in gevalle waar die slagoffer onder die ouderdom van dertien jaar is.¹⁶²

¹⁵⁵ Artikel 192 van die *Criminal Code* 1913 (WA)

¹⁵⁶ Artikel 60 van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

¹⁵⁷ Artikel 229E(1) van die *Criminal Code* 1899 (Qld), soos gewysig: "A person engages in "prostitution" if the person engages, or offers to engage, in the provision to another person, under an arrangement of a commercial character, of any of the following activities - - (a) sexual intercourse; (b) masturbation; (c) oral sex; (d) any activity, other than sexual intercourse, masturbation or oral sex, that involves the use of one person by another for his or her sexual satisfaction involving physical contact."

¹⁵⁸ Waller en Williams 129; Brown, Farrier & Weisbrot 1009-1001

¹⁵⁹ Artikel 19 van die *Summary Offences Act* 1988 (NSW); artikel 25 van die *Summary Offences Act* 1953 (SA)

¹⁶⁰ Brown, Farrier & Weisbrot 1013

¹⁶¹ Artikels 6 tot 9 van die *Prostitution Regulation Act* 1986 (Vic) en die bespreking *infra*

¹⁶² Artikel 54 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 65 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 186 van die *Criminal Code* 1913 (WA), soos gewysig. Subartikel (2) maak voorsiening vir sekere verwerse wat 'n beskuldigde tot sy beskikking het.

3.8 Misdade in verband met kinderpornografie

“In recent times, the insidious impact of child pornography has come to be better understood. The problem is an international one, which has been significantly aggravated with the advent of the Internet.” ¹⁶³

Verskeie geslagsneutrale misdade verbied kinderpornografiese handeling in die onderskeie State. Die begrip “*kinderpornografie*” word ook redelik wyd omskryf. In Victoria, byvoorbeeld, is kinderpornografie enige film, foto, publikasie of rekenaarspeletjie wat ‘n kind onder die ouderdom van sestien jaar of ‘n persoon wat voorgee om onder die ouderdom van sestien jaar te wees, in ‘n onsedelike seksuele posisie of tydens deelname aan seksuele aktiwiteite uitbeeld. ¹⁶⁴ Aangesien ‘n kind egter in dieselfde woordomsrywingsartikel as ‘n persoon onder agtien jaar omskryf word, skep die definisie van kinderpornografie verwarring, omdat dit slegs op kinders onder die ouderdom van sestien jaar betrekking het. ¹⁶⁵

Alvorens die misdade bespreek word, word daar eers na enkele belangrike omskrywings verwys. **Immorele** gedrag is nie noodwendig onsedelik nie, maar omvat handeling wat nie aan die morele standaard van die gemeenskap voldoen nie. ¹⁶⁶ Enige afstootlike gedrag wat teen die openbare sedelikeheidsgevoel indruis, is **onsedelik** van aard. ¹⁶⁷ Aangesien die gemeenskap se standaard voortdurend aan verandering onderhewig is, moet die opvatting van redelike,

¹⁶³ Jones [1999] WASCA 24 [<http://www.austlii.edu.au/au/cases/wa/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 2

¹⁶⁴ Artikel 67A van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 204A van die *Criminal Code* 1913 (WA) en bepalings van die *Censorship Act* 1996 (WA); artikel 33(1) van die *Summary Offences Act* 1953 (SA), soos gewysig: “Indecent or offensive material in which a child (whether engaged in sexual activity or not) is depicted or described in a way that is likely to cause offence to reasonable adult members of the community.”; *Police v Kennedy* (1998) 71 SASR 175, 177 en 178; artikel 233BAB(3) van die *Customs Act* 1900 (Cth), soos gewysig

¹⁶⁵ Artikel 67A van die *Crimes Act* 1958 (Vic): “... “minor” means a person under the age of 18 years...” In Suid-Australië sowel as in die *Australian Capital Territory* [artikel 92NA(1) van die *Crimes Act* 1900] word ‘n kind omskryf as ‘n persoon onder die ouderdom van 16 jaar; *Police v Kennedy supra* 177

¹⁶⁶ *Phillips v SA Police* [1994] SASC 4848 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 36-37: “...Immoral conduct might not necessarily be indecent conduct ... Morality in a sexual context refers to the system of morals prevailing in the community and ... serves to emphasise that in determining what is indecent, immoral or obscene, regard should be had to contemporary standards... “immoral” ... is being used so that the definition of “indecent material” will be all embracing.”

¹⁶⁷ *Crowe v Graham* (1968) 121 CLR 375, 390: “Let us turn to the words “obscene”, “indecent”... they are both to be understood with the meanings they have for common law; and for present purposes each must be understood with any colour it takes by their collocation ... the adjective ‘indecent’ has long been used in law to describe multifarious forms of offensive or objectionable conduct. In this general sense it sometimes denotes lewd forms of misbehaviour, but not always. Indecent exposure, indecent assaults involve lewdness. Indecent language does not ... Sometimes indecent conduct was punished at common law because it created a public nuisance. Sometimes simply as ... “against public decency and good manner”... the list is not closed.”

gewone en regdenkende lede van die gemeenskap as kriterium aangewend word.¹⁶⁸ Indien die normale, ordentlike man of vrou die materiaal of gedrag as skokkend, afskuwelik of afstootlik sou beskou, is dit onsedelik.¹⁶⁹ Materiaal sal as **obseen** beskou word indien dit afstootlik en walglik is. Indien gedrag of materiaal obseen is, sal dit noodwendig ook onsedelik wees, maar die omgekeerde geld nie.¹⁷⁰

Verskeie kinderpornografiese handeling word in Victoria verbied, naamlik die **vervaardiging** daarvan¹⁷¹ of die **verkryging** van 'n kind vir die vervaardiging van kinderpornografie.¹⁷² In die *Australian Capital Territory* is dit 'n misdad om 'n kind onder sestien jaar in **diens te neem** vir die vervaardiging van kinderpornografie, ongeag daarvan of dit teen vergoeding geskied al dan nie. Die verbodsbepaling sluit in die deelname van die kind aan seksuele dade, waar die kind teenwoordig is terwyl ander persone met aanstootlike seksuele aktiwiteite besig is asook waar die kind in enige materiaal in die deelname aan afstootlike seksuele handeling uitgebeeld word of ten tye van sulke aktiwiteite teenwoordig is.¹⁷³

In Nieu-Suid-Wallis is die *Crimes Act* 1900 gewysig om sekere kinderpornografiese handeling te verbied. Die misdade behels die verkryging van **voordele** uit kinderpornografie,¹⁷⁴ die

¹⁶⁸ *Phillips v SA Police supra* par 25 en veral 26, waar die redelike persoon bestempel is as: "... the reasonable, ordinary, decent-minded, but not unduly sensitive person... contemporary standards are not the standards of those who peddle obscenities or indecencies nor that of the judge seeking to minimize what is indecent or obscene in order supposedly to show some judicial broadmindedness or tolerance."

¹⁶⁹ *Phillips v SA Police supra* par 20-22: "Indecency is not confined to sexual indecency... it includes anything which an ordinary decent man or woman would find to be shocking, disgusting and revolting'... that ... on being read or seen, in the circumstances in which, and having regard to the manner in which, it is presented to him or her to be seen or read, would offend the modesty of the average man or woman in sexual matters... The test... was whether the ordinary person in the community, picking up a copy of the material and reading it as a whole, would regard it as offensive to his or her modesty in regard to matters of sex... indecent matter was that which offended the standards of decency which were generally accepted in the community..."; artikel 92 NA(1) van die *Crimes Act* 1900 (ACT)

¹⁷⁰ *Phillips v SA Police supra* par 29-30 en 33: "... in *R v Close* (1948) VLR 445 at 463: "As soon as one reflects that the word 'obscene', as an ordinary English word, has nothing to do with corrupting or depraving susceptible people, and that it is used to describe things which are offensive to current standards of decency and not things which may induce to sinful thoughts, it becomes plain... The tendency to deprave is not the characteristic which makes a publication obscene but is the characteristic which makes an obscene publication criminal." ... "immodest; not agreeable to chastity of mind; causing lewd ideas" ... "offensive; disgusting"... that which is filthy, bawdy, lewd and disgusting and included that which is indecent or immodest. Thus, that which is obscene will also be indecent... but it does not follow that what is indecent is necessarily obscene... the common law recognises that the word "obscene" is a stronger epithet than "indecent". It denotes a higher degree of offensiveness."

¹⁷¹ Artikel 68 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Staats supra*, waar die video-opname 'n kind onder 16 jaar in 'n onsedelike seksuele posisie uitgebeeld het

¹⁷² Artikel 69 van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

¹⁷³ Artikel 92 NA van die *Crimes Act* 1900 (ACT)

¹⁷⁴ Artikel 91E(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Die verwere in subartikel (2) het betrekking op die rede waarvoor die geld ontvang is.

opsetlike **beheer van persele** vir die vervaardiging van kinderpornografie¹⁷⁵ sowel as die **gebruik, verskaffing of verkryging** van kinders vir pornografiese doeleindes. Laasgenoemde misdaad sluit in die deelname van 'n kind aan seksuele aktiwiteite (byvoorbeeld werklike of gesimuleerde geslagsgemeenskap asook 'n ontkleeddans) sowel as die beoefening van sulke daade in die teenwoordigheid van die kind.¹⁷⁶ Geen persoon mag in Queensland 'n kind onder die ouderdom van sestien jaar aan 'n onsedelike voorwerp, film, video, foto, klankbaan of enige ander soortgelyke materiaal blootstel, 'n onsedelike foto van die kind neem¹⁷⁷ of enige onsedelike materiaal verkoop, uitstal of vertoon nie, veral nie as dit 'n kind onder die ouderdom van sestien jaar uitbeeld nie.¹⁷⁸

Besit van kinderpornografie word in Victoria verbied,¹⁷⁹ maar 'n beskuldigde het verskeie verwerre tot sy beskikking.¹⁸⁰ Hy kan bewys dat die film, publikasie of rekenaarspeletjie nie as "RC"- of "X"-materiaal geklassifiseer is nie. Hy kan ook aanvoer dat die pornografie kunstige meriete het - tensy die slagoffer onder sestien jaar is -¹⁸¹ of werklik vir 'n mediese, regs-, wetenskaplike of opvoedingsoogmerk besit word. Dit sal ook 'n verweer wees indien 'n beskuldigde redelike gronde het om te glo dat die kind sestien jaar of ouer is of dat hulle met mekaar getroud is. 'n Verdere geldige verweer is dat hy ten tye van die besit van die gewraakte materiaal inderdaad of volgens voorkoms nie meer as twee jaar ouer as die kind is nie, self die film maak of die foto geneem of dit van die kind ontvang het. Dit sal ook 'n verweer wees indien 'n beskuldigde self die kind of een van die kinders wat in die film of foto uitgebeeld word, is. Persone wat uit hoofde van amptelike bevoegdhede of vir die behoorlike verrigting van hul pligte in besit van kinderpornografiese materiaal is, pleeg nie 'n misdaad nie. Dit sluit byvoorbeeld polisiebeamptes en aanklaers in.¹⁸²

¹⁷⁵ Artikel 91F van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Subartikel (2) identifiseer dié persone wat in beheer van die perseel sal wees. Subartikel (3) omvat die verwerre tot 'n beskuldigde se beskikking.

¹⁷⁶ Artikel 91G van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Subartikel (2) omskryf die omstandighede waarin 'n kind vir pornografiese doeleindes gebruik kan word as synde: "... if: (a) the child is engaged in activity of a sexual nature (for example, actual or simulated sexual intercourse or a striptease) for the purpose of the production of pornography by that person, or (b) the child is in the presence of another person engaged in such an activity for that purpose."

¹⁷⁷ Artikel 210(e) en (f) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

¹⁷⁸ Artikel 228(1), (2) en (3) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

¹⁷⁹ Artikel 70 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 33(3) van die *Summary Offences Act* 1953 (SA); *Police v Kennedy supra* 175

¹⁸⁰ Artikel 70(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

¹⁸¹ Artikel 70(3) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

¹⁸² Artikel 70(4) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

In *Police v Kennedy*¹⁸³ het die beskuldigde twee pornografiese tydskrifte, wat hy na bewering twintig jaar gelede gekoop maar daarvan vergeet het, besit. Die tydskrifte het homoseksuele daade tussen persone wat volgens hul voorkoms onder die ouderdom van sestien jaar kon wees, uitgebeeld. Die hof het op appèl bevind dat die vereiste kennis van besit die beskuldigde toegereken moet word. Sodra 'n kind onsedelik in materiaal uitgebeeld word, word die kind uitgebuit. Omdat daar 'n geweldige groot aanvraag na kinderpornografie bestaan, lei dit tot verdere uitbuiting van kinders. Wetgewing is juis op die wetboeke geplaas om kinders teen seksuele uitbuiting te beskerm en handeldryf in of besit van kinderpornografie uit te wis. Die hof het bevind dat deskundige getuienis, veral oor die ouderdom van die persone wat in die materiaal uitgebeeld word, wenslik is.¹⁸⁴

In *Jones*¹⁸⁵ het die beskuldigde meer as 80 000 kinderpornografiese beelde op rekenaarlaskywe en -hardeskywe besit. Kinders onder die ouderdom van sestien jaar is in die materiaal uitgebeeld. Sommige van hulle was naak, ander halfnaak, terwyl 'n paar in seksuele daade met ander kinders of volwassenes uitgebeeld word. Die hof het die impak van kinderpornografie en die verspreiding sowel as die besit daarvan as baie ernstig bestempel:

“The production of child pornography for dissemination involves the exploitation and corruption of children who are incapable of protecting themselves. The collection of such material is likely to encourage those who are actively involved in corrupting the children involved in the sexual activities depicted and who recruit and use those children for the purpose of recording and distributing the results. The offence of possessing child pornography cannot be characterised as a victimless crime. The children, in the end, are the victims. In my opinion, a sentence of immediate imprisonment was called for... the large number of images which were found in the respondent's possession ... make this offence far more serious ... because the aspect of the degradation of the children is more serious because there is a much larger number of images involved.”¹⁸⁶

Die oogmerk van kinderpornografiese verbodsbepalings is om kinders teen uitbuiting te beskerm.¹⁸⁷ Die omstandighede tydens die vervaardiging, verkoping, uitstalling, lewering of besit van kinderpornografie speel nie 'n rol by die beoordeling van die materiaal se onsedelikheid of afstootlikheid nie. 'n Hof moet slegs op die aard daarvan let.¹⁸⁸ Indien die

¹⁸³ *Supra*

¹⁸⁴ *Supra* 181, 185-187 en 191-192

¹⁸⁵ *Supra*; artikel 60(4) van die *Censorship Act 1996(WA)*

¹⁸⁶ *Supra* par 9 en 29

¹⁸⁷ *Jones supra* par 31

¹⁸⁸ Artikel 33(4) van die *Summary Offences Act 1953 (SA)*; *Phillips v SA Police supra* par 8-9. Dit maak nie saak of die film in 'n openbare toilet geneem is nie, nog minder wie die toneel verfilm het of hoe die appellant in besit van die materiaal gekom het

gewraakte materiaal *bona fide* vir die bevordering van regs-, mediese of wetenskaplike kennis vervaardig, verkoop, uitgestal, gelewer of besit word, is dit nie 'n misdad nie.¹⁸⁹ Dit sal ook die geval wees waar die materiaal 'n kunswerk is of deel daarvan vorm, tensy onbehoorlike, onsedelike of aanstootlike aspekte daarin beklemtoon word.¹⁹⁰

In *Phillips v SA Police*¹⁹¹ het die appellant jong seuns wat in openbare toilette en kleedkamers geurineer het, met 'n video afgeneem. Die hof moes beslis of die materiaal kinderpornografie was en moes derhalwe bepaal of die materiaal deur redelike, volwasse lede van die gemeenskap as afstootlik beskou sou word.¹⁹² Die hof het bevind dat die gemeenskap se opvatting tans, vergeleke met 'n paar dekades tevore, meer modern is.¹⁹³ Die verfilming van jong seuns wat besig is om te urineer, maak nie op sigself kinderpornografiese materiaal uit nie,¹⁹⁴ maar dit is wel onsedelike materiaal. Die beskuldigde is egter nie van hierdie misdad aangekla nie.¹⁹⁵

3.9 Ander seksuele misdade met kinderslagoffers

3.9.1 Die kommersiële seksuele uitbuiting van kinders word deur nuwe misdaadsbepalings gereël. By wyse van die *Crimes (Child Sex Tourism) Amendment Act*¹⁹⁶ is nuwe misdade by die bestaande *Crimes Act* 1914 van die *Commonwealth* gevoeg om "**child sex tourism**" te bekamp.¹⁹⁷ In Victoria is wetgewing met dieselfde

¹⁸⁹ Artikel 33(5)(a) van die *Summary Offences Act* 1953 (SA)

¹⁹⁰ Artikel 33(5)(b) van die *Summary Offences Act* 1953 (SA)

¹⁹¹ *Supra*

¹⁹² *Supra* par 7: "... the question whether the films were child pornography is reduced to the question whether they were indecent material and whether the other ingredients of the offence of child pornography ... were established... the issue then is whether the films are indecent material ... Plainly this element is satisfied ... there is an element of circularity in requiring that the material should depict a child or children in a way that is likely to cause offence to reasonable adult members of the community."

¹⁹³ *Supra* par 47

¹⁹⁴ *Supra* par 58-60

¹⁹⁵ *Supra* par 54-56, veral par 56: "...whatever else the films made by the appellant of men and boys urinating might be called, they are not child pornography. Pornography is the explicit description or depiction of sexual activity intended to stimulate erotic rather than aesthetic feelings ..."

¹⁹⁶ Wet 105 van 1994

¹⁹⁷ Lee [2000] WASCA 73 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/wa>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 2, waar daar na die Minister van Justisie se toespraak oor die oogmerk van die *Child Sex Tourism*-Afdeling in die *Crimes Act* verwys word: "It is unfortunate that a minority of Australian citizens and residents are now known internationally as major offenders in several Asian countries. They exploit the vulnerability of children in foreign countries where laws against child sexual abuse may not be as strict, or as consistently enforced, as in Australia. The bill aims to ensure that cowardly crimes committed against children outside Australia which are not prosecuted in the country in which they were committed can be prosecuted effectively in Australia. The bill also focuses on the activities of those who promote, organise and profit from child sex tourism... The bill should send a clear message to child sexual abusers and those who profit from their activities that the government and the

strekking op die wetboek geplaas.¹⁹⁸ Die oogmerk van die “*Child Sex Tourism*”-wetgewing is om seksuele misdade deur Australiese burgers met kinders buite die landsgrense van Australië te verbied. Die behoefte vir hierdie nuwe misdade het ontstaan juis omdat Australiese burgers in ander lande - waar toereikende misdaadsbepalings ontbreek of die wette nie so streng toegepas word nie - kinders se weerloosheid seksueel uitbuit. Daar rus immers ‘n plig op die Australiese Gemeenebes om enige kind, ongeag nasionaliteit, teen seksuele uitbuiting te beskerm.¹⁹⁹

Die seksuele misdade wat met kinders buite Australië verbied word, behels, onder andere, seksuele geslagsgemeenskap²⁰⁰ of onsedelike daade met ‘n kind onder sestien jaar,²⁰¹ koppelary,²⁰² onsedelike daade²⁰³ of geslagsgemeenskap²⁰⁴ wat in die teenwoordigheid van ‘n kind onder sestien jaar gepleeg word om seksueel bevredig te word. In Lee²⁰⁵ het die beskuldigde verskeie oortredings van die *Crimes (Child Sex Tourism) Amendment Act* in Kambodja gepleeg. Hy het, onder andere, foto’s van veertien jong meisies (tussen die ouderdom van elf en vyftien jaar) se geslagsdele geneem. Dit het uit ‘n paar van die foto’s geblyk dat sommige van die kinderslagoffers duidelike tekens van angs toon.

Die nuwe wetgewing bestraf alle aktiwiteite wat “*child sex tourism*” bevorder, organiseer of teen vergoeding of wins reël.²⁰⁶ Indien ‘n beskuldigde op ‘n oorwig van

community condemn their behaviour and do not intent to tolerate it.”; Brown, Farrier & Weisbrot 1021

¹⁹⁸ Artikel 49A van die *Crimes Act 1958* (Vic), soos gewysig

¹⁹⁹ Brown, Farrier & Weisbrot 1021

²⁰⁰ Artikel 50BA van die *Crimes Act 1914* (Cth); Lee *supra* par 13 en 24-25

²⁰¹ ‘n Onsedelike daad word in artikel 50AB van die *Crimes Act 1914* (Cth) omskryf as: “... an act that: is of a sexual nature; and involves the human body, or bodily actions or functions; and is so unbecoming or offensive that it amounts to a gross breach of ordinary contemporary standards of decency and propriety in the Australian community... ‘act of indecency’ includes an indecent assault.”

²⁰² Artikel 50BB van die *Crimes Act 1914* (Cth)

²⁰³ Artikel 50BC(c) en (d) van die *Crimes Act 1914* (Cth)

²⁰⁴ Artikel 50BC(e) van die *Crimes Act 1914* (Cth). Seksuele geslagsgemeenskap word in artikel 50AC(1) omskryf as: “... the penetration, to any extent, of the vagina or anus of a person by any part of the body of another person; or ... the penetration, to any extent, of the vagina or anus of a person, carried out by another person by an object; or ... fellatio; or ... cunnilingus; or ... the continuation of any activity mentioned ...” Ingevolge artikel 50AC(2) van die Wet sal ‘n penetreerende handeling, wat vir mediese of higiëniese doeleindes of ter behoorlike afdwinging van die reg uitgevoer word, nie ‘n misdaad uitmaak nie.

²⁰⁵ *Supra* par 6

²⁰⁶ Artikel 50DA en 50DB van die *Crimes Act 1914* (Cth)

waarskynlikhede kan aantoon ²⁰⁷ dat hy geglo het dat die kind sestien jaar of ouer is ²⁰⁸ of dat daar 'n geldige huwelik tussen hom en die kind bestaan, ²⁰⁹ is dit 'n geldige verweer, mits sy geloof redelik is. ²¹⁰ Howe mag tydens die ouderdomsbepaling van die kind let op die kind se voorkoms of 'n mediese of ander wetenskaplike opinie in die verband. ²¹¹

Die *Crimes Act* 1900 van Nieu-Suid-Wallis verbied enige handeling in verband met **kinderprostitusie**, wat omskryf word as die verskaffing teen vergoeding van enige seksuele diens van 'n kind onder agtien jaar vir die seksuele stimulasie of bevrediging van 'n ander persoon. Hierby inbegrepe is geslagsgemeenskap sowel as masturbasie. ²¹² Die bevordering van of deelname aan enige handeling van kinderprostitusie word pertinent verbied. ²¹³

3.9.2 Die vervolging van “*maintaining a sexual relationship with a child*” (die handhawing van 'n seksuele verhouding met 'n kind) het in die verlede tot aansienlike prosedurele en ander probleme aanleiding gegee. Die bewyslas was op die Staat om spesifieke handeling en datums te bewys, wat weens jong kinders se onvermoë om detail te onthou en weer te gee, bemoeilik is. ²¹⁴ Om hierdie probleme te oorbrug, is nuwe

²⁰⁷ Artikel 50CC van die *Crimes Act* 1914 (Cth)

²⁰⁸ Artikel 50CA van die *Crimes Act* 1914 (Cth)

²⁰⁹ Artikel 50CB van die *Crimes Act* 1914 (Cth)

²¹⁰ Artikel 50CD van die *Crimes Act* 1914 (Cth)

²¹¹ Artikel 50FA(1) en (3) van die *Crimes Act* 1914 (Cth). Ingevolge artikel 50FA(2) van die *Crimes Act* 1914 (Cth) mag 'n amptelike of mediese dokument van 'n ander land, 'n afskrif daarvan sowel as enige relevante getuienis aangebied word.

²¹² Artikel 91C van die *Crimes Act* 1900 (NSW); Brown, Farrier & Weisbrot 1020-1021

²¹³ Artikel 91D van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Ingevolge subartikel (2) het die beskuldigde sekere verwere tot sy beskikking (tensy hy sowel as die kind manlik is), terwyl subartikel (3) stipuleer dat toestemming nie 'n verweer is nie, tensy dit op die verwere in subartikel (2) betrekking het. Die verwere behels die volgende:

- dat die kind ouer as 14 jaar was toe die misdaad gepleeg is; **en**
- dat die kind tot die daad van kinderprostitusie toegestem het; **en**
- dat die beskuldigde redelike gronde gehad het om te glo dat die kind 18 jaar of ouer is. Sien ook artikel 191 van die *Criminal Code* 1913 (WA); artikels 66, 67 en 68 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA). In Suid-Australië maak die volgende handeling misdade uit:
 - waar die beskuldigde die kind in diens neem vir, verkry of toelaat dat die kind volhou met die verskaffing van kommersiële seksuele dienste;
 - waar die beskuldigde die kind versoek om kommersiële seksuele dienste te lewer; of
 - indien die beskuldigde leef van die opbrengste van kinderprostitusie.

²¹⁴ *W* (1998) 2 Qd R 531, 532; *D* (1997) *supra* 419-420: “In such cases it is often difficult to identify the separate offences with sufficient particularity, in terms of time and circumstance, to meet the usual requirement of the law that adequate particulars be given.... the amendment was introduced to deal with the problem of adequacy of particulars “where the allegations involve a long period of multiple offending”...”; *MacDonald supra* 330 en 333

verbodsbepalings toe op die wetboeke van bykans al die State geplaas. In Victoria, byvoorbeeld, staan die misdaad bekend as “**sexual relationship with child**”,²¹⁵ terwyl dit in Nieu-Suid-Wallis “**persistent sexual abuse of a child**” genoem word.²¹⁶ Die skepping van hierdie misdaad los die destydse probleme grootliks op en spreek die gemeenskap se bekommernis oor die onregverdige verloop van verhore van hierdie aard aan. Dit is nou makliker vir die Staat om aanklagte van hierdie aard te bewys.²¹⁷ In Victoria is die misdaad gesetel in die handhawing van ‘n seksuele verhouding²¹⁸ met ‘n kind²¹⁹ onder die ouderdom van sestien jaar,²²⁰ tensy daar ‘n huwelik tussen die partye bestaan.²²¹ Die seksuele daade moet op ten minste twee²²² afsonderlike geleenthede binne ‘n spesifieke tydperk met die betrokke kind gepleeg word. Vervolging mag slegs ingestel word nadat die Direkteur van Openbare Vervolgings se magtiging in die verband bekom is.²²³

Die handelinge hoef voorts nie dieselfde misdaad uit te maak nie.²²⁴ Getuienis van

²¹⁵ Artikel 47A van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²¹⁶ Artikel 66EA(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

²¹⁷ *KRM* [2001] 178 ALR 385 (HCA) par 80; *D* (1997) *supra* 419:“... s 74 ... is a provision concerned with certain procedural difficulties presented by cases involving multiple sexual offences against children.”; *Kemp (No 2)* (1998) 2 Qd R 510, 517:“... where repetitive acts of a sexual nature are committed upon children, it will often be difficult to give the degree of particularity usually demanded when a charge is brought. Section 229B has as one of its purposes attempting to ensure that... offenders do not escape punishment merely because ... particularity ... cannot be given.”

²¹⁸ Artikel 47A van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 66EA (1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 74(1) van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA), soos gewysig in 1994; artikel 321A van die *Criminal Code* 1913 (WA); artikel 131A van die *Criminal Code* 1997 (NT); *D* (1997) *supra* 413; artikel 229B van die *Criminal Code* 1899 (Qld); artikel 92EA van die *Crimes Act* 1900 (ACT)

²¹⁹ Artikel 47A(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 74(11) van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA):“In this section - ‘child’ means a person under the age of sixteen years...”; artikel 92EA(1) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 321A(1) van die *Criminal Code* 1913 (WA). In Nieu-Suid-Wallis bepaal artikel 66EA(12) egter, dat ‘n kind ‘n persoon onder die ouderdom van 18 jaar is.

²²⁰ Artikel 47A(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic). Aanvanklik is vereis dat die kind onder die beskuldigde se sorg, toesig en gesag moes wees. Hierdie frase is deur artikel 5 van die *Crimes (Amendment) Act* 1997 (Vic) herroep; *Director of Public Prosecutions v WJW* (2000) 2 VR 497; artikel 92EA(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 321A(1) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

²²¹ Artikel 47A(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 321A(8) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

²²² Artikel 47A(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic). Die posisie is egter anders in die meeste van die ander State, waar vereis word dat die seksuele daade op ten minste 3 afsonderlike geleenthede gepleeg moes word: artikel 66EA(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 74 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 92EA(3) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 321A(1) en (2) van die *Criminal Code* 1913 (WA). Voorts bepaal artikel 66EA(3) van die *Crimes Act* 1900 (NSW), dat van die seksuele daade ook in een van die ander State gepleeg kon wees.

²²³ Artikel 47A(7) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 66EA (11) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 74 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 92EA(9) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 321A(6) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

²²⁴ *KRM supra* par 67; artikel 66EA (2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW): “It is immaterial whether or not the conduct is of the same nature, or constitutes the same offence, on each occasion.”; artikel 74 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 321A(2) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

enige ander seksuele aktiwiteite waarvan 'n beskuldigde nie aangekla is nie, mag aangebied word om die bestaan van die verhouding te bewys.²²⁵ Spesifieke besonderhede oor datums, tye, plekke, omstandighede of presiese gebeure van elke insident hoef nie in die klagstaat genoem te word nie,²²⁶ maar die tydperk waarvoor die misdade gepleeg is sowel as die besonderhede daarvan moet wel met redelike akkuraatheid uiteengesit word.²²⁷ In *KRM*²²⁸ is bevind dat vae bewerings van volgehoue seksuele mishandeling nie altyd aanvaarbaar sal wees nie. 'n Beskuldigde is geregtig op voldoende inligting om hom in staat te stel om sy verdediging na behore te kan voer.

In *S*²²⁹ is dieselfde benadering gevolg. Die appellant het op twee geleenthede onsedelike daade met sy sewejarige dogter gepleeg. Bloedskande en poging tot anale geslagsgemeenskap was ook ter sprake. Die hof het bevind dat voldoende besonderhede verskaf moet word om 'n beskuldigde sowel as die jurie in staat te stel om tussen die verskillende insidente te kan onderskei. In *KBT*²³⁰ is die beskuldigde van 'n seksuele verhouding met 'n kind oor 'n tydperk van twee jaar aangekla. By die aanvang van die daade was die slagoffer veertien jaar oud. Sy het by die beskuldigde en sy vrou op hul plaas gewoon. Alhoewel getuienis van seksuele daade aangebied is, is die jurie egter nooit daarop gewys dat hulle moes bevind dat verskillende seksuele misdade op ten minste drie geleenthede gepleeg is nie. Die skuldigbevinding is derhalwe tersyde gestel en 'n *de novo*-verhoor is gelas.

²²⁵ *Kemp (No 2) supra* 511-512, 519 en 522, in verband met die vereistes vir 'n oortreding van artikel 229B van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

²²⁶ Na aanleiding van die beslissing in *S* (1989) 89 ALR 321 (HCA), is artikel 66EA van die *Crimes Act* 1900 (NSW), wat soortgelyk lees aan artikel 47A van die *Crimes Act* 1958 (Vic), op die wetboek geplaas. Die beskuldigde was van 3 aanklagte van bloedskande met sy dogter aangekla. Elke aanklag het geslagsgemeenskap op 'n onbekende datum binne 'n spesifieke tydperk van 12 maande beweër. Die slagoffer kon egter nie presiese besonderhede oor die datums van die voorvalle verskaf nie. Op appèl is die skuldigbevindings tersyde gestel as gevolg van hierdie ernstige gebrek in haar getuienis; artikel 47A(3) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 74 van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 321A(5) van die *Criminal Code* 1913 (WA)

²²⁷ Artikel 66EA (5) van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 74(4) van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA)

²²⁸ *Supra* par 14-17, waar die beskuldigde van artikel 47A van die *Crimes Act* 1958 (Vic) sowel as 17 aanklagte van ander seksuele misdade met die slagoffer met wie die seksuele verhouding gehandhaaf is, aangekla is; *S* (1989) *supra*, waar bloedskande oor 'n tydperk gepleeg is; *Johnson v Miller* (1937) 59 CLR 467 (HCA) 489-490; *Director of Public Prosecutions v Lewis* [1997] 1 VR 386, 402: "It is of course in the public interest that allegations of such offences be brought to trial if a presentment can be satisfactorily formulated. But the formulation of charges in respect of sexual abuse alleged to have occurred long ago to a child, whose memory as an adult is necessarily vague about dates, presents considerable difficulty ... It is nevertheless desirable ... that the difficulty be faced and worked out rather than that the courts should walk away from it."

²²⁹ (2000) 1 Qd R 445, 452-453

²³⁰ [1997] 191 CLR 417 (HCA) 432-433

3.9.3 Die verspreiding van VIGS word in 'n ernstige lig beskou. In Nieu-Suid-Wallis is die opsetlike besmetting van 'n persoon met 'n ernstige liggaamlike siekte sowel as poging daartoe 'n misdad. ²³¹ Geen persoon, wat VIGS, hepatitis, sifilis of gonorree onder lede het, mag voorts opsetlik versuim om redelike stappe in 'n openbare plek te neem om te verhoed dat die siekte versprei nie. ²³² Indien 'n beskuldigde weet dat hy 'n geslagsiekte het en geslagsgemeenskap met 'n ander persoon hou, pleeg hy 'n misdad, tensy die ander party voor die geslagsdaad daarvan ingelig is en toestemming daartoe verleen het. ²³³ Indien 'n persoon opsetlik 'n aansteeklike siekte (onder andere VIGS) in Victoria versprei, maak dit die misdad "**conduct endangering life**" (lewensbedreigende gedrag) uit. ²³⁴

3.9.4 Alhoewel manlike besnydenis nie verbied word nie, ²³⁵ is "**female genital mutilation**" (skending van vroulike geslagsdele) wel 'n misdad. ²³⁶ Die verbode handelinge behels die daadwerklike verrigting van sowel as aanhitsing of hulpverlening tot die skending: ²³⁷

"... infibulation; ... the excision or mutilation of the whole or a part of the clitoris ... the excision or mutilation of the whole or a part of the *labia minora* of *labia majora* ... any procedure to narrow or close the vaginal opening ... the sealing or suturing together of the *labia minora* or *labia majora* ... the removal of the clitoral hood." ²³⁸

In Nieu-Suid-Wallis en Victoria word hierdie misdad nie gepleeg, indien 'n chirurgiese

²³¹ Artikel 36 van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 21 van die *Venereal Disease Act* 1918 (NSW), wat 'n soortgelyke bepaling bevat het, maar deur die *Miscellaneous Acts (Public Health) Repeal and Amendment Act* 1990 (NSW) herroep is

²³² Artikel 11 van die *Public Health Act* 1991 (NSW); Brown, Farrier & Weisbrot 1072

²³³ Artikel 13(1) van die *Public Health Act* 1991 (NSW). Subartikel (2) reël die posisie waar die eenaar of okkupeerder van 'n perseel 'n ander persoon, vir doeleindes van prostitusie, toelaat om geslagsgemeenskap op die perseel te hou; sien ook artikel 213(1) van die *Criminal Code* 1899 (Qld)

²³⁴ Artikel 22 van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Mutemeri v Cheesman* [1998] 4 VR 484, waar die beskuldigde aan 12 aanklagte van hierdie oortreding skuldig bevind is. Hy het op verskeie geleenthede geslagsgemeenskap met 'n vrou gehad, terwyl hy geweet het dat hy HIV-postifief is. Per die kopstuk volg: "... the accused must have foreseen as a probable consequence of his conduct not that the victim would die but only the *danger* of the victim's death... The magistrate was justified in taking judicial notice of the fact that HIV was a life endangering disease - a fact made notorious by wide publicity in Australia over a number of years ... The evidence established only the risk of the victim's contracting the HIV virus ..."; Brown, Farrier & Weisbrot 824

²³⁵ Brown, Farrier & Weisbrot 814

²³⁶ Artikel 45(1) van die *Crimes Act* 1900 (NSW), soos gewysig; artikel 32(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; artikel 186B(1) van die *Criminal Code* 1997 (NT), soos gewysig; artikel 92W(1) van die *Crimes Act* 1900 (ACT), soos gewysig; artikels 1, 245, 246, 320 en 355 van die *Criminal Code* 1899 (Qld), soos gewysig, wat saamgelees moet word; artikels 222 en 257 van die *Criminal Code* (WA), soos gewysig

²³⁷ Artikel 45(1)(a) van die *Crimes Act* 1900 (NSW), soos gewysig; artikel 186A van die *Criminal Code* 1997 (NT), soos gewysig; artikel 92V van die *Crimes Act* 1900 (ACT), soos gewysig

²³⁸ Artikel 15 van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; artikels 33A (verbod op die skending van vroulike geslagsdele) en 33B (verwydering van 'n kind uit die Staat vir die doel van die skending van vroulike geslagsdele) van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA), soos gewysig

operasie noodsaaklik vir die gesondheid van die pasiënt is of mediese prosedures met die skenking van geboorte verband hou nie.²³⁹ Dit sal ook die geval wees waar die operasie suiwer terapeutiese oogmerke²⁴⁰ of 'n geslagsveranderings-prosedure behels.²⁴¹ Toestemming deur die slagoffer tot die skendingshandeling is nie 'n geldige verweer nie.²⁴² Die bewyslas rus op die Staat om aan te dui dat die handeling nie regmatig uitgevoer is nie.²⁴³ In Victoria word 'n kind vir doeleindes van die verbod op die skending van vroulike geslagsdele omskryf as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar.²⁴⁴ Dit is 'n misdaad in Victoria sowel as die *Australian Capital Territory* om 'n persoon uit die betrokke Staat te neem met die oog op die skending van vroulike geslagsdele of om reëlings in die verband te tref.²⁴⁵

3.9.5 In 1990 is die misdaad “*stalking*” (agtervolging) in **California** in die **Verenigde State van Amerika** op die wetboek geplaas, na 'n aantal hoë-publisiteitsake van geweld voortspruitend uit sodanige gedrag. Ander Amerikaanse State sowel as Queensland (in 1993) het soortgelyke wetgewing aangeneem. Nieu-Suid-Wallis het later die voorbeeld gevolg.²⁴⁶ Die misdaad “*stalking*” word nou in die meeste State verbied. Niemand mag 'n persoon (insluitend 'n kind) agtervolg met die doel om vrees by die slagoffer te wek of om ernstige leed aan die slagoffer toe te voeg nie.²⁴⁷ Die gewraakte optrede moet op

²³⁹ Artikel 45(3) van die *Crimes Act* 1900 (NSW), soos gewysig; artikel 34A(1) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig

²⁴⁰ Artikel 186B(3) en (4) van die *Criminal Code* 1997 (NT), soos gewysig

²⁴¹ Artikel 45(3) van die *Crimes Act* 1900 (NSW), soos gewysig; artikel 34A(1)(c) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; artikel 186B(3)(b) van die *Criminal Code* 1997 (NT), soos gewysig; artikel 92Z van die *Crimes Act* 1900 (ACT), soos gewysig, wat as uitsondering op die verbod op “*female genital mutilation*” 'n seksuele “*reassignment procedure*” bevat, wat beteken “...a surgical procedure performed by a medical practitioner to give a female person, or a person whose sex is ambivalent, the genital appearance of a person of the opposite sex or of a particular sex (whether male or female).”

²⁴² Artikel 45(5) van die *Crimes Act* 1900 (NSW), soos gewysig; artikel 34 van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; artikel 92W(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT), soos gewysig

²⁴³ Artikel 34A(3) van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig

²⁴⁴ Artikel 15 van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig

²⁴⁵ Artikel 33 van die *Crimes Act* 1958 (Vic), soos gewysig; artikel 186B(2) van die *Criminal Code* 1997 (NT), soos gewysig; artikel 92X(3) van die *Crimes Act* 1900 (ACT), soos gewysig, met betrekking tot 'n kind onder 18 jaar.

²⁴⁶ Brown, Farrier & Weisbrot 791

²⁴⁷ Artikel 34A(1) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 21A van die *Crimes Act* 1958 (Vic), wat 10 jaar gevangenisstraf voorskryf; artikel 189 van die *Criminal Code* 1997 (NT); artikel 19AA van die *Criminal Law Consolidation Act* 1935 (SA); artikel 359E(1) van die *Criminal Code* 1899 (Qld). Laasgenoemde artikel, wat 'n breedvoerige bepaling bevat, maak ook melding van die besit van 'n wapen as 'n verswarende omstandigheid wat die maksimum vonnis kan regverdig. Die strafbepalings in Queensland en Suid-Australië skryf 3 jaar gevangenisstraf voor in gevalle, waar daar nie sprake van verswarende omstandighede is nie; *Allie* (1999) 1 Qd R 618; *Hubbuck* (1999) 1 Qd R 314

ten minste twee geleenthede plaasvind.²⁴⁸ Verbode handeling in die onderskeie State²⁴⁹ sluit in die agtervolging van die slagoffer,²⁵⁰ die aflegging van besoeke aan die persoon se woning of werksplek,²⁵¹ aanhoudende observasie,²⁵² saakbeskadijng,²⁵³ die stuur van afstootlike materiaal,²⁵⁴ gereelde kontak met die slagoffer,²⁵⁵ die opwekking van vrees by die persoon²⁵⁶ vir fisiese of geestelike leed²⁵⁷ sowel as intimidasie, teistering of molestering van die slagoffer.²⁵⁸

Daadwerklike vrees word nie vereis nie²⁵⁹ en die leed kan fisies of geestelik wees, wat 'n tydelike of 'n permanente siektetoestand insluit. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die slagoffer bewusteloos raak, pyn ondervind of vermink word.²⁶⁰ In *Director of Public Prosecutions v Sutcliffe*²⁶¹ is die elemente van die misdaad “*stalking*” onder die loep geneem en die volgende oor die aard van “*stalking*” opgemerk:

“In common parlance stalking in respect to a person is pursuing or approaching a person in a stealthy manner. Today it covers a myriad of circumstances in which a person annoys or harasses another person to the point where the victim is concerned for his or her own safety. The conduct may be physical presence or through various means of communication and can take many forms.”²⁶²

Die hof het bevind dat “*stalking*” oor 'n baie lang tydperk en selfs oor 'n lang afstand op verskeie maniere kan geskied, onder andere deur telefoonoproepe sowel as die gebruik

²⁴⁸ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT)

²⁴⁹ Onder andere artikel 359B van die *Criminal Code* 1899 (Qld), artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT)

²⁵⁰ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 21A(2)(a) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²⁵¹ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 21A(2)(c) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²⁵² Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 21A(2)(f) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²⁵³ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 21A(2)(d) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²⁵⁴ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 21A(2)(e) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²⁵⁵ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 21A(2)(b) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²⁵⁶ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 562AB van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

²⁵⁷ Artikel 21A(2)(g) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); artikel 562AB van die *Crimes Act* 1900 (NSW), wat 5 jaar gevangenisstraf, 50 strafeenhede of beide voorskryf

²⁵⁸ Artikel 34A(2) van die *Crimes Act* 1900 (ACT)

²⁵⁹ Artikel 34A(3) van die *Crimes Act* 1900 (ACT); artikel 562AB(4) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

²⁶⁰ Artikel 34A(4) van die *Crimes Act* 1900 (ACT)

²⁶¹ [2001] VSC 43 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/au/cases/vic/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003

²⁶² *Supra* par 6

van die Internet of 'n rekenaar. Die wetgewing behoort derhalwe eksterritoriaal te geld. Die gevolge van “*stalking*” kan ook veelvoudig wees.²⁶³ Omdat die gewraakte gedrag nie noodwendig dadelik 'n impak op 'n slagoffer het nie, kan die leed of vrees eers later intree.²⁶⁴ Die Staat moet bewys dat die beskuldigde een van die verbode handeling verrig het met die opset om leed aan die slagoffer te veroorsaak of vrees te wek.²⁶⁵ 'n Objektiewe toets word toegepas om vas te stel of 'n beskuldigde die nodige opset gehad het.²⁶⁶

3.9.6 In Nieu-Suid-Wallis mag geen persoon 'n ander persoon **by wyse van dreigemente of intimidasie tot “*forced self-manipulation*” (geforceerde self-manipulasie) beweeg** nie. Die verbode handeling behels dat 'n beskuldigde die ander persoon sover kry om hom- of haarself vaginaal of anaal met 'n voorwerp te penetreer in omstandighede waartydens dit nie redelikerwyse van die slagoffer verwag kon word om te weier nie.²⁶⁷ Hierdie optrede word in 'n baie ernstige lig beskou, aangesien die Wetgewer gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens twintig jaar voorskryf indien die slagoffer onder die ouderdom van tien jaar is.²⁶⁸ Dit is 'n misdad in Wes-Australië indien 'n beskuldigde 'n ander persoon dwing om aan seksuele gedrag deel te neem.²⁶⁹ Verswarende omstandighede sal 'n swaarder vonnis regverdig.²⁷⁰

3.9.7 Interessantheidshalwe word vermeld dat die **gebruik of besit van 'n gevaarlike wapen** tydens die pleging van 'n seksuele misdad, 'n aparte misdad in Victoria sowel as

²⁶³ *Director of Public Prosecutions v Sutcliffe supra* par 85 en 87-88

²⁶⁴ *Director of Public Prosecutions v Sutcliffe supra* par 89

²⁶⁵ *Director of Public Prosecutions v Sutcliffe supra* par 24-25; artikel 562AB van die *Crimes Act* 1900 (NSW); artikel 21A(2) van die *Crimes Act* 1958 (Vic)

²⁶⁶ Artikel 21A(3) van die *Crimes Act* 1958 (Vic); *Director of Public Prosecutions v Sutcliffe supra* par 25

²⁶⁷ Artikel 80A(2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW). Ingevolge subartikel (1) sluit 'n dreigement fisiese geweld of intimiderende of dwingende gedrag sowel as 'n ander nie-gewelddadige dreigement in; artikel 192B van die *Criminal Code* 1997 (NT), wat 'n soortgelyke bepaling oor “*coerced sexual self-manipulation*” bevat

²⁶⁸ Artikel 80A(2) van die *Crimes Act* 1900 (NSW)

²⁶⁹ Artikel 327 van die *Criminal Code* 1913 (WA). Artikel 33 van die *Australian Model Criminal Code* [soos verwys na in SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 186-187] verbied 'n beskuldigde om 'n ander persoon te forseer om 'n seksuele handeling met 'n derde te pleeg of die derde te penetreer, of om 'n penetrerende daad op sy of haar eie persoon te verrig. Artikel 33.4(1) bepaal dat 'n persoon wat 'n ander persoon forseer om 'n seksuele daad met 'n dier te pleeg, 'n misdad pleeg.

²⁷⁰ Artikel 328 van die *Criminal Code* 1913 (WA). Die verswarende omstandighede in artikel 319(1) is reeds *supra* uiteengesit.

Suid-Australië uitmaak.²⁷¹

3.9.8 Ten spyte van die feit dat verskeie seksuele misdade in die buiteland as deel van “*child sex tourism*” verbied word,²⁷² word bykans dieselfde **seksuele misdade met kinders buite die landsgrense** van Australië afsonderlik bestraf,²⁷³ naamlik seksuele geslagsgemeenskap,²⁷⁴ seksuele gedrag²⁷⁵ sowel as onsedelike dade met ‘n kind onder die ouderdom van sestien jaar.²⁷⁶ Aanhitsing van ‘n kind tot die pleging van hierdie dade maak ook ‘n misdaad uit.²⁷⁷

3.10 Gevolgtrekking

In die Australiese Gemenebes is seksuele misdade in totaliteit gekodifiseer en is die “*age of consent*” (ouderdom waarop regsgeldige toestemming verleen kan word) sestien jaar. In sommige State staan verkragting bekend as “*sexual assault*” (seksuele aanranding), terwyl die tradisionele benaming “*rape*” (verkragting) in die ander State behou is. Die misdaad is geslagsneutraal. Alle vorme van geslagsgemeenskap word verbied, naamlik vaginale, anale, orale en digitale penetrasie sowel as *cunnilingus* en *fellatio*. In party State word seksuele aanranding met verswarende omstandighede afsonderlik bestraf. In sommige State kan ‘n kind onder die ouderdom van tien jaar nie geldige toestemming tot geslagsgemeenskap verleen nie, terwyl ‘n beskuldigde sekere verwere tot sy beskikking sal hê indien die kind tussen die ouderdom van tien en sestien jaar is. Seksuele geslagsgemeenskap met kinders onder spesifieke ouderdomme word deur afsonderlike verbodsbepalings verbied.

Alhoewel bloedsbande ‘n misdaad in die Australiese Gemenebes is, verskil die verbode grade

²⁷¹ Artikel 60A van die *Crimes Act 1958* (Vic); artikel 47A van die *Criminal Consolidation Act 1935* (SA)

²⁷² Par 3.9.1 *supra*

²⁷³ Artikel 50AD van die *Crimes Act 1914* (Cth)

²⁷⁴ Artikel 50AC van die *Crimes Act 1914* (Cth). Die betekenis van geslagsgemeenskap is reeds *supra* onder verkragting of “*sexual assault*” bespreek. Artikel 50BA bepaal dat 17 jaar gevangenisstraf hiervoor opgelê kan word.

²⁷⁵ Artikel 50BC van die *Crimes Act 1914* (Cth)

²⁷⁶ Artikel 50 AB van die *Crimes Act 1914* (Cth): “**Meaning of act of indecency** (1) In this Part: *act of indecency* means an act that: (a) is of a sexual nature; and (b) involves the human body, or bodily actions or functions; and (c) is so unbecoming or offensive that it amounts to a gross breach of ordinary contemporary standards of decency and propriety in the Australian community. (2) To avoid doubt, *act of indecency* includes an indecent assault.”

²⁷⁷ Artikels 50BB en 50BD van die *Crimes Act 1914* (Cth), wat oor aanhitsing van ‘n kind tot geslagsgemeenskap en seksuele gedrag handel

van verwantskap tussen die onderskeie State. Bloedskande word in sommige State tot bloedverwantskap beperk, terwyl geslagsgemeenskap binne die verbode grade van aanverwantskap en verwantskap deur aanneming in ander State ook strafbaar gestel word. 'n Onderskeid word ook met betrekking tot die geslag van die dader getref. Poging tot die pleging van bloedskande word ook verbied. 'n Paar outeurs bepleit die dekriminalisasie van bloedskande in Australië. Onsedelike aanranding is 'n geslagsneutrale misdad en in sommige State word onsedelike aanranding met verswarende omstandighede verbied.

Sodomie staan bekend as die misdad "*buggery*". "*Buggery*" tussen toestemmende volwasse mans in privaatheid is nie meer strafbaar nie. Anale geslagsgemeenskap sonder toestemming is tans by die misdad seksuele aanranding of verkragting inbegrepe. Verskeie ander vorme van homoseksuele geslagsgemeenskap met kinders maak ook misdade uit. Growwe onsedelike dade met seuns onder die ouderdom van agtien jaar word voorts verbied. Alhoewel onnatuurlike geslagsmisdade onbekend is aan die Australiese Reg, word bestialiteit sowel as poging daartoe in omtrent al die State strafbaar gestel. Geen persoon mag ook 'n ander persoon dwing om 'n seksuele daad met 'n dier te pleeg nie. Die oorgrote meerderheid seksuele misdade met kinders en jeugdige is geslagsneutraal en word aan ouderdomsgrense gekoppel. Kinderpornografie word in bykans al die State verbied, alhoewel die verbodsbepalings van mekaar verskil. 'n Kind word vir doeleindes van kinderpornografiese misdade oor die algemeen as 'n persoon onder die ouderdom van sestien jaar omskryf. Die gebruik van die Internet as medium vir kinderpornografie word nie spesifiek verbied nie.

Sedert 1994 word seksuele misdade met kinders in die buiteland sowel as enige vorm van kinderprostitusie ingevolge die "*Child sex tourism*"-wetgewing verbied. Alhoewel die meeste State die volgehoue seksuele mishandeling van kinders strafbaar stel, verskil die misdaadsbenamings. Die onderskeie State se wetgewing verskil ook van mekaar oor die kinderslagoffer se ouderdom sowel as die hoeveelheid kere waarop seksuele dade met die kind gepleeg moes word. Die nuwe verbodsbepalings maak dit wel nou makliker vir die Staat om misdade wat oor 'n lang tydperk met kinders gepleeg is, te bewys. Daar heers nie eenvormigheid in die Australiese State oor VIGS-verwante misdade nie. Wetgewing in die verband word hoofsaaklik in Nieu-Suid-Wallis en Victoria gevind. Die meeste State verbied "*stalking*" (agtervolging) en 'n groot verskeidenheid handelinge maak die gewraakte gedrag uit. Manlike besnydenis is nie 'n misdad nie, maar "*female genital mutilation*" (skending van vroulike geslagsdele) word wel strafbaar gestel. Geen persoon mag voorts 'n ander persoon

dwing om sekere seksuele dade te verrig nie.

Dit blyk dus dat 'n geweldige groot verskeidenheid handelingse seksuele misdade met kinders in die onderskeie State uitmaak. Die Wetgewers het gepoog om die misdadige gedrag duidelik te omskryf ten einde onsekerheid te voorkom. Dit is opvallend uit die bespreking van veral Nieu-Suid-Wallis en Victoria, dat alhoewel die onderskeie State almal die seksuele mishandeling van kinders as ernstig beskou, daar nogtans nie eenvormigheid oor die misdade sowel as die elemente daarvan bestaan nie.

HOOFSTUK 4 : SEKSUELE MISDADE IN NIEU-SEELAND

“... over the last ... years ... law on sexual offences has undergone a radical revision and is still undergoing change at the hands of both the courts and legislators. Some of these changes ... have been driven by changing social values, and in particular by changing perceptions of the roles and status of women in society. In addition, with an increasing media profile being given to sexual abuse in all its forms there has come a greater awareness of the needs of the victims of sexual abuse, which has led to changes in the way in which criminal litigation, especially that involving women and children as victims, is conducted ... there have been a number of significant changes in the law of evidence and criminal procedure which are principally geared towards making the trial process less distressing for those who are required to give evidence in such cases.”¹

4.1 Inleiding

*“... sexual abuse of children ...
The evil of this kind of offending appears to be virtually worldwide.”²*

“... the wave of child sexual abuse cases ... has become increasingly apparent, in New Zealand as in other countries ... a grave social problem is endemic ...”³

Die Nieu-Seelandse Strafreë is in geheel gekodifiseer. Verskeie verbodsbepalings verbied seksuele misdade met kinderslagoffers. Selfs al sou kinders toestemming tot die seksuele aktiwiteite verleen, mag hulle nie self daarvan aangekla word nie.⁴ Dit blyk uit die regspraak dat daar tot 'n groot mate op die Engelse en Australiese Regstelsels vir gesaghebbende leiding gesteun word.

4.2 Die misdaad “*sexual violation*” (seksuele skending)

“Rape is the most vicious and reprehensible crime in the criminal calendar. Every individual possesses a core persona which makes up the essence of their being. It is an intensely personal and private self which necessarily includes the individual's sexuality and autonomy. Rape shatters a woman's sexual integrity and personal autonomy. Victims suffer acute trauma and endure lifelong psychological and emotional scars.”⁵

Die misdaad verkragting was voorheen tot vaginale geslagsgemeenskap sonder toestemming beperk. Die dader moes 'n man wees, terwyl slegs 'n vrou die slagoffer kon wees. Wetswysigings het tot gevolg gehad dat die misdaad tans geslagsneutraal is en ander wyses

¹ AP Simester en WJ Brookbanks *Principles of Criminal Law* (1998) 539

² *Accused* (CA 160/92)[1993] 1 NZLR 385, 390

³ *Accused* (CA 260/92)[1993] 2 NZLR 286, 289

⁴ Artikels 130(2), 132(4), 133(3), 134(6), 139(2), 140(2), 140A(5), 142(5), 204A(7) en 204B(5) van die *Crimes Act* 1961

⁵ Regter EW Thomas “Was Eve merely framed; or was she forsaken?” Okt 1994 *New Zealand Law Journal* 368-373, 368

van penetrasie verbied word.⁶ Die misdaad staan nou bekend as “**sexual violation**” (seksuele skending),⁷ maar verkragting is steeds by die omskrywing ingesluit.⁸

Seksuele skending kan op twee maniere gepleeg word,⁹ naamlik tradisionele verkragting (vaginale geslagsgemeenskap deur ‘n man met ‘n vrou)¹⁰ of waar ‘n persoon onregmatige “*sexual connection*” (seksuele konneksie) met ‘n ander persoon het. Laasgenoemde vorm van seksuele skending is geslagsneutraal.¹¹ Die omskrywing van seksuele skending¹² sluit vaginale¹³ en anale penetrasie in,¹⁴ sowel as orale (kontak van ‘n beskuldigde se mond of tong met die slagoffer se geslagsdele)¹⁵ en digitale geslagsgemeenskap (penetrasie van ‘n slagoffer se geslagsdele deur ‘n objek, instrument of enige liggaamsdeel).¹⁶ ‘n Beskuldigde pleeg ook seksuele skending, indien hy met die geslagsgemeenskap volhard nadat die slagoffer

⁶ Ingevolge die vorige artikel 128(1) van die *Crimes Act* 1961, is verkragting gepleeg waar ‘n man seksuele gemeenskap met ‘n vrou of ‘n meisie gehad het: “... (a) without the complainant’s consent; or (b) with consent extorted by fear or bodily harm or by threats; or (c) with consent extorted by fear, on reasonable grounds, that refusal of consent would result in the death or grievous bodily harm to a third person; (d) with consent obtained by personating her husband; or (e) with consent obtained by a false and fraudulent representation as to the nature and equality of the act.”

⁷ *Simester en Brookbanks* 540

⁸ *Accused* (CA 291/90) [1991] 3 NZLR 405, 409; *A* [1994] 2 NZLR 129, 130: “... sexual violation is the act of a male who rapes a female.”; *Accused* (CA 537/94 & 146/95) [1996] 2 NZLR 161, 162; *Bailey* [1988] 1 NZLR 109, 110

⁹ Artikel 128 van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig; *Cook* [1986] 2 NZLR 93, 98; *Daniels* [1986] 2 NZLR 106, 109; *King* [1995] 3 NZLR 409

¹⁰ *Accused* (CA 291/90) *supra*; *A* [1994] *supra*; *Accused* (CA 250/91) [1992] 2 NZLR 52; *Clark* [1987] 1 NZLR 380; *Clarke* [1992] 1 NZLR 147

¹¹ *Simester en Brookbanks* 541; *Accused* (CA 250/91) *supra* (digitale penetrasie); *Accused* (CA 537/94 & 146/95) *supra* (anale en orale “*connection*”); *Brewer* [1994] 2 NZLR 229, 235-236; *Clarke supra*; *D* [1987] 2 NZLR 272, 273

¹² Artikel 128(5) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

¹³ *A* [1994] *supra*; *Accused* (CA 125/87) [1988] 1 NZLR 422; *Accused* (CA 272/90) [1991] 2 NZLR 277, 278; *Accused* (CA 537/94 & 146/95) *supra*; *Clarke supra*; *Apperley* [1999] NZCA 86 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003

¹⁴ *Accused* (T4/88) [1989] 1 NZLR 660; *Accused* (CA 420/91) [1992] 3 NZLR 257, waar die slagoffer deur sy ouers vandat hy ‘n baba was totdat hy 4 jaar oud geword het, seksueel aangerand is, 258: “... frequent anal intercourse and threats thereof used by the husband as a disciplinary measure with her connivance and encouragement.”; *Accused* (CA 537/94 & 146/95) *supra*; *Clarke supra*; *Harbour* [1995] 1 NZLR 440, waar anale geslagsgemeenskap met ‘n 3½-jarige seuntjie gehou is; *Apperley supra*; *Kora* [2000] NZCA 47 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003

¹⁵ *Accused* (CA 265/88) [1989] 1 NZLR 643, 645: “The instances of ... acts of oral sex ... are each acts of sexual violation ...”; *Accused* (CA 272/90) *supra* 278; *Accused* (CA 420/91) *supra* 257-258; *Accused* (CA 537/94 & 146/95) *supra*; *Harris* [2000] NZCA 100 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 2: “... sexual violation, involving oral genital contact...”

¹⁶ *Accused* (CA 132/87) [1989] 1 NZLR 656, 657: “... he managed to insert his finger in her vagina.”; *Accused* (CA 217/90) [1991] 1 NZLR 275, 276: “... penetration of her vagina by his ... fingers.”; *Accused* (CA 272/90) *supra* 278: “... digital penetration of their vaginas ... the use of a glass dildo ...”; *Accused* (CA 250/91) *supra*; *D* [1987] *supra* 273; *King supra*, waar die beskuldigde ‘n 4-jarige meisie se privaatdeel digitaal gepenetreer het; *Kora supra*

toestemming onttrek het.¹⁷ Handeling wat voorheen as onsedelike aanranding bestempel is, word nou by die omskrywing van seksuele skending ingesluit.¹⁸

Alhoewel die Staat nie verplig is om in die klagstaat die wyse van penetrasie te spesifiseer nie, is dit wel wenslik.¹⁹ Die geringste penetrasie van die geslagsdele deur enige liggaamsdeel of voorwerp is voldoende²⁰ en saadstorting word nie vereis nie. Alle persone is, ongeag ouderdom, tot seksuele geslagsgemeenskap in staat.²¹ 'n Seun onder die ouderdom van veertien jaar kan dus wel aan seksuele skending skuldig bevind word. Dronkenskap²² of die bestaan van 'n huwelik tussen die partye is nie 'n verweer nie.²³

Die essensie van die misdaad seksuele skending is die afwesigheid van toestemming. Indien 'n beskuldigde redelike gronde het om te glo dat die slagoffer tot die handeling toestem, maak die geslagsgemeenskap nie 'n misdaad uit nie.²⁴ Sy geloof in die bestaan van toestemming moet egter redelik wees. Om dit te bepaal, word 'n objektiewe toets toegepas²⁵ met inagneming van die slagoffer se optrede sowel as die omstandighede waarin die geslagsgemeenskap plaasgevind het.²⁶ Geldige toestemming behels 'n vrywillige instemming tot die seksuele

¹⁷ Simester en Brookbanks 543-544; *Kaitamaki* [1984] 1 NZLR 385 (ook gerapporteer per [1984] 2 All ER 435); *Tongotongo* [2000] NZCA 223 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 28: "Women are entitled to change their minds during sexual intercourse. Persisting with intercourse after known withdrawal of a consent originally given remains a serious crime, and ... can ... attract a substantial term of imprisonment. However rape in the ... common form of intercourse begun without consent, and without reasonable belief in consent, is even more serious."

¹⁸ *King supra* 410: "... what might theretofore have been indecencies were now potentially much more serious sexual violations."

¹⁹ *Accused* (CA 125/87)*supra* 425: "The general (and ... desirable) practice is to specify the means whereby the offence was committed, but the Crown was entitled to charge sexual violation in this way, just by itself."

²⁰ Artikel 127 van die *Crimes Act* 1961; Simester en Brookbanks 541, wat daarop wys dat penetrasie voltooi is sodra die manlike penis "within the labia or pudendum ... no matter how little" is; *King supra* 410; *W* [1995] 1 NZLR 548, 556: "... for purposes of rape the penetration required ... is of the genitalia."; *Tahaafe* [2000] NZCA 120 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 20: "... sperm found inside the complainant ... was an entirely logical basis for concluding that penetration had occurred... any degree of penetration suffices ..."

²¹ Artikel 127 van die *Crimes Act* 1961

²² *Clarke supra* 149: "... there was no room for intoxication as a factor in determining whether reasonable grounds existed for the accused's subjective belief that the girl was consenting."

²³ Artikel 128(4) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig in 1985; Simester en Brookbanks 552; *D* [1987] *supra* 275

²⁴ Artikel 128(2) en (3) van die *Crimes Act* 1961

²⁵ *Accused* (CA 250/91)*supra* 57; *Clarke supra* 149: "The adequacy of the grounds for a belief in consent must be judged objectively; this much is clear from the use of the word "reasonable" ... the present s 128 ... was introduced ... to displace the subjective approach ... namely that honest belief in consent was sufficient."; *Daniels supra* 109 en 114

²⁶ Simester en Brookbanks 554-559; *Daniels supra* 114

aktiwiteit ²⁷ en weerstand of weiering deur woord of daad word nie vereis nie. Blote berusting weens dwang of dreigemente dui nie op geldige toestemming deur 'n slagoffer nie en 'n slagoffer kan toestemming te eniger tyd herroep. ²⁸ Toestemming tot die geslagsdaad ontbreek ²⁹ indien geweld aangewend word, dreigemente van geweld geuiter is, ³⁰ die slagoffer die toediening van liggaamlike beserings of geweld vrees ³¹ of onder 'n wanindruk oor die aard van die handeling of die identiteit van die dader verkeer ³² sowel as waar enige ander omstandigheid op die afwesigheid van toestemming dui. ³³ Opset word vereis. Die beskuldigde moet weet dat toestemming ontbreek of moet roekeloos daarvoor wees. ³⁴

Poging tot ³⁵ sowel as aanranding met die opset om seksuele skending te pleeg, ³⁶ word ook verbied. ³⁷ Geslagsgemeenskap vorm 'n element van verskeie ander statutêre misdade, onder andere **seksuele geslagsgemeenskap met 'n kind onder twaalf jaar** ³⁸ sowel as poging daartoe. ³⁹ Toestemming is nie 'n verweer nie. Nog minder dat die beskuldigde geglo het dat die slagoffer ouer as twaalf jaar is. ⁴⁰ Seksuele geslagsmeenskap wat deur **dwang**,

²⁷ C [1995] 2 NZLR 330, 333: "Consent means a true consent given by a person who is in a position to make a rational decision."; *Cook supra* 97

²⁸ Artikel 128A(1) van die *Crimes Act* 1961; *Accused* (CA 250/91) *supra* 57: "All the circumstances ... pointed to the unlikelihood that the complainant was giving a free consent at that particular time and in that particular situation."; *Simester en Brookbanks* 544; *Cook supra* 97; *Brewer supra* 235-236; *Chronis* [2001] NZCA 166 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 21

²⁹ A [1994] *supra*

³⁰ Artikel 128A(2)(a)(i) van die *Crimes Act* 1961

³¹ Artikel 128A(2)(a)(ii) van die *Crimes Act* 1961; *Pauga* [1992] 3 NZLR 241, 243: "... the accused ... explained that he considered she wanted to have sex with him because she was scared that otherwise he, the accused, would beat her up, or something like that... where a person submits or acquiesces in sexual connection by reason of threatened application of force or fear of the application of force, that does not amount to consent... penetration took place without consent ..."

³² Artikel 128A(2)(b) van die *Crimes Act* 1961

³³ Artikel 128A(3) van die *Crimes Act* 1961

³⁴ *Kaitamaki supra* 386

³⁵ *Accused* (CA 174/88)[1989] 1 NZLR 714; *Accused* (CA 263/90) [1991] 3 NZLR 288, 289; *Horton* [1991] 3 NZLR 549, 552: "Attempts vary greatly in their seriousness and criminality. Some are of far less significance than the completed crime. Others are very close to it, in fact and in effect."

³⁶ *Gately* [2002] NZCA 20 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003

³⁷ Artikel 129 van die *Crimes Act* 1961; *Simester en Brookbanks* 562-564

³⁸ Artikel 132(1) van die *Crimes Act* 1961; *Simester en Brookbanks* 572-573

³⁹ Artikel 132(2) van die *Crimes Act* 1961; *Simester en Brookbanks* 572-573

⁴⁰ Artikel 132(3) van die *Crimes Act* 1961; *Simester en Brookbanks* 572-573

dreigemente of die misbruik van 'n **gesagsposisie** teweeggebring word, word ook verbied ⁴¹ sowel as **sameswering** om by wyse van wanvoorstellings 'n vrou of 'n meisie te oorreed om geslagsgemeenskap met enige man te hê. ⁴² Geslagsgemeenskap met 'n meisie wat in die beskuldigde se **sorg** is ⁴³ sowel as waar seksuele geslagsgemeenskap met 'n vrou of 'n meisie plaasvind omdat die beskuldigde die slagoffer valslik onder die indruk bring dat hulle wettig met mekaar **getroud** is, maak ook 'n misdaad uit. ⁴⁴ In *Accused* ⁴⁵ het die beskuldigde sy minnares en haar vyftienjarige dogter met slaappille bedwelm, ⁴⁶ waarna hy die kind onsedelik aangerand en haar geslagsdele digitaal gepenetreer het. Hy is skuldig bevind aan die misdaad en die hof het die volgende opmerking gemaak:

“... the act of sexual violation ... lasted some time and caused injury ... he found the girl in a dazed state. He knew he had caused it; he took advantage of it and satisfied his sexual desires on this 15 year old girl while her mother was also in a drugged state.” ⁴⁷

4.3 Die misdaad bloedskanie

Seksuele geslagsgemeenskap tussen bloedverwante word verbied ⁴⁸ weens die genetiese risiko's wat daaraan verbonde is. ⁴⁹ Geen ouer en 'n kind, ⁵⁰ 'n broer en 'n suster (ongegag of hulle vol- of halfbloed verwante is) sowel as 'n grootouer en 'n kleinkind mag met mekaar 'n seksuele verhouding hê nie. 'n Beskuldigde moet sestien jaar of ouer wees alvorens vervolging ingestel mag word. Kennis van die bestaan van die verwantskap tussen die partye word vereis.

⁴¹ Artikel 129A(1) van die *Crimes Act* 1961, wat in 1985 op die wetboek geplaas is; Simester en Brookbanks 559-562; *Brewer supra* 234-235: “... the essential items under s 129A(1)(c) are (i) there has been sexual connection; (ii) the alleged offender knew that the victim had been induced to consent by; (iii) an express or implied threat; (iv) to make improper use to the detriment of the other person; (v) of a power or authority arising out of an occupational or vocational position held by the alleged offender; or (vi) a commercial relationship existing between them... What is alleged in this case is a man abusing his position as the interviewer of a potential employee for sexual advantage. In doing so he was not threatening her with any immediate loss or damage and thus no detriment can be said to arise.” Die 16-jarige klaagster is deur die beskuldigde tot sekere seksuele daede gedwing toe sy om 'n betrekking aansoek gaan doen het. Die hof het bevind dat 'n aanklag van 'n oortreding van artikel 128 van die *Crimes Act* 1961 meer gepas sou wees.

⁴² Artikel 136 van die *Crimes Act* 1961

⁴³ *Accused* (CA 263/90)*supra* 289

⁴⁴ Artikel 137 van die *Crimes Act* 1961

⁴⁵ (CA 217/90)*supra*

⁴⁶ Oortreding van artikel 197 van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

⁴⁷ *Supra* 280

⁴⁸ Artikel 130(1) en (2) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig; Simester en Brookbanks 568-570, wys daarop dat aanhitsing tot die pleging van bloedskanie nie 'n aparte misdaad is nie

⁴⁹ *B* [1986] 2 NZLR 751, 752: “... the biological risks ...”

⁵⁰ *Accused* (CA 406/92) [1994] 3 NZLR 157 (vader met sy dogter); *Accused* (CA 291/90)*supra* (vader met sy dogter)

Die misdaad verjaar nie ⁵¹ en word nie so ernstig soos verkragting beskou nie. ⁵² Poging tot die pleging van bloedskande word ook verbied. ⁵³ Daar is min gerapporteerde beslissings oor bloedskande. In *B* ⁵⁴ en *Accused* ⁵⁵ het die onderskeie beskuldigdes bloedskandige geslagsgemeenskap met hul dogters gehad.

4.4 Die misdaad onsedelike aanranding

Daar is nie 'n statutêre omskrywing van onsedelike aanranding nie. 'n Hof let op die aard van die gedrag asook die tyd, plek en die omstandighede waarin die daad verrig is, om te bepaal of die handeling wel onsedelike aanranding uitmaak. 'n Handeling hoef nie sonder meer onsedelik te wees nie. ⁵⁶ In *Nazif* ⁵⁷ is onsedelike aanranding soos volg omskryf:

“... an indecent assault was an assault “in circumstances of indecency”... The word “indecent” is an ordinary word in the English language and it is for the jury to find the facts and decide whether that which they have found amounts to indecency ... It results in juries applying current standards of what is indecent and thereby reflecting the attitude of the community.” ⁵⁸

Alhoewel onsedelike aanranding nou onder die misdaad seksuele skending tuisgebring word, is daar verskeie ander bepalinge wat pertinent die onsedelike aanranding van kinders verbied.

Niemand mag 'n meisie van sestien jaar of ouer onsedelik aanrand nie. Toestemming deur die kind tot die daad is nie 'n verweer indien dit op 'n bedrieglike wyse bekom is nie. ⁵⁹ Geen

⁵¹ *Accused* (CA 291/90) *supra* 407: “The charge is serious and there is no time bar under the Crimes Act. It involved a single act of intercourse on a specific date ...”

⁵² *Accused* (CA 291/90) *supra* 409: “... the accused was charged with incest only and not with rape ... the sentence must reflect that lesser charge.”

⁵³ *B* [1984] 1 NZLR 261, 262

⁵⁴ [1984] *supra*, waar die slagoffer 10 jaar oud was; *K* [1984] 1 NZLR 264, waar die beskuldigde tot 4 jaar gevangenisstraf vir 6 aanklagte van bloedskande en een van onsedelike aanranding gevonnissen is. Hy het die misdade met sy 10-jarige dogter oor 'n tydperk van 7 jaar gepleeg

⁵⁵ (CA 291/90) *supra*

⁵⁶ *Dunn* [1973] 2 NZLR 481, 482-485: “... “It is the modern and popular use and acceptance of that term today. We are talking in this case of “now”, the present day application of that word. It is used in a criminal statute so it must be something which will warrant the sanction of the law, not some trifling or unimportant episode, something sufficient to invoke the law that must appeal to you as a matter of common sense ... The criminal law deals with matters of substance, and that is what you have to deal with here. Now “indecent” is a word which very largely speaks for itself. It is a word ... which the statute uses and it is not qualified in the statute in any way at all.”... The word “indecent” ... can only bear its common or general connotation....Indecency must always be judged in the light of time, place and circumstances.”

⁵⁷ [1987] NZLR 122

⁵⁸ *Supra* 127

⁵⁹ Artikel 135 van die *Crimes Act* 1961; *Simester en Brookbanks* 581-584; *Nazif supra*, waar die 61-jarige winkelleienaar 'n 16-jarige meisie se hand vasgegryp het toe sy die winkel wou verlaat. Hy het haar in haar nek gesoen terwyl hy met sy ander hand eers haar bors en daarna haar privaatdeel betas het; *Accused* (CA 263/90) *supra*

manspersoon mag ook 'n **seun van sestien jaar of ouer** onsedelik aanrand nie. Indien toestemming uit hoofde van wanvoorstellings oor die aard van die daad verkry is, is dit nie geldig nie.⁶⁰

Dit is ook 'n misdad indien **enige persoon 'n meisie onder die ouderdom van twaalf jaar**⁶¹ of **tussen twaalf en sestien jaar** onsedelik aanrand.⁶² In laasgenoemde geval het 'n beskuldigde verweer tot sy beskikking en moet bewys word:

- dat die slagoffer tot die handeling toegestem het; **en**
- dat die beskuldigde jonger as die slagoffer is;⁶³ **en**
- dat daar nie sprake van enige wanvoorstellings oor die aard van die handeling is wat tot gevolg gehad het dat die slagoffer toestemming verleen het nie; **of**
- dat die slagoffer tot die daad toegestem het;⁶⁴ **en**
- dat die beskuldigde ten tye van die beweerde misdad onder die ouderdom van 21 jaar is; **en**
- dat die beskuldigde redelike gronde gehad het om te glo, en inderdaad geglo het, dat die meisie sestien jaar of ouer was; **en**
- dat toestemming nie uit hoofde van wanvoorstellings oor die aard van die handeling verleen is nie.

Daar bestaan nie 'n misdad poging tot onsedelike aanranding nie.⁶⁵ Indien 'n **seun onder die ouderdom van twaalf jaar** onsedelik deur 'n **man** aangerand word, is toestemming nie 'n verweer nie.⁶⁶ Geen **man** mag 'n **seun tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar**

⁶⁰ Artikel 141 van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

⁶¹ Artikel 133(1)(a) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (2), is toestemming deur die slagoffer of die beskuldigde se geloof dat die slagoffer ouer as 12 jaar is, nie 'n geldige verweer nie; Simester en Brookbanks 573-577; *Kerr* [1988] 1 NZLR 270, waar die beskuldigde sy broek afgetrek en die slapende slagoffer met 'n byl in sy hand genader het; *Accused* (CA 245/90) [1991] 2 NZLR 649, 650: "... he placed his penis between her legs and there ejaculated." Die slagoffer was 4 jaar en 2 maande oud gewees; *White* [1988] 1 NZLR 264, waar die slagoffers 'n 9-jarige dogtertjie en 'n 8-jarige seuntjie was; *Liddell* [1995] 1 NZLR 538

⁶² Artikel 134(2)(a) van die *Crimes Act* 1961; *Attorney-General v B* [1992] 2 NZLR 351

⁶³ Artikel 134(3) van die *Crimes Act* 1961

⁶⁴ Artikel 134(4) van die *Crimes Act* 1961

⁶⁵ *Galliers* [1999] NZCA 56 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 14: "The charge of attempted indecent assault ... appears to have been an error. There is no such offence and the complaint was of actual touching albeit through clothing."

⁶⁶ Artikel 140(1) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Ingevolge subartikel (2) is dit nie 'n verweer dat die seun toestemming verleen het of dat die beskuldigde geglo het dat die kind ouer as 12 jaar is nie; *Harris supra*; *Liddell supra*

onsedelik aanrand nie.⁶⁷ Die misdaad is onderworpe aan dieselfde verweere as wat hierbo genoem word.⁶⁸ Toestemming sal wel 'n verweer wees indien 'n beskuldigde se geloof in die bestaan daarvan redelik is,⁶⁹ tensy daar sprake van bedrog of 'n wanvoorstelling is.⁷⁰ Voorbeelde van onsedelike aanranding is digitale penetrasie van 'n jong meisie se vagina (voordat die wetswysigings in werking getree het),⁷¹ onsedelike voorstelle aan 'n jong meisie en 'n poging om haar teen haar wil te soen,⁷² masturbasie van 'n kind,⁷³ betasting van 'n meisie se borste,⁷⁴ boude⁷⁵ of vagina⁷⁶ (selfs al geskied dit bo-oor kleredrag),⁷⁷ forsering van 'n kind om die beskuldigde te masturbeer,⁷⁸ orale seks,⁷⁹ gesimuleerde geslagsgemeenskap met 'n kind⁸⁰ of waar 'n beskuldigde sy penis tussen 'n kind se bene plaas en ejakuleer.⁸¹

4.5 Die misdaad “*anal intercourse*” (anale geslagsgemeenskap)

In 1986 is die misdaadsbenaming “*sodomy*” (*sodomie*)⁸² ingevolge die *Homosexual Law*

⁶⁷ Artikel 140A(1)(a) van die *Crimes Act* 1961

⁶⁸ Artikel 140A(2) en (3) van die *Crimes Act* 1961, waarvan die inhoud in wese dieselfde lui

⁶⁹ *Nazif supra* 128, waar daar 'n redelike geloof by die beskuldigde bestaan het dat die meisie wel toestemming tot die daad verleen het.

⁷⁰ Artikels 135(1)(b) en 141(1)(b) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

⁷¹ *Accused* (CA 260/92)*supra*; *Kealey* [2001] NZCA 173 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003

⁷² *Keefe* [1999] NZCA 44 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, waar die slagoffer 'n 15-jarige meisie was, par 18-19 en 21: "... he followed a 15 year old ... student into the toilet and then attempted to make her kiss him by putting his hands around her neck and pulling her towards him. At the same time he made indecent suggestions... the act of forcibly kissing or forcibly attempting to kiss a woman is a violent act on the offender's part... It was a serious indecent assault on a 15 year old girl."; *Nazif supra* 124

⁷³ *Accused* (CA 420/91)*supra* 258; *Accused* (CA 260/92)*supra*; *Kealey supra*

⁷⁴ *Accused* (CA 217/90) *supra* 277; *Dean* [1991] 3 NZLR 444; *Nazif supra*; *Kealey supra*

⁷⁵ *Dean supra*

⁷⁶ *Nazif supra*; *Dean supra*; *White supra*; *Kealey supra*

⁷⁷ *Galliers supra* par 14; *Accused* (CA 260/92)*supra* 287

⁷⁸ *Accused* (CA 174/88)*supra* 715; *Accused* (CA 272/90)*supra* 278; *Accused* (CA 260/92)*supra*

⁷⁹ *B* [1984] *supra* 262

⁸⁰ *White supra*; *Galliers supra*; *Josephs* [2002] NZCA 17 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003

⁸¹ *Accused* (CA 245/90)*supra*

⁸² *Aramoana* [1985] 1 NZLR 390: "...sodomy on a female ..."; *B* [1984] *supra* 262, waar die beskuldigde gepoog het om 'n 10-jarige kind te sodomiseer; *Bailey supra* 110; *H* [1986] 2 NZLR 755; *Hibberd* [2001] 2 NZLR 211

Reform Act met “**anal intercourse**” (anale geslagsgemeenskap) vervang.⁸³ Seksuele geslagsgemeenskap tussen volwasse, toestemmende mans is ook gedekriminaliseer.⁸⁴ Anale geslagsgemeenskap sonder toestemming resorteer tans onder die misdaad seksuele skending,⁸⁵ terwyl anale geslagsgemeenskap tussen **enige persoon** en ‘n kind onder die **ouderdom van sestien jaar** ‘n aparte misdaad uitmaak.⁸⁶ Die misdaad is geslagsneutraal, maar word nie gepleeg indien albei partye vroulik is nie.⁸⁷ Penetrasie is ‘n vereiste.⁸⁸ Vervolging vir die misdaad moet binne twaalf maande na die pleging daarvan ingestel word.⁸⁹

Indien die slagoffer ouer as twaalf jaar⁹⁰ maar jonger as sestien jaar is, het ‘n beskuldigde slegs twee verwerpe tot sy beskikking.⁹¹ Eerstens moet bewys word dat die slagoffer tot die anale geslagsgemeenskap toegestem het en ouer as die beskuldigde is, tensy toestemming by wyse van bedrog of wanvoorstellings oor die aard of inhoud van die handeling verkry is.⁹² Andersins moet bewys word dat die slagoffer tot die geslagsmeenskap toegestem het, dat die beskuldigde tydens die misdaad onder die ouderdom van 21 jaar was en redelike gronde gehad het om te glo dat die slagoffer sestien jaar of ouer is. Die toestemming mag egter nie op ‘n bedrieglike wyse of deur wanvoorstellings oor die aard of inhoud van die handeling verkry word nie.⁹³

⁸³ Artikel 142 van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

⁸⁴ Alhoewel seksuele oriëntasie nie in artikel 19 van die *Bill of Rights* 1990 as ‘n grond van diskriminasie vermeld word nie, is dit in artikel 21(1)(m) van die *Human Rights Act* 1993 vervat: “... a heterosexual, homosexual, lesbian, or bisexual orientation”. Artikel 19 van die *Bill of Rights Act* 1990 bepaal: “**Freedom from discrimination** (1) Everyone has the right to freedom from discrimination on the grounds of colour, race, ethnic or national origins, sex, marital status, or religious or ethical belief. (2) Measures are taken in good faith for the purpose of assisting or advancing persons or groups of persons disadvantaged because of colour, race, ethnic or national origins, sex, marital status, or religious or ethical belief do not constitute discrimination.”

⁸⁵ Artikel 128(5) van die *Crimes Act* 1961: “... “sexual connection means” (a) connection occasioned by the penetration of the genitalia or the anus of any person ...”

⁸⁶ Artikel 142(1) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Subartikel (2) bevat ‘n omskrywing van ‘n persoon wat ernstig abnormaal is; *Hibberd supra* 212: “... Hibberd has been convicted of 32 offences of sexual misconduct with boys between the ages of 12 and 16... beginning in 1975 and ending in 1981.”; *Liddell supra*

⁸⁷ Simester en Brookbanks 586-587

⁸⁸ Artikel 142(4) van die *Crimes Act* 1961

⁸⁹ Artikel 142(8) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (9) geld hierdie bepaling nie indien ‘n slagoffer tydens die misdaad onder die ouderdom van 12 jaar was nie.

⁹⁰ Artikel 142(9) van die *Crimes Act* 1961

⁹¹ Artikel 142(10) van die *Crimes Act* 1961: “Except as provided in this section, it is no defence to a charge under this section that the person upon whom the act of anal intercourse was committed consented, or that the person charged believed that the person was of or over the age of 16 years.”

⁹² Artikel 142(6) van die *Crimes Act* 1961

⁹³ Artikel 142(7) van die *Crimes Act* 1961

4.6 Onnatuurlike geslagsmisdade

4.6.1 Bestialiteit

Die term “*onnatuurlike geslagsmisdade*” is onbekend aan die Nieu-Seelandse Reg. Die misdaad bestialiteit word nie omskryf nie, maar uitdruklik verbied.⁹⁴ Geen persoon mag ‘n **onsedelike daad** met ‘n dier verrig nie.⁹⁵ Indien kinders die **gedwonge** slagoffers van onsedelike daade met diere is, behoort dit die geslagsneutrale misdaad “***compelling indecent act with animal***” (**gedwonge onsedelike daad met dier**) uit te maak.⁹⁶ Ingevolge hierdie misdaad mag niemand ‘n persoon aanrand of met geweld dreig om ‘n onsedelike daad met ‘n dier te pleeg of om hom of haar daaraan te onderwerp nie. Penetrasie word nie vereis nie. Al die verskyningsvorme van bestialiteit is geslagsneutraal.

4.6.2 Pedofilie

Pedofilie is seksueel afwykende gedrag, ingevolge waarvan ‘n persoon ‘n perverse liefde vir kinders toon. Dit is nie ‘n misdaad of ‘n verweer nie.⁹⁷

4.7 Seksuele misdade met kinders en jeugdiges

Daar is ‘n groot hoeveelheid statutêre misdade in die *Crimes Act* wat verskeie seksuele aktiwiteite met kinders en jeugdiges verbied.

4.7.1 Geslagsgemeenskap met ‘n ernstig geestesongestelde (“*subnormal*”) meisie is ‘n misdaad, tensy die beskuldigde (wat manlik sowel as vroulik kan wees) onbewus van die slagoffer se toestand was. Poging tot die pleging van hierdie daad maak ook ‘n

⁹⁴ Artikel 143 van die *Crimes Act* 1961

⁹⁵ Artikel 144, van die *Crimes Act* 1961; *Aramoana supra*

⁹⁶ Artikel 142A(1) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig, skryf 14 jaar gevangenisstraf voor

⁹⁷ *Martin* [1999] NZCA 222 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz/>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par7; *Harris supra* par7: “A comprehensive psychiatric report ... defined him as a homosexual paedophile attracted to pre pubescent boys under the age of 12.”

misdaad uit.⁹⁸ Seksuele geslagsgemeenskap of poging daartoe met ‘n meisie onder die ouderdom van **twintig jaar**, wat **onder die beskuldigde se sorg of beskerming** is, word verbied ten spyte van die feit dat die slagoffer toestemming tot die daad verleen het, mits die partye nie met mekaar getroud is nie. Die slagoffer kan die beskuldigde se stiefdogter, pleegkind, ‘n aangenome kind of ‘n meisie wees, wat soos ‘n familielid in die beskuldigde se woning leef en onder sy sorg of beskerming is.⁹⁹

Seksuele geslagsgemeenskap met ‘n **meisie tussen die ouderdom van tien en sestien jaar** maak ‘n misdaad uit,¹⁰⁰ tensy ‘n geldige huwelik tussen die partye bestaan **of** die beskuldigde bewys:

- dat die slagoffer tot die handeling toegestem het; **en**
- dat die beskuldigde jonger as die slagoffer is; **en**
- dat toestemming nie weens wanvoorstellings oor die aard van die handeling verleen is nie; ¹⁰¹ **of**
- dat die slagoffer tot die daad toegestem het; **en**
- dat die beskuldigde ten tye van die beweerde misdaad onder 21 jaar was; **en**
- dat die beskuldigde redelike gronde gehad het om te glo, en inderdaad geglo het, dat die meisie sestien jaar of ouer is; **en**
- indien toestemming tot die handeling nie uit hoofde van wanvoorstellings oor die aard van die handeling verleen is nie.¹⁰²

4.7.2 Verskeie **onsedelike dade met kinders** word ook verbied. Geen **man** mag ‘n

⁹⁸ Artikel 138(1) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig, skryf 7 jaar gevangenisstraf voor. Subartikel (2) omskryf “*severely subnormal*” as “... incapable of living an independent life or of guarding herself against serious exploitation or common physical dangers.”

⁹⁹ Artikel 131 van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig, bepaal dat 7 jaar gevangenisstraf opgelê mag word. Weens die bewoording van die artikel, naamlik “**every one**”, wil dit voorkom asof ‘n vroulike beskuldigde wel van ‘n oortreding ingevolge hierdie artikel aangekla sal kan word; Simester en Brookbanks 571-572; *H* [1993] 1 NZLR 129, 136: “... in alleging an offence against s 131(1)(b) the prosecution is required to prove each of the following: 1. The accused being a man had or attempted to have sexual intercourse with any female under the age of 20 years. 2. Such female was not his wife or de facto wife. 3. Such female was not his stepdaughter, foster daughter or ward. 4. At the time of the intercourse or attempted intercourse the male and the female were members of the same domestic situation. 5. Both the male and the female were living in, rather than merely forming part of, the same domestic situation at the relevant time. 6. At the time of the intercourse or attempted intercourse the female was in fact under the male’s care and protection.”; *Police v Sullivan* [1991] 3 NZLR 50

¹⁰⁰ Artikel 134(1) van die *Crimes Act* 1961 skryf 7 jaar gevangenisstraf voor. Ingevolge subartikel (7), moet vervolging binne 12 maande na pleging van die misdaad ingestel word. Weens die bewoording van die artikel, naamlik “**every one**”, wil dit voorkom asof ‘n vroulike beskuldigde van ‘n oortreding van hierdie artikel aangekla kan word indien sy geslagsgemeenskap met ‘n meisie hou of die meisie onsedelik aanrand: Simester en Brookbanks 577-581

¹⁰¹ Artikel 134(3) van die *Crimes Act* 1961

¹⁰² Artikel 134(4) van die *Crimes Act* 1961

onsedelike daad met 'n **meisie onder twaalf jaar** ¹⁰³ of **tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar** pleeg nie. ¹⁰⁴ By laasgenoemde oortreding het 'n beskuldigde verskeie verwere tot sy beskikking. ¹⁰⁵ Geen **man** mag voorts 'n **meisie onder twaalf jaar** ¹⁰⁶ of **tussen twaalf en sestien jaar** ¹⁰⁷ oorreed of toelaat om 'n onsedelike daad met hom te verrig nie. Hy het wel sekere verwere tot sy beskikking waar die meisie tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar is. ¹⁰⁸

Geen **vrou** wat 21 jaar of ouer is, mag 'n onsedelike daad met 'n **meisie onder sestien jaar** pleeg nie, selfs al het die kind toestemming verleen. ¹⁰⁹ Indien die **vrou** die meisie toelaat of beweeg om 'n onsedelike daad met die vrou te pleeg, pleeg sy 'n misdad, selfs al is toestemming verleen. ¹¹⁰ Geen **man** mag 'n onsedelike handeling met 'n **seun onder twaalf jaar** (selfs met die kind se toestemming) ¹¹¹ of 'n **seun tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar** verrig nie. ¹¹² In laasgenoemde geval beskik die beskuldigde oor sekere verwere. ¹¹³ Indien 'n **man** 'n **seun onder twaalf jaar**, selfs met

¹⁰³ Artikel 133(1)(b) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (2) is toestemming deur die meisie of die beskuldigde se geloof dat sy ouer as 12 jaar is, nie 'n geldige verweer nie.

¹⁰⁴ Artikel 134(2)(b) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (7) moet vervolging binne 12 maande na pleging van die misdad ingestel word; *Police v Sullivan supra*

¹⁰⁵ Artikel 134(3) en (4) van die *Crimes Act* 1961. Hierdie subartikels bevat dieselfde verwere as wat *supra* genoem word, met die uitsondering van die bestaan van 'n huwelik tussen die partye. Hierdie verweer geld slegs ten aansien van 'n oortreding van artikel 134(1)

¹⁰⁶ Artikel 133(1)(c) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (2) is toestemming deur die meisie of die beskuldigde se geloof dat sy ouer as 12 jaar is, nie 'n geldige verweer nie; *B* [1984] *supra* 262; *White supra*, waar een van die slagoffers 'n 9-jarige dogtertjie was

¹⁰⁷ Artikel 134(2)(c) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (7) moet vervolging binne 12 maande na pleging van die misdad ingestel word; *Police v Sullivan supra*

¹⁰⁸ Artikel 134(3) en (4) van die *Crimes Act* 1961. Dieselfde verwere geld as wat *supra* genoem word, met die uitsondering van die bestaan van 'n huwelik tussen die partye.

¹⁰⁹ Artikel 139(1)(a) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Subartikel (2) bepaal dat die slagoffer nie vervolgt kan word nie, terwyl subartikel (3) meld dat toestemming nie 'n verweer is nie. Alhoewel dit met die eerste oogopslag wil voorkom asof hierdie artikel en artikel 134 met mekaar oorvleuel, blyk dit egter uit die bewoording van die onderskeie artikels dat artikel 134 op **onsedelike aanranding** betrekking het, terwyl artikel 139 op 'n **onsedelike daad** van toepassing is. Die verskil in terminologie word nie in die Wet toegelig nie.

¹¹⁰ Artikel 139(1)(b) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Die slagoffer mag nie ingevolge subartikel (2) vervolgt word nie.

¹¹¹ Artikel 140(1)(b) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Subartikel (2) meld dat toestemming nie 'n verweer is nie; ook nie dat die beskuldigde geglo het dat die slagoffer ouer as 12 jaar is nie; *Harris supra*

¹¹² Artikel 140A(1)(b) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (6) moet vervolging binne 12 maande na datum van die pleging van die misdad ingestel word; *C* [1995] *supra*

¹¹³ Die verwere in artikel 140A(2) en (3) van die *Crimes Act* 1961 lees soortgelyk aan dié vervat in artikel 134(3) en (4) van die Wet, soos *supra* uiteengesit. Die enigste verskil is dat laasgenoemde op 'n **meisie** van toepassing is, terwyl artikel 140A(2) en (3) op 'n **seun** betrekking het.

die kind se toestemming,¹¹⁴ of 'n **seun tussen die ouderdom van twaalf tot sestien jaar**¹¹⁵ toelaat of oorreed om 'n onsedelike daad met die beskuldigde te verrig, is dit ook 'n misdad. Die beskuldigde beskik wel oor sekere verweere waar die seun tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar is.¹¹⁶

4.7.3 Geen persoon mag 'n **vrou of 'n meisie** teen betaling of vergoeding verskaf om seksuele geslagsgemeenskap met 'n ander man te hou of 'n onderneming in die verband gee nie, andersins maak dit die misdad **koppelary** uit.¹¹⁷

4.7.4 Prostitusie word nie as sodanig verbied nie. Indien 'n **persoon** wel¹¹⁸ van die opbrengste van kinderprostitusie leef,¹¹⁹ 'n kind tot prostitusie uitlok of teen betaling of 'n ander tipe vergoeding die dienste van 'n kinderprostituut verskaf, pleeg hy 'n misdad.

4.8 Misdade in verband met kinderpornografie

Die *Films, Videos and Publications Classifications Act* 1993 reël hoofsaaklik alle aangeleenthede in verband met pornografie en ander onsedelike materiaal. Alhoewel kinderpornografie nie pertinent verbied word nie, is daar verskeie gekompliseerde en moeilik verstaanbare bepalings wat daarop betrekking het. Die Wet bevat geen omskrywing van 'n "kind" nie, ten spyte van die veelvuldige gebruik van die begrip "children". Alvorens die misdade gelys word, word enkele belangrike omskrywings bespreek.

Gedrag wat **immoreel** is, is nie noodwendig onsedelik nie, maar teenstrydig met die gemeenskap se morele standaard. Enige afstootlike gedrag wat teen die openbare sedelikheid

¹¹⁴ Artikel 140(1)(c) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Ingevolge subartikel (2) is toestemming nie 'n verweer nie; ook nie dat die beskuldigde geglo het dat die seun ouer as 12 jaar is nie; *White supra*, waar een van die slagoffers 'n 8-jarige seun was; *Harris supra*

¹¹⁵ Artikel 140A(1)(c) van die *Crimes Act* 1961. Ingevolge subartikel (6) moet vervolging binne 12 maande na datum van die pleging van die misdad ingestel word.

¹¹⁶ Artikel 140A(2) en (3) van die *Crimes Act* 1961

¹¹⁷ Artikel 149 van die *Crimes Act* 1961

¹¹⁸ Artikel 148 van die *Crimes Act* 1961

¹¹⁹ *Holdem* [2000] NZCA 35 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, waar die slagoffer 'n 14-jarige meisie was

indruis, is **onsedelik**.¹²⁰ Daar word statutêr tussen “**objectionable**” (aanstootlike) en “**restricted**” (beperkte) materiaal onderskei. Alle publikasies word aan die “*Classification Office*” (Klassifikasieraad of -kantoor) voorgelê, wat dan moet besluit onder welke kategorieë die materiaal ingedeel moet word, naamlik:

- “(a) Unrestricted; or
- (b) Objectionable; or
- (c) Objectionable except in any one or more of the following circumstances:
 - (i) if the availability of the publication is restricted to persons who have attained a specific age;
 - (ii) if the availability ... is restricted to specified persons or classes of persons;
 - (iii) if the publication is used for one or more specified purposes ...educational, professional, scientific, literary, artistic, or technical purposes.”¹²¹

‘n “**Publication**” (**publikasie**) sluit enige film, boek, klankopname, prent, koerant, foto, negatief van ‘n foto, skyfie, geskrewe stuk, papier sowel as ‘n beeld in. Die res van die omskrywing is belangrik met betrekking tot die gebruik van ‘n **rekenaar** en die **Internet**:¹²²

“... any ... thing ... on which is recorded or stored any information that by the use of any computer or other electronic device, is capable of being reproduced or shown as any word, statement, sign, or representation...”

Dit is interessant dat die Wet ook voorsiening daarvoor maak dat die verskaffing, lewering of beskikbaarstelling van afstootlike materiaal by wyse van ‘n **elektroniese versending** kan geskied. Hierby ingesluit is ‘n **faksimilee** sowel as ‘n **epos**.¹²³ Die begrip “**objectionable**” (**aanstootlike**) verwys na afkeurenswaardige, aanstootlike materiaal en word - sonder dat daar na pornografie verwys word - omskryf as:¹²⁴

“...if it describes, depicts, expresses, or otherwise deals with matters such as sex, horror, crime, cruelty, or violence in such a manner that the availability of the publication is likely to be injurious to the public good.”

Materiaal sal aanstootlik wees indien dit op die bevordering van die uitbuiting van kinders of jong mense vir seksuele doeleindes gerig is of as dit op die gebruik van geweld of dwang dui,

¹²⁰ *Redden* [2000] NZCA 246 [<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/disp.pl/nz>], laaste keer besoek op 8 Julie 2003, par 80 en 84: “... the videos ... need to describe, depict, express, or otherwise deal with “sex” or a “matter[s] such as sex” in such a manner that the availability of the videos would be injurious to the public good... the test ... whether that subject matter is objectionable, that is, whether it is portrayed in such a manner that the availability of the publication is likely to be injurious to the public good.”

¹²¹ Artikel 23(2) en (3) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993. Artikel 27 handel oor voorwaardes wat aan die vertoning van “*restricted*” publikasies gekoppel word en artikel 28 het betrekking op openbare uitstallings.

¹²² Artikel 2 van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993

¹²³ Artikel 123(4) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993

¹²⁴ Artikel 3(1) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993; *Redden supra* par 69: “A definition of “pornography” was not included in the legislation because of the difficulty of providing a satisfactory definition of that concept, but it was clearly contemplated that the “sex” which would be subject to the Act was sexual conduct or activity in the nature of pornography.”

om iemand anders aan seksuele daade te laat deelneem. Dit sal ook aanstootlik wees indien dit die gebruik van urine of ontlasting in samehang met vernederende, walglike seksuele aktiwiteite of bestialiteit uitbeeld sowel as daade wat op marteling, die toediening van uitermatige geweld of brutaliteit dui.¹²⁵ Indien die publikasie nie binne hierdie kategorieë val nie, moet bepaal word of die materiaal tonele bevat wat foltering, die toediening van ernstige liggaamlike geweld, brutale daade, seksuele geweld, dwang, vernederende of dierlike seksuele optrede uitbeeld. Die materiaal sal afstootlik wees indien dit seksuele aktiwiteite met of deur kinders of jong mense, seksuele bevrediging deur die toediening of opdoening van pyn, wrede daade, die naaktheid van kinders of jong mense asook die vernedering van enige persoon uitbeeld. Die materiaal sal ook deur die wetgewing geraak word indien dit lede van 'n sekere groep in die gemeenskap as minderwaardig uitbeeld.¹²⁶

Daar word ook gelet op die oorheersende effek en impak van die vorm waarin die materiaal vervat is. Die aard en die oogmerk van die materiaal - met inagneming van enige literêre, kunstige, kulturele, opvoedkundige, wetenskaplike of sosiale meriete of waarde wat dit mag bevat - kan ook op die moontlike afstootlike aard daarvan dui. 'n Verdere kriterium is die persone, ouderdomsgroepe of klasse van persone vir wie die materiaal bestem is of aan wie dit waarskynlik beskikbaar gestel gaan word. Enige ander relevante aangeleentheid mag ook in ag geneem word om te bepaal of die publikasie afstootlik is.¹²⁷ Deskundige getuienis oor die aard van die materiaal in geskil word statutêr vereis.¹²⁸

'n Interessante onderskeid word by die misdade ten opsigte van die vereiste skuldvorm getref. Die onderskeid behels dat dieselfde handeling telkens strafbaar gestel word, maar dat **streng aanspreeklikheid** ("*strict liability*") in die geval van die een verbodsbepaling voldoende is, terwyl **opset** ingevolge die ander artikel vir dieselfde daade vereis word. Artikel 123 van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993 bepaal dat onkunde oor die **afstootlikheid** van materiaal nie 'n verweer is nie,¹²⁹ indien sodanige materiaal **vervaardig**

¹²⁵ Artikel 3(2) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993

¹²⁶ Artikel 3(3) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993

¹²⁷ Artikel 3(4) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993

¹²⁸ Artikel 4(1) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993

¹²⁹ Artikel 123(3) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act* 1993

word ¹³⁰ of 'n **kopie** daarvan gemaak word met die doel om dit aan iemand anders te verskaf, te versprei of te vertoon. ¹³¹ Streng aanspreeklikheid is ook voldoende, indien 'n beskuldigde 'n afstootlike publikasie **verskaf, besit,** ¹³² **versprei, uitstal, adverteer of ten toon stel,** met die doel om dit aan 'n ander persoon te verskaf. ¹³³

'n Beskuldigde doen ook streng aanspreeklikheid op, indien hy afstootlike materiaal teen 'n **prys of vergoeding** adverteer, versprei, vertoon of uitstal ¹³⁴ of dit aan iemand anders **lewer** met die bedoeling dat dit aan 'n **kind onder agtien jaar** of in 'n **openbare plek** vertoon word. ¹³⁵ Dieselfde handeling word deur artikel 124(1) van die Wet verbied, met die verskil dat **kennis** vereis word. 'n Beskuldigde moet weet of redelike gronde hê om te glo dat die materiaal afstootlik is. Hy kan wel as 'n verweer opper dat die uitstalling of vertoning vir opvoedkundige of professionele doeleindes was, deur die "*Chief Censor*" (Hoofsensur) gelas is **en** op 'n perseel van die "*Classification Office*" (Klassifikasieraad of -kantoor) vertoon of uitgestal is. ¹³⁶

Indien 'n beskuldigde **afstootlike** materiaal aan 'n **kind onder agtien jaar** uitstal of vertoon, word hierdie gedrag deur twee verbodsbepalings geraak, naamlik die omskrewe misdaad waarvoor streng aanspreeklikheid ¹³⁷ voldoende is en onkunde geen verweer is nie, ¹³⁸ sowel as dieselfde handeling, maar gekoppel aan die beskuldigde se **kennis** van die kriminaliteit daaraan verbode. ¹³⁹ Geen persoon mag voorts 'n aanstootlike publikasie op 'n **openbare plek** uitstal of vertoon nie. ¹⁴⁰ Onkunde is nie 'n verweer nie. ¹⁴¹ Indien die afstootlike materiaal aan

¹³⁰ Artikel 123(1)(a) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³¹ Artikel 123(1)(b) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³² Artikel 123(1)(c) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³³ Artikel 123(1)(d) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³⁴ Artikel 123(1)(e) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³⁵ Artikel 123(1)(f) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³⁶ Artikel 128 van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*. Hierdie verweere geld slegs by oortredings van artikels 123 en 124

¹³⁷ Artikel 127(1) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³⁸ Artikel 127(3) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹³⁹ Artikel 127(4) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴⁰ Artikel 129(1) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴¹ Artikel 129(2) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

‘n persoon in ‘n openbare plek verskaf word terwyl die beskuldigde weet of redelike gronde het om te glo dat die materiaal afstootlik van aard is, pleeg hy ook ‘n misdaad.¹⁴²

Niemand mag **afstootlike materiaal besit** nie.¹⁴³ **Kennis** van die aanstootlike aard van die materiaal word nie vereis nie.¹⁴⁴ Die bestrawwing van die gedrag is egter onderhewig aan statutêre uitsonderings wat die besit van die materiaal magtig sowel as verskeie verwerpe wat geopper kan word.¹⁴⁵ ‘n Verbod word ook op verskeie ander handeling geplaas, byvoorbeeld die verbreking van voorwaardes wat aan beperkte publikasies gekoppel is¹⁴⁶ en die uitstalling van afstootlike materiaal wat andersins deel vorm van ‘n publikasie wat nie as afstootlik of beperk geklassifiseer is nie.¹⁴⁷

Streng aanspreeklikheid geld ook ten opsigte van misdade oor beperkte publikasies. Onkunde is weer eens nie ‘n verweer nie.¹⁴⁸ Geen persoon mag ‘n beperkte publikasie **verskaf, versprei, uitstal, ten toon stel of teenstrydig** met die klassifikasie ingevolge die Wet daarmee handel¹⁴⁹ of dit aan iemand anders **verskaf** met die doel dat die ander persoon op dieselfde wyse daarmee handel nie.¹⁵⁰ Hierdie handeling word ook onderworpe aan ‘n beskuldigde se **kennis** van die beperkende aard van die materiaal strafbaar gestel.¹⁵¹ Geen persoon mag materiaal aan ‘n **kind onder agtien jaar** verskaf, versprei, uitstal of ten toon stel, terwyl hy weet dat dit waarskynlik as afstootlik geklassifiseer sal word, indien dit aan ‘n kind onder hierdie ouderdom beskikbaar gestel word nie.¹⁵² Niemand mag **onsedelike materiaal, items of modelle** aan lede van die publiek verkoop, uitstal of versprei nie.¹⁵³

¹⁴² Artikel 129(3) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴³ Artikel 131(1) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴⁴ Artikel 131(3) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴⁵ Artikel 131(4) en (5) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴⁶ Artikel 130 van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴⁷ Artikel 132 van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴⁸ Artikel 125(3) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁴⁹ Artikel 125(1)(a) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁵⁰ Artikel 125(1)(b) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁵¹ Artikel 126(1)(a) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁵² Artikel 126(1)(b) van die *Films, Videos, and Publications Classifications Act 1993*

¹⁵³ Artikel 124 van die *Crimes Act 1961*, soos gewysig

4.9 Ander seksuele misdade met kinderslagoffers

4.9.1 Enige kommersiële seksuele uitbuiting van kinders word verbied. Niemand mag “*child sex tours*” organiseer of bevorder nie. Die daadwerklike pleging van ‘n seksuele misdade met ‘n kind word nie vereis nie. Geen persoon mag reëlins namens ‘n ander persoon vir ‘n reis tref of die ander persoon na ‘n plek buite Nieu-Seeland neem of vervoer met die doel om daar ‘n seksuele misdade met ‘n kind te pleeg nie. Niemand mag ook voorts “*child sex tours*” op enige wyse - onder andere deur middel van advertensies op die Internet - adverteer nie.¹⁵⁴ Die verbode seksuele gedrag sluit in seksuele geslagsgemeenskap of ‘n onsedelike daad met ‘n meisie onder twaalf jaar of ‘n meisie tussen twaalf en sestien jaar sowel as poging daartoe, ‘n onsedelike daad tussen ‘n vroulike beskuldigde en ‘n meisie onder sestien jaar, ‘n onsedelike daad met ‘n seun onder twaalf jaar of ‘n seun tussen twaalf en sestien jaar sowel as anale geslagsgemeenskap met ‘n kind onder sestien jaar.¹⁵⁵

4.9.2 Anders as in Australië, is “*maintaining a sexual relationship with a child*” (die handhawing van ‘n seksuele verhouding met ‘n kind) nie ‘n misdade in Nieu-Seeland nie. In *Accused*¹⁵⁶ is ‘n reeks seksuele misdade oor ‘n lang tydperk met drie slagoffers gepleeg. Hulle kon egter nie die verskillende datums en handeling van mekaar onderskei nie. Die hof het die praktyk van “*specimen or sample counts*” (voorbeeld of proef-aanklagte), wat in sulke gevalle geld, bespreek. Die prosedure behels dat ‘n aanklag geformuleer word waarin die misdade wat oor ‘n tydperk gepleeg is, uiteengesit word. Die Staat moet dan bewys dat ten minste een van hierdie gespesifiseerde misdade binne die betrokke tydperk gepleeg is. Die klagstaat moet wel voldoende inligting bevat om ‘n beskuldigde in staat te stel om na behore vir sy verdediging voor te berei.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Artikel 144C van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

¹⁵⁵ Artikel 144A van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

¹⁵⁶ (CA 160/92) *supra*

¹⁵⁷ *Supra* 389-392

- 4.9.3 “Female genital mutilation” (skending van vroulike geslagsdele)** word wel verbied¹⁵⁸ en meer spesifiek die daadwerklike skending van die vroulike geslagsdele, die uitlokking of aanhitsing daartoe sowel as waar reëlins in die verband getref word.¹⁵⁹ Skending van ‘n meisie onder die ouderdom van sewentien jaar se vroulike geslagsdele word strafbaar gestel.¹⁶⁰ Toestemming is nie ‘n verweer nie,¹⁶¹ tensy die skending deel van ‘n gemagtigde mediese prosedure vorm.¹⁶²
- 4.9.4** Indien ‘n beskuldigde opsetlik ‘n ander persoon (waarby ‘n kind inbegrepe is) met ‘n siekte besmet of dit veroorsaak, maak dit die geslagsneutrale misdaad “**infecting with disease**” (besmetting met ‘n siekte) uit.¹⁶³ In *Mwai*¹⁶⁴ is die beskuldigde in 1994 aan hierdie misdaad skuldig bevind en tot sewe jaar gevangenisstraf gevonniss, nadat hy opsetlik geslagsgemeenskap met vyf vrouens gehad het en twee van hulle met die HIV-virus besmet het.
- 4.9.5 “Criminal harassment” (kriminele teistering)** word verbied. Niemand mag opsetlik ‘n ander persoon teister en daardeur veroorsaak dat die slagoffer vir sy eie of ‘n familielid se veiligheid vrees nie.¹⁶⁵ ‘n Beskuldigde moet op ten minste twee geleenthede gedurende ‘n tydperk van twaalf maande sekere handeling verrig wat hierdie gevolg teweegbring.¹⁶⁶ Die verbode gedrag behels dat ‘n beskuldigde die slagoffer dophou, verhoed of belemmer om toegang tot die slagoffer se woning, werksplek of ander plek te verkry of verhinder om die perseel te verlaat. Dit sluit ook gevalle in waar hy die

¹⁵⁸ Artikel 204A(1) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig, omskryf dit as: “... the excision, infibulation, or mutilation of the whole or part of the labia majora, labia minora, or clitoris of any person.”

¹⁵⁹ Artikel 204A(2) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Verdere handeling word in artikel 204B van die Wet omskryf en ook met 7 jaar gevangenisstraf strafbaar gestel.

¹⁶⁰ Artikel 204B van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

¹⁶¹ Artikels 204A(6) en 204B(4) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

¹⁶² Artikel 204A(3) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig, bevat die verwere wat ‘n beskuldigde tot sy beskikking het. Die bepaling van subartikels (4) en (5) is relevant by die beoordeling van die geldigheid van die verwere.

¹⁶³ Artikel 201(1) van die *Crimes Act* 1961

¹⁶⁴ [1995] 3 NZLR 149, 155 en 158: “... grievous bodily harm includes really serious psychiatric injury identified as such by appropriate specialist evidence... It was ... essential that the Court express the community’s condemnation of such recklessness ... there should be an operative sentence in respect of each of the five victims Seven years overall for all this misery cannot be said to be excessive.”; Simester en Brookbanks 515

¹⁶⁵ Artikel 8(1) van die *Harassment Act* 1997

¹⁶⁶ Artikel 3(1) van die *Harassment Act* 1997

slagoffer agtervolg of lastig val, die slagoffer se perseel betree of afstootlike materiaal aan die slagoffer stuur. Gereelde kontak met die slagoffer, hetsy telefonies of andersins, maak ook die misdaad uit,¹⁶⁷ sowel as waar 'n beskuldigde op so 'n wyse optree dat dit vrees by die slagoffer vir sy eie veiligheid of dié van 'n familielid inboesem.¹⁶⁸ Dit blyk uit die bewoording van die relevante bepalings dat 'n kind ook die slagoffer van kriminele teistering kan wees, aangesien 'n kind nie van die toepassing van die bepalings uitgesluit word nie en vir doeleindes van hierdie Wet as 'n persoon onder die ouderdom van sewentien jaar omskryf word.¹⁶⁹

4.9.6 Interessantshalwe word vermeld dat die **gebruik of besit van 'n vuurwapen**¹⁷⁰ sowel as die **besit van 'n gevaarlike wapen of 'n “disabling substance”** (**'n middel waarmee iemand buite aksie gestel word**)¹⁷¹ tydens die pleging van enige misdaad (waarby seksuele misdade inbegrepe is) afsonderlike misdade uitmaak.

4.9.7 Geen **seksuele misdade mag met kinders buite die landsgrense** van Nieu-Seeland gepleeg word nie.¹⁷² Alvorens 'n vervolging ingestel kan word, moet die Prokureur-Generaal se magtiging in dié verband bekom word.¹⁷³ Die misdadige gedrag sluit in, onder andere, seksuele geslagsgemeenskap of onsedelikheid met 'n meisie onder twaalf jaar sowel as poging daartoe, seksuele geslagsgemeenskap of onsedelikheid met 'n meisie tussen twaalf en sestien jaar, 'n onsedelike daad tussen 'n vroulike beskuldigde en 'n meisie onder sestien jaar, 'n onsedelike daad met 'n seun onder twaalf jaar, 'n onsedelike daad met 'n seun tussen twaalf en sestien jaar en anale geslagsgemeenskap met 'n kind onder sestien jaar.

¹⁶⁷ Simester en Brookbanks 516-517

¹⁶⁸ Artikel 4(1) van die *Harassment Act* 1997

¹⁶⁹ Artikel 2(1) van die *Harassment Act* 1997

¹⁷⁰ Artikel 198B(1) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig; *Clark supra*

¹⁷¹ Artikel 202A(4) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig. Subartikel (1) lees:“(1) ... “offensive weapon” means any article made or altered for use for causing bodily injury, or intended by the person having it with him for such use.” Subartikel (3) het betrekking op 'n “*disabling substance*” en lees soos volg:“... “disabling substance” means any anaesthetising or other substance produced for use for disabling persons, or intended by any person having it with him for such use.”

¹⁷² Artikel 144A van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig, bepaal dat dieselfde verwere en ouderdomsperke vir hierdie misdade geld as wat die geval is *supra*

¹⁷³ Artikel 144B(1) van die *Crimes Act* 1961, soos gewysig

4.10 Gevolgtrekking

Die Nieu-Seelandse Strafstelsel is in totaliteit gekodifiseer. Verkragting is met die oorkoepelende misdaad “*sexual violation*” (seksuele skending) vervang, wat op twee maniere gepleeg word, naamlik die tradisionele verkragting van ‘n vrou en die geslagsneutrale onregmatige vorm van “*sexual connection*” (seksuele konneksie). Alle vorme van geslagsgemeenskap word verbied, naamlik vaginale, anale, digitale, orale en volgehoue penetrasie. Onsedelike aanranding resorteer ook nou onder die omskrywing van seksuele skending. ‘n Meisie onder die ouderdom van twaalf jaar kan nie toestemming tot geslagsgemeenskap verleen nie. Ander verskyningsvorme van seksuele geslagsgemeenskap - gekoppel aan spesifieke ouderdomsbepelings of omstandighede - word ook verbied.

Bloedskande is ‘n geslagsneutrale misdaad ingevolge waarvan enige seksuele verhouding tussen bloedverwante verbied word. Slegs persone wat sestien jaar of ouer is, mag vervolg word. Poging tot die pleging van bloedskanie word ook strafbaar gestel. Alhoewel onsedelike aanranding onder die misdaad seksuele skending resorteer, verbied verskeie verbodsbepelings pertinent die onsedelike aanranding van kinders. Dit val vreemd op dat ‘n man sowel as ‘n vrou verbied word om ‘n meisie onsedelik aan te rand, terwyl slegs manspersone verbied word om ‘n seun onsedelik aan te rand. Daar bestaan nie ‘n misdaad van poging tot onsedelike aanranding in die Nieu-Seelandse Reg nie.

In 1986 is die misdaadsbenaming “*sodomy*” (sodomie) met “*anal intercourse*” (anale geslagsgemeenskap) vervang. “*Buggery*” in privaatheid tussen toestemmende volwasse mans is gedekriminaliseer. Anale geslagsgemeenskap sonder toestemming resorteer tans onder die misdaad seksuele skending. Alhoewel die misdaad anale geslagsgemeenskap geslagsneutraal is, word dit nie gepleeg indien beide partye vroulik is nie. Onnatuurlike geslagsmisdade is onbekend aan die Nieu-Seelandse Reg. Alhoewel daar geen omskrywing van bestialiteit is nie, word geslagsgemeenskap en onsedelike dade met ‘n dier uitdruklik verbied. Verskeie seksuele misdade met kinders en jeugdige word ook verbied, onder andere koppelary, leef van die opbrengste van prostitusie, uitlokking tot prostitusie, die verskaffing van ‘n prostituut teen betaling, geslagsgemeenskap sowel as onsedelike dade.

Kinderpornografiese handeling word deur ‘n reeks gekompliseerde bepalinge gedek, sonder dat kinderpornografie as sulks pertinent verbied word. Die verbodsbepalinge handel oor afkeurenswaardige en afstootlike materiaal. Verskeie riglyne geld vir die bepaling van die aard van materiaal. Daar is geen wetgewing in Nieu-Seeland wat die gebruik van die Internet vir die verkryging, besit of verspreiding van kinderpornografiese materiaal verbied nie. “*Child sex tours*”-aktiwiteite, die verspreiding van aansteeklike siektes, “*criminal harassment*” (kriminele teistering), die pleging van seksuele misdade buite die landsgrense met kinders sowel as “*female genital mutilation*” (skending van vroulike geslagsdele) word ook verbied.

HOOFSTUK 5: SEKSUELE MISDADE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

5.1 Inleiding

Die meeste seksuele misdade in die Suid-Afrikaanse Reg is gemeenregtelik van oorsprong, terwyl slegs 'n klein gedeelte daarvan in wetgewing beliggaam is. Vir doeleindes van hierdie proefskrif word daar hoofsaaklik op seksuele misdade wat met kinders gepleeg word, gefokus. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se aanbevelings oor die skepping van nuwe misdade word ook onder die loep geneem.

5.2 Die misdaad verkragting

*“Rape is an old crime. Rape is an ugly crime.”*¹

*“Rape is a horrifying crime and is a cruel and selfish act in which the aggressor treats with utter contempt the dignity and feelings of his victims...”*²

*“Rape is indeed a heinous crime...”*³

Die misdaad verkragting het in die gemene reg as *vis* of die kwalifiserende term *stuprum* bekend gestaan. Die klem het op die geweld waarmee die geslagsgemeenskap geskied het, geval. Verkragting was slegs bestraf indien dit met die ontvoering van 'n slagoffer gepaard gegaan het. In die hedendaagse Suid-Afrikaanse Reg, in ooreenstemming met die Engelse reg, val die klem nou op die totale afwesigheid van toestemming tot die geslagsdaad en word geweld nie meer vereis nie.⁴

Verkragting word omskryf as die wederregtelike, opsetlike geslagsgemeenskap deur 'n man met 'n vrou sonder haar toestemming.⁵ Die geringste penetrasie is voldoende⁶ en saadstorting

¹ L Waller “Victims on Trial - Prosecutions for Rape” 1977 SACC Vol 1, 147-162, 147

² *N v T* 1994(1)SA 862(K) 862G-H

³ *R* 1996(2)SASV 341(T) 344h-i

⁴ CR Snyman *Strafreg* (1999) 460; JRL Milton *Hunt's South African Criminal Law and Procedure Common Law Crimes* (1996) 446-447; J Burchell en J Milton *Principles of Criminal Law* (2000) 489; WA Joubert *The Law of South Africa Vol 6: Criminal Law* (1996) 270; JMT Labuschagne “Die Geweldsbegrip en Psigoseksuele outonomie by omskrywing van geslagsmisdade” 2000 *TSAR* Vol 2, 360-368, 361-362; JMT Labuschagne “Dwaling ten aansien van toestemming as verweer by verkragting: 'n strafregtelike en regsantropologiese evaluasie” 1999 *SACJ* Vol 12, 348-363, 349; *M* 1953(4) SA 393(A) 398A-B; *Ncanywa* 1992(1)SASV 209(CK)211h-i, 212a-b, 213f-h en 214d-f vir 'n bespreking van die Romeins-Hollandse regsposisie

⁵ Snyman *Strafreg* 459; Burchell en Milton 487; HF Klopper “The need for effective marital rape legislation” 1994 *Acta Criminologica* Vol 7 No 2, 31-36, 33; JI Welch “Verkragting, met spesifieke verwysing na die transseksueel wat 'n 'geslagsveranderingsoperasie' ondergaan het” 1991 *SACJ* Vol 4, 164-171, 164; Joubert par 270; C Hall “Rape: The politics of definition” 1988 *SALJ* 67; A Pantazis “Notes on male rape” 1999 *SACJ* Vol 12, 369-375, 369 en 371; JA Scutt “Reform and the law of rape: common law and continental direction” 1978 *CILSA* Vol XI, 1-26, 3; *York* 2002(1)SASV 111(HHA)par

word nie vereis nie.⁷ Slegs vaginale geslagsgemeenskap maak die misdaad uit en nie ook anale penetrasie nie.⁸ Dit word nie vereis dat 'n maagd se maagdevlies as gevolg van die penetrasie geskeur moet word of dat die slagoffer enige beserings moet opdoen nie.⁹

Die misdaad verkragting dien die openbare belang en die beskerming van lede van die vroulike geslag se seksuele integriteit, privaatheid en *dignitas*.¹⁰ Verkragting kan slegs deur 'n man gepleeg word en net 'n vrou kan die slagoffer daarvan wees.¹¹ Die weerlegbare vermoede dat 'n seun onder die ouderdom van veertien jaar nie tot geslagsgemeenskap in staat is nie,¹² is in 1987 herroep en kan hy nou wel aan verkragting skuldig bevind word.¹³ Voor 1993 kon 'n man nie sy vrou verkrag indien hulle wettig met mekaar getroud was nie, selfs al het toestemming tot die geslagsdaad ontbreek.¹⁴ Daar was wel 'n uitsondering in die gewoontereg en meer spesifiek by die huwelikinstelling "*Twala*". In *Mane*¹⁵ is bevind dat die bruid se

19: "It is always... for the prosecution to prove the absence of consent. This entails that even if the defence ... is that no intercourse took place, the court must, in the adjudicative process, be alive to the possibility that there might have been consent nonetheless."; K 1958(3)SA 420(A)421F; *Mosago* 1935 AD 32, 34

⁶ V 1979(2)SA 656(A)662C-D; F 1990(1)SASV 238(A)244g: "Regtens beteken 'penetrasie' in die omskrywing van verkragting indringing van die manlike orgaan in dié van die vrou, hoe gering ook al sodanige penetrasie mag wees."

⁷ Burchell en Milton 492; Joubert par 271; Snyman *Strafreg* 460; I Gordon en HA Shapiro *Forensic Medicine A Guide to Principles* (1984) 359, wys daarop dat selfs al sou daar spermatoosia in die vaginale smeer gevind word, dit op sigself nie op verkragting dui nie, maar wel op ejakulasie in die vagina, sonder dat dit die tyd van ejakulasie kan aantoon.

⁸ *Murphy* 2002(1)SASV 560(W)560i-h en 561d

⁹ Gordon en Shapiro 358-359: "The presence of a recent laceration of the hymen with injuries of the external genitalia and thighs affords valuable corroborative evidence of rape. The absence of such injuries, however, does not necessarily exclude rape. Penetration may take place through a narrow annular or semilunar hymen without any rupture occurring ... while contusions of the thighs and labia may not be apparent at the time of examination ... The rape of children, however, usually results in severe injuries with vaginal tears which may extend into the rectum. It should be recognized that the presence of injuries is not necessarily indicative of rape."

¹⁰ Welch 1991 SACJ 165; Joubert par 271; Milton *Hunt* 439; Burchell en Milton 487-489, wat daarop wys dat 'n aansienlike stigma aan die misdaad kleef. Die impak en ernstige gevolge wat verkragting vir die slagoffer inhou, word dikwels oor die hoof gesien. Nie net bestaan die vrees vir die opdoening van 'n geslagsiekte of VIGS nie, maar ook die moontlikheid van swangerskap; Parlementêre Taakspan se *Report of The Parliamentary Task Group on the Sexual Abuse of Children* (verder verwys na as Parlementêre Taakspan) (12 Junie 2002) [<http://www.gov.za/reports/2002/abuse.pdf>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003, Hoofstuk 3: "*The Task Group's Findings and Recommendations*", par 3.4.1

¹¹ Snyman *Strafreg* 460; Milton *Hunt* 449; Burchell en Milton 492; Joubert par 272; Welch 1991 SACJ 165, 166 en 170, vir die bespreking van gevalle waar die slagoffer 'n transvestiet is of 'n geslagsveranderingsoperasie ondergaan het

¹² Snyman *Strafreg* 460-461; Burchell en Milton 491; M 1949(4)SA 831(A); JRL Milton "Law reform: The demise of the impunity of pre-pubescent rapists" 1988 SACJ Vol 1, 123-126, 125-126 vir kritiek oor die reël; Scutt 1978 CILSA 24, waar sy haar ten gunste van die afskaffing van hierdie reël uitspreek.

¹³ Artikel 1 van die *Wysigingswet op die Bewysreg en die Strafproseswet* 103 van 1987, wat in 1989 in werking getree het; Snyman *Strafreg* 460-461; Burchell en Milton 491; Milton 1988 SACJ 126, wys daarop dat die verweer van "by reason of his age lacked sexual potency" wel nog beskikbaar is.

¹⁴ K 1958(3)*supra* 421; *Ncanywa* 1993(1)SASV 297(CkA)304f-305d, waar die beslissing van *Ncanywa* 1992(1)*supra* - dat 'n man wel aan verkragting van sy vrou skuldig bevind kan word - omvergewerp is; H 1985(2)SA 750(N)752F en 753H, waar die appellant aan aanranding skuldig bevind is omdat hy sy vrou aangerand het sodat hy met haar geslagsgemeenskap teen haar wil kon hou; Z 1960(1)SA 739(A)745; JMT Labuschagne "Misdade tussen gades" 1980 *THRHR* 39-56, 41 en 46-50; Burchell en Milton 491

¹⁵ 1948(1)SA 196(ELD); Burchell en Milton 491

toestemming tot geslagsgemeenskap 'n wesenlike element van hierdie huweliksvorm was. Indien sy nie tot die geslagsdaad toestem nie, pleeg die man verkragting.¹⁶ Sedert 1993 kan 'n man wel aan verkragting van sy vrou skuldig bevind word.¹⁷

Die afwesigheid van toestemming vorm die wese van die misdaad verkragting. Daar is 'n onweerbare vermoede dat 'n meisie onder die ouderdom van twaalf jaar nie tot geslagsgemeenskap kan toestem nie. Selfs al sou sy "toegestem" het, maak dit verkragting uit.¹⁸ 'n Beskuldigde moet wel weet dat sy jonger as twaalf jaar is of hy moet ten minste die moontlikheid daarvan voorsien.¹⁹ 'n Probleemsituasie ontstaan waar 'n meisie ouer as twaalf jaar is, maar die mentaliteit van, byvoorbeeld, 'n kind van agt jaar het. In S²⁰ was die hof van oordeel dat 'n beskuldigde hom in hierdie omstandighede wel aan verkragting skuldig behoort te maak, selfs al sou die slagoffer toestemming verleen het. Die hof het opgemerk dat die Wetgewer aandag aan hierdie leemte behoort te skenk,²¹ wat inderdaad deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie in die beoogde "*Sexual Offences Bill*" ("*Wetsontwerp op Seksuele Misdade*") aangespreek word.²²

Indien die meisie tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar is, is dit wenslik om 'n oortreding van artikel 14(1) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*²³ in die alternatief tot 'n aanklag van verkragting te stel. Hierdie misdaad is in elk geval ingevolge artikel 261 van die *Strafproseswet*²⁴ 'n bevoegde uitspraak op 'n aanklag van verkragting sowel as onsedelike aanranding.

¹⁶ *Supra* 196

¹⁷ Artikel 5 van die *Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld* 133 van 1993; Snyman *Strafreg* 461; Burchell en Milton 491

¹⁸ Snyman *Strafreg* 463; Labuschagne 2000TSAR 362; Z 1960(1)*supra*; A 1990(2)SASV 266(ZS)267e-f; D 1995(2)SASV 502(K)505f-g; Joubert par 273; JMT Labuschagne "Ouderdomsgrense en strafregtelike aanspreeklikheid weens seksuele misbruik van kinders" 1998 *Obiter* 340-343, 342; JMT Labuschagne "Ouderdomsgrense en die bestraffing van pedofilie" 1990 SACJ Vol 1, 10-23, 15, vir kritiek oor hierdie reël. In die Romeinse Reg was meisies van 12 jaar oud as geslagsryp beskou; Milton *Hunt* 454; *Socout Ally* 1907 TS 336, 338

¹⁹ Z 1960(1)*supra* 743A-B asook 745G-H; Snyman *Strafreg* 463; Milton *Hunt* 458

²⁰ 1951(3)SA 209(K)

²¹ *Supra* 210G-211C, veral op 211B-C: "It seems to me that the law ought to be amended so that a male person having carnal connection with a female person who has the mentality of a child of eight years should be punished although such person gave her consent to such connection."

²² Suid-Afrikaanse Regskommissie (verder verwys na as SARK) *Sexual Offences* (Projek 107, 2002) (verder verwys na as *Sexual Offences*) in die voorgestelde artikel 3(5), waar hierdie aspek as een van die omstandighede waaronder 'n persoon nie in staat is om die aard van "*an act which causes penetration*" ('n penetrasie-handeling) te verstaan nie, gelys word; sien ook die beoogde artikels 4, 5, 6, 9 en 12-13. Ingevolge die voorgestelde artikel 8 sal 'n beskuldigde wel sekere verwerse tot sy beskikking hê indien die slagoffer 'n "*mentally impaired person*" is.

²³ Wet 23 van 1957 en bespreking *infra* in par 5.7

²⁴ Wet 51 van 1977

Vanuit verskeie oorde is gebreke in die omskrywing van verkragting geïdentifiseer, wat tot navorsing en voorstelle in dié verband aanleiding gegee het. Snyman²⁵ het 'n nuwe omskrywing vir die misdaad voorgestel, maar dit blyk ontoereikend te wees omdat dit nie geslagsneutraal is nie en tot vaginale geslagsgemeenskap beperk word. Sy voorgestelde definisie van toestemming²⁶ maak nie voorsiening vir gevalle van blote berusting deur die slagoffer nie. Die vraag of toestemming uitdruklik of stilswyend verleen kan word, word ook nie aangespreek nie.²⁷ 'n Verdere voorstel behels dat verkragting eerder as “*sexual assault*” (seksuele aanranding) bekend moet staan.²⁸

Op lasgewing van die destydse Adjunk-Minister van Justisie, Dr M Tshabalala-Msimang, is 'n nuwe omskrywing vir verkragting geformuleer. Die aanbeveling behels²⁹ dat “**coercive circumstances**” (**dwingende omstandighede**) in plaas van die afwesigheid van toestemming vereis moet word. Die definisie van verkragting moet voorts digitale penetrasie (die gebruik van voorwerpe), gesimuleerde (nagebootste) geslagsgemeenskap, geslagsgemeenskap met diere, *cunnilingus*, *fellatio* en die gebruik van 'n dier se geslugsdeel as instrument insluit. Die voorstel is egter nie in wetgewing beliggaam nie.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het 'n soortgelyke aanbeveling gemaak.³⁰ Die beoogde konsepwet sal meebring dat die misdaad verkragting geslagsneutraal sal wees en dat die

²⁵ CR Snyman *A Draft Criminal Code for South Africa* (1995) 30: “**Rape** 12.1 (1) A male person commits rape if he unlawfully and intentionally has sexual intercourse with a female person without her consent. (2) The sexual intercourse referred to in subsection (1) - (a) means vaginal intercourse and is complete upon penetration whether or not there is an emission of seed; and (b) includes sexual intercourse between husband and wife. (3) For the purposes of this offence, and without derogating from the general purport of the phrase “without her consent” in subsection (1) and of the provisions of section 2.7(2) of this code, sexual intercourse takes place without the female person’s consent if she (a) is under twelve years of age; (b) submits to intercourse as a result of fear induced by violence or express or implied threats of violence; (c) has been deceived as to (i) the nature of the act; or (ii) the identity of the male person; or (d) is unconscious because of sleep, intoxication or another reason.”

²⁶ Die kwessie van toestemming word in Snyman *Draft Code* 4-5 in die voorgestelde artikel 2.7 vervat.

²⁷ Volgens Snyman *Draft Code* 55-56, is dit nie nodig om hierdie aspekte statutêr te reël nie, omdat die howe wel hiervan bewus is.

²⁸ Pantazis 1999 SACJ 372

²⁹ B Pithey, L Artz, H Combrink en N Naylor *Legal Aspects of Rape in South Africa*, soos aangehaal in SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* (Projek 107, Werkstuk 85, 1999)(verder verwys na as *Sexual Offences: The Substantive Law*) 104-105

³⁰ SARK *Sexual Offences*, waar artikel 3(1) van die konsepwet die voorgestelde omskrywing van verkragting bevat, ter herroeping van die aanbevelings in die verslag *Sexual Offences: The Substantive Law* 269; Burchell en Milton 488-489; Scutt 1978 CILSA 3-4; Milton *Hunt* 441-442. Sien ook SARK *Verslag oor die Vrou en Geslagsmisdade in Suid-Afrika* (Projek 45, April 1985) par 2.3 en 2.7. Soos blyk uit par 2.19-2.21, was die SARK in 1985 nie ten gunste van die heromskrywing van verkragting nie.

leemte ten aansien van “*male rape*”³¹ aangespreek word. ³² Enige handeling van “*penetration*” (penetrasie)³³ van ‘n slagoffer se geslagsorgane of anus sal verkragting uitmaak, sowel as waar ‘n beskuldigde ‘n ander persoon sou dwing om die handeling te verrig. Geslagsorgane word omskryf as “*the whole or part of male and female genital organs and further include surgically constructed or reconstructed genital organs*”.³⁴ Die Regskommissie het voorts aanbeveel dat ‘n misdaad “*sexual violation*” (**seksuele skending**) ook op die wetboek geplaas moet word. Die misdaad sal gepleeg word indien enige persoon onregmatig en opsetlik enige handeling verrig waardeur ‘n ander persoon se geslagsorgane of anus deur enige objek, liggaamsdeel - met die uitsondering van geslagsorgane - of enige deel van ‘n dier se liggaam gepenetreer word. ³⁵ ‘n Verdere voorstel behels die skepping van die misdaad “*oral genital sexual violation*” (**oraal-genitale seksuele skending**), wat gepleeg sal word indien enige persoon onregmatig en opsetlik enige handeling van orale penetrasie verrig, waardeur die menslike of dierlike geslagsorgaan in ‘n ander persoon se mond ingedruk word. ³⁶

Die bestaan van ‘n huwelik tussen die partye sal nie ‘n verweer³⁷ by enige van hierdie beoogde misdade wees nie. ³⁸ Enige penetrasie-handeling sal *prima facie* onregmatig wees indien dit met bedrog, wanvoorstelling of dwingende omstandighede gepaard gaan. Dit sal ook die geval wees waar ‘n slagoffer nie oor die vermoë beskik om die aard van die handeling te verstaan nie, ³⁹ byvoorbeeld waar die slagoffer aan die slaap, bewusteloos, onder die invloed van dwelms, alkohol of ‘n ander middel is of indien die slagoffer onder die ouderdom van twaalf jaar of ‘n

³¹ Pantazis 1999 SACJ 373, wat daarop wys dat die verskil tussen homoseksualiteit en “*male rape*” in die afwesigheid van toestemming by laasgenoemde geleë is. In artikel 1 van die *Wet op Gesinsgeweld* 116 van 1998 word daar in die omskrywing van ‘n “*gesinsverhouding*” erkenning aan ‘n verhouding tussen ‘n klaer en ‘n respondent verleen, ongeag of hulle van dieselfde of die teenoorgestelde geslag is.

³² J Milton “Re-defining the crime of rape: The Law Commission’s proposals” 1999 SACJ Vol 12, 364-369; Pantazis 1999 SACJ 369-370; Parlementêre Taakspan par 3.5.1.2 en 3.5.1.3

³³ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 3(6); SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 268-269 met betrekking tot die vorige beoogde omskrywing van “*sexual penetraion*”, waarvan daar nou afstand gedoen is; Milton 1999 SACJ 364-369

³⁴ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde omskrywingsartikel 2

³⁵ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 4

³⁶ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 5

³⁷ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 3(6)

³⁸ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 6

³⁹ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 3(2)

verstandelik gestremde persoon is.⁴⁰ Die voorgestelde omskrywing van dwingende omstandighede⁴¹ sal meebring dat die afwesigheid van toestemming nie meer die essensie van verkragting sal uitmaak nie, maar dat daar eerder op die omstandighede van die seksuele daad gelet sal word.⁴² Geweld, dreigemente sowel as die misbruik van 'n gesagsposisie word onder dwingende omstandighede ingesluit.⁴³ Die Regskommissie is van mening dat die onweerlegbare vermoede dat 'n meisie onder die ouderdom van twaalf jaar nie toestemming tot geslagsgemeenskap kan verleen nie, herroep behoort te word. Hierdie aspek word, in elk geval, in die voorgestelde statutêre bepaling vervat.⁴⁴ Enige bedrog of wanvoorstellings moet betrekking hê op die daad self, die identiteit van die dader of die feit dat die dader 'n lewensbedreigende geslagsiekte onder lede het.⁴⁵

5.3 Die misdaad bloedskanie

Bloedskanie word omskryf as die wederregtelike, opsetlike geslagsgemeenskap tussen 'n man en 'n vrou wat nie met mekaar mag trou nie omdat hulle binne die verbode grade van bloedverwantskap, aanverwantskap of verwantskap deur aanneming aan mekaar verwant is.⁴⁶ Poging tot bloedskanie word ook verbied.⁴⁷ Die omskrywing van bloedskanie is egter telkens onderworpe aan veranderings wanneer die Wetgewer nuwe kategorieë van verbode verwantskap bepaal. Die gemeenskapsgevoel is een van die faktore wat 'n rol speel by die bepaling van nuwe grense waarbinne vleeslike omgang op bloedskanie sou neerkom.⁴⁸ Die

⁴⁰ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 3(5)

⁴¹ SARK *Sexual Offences* in die voorgestelde artikel 3(3), wat verskil van *Sexual Offences: The Substantive Law* 267-268; Milton 1999 SACJ 367-369

⁴² SARK *Sexual Offences* par 3.3.4; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 89; SARK *Verslag oor die Vrou en Geslagsmisdade in Suid-Afrika* par 2.6; Scutt 1978 *CILSA* 11-14, wys op die wetgewing in die Amerikaanse Staat van Michigan, waar 'n onderskeid tussen verskillende grade van verkragting getref word; Labuschagne 2000 *TSAR* 368, voel dat die geweldsbegrip by seksuele misdade deur die SARK in die konsepwet van 1999 oor die hoof gesien is

⁴³ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 3(3)

⁴⁴ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 7(a)

⁴⁵ SARK *Sexual Offences* per die voorgestelde artikel 3(4)

⁴⁶ Snyman *Strafreg* 361; Milton *Hunt* 234 en 240-241; Joubert par 222; Burchell en Milton 532; *M* 1968(2)SA 617(T)620H-621A; *Mulder* 1954(1)SA 228(EDL)229B-C. In die *Wet op Sterilisasie* 44 van 1998, wat op 1 Februarie 1999 in werking getree en *Wet* 2 van 1975 herroep het, word bloedskanie nie omskryf nie. In artikel 1 van die *Wet op Keuse oor die Beeindiging van Swangerskap* 92 van 1996, wat op 1 Februarie 1997 in werking getree het, word bloedskanie omskryf as: "...seksuele gemeenskap tussen twee persone wat aan mekaar verwant is in 'n graad wat hulle belet om wettig met mekaar te trou."

⁴⁷ Snyman *Strafreg* 362

⁴⁸ *Blaauw and Blaauw* 1934 SWA 3

omskrywing van bloedskande is daarom in die verlede uitgebrei om ook geslagsgemeenskap tussen aannemende ouers en hul kinders te verbied.⁴⁹

By die bepaling van die verbode grade van verwantskap word geen onderskeid tussen binne-egtelike of buite-egtelike kinders enersyds of volle of “*halwe*” bloedverwante andersyds getref nie.⁵⁰ Bloedverwantskap bestaan tussen alle persone wat ‘n gemeenskaplike voorouer het.⁵¹

Die verbode grade van bloedverwantskap sluit in:

- assendente (voorouers) en desendente (nasate) in die direkte lyn *ad infinitum*, soos, byvoorbeeld, vader en dogter, moeder en seun, oupa en kleindogter;⁵² en
- verwante in die sylinie wat in die eerste graad aan ‘n gemeenskaplike voorouer verwant is, byvoorbeeld broer en suster, ‘n vrou en haar oom of ‘n seun en sy tante, maar nie ‘n neef en ‘n niggie nie, omdat hulle nie in die eerste graad aan die gemeenskaplike voorouer verwant is nie.⁵³

Aanverwantskap bestaan tussen ‘n man en sy vrou se bloedverwant of tussen ‘n vrou en haar man se bloedverwant, mits daar ‘n regsgeldige huwelik tussen hulle is. ‘n Veelwywige huwelik of ‘n gewoonteverbintenis vorm nie deel hiervan nie.⁵⁴ Statutêre bepalings stipuleer in welke gevalle persone met mekaar mag trou.⁵⁵ Huweliksluiking sowel as seksuele verhoudings tussen ‘n aangenome kind en die aannemende ouer of verwante word ook statutêr gereël.⁵⁶

Ter regverdiging van die bestaan van die misdaad bloedskande (wat suiwer Romeins-Hollands

⁴⁹ Snyman *Strafreg* 362; Burchell en Milton 535-536; *M* 1968(2)*supra* 620H-621A

⁵⁰ Milton *Hunt* 240-241; Snyman *Strafreg* 362; Joubert par 224; Labuschagne 1990 *TSAR* 416

⁵¹ Snyman *Strafreg* 363

⁵² *D* 1972(3)SA 202(O); *A* 1962(4)SA 649(OK); Snyman *Strafreg* 363; Milton *Hunt* 242

⁵³ *Troskie* 1920 AD 466 (broer en suster); Joubert par 224; *M* 1957(2)SA 73(EDL) 73, waar die hof bevind het dat daar ‘n bewering van bloedverwantskap moet wees “...unless it contains an averment that the female was the niece of the accused by consanguinity”; Snyman *Strafreg* 363; Milton *Hunt* 242

⁵⁴ Snyman *Strafreg* 363; Milton *Hunt* 241-242 en 244

⁵⁵ Artikel 28 van die *Huwelikswet* 25 van 1961

⁵⁶ Artikel 20(4) van die *Wet op Kindersorg* 74 van 1983; artikel 82 van die *Kinderwet* 33 van 1960, wat ‘n soortgelyke bepaling bevat; *Shasha* 1996(2)SASV 73(Tk)76; Snyman *Strafreg* 364, wat daarop wys dat geslagsgemeenskap tussen die aannemende ouer en die aangenome kind bloedskande uitmaak en wat, soos E Spiro “Effect of Adoption in South Africa” 1961 *SALJ* 318, 331, aanvoer dat indien ‘n aangenome seun met die dogter van die aannemende ouer geslagsgemeenskap sou hê, dit nie bloedskande sal wees nie; *M* 1968(2)*supra*; Joubert par 224; Milton *Hunt* 243; artikel 238 van die *Strafproseswet*, wat sekere vermoedens bevat wat tydens ‘n vervolging vir bloedskande van toepassing is

van oorsprong is), word aangevoer dat bloedskandige verhoudings verbied moet word om enige genetiese, geestes- sowel as fisiese gebreke in 'n familie te voorkom en orde en stabiliteit binne die gesinsverband te bevorder. Die gemeenskap se godsdienstige en morele opvattinge word afgedwing om die familie-eenheid te beskerm. Die misdaad is op die behoud van die gesagstruktuur en kulturele balans binne gesinsverband gerig, omdat kinders teen seksuele daade en uitbuiting deur ouer kinders en volwasse familielede beskerm moet word.⁵⁷

Verskeie argumente word egter ook voorgehou vir die dekriminalisering van bloedskande tussen volwasse, toestemmende partye, selfs al is hulle binne die verbode grade van aanverwantskap aan mekaar verwant. Bloedskande behoort nie strafbaar gestel te word bloot om die gemeenskap se morele of godsdienstige opvattinge af te dwing nie.⁵⁸ By toestemmende volwassenes is daar immers nie sprake van enige uitbuiting of korrupsie nie. Die sielkundige trauma van een van die partye kan eerder aan die sosiale stigma wat aan die daad gekoppel word, toegeskryf word. Selfs al sou genetiese gebreke of skade in die nakomelinge van bloedskandige verhoudings gevind word, is die Strafbereg nie die aangewese dissipline om hierdie probleme aan te spreek nie. Alternatiewe oplossings, soos terapeutiese en sielkundige behandeling van slagoffers, behoort eerder ondersoek te word.⁵⁹

Buite-egtelike geslagsgemeenskap (owerspel) is voorts nie meer 'n misdaad in die Suid-Afrikaanse Reg nie. Daar is derhalwe geen genetiese rede waarom geslagsgemeenskap tussen aanverwante strafbaar gestel moet word nie. Die vraag ontstaan daarom of die misdaad bloedskande nie net tot geslagsgemeenskap tussen bloedverwante beperk moet word nie. Indien seksuele geslagsgemeenskap vrywillig en met toestemming plaasvind, kan daar nie sprake van uitbuiting wees nie. Dit wil eerder voorkom asof bloedskande 'n misdaad vanweë die gemeenskap se morele afkeer oor 'n persoon se keuse van 'n seksuele maat uitmaak.⁶⁰ Burchell en Milton is van mening dat bloedskande nie noodwendig nadelig is nie, omdat dit dikwels met toestemming geskied. Omrede toestemming egter geen verweer is nie, sal albei

⁵⁷ Burchell en Milton 533-534; Snyman *Strafbereg* 361-362; Milton *Hunt* 235-239; *Blaauw and Blaauw supra* 5-6; JMT Labuschagne "Teoretiese verklaring van die bloedskandeverbod" 1990 *TSAR* Vol 2, 412-25, 415-6, wys daarop dat die bloedskandeverbod deel van alle bekende primitiewe gemeenskappe se morele kode was

⁵⁸ Burchell en Milton 533-4; Snyman *Strafbereg* 363-364, huldig die mening dat indien 'n man, terwyl sy huwelik nog bestaan, geslagsgemeenskap hou met 'n vrou wat deur sy vrou in die sylinie aan hom verwant is, byvoorbeeld sy skoonsuster, dit eerder owerspel as bloedskande sou uitmaak; Milton *Hunt* 236-237

⁵⁹ Milton *Hunt* 237; Burchell en Milton 533-534

⁶⁰ Milton *Hunt* 236-237

partye vervolg word. Geslagsgemeenskap tussen toestemmende volwassenes in privaatheid - selfs binne die verbode grade van verwantskap - behoort nie meer strafbaar te wees nie.⁶¹

Labuschagne⁶² beskou bloedskande as 'n kulturele misdaad en bepleit die dekriminalisasie van konsensuele geslagsgemeenskap tussen volwassenes wat aanverwante van mekaar is. Hy meen dat geslagsgemeenskap tussen broers en susters eerder seksuele eksperimentering op 'n jeugdige leeftyd is en dat dit onsinnig sou wees om hulle daarvoor te straf en as misdadigers te brandmerk.⁶³ Dit sou meer gewens wees om hierdie gedrag tydens Kinderhofverrigtinge aan te spreek of van 'n afwentelingsprogram gebruik te maak⁶⁴ indien daar aanduidings van 'n wanfunksionerende familie-eenheid is. Hierdie prosedure behoort egter net op kinders onder die ouderdom van agtien jaar van toepassing te wees.⁶⁵

Milton voer aan dat die misdaad kinders nie werklik binne familieverband beskerm nie. Slegs vaginale geslagsgemeenskap word strafbaar gestel, terwyl anale geslagsgemeenskap, onsedelike aanranding sowel as onnatuurlike geslagsmisdade nie deel van die omskrywing van bloedskande uitmaak nie. Vroulike familielede word ook bykans nooit vir die seksuele misbruik van kinders vervolg nie. Die misdaad bloedskande vervul dus nie werklik 'n sinvolle rol nie.⁶⁶

Die Regskommissie is ten gunste van die behoud van die gemeenregtelike misdaad bloedskande, maar onderworpe aan die voorgestelde "*act which causes penetration*" ('n penetrasie-handeling), wat deel van die nuwe omskrywings van verkragting, "*sexual violation*" (seksuele skending) en "*oral genital sexual violation*" (oraal-genitale seksuele skending) sal

⁶¹ Burchell en Milton 533-4. Hierdie mening geld nie in dié gevalle, waar die bloedskandige verhouding reeds 'n aanvang geneem het, toe een van die partye nog 'n kind was nie.

⁶² JMT Labuschagne "Dekriminalisasie van bloedskande" 1985 *THRHR* Vol 48, 454-455, spreek die mening uit dat jeugdige wel teen seksuele verhoudings met ouer volwassenes beskerm moet word; Labuschagne 1990 *TSAR* 421 en 425

⁶³ Labuschagne 1985 *THRHR* 454-455.

⁶⁴ Ingevolge par 1 Deel 7 van die Nasionale Vervolgingsgesag van Suid-Afrika se *Beleidsdokument* (Oktober 1999), is afwenteling: "... the election - in suitable and deserving cases - of a manner of disposal of a criminal case other than through normal court proceedings. It usually implies the provisional withdrawal of the charges against the accused, on condition that the accused participates in particular programmes and / or makes reparation to the complainant. Diversion is preferable to the mere withdrawal of cases as the offender is charged with taking responsibility for his or her actions." Par 2 wys op gemeenskapsdiens sowel as "*victim-offender mediation programmes*" as voorbeelde van afwenteling.

⁶⁵ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 140

⁶⁶ Milton *Hunt* 235-239

uitmaak.⁶⁷ Hierdie voorstel word as noodsaaklik bestempel omdat bestaande misdade nie die eiesoortige aspekte van bloedskande aanspreek nie, soos, byvoorbeeld die skending van 'n vertrouensverhouding, die verwoesting van grense binne die familie-opset, die waarskynlikheid van 'n herhaling van die gedrag sowel as genetiese risiko's. Bloedverwantskap, verwantskap deur aanneming sowel as aanverwantskap bly steeds deel van die omskrywing, maar moet nie persone *in loco parentis* insluit nie, omrede dit die kategorie van persone wat nie met mekaar mag trou nie aansienlik sal uitbrei, wat ook sal meebring dat hulle nie met mekaar geslagsgemeenskap mag hou nie. Die misbruik van 'n gesagsposisie hoort eerder tuis in die omskrywing van dwingende omstandighede.⁶⁸ Aangesien die behoud van die misdaad bloedskande in die belang van gesonde verhoudings binne die familiestruktuur is, word die Regskommissie se aanbeveling ondersteun.

5.4 Die misdaad onsedelike aanranding

Teen die einde van die negentiende eeu het die Suid-Afrikaanse howe - waarskynlik in navolging van die Engelse Reg -⁶⁹ die misdaad onsedelike aanranding in die Strafbereg ingevoer. In die Suid-Afrikaanse Reg is onsedelike aanranding 'n vorm van die *genus* aanranding⁷⁰ en word dit omskryf as die wederregtelike, opsetlike aanranding van 'n ander persoon met die doel om 'n onsedelike daad te pleeg.⁷¹ Die daad moet 'n onsedelike karakter hê⁷² en sluit veelvuldige vorme van gedrag in.⁷³ Baie handeling wat tans onsedelike aanranding uitmaak, is heel waarskynlik in die gemene reg as onnatuurlike geslagsmisdade bestraf.⁷⁴

Die doel van die misdaad onsedelike aanranding is om slagoffers se seksuele outonomie,

⁶⁷ SARK *Sexual Offences* in die beoogde artikel 14. In par 3.4.4 word aanbeveel dat artikel 238 van die *Strafbereg* gewysig moet word, sodat die betrokke artikel ook geslagsneutraal is

⁶⁸ SARK *Sexual Offences* par 3.4.3 en 3.4.4; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 141-143, 147-148 en 267-268

⁶⁹ Burchell en Milton 502

⁷⁰ Milton *Hunt* 469; Burchell en Milton 502; *Taylor* 1927 CPD 16, 19: "Indecent assault is only a species of the genus assault..."

⁷¹ Snyman *Strafbereg* 453; Milton *Hunt* 467; Joubert par 266; *Muvhaki* 1985(4)SA 317(Z); *M* 1961(2)SA 60(O)63C: "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."; *Taylor supra* 19; *M* 1984(4)SA 111(T)112f: "Indecent assault consists in an assault which is itself of an indecent character."

⁷² Burchell en Milton 501 en 503

⁷³ Burchell en Milton 501; Milton *Hunt* 467-468

⁷⁴ Milton *Hunt* 469

liggaamlike integriteit en menswaardigheid te beskerm.⁷⁵ Die misdaad is geslagsneutraal. ‘n Man sowel as ‘n vrou kan die dader of die slagoffer daarvan wees.⁷⁶ Die toevoeging van geweld word nie vereis nie en ‘n blote aanraking is voldoende.⁷⁷ Die misdaad word nie gepleeg indien ‘n persoon in ‘n noodtoestand, noodweer of uit hoofde van sy amp optree nie, byvoorbeeld waar ‘n mediese ondersoek uitgevoer, behandeling toegedien of ‘n misdadiger deursoek word.⁷⁸ Poging tot die pleging van onsedelike aanranding word ook verbied.⁷⁹

Daar bestaan ‘n onweerlegbare vermoede dat ‘n meisie onder die ouderdom van twaalf jaar⁸⁰ en ‘n seun onder sewe jaar⁸¹ nie tot onsedelike aanranding kan toestem nie.⁸² Toestemming deur volwassenes tot die daad kan wel, afhangend van die omstandighede, ‘n geldige verweer uitmaak.⁸³ Volgens Milton⁸⁴ is die eintlike vraag of toestemming ingevolge die openbare beleid erken behoort te word. Daar mag gevalle wees waar toestemming wel ‘n verweer sal uitmaak omdat die nadeel gering is, selfs al is liggaamlike beserings toegedien.⁸⁵ Aan die ander kant kan gedrag wat geen beserings veroorsaak nie, wel *contra bonos mores* wees, byvoorbeeld in die geval van wedersydse masturbasie.⁸⁶ In *R*⁸⁷ het die appellant beweer dat sy betasting van

⁷⁵ Milton *Hunt* 469

⁷⁶ Snyman *Strafreg* 455; Burchell en Milton 502-503; Milton *Hunt* 468 en 472; Joubert par 269

⁷⁷ Joubert par 266; Snyman *Strafreg* 455; Burchell en Milton 503; Milton *Hunt* 470; *Taylor supra*, waar die beskuldigde sy hand op die slagoffer se privaatdeel geplaas het; *M* 1961(2)*supra*, waar die slagoffer se borste betas is, 61F-G: “... dit nie ‘n vereiste vir die pleging van aanranding of onsedelike aanranding is dat die aantasting gewelddadig moet wees nie.”; *D* 1963(3)SA 263(OK), waar die slagoffer se privaatdeel bo-oor kleredrag aangeraak is; *R* 1990(1)SASV 413(ZS)

⁷⁸ Milton *Hunt* 471; *D* 1998(1)SASV 33(T)39b-e

⁷⁹ Snyman *Strafreg* 455

⁸⁰ Snyman *Strafreg* 455; Burchell en Milton 502; Milton *Hunt* 472; *Socout Ally supra* 338: “... a child under the age of 12 years is conclusively presumed not to be able to consent to the commission of the crime of rape upon her... I think we should lay down the rule once for all that there is no distinction in principle with regard to the consent of children between charges of rape or charges of indecent assault or of assault with intent to commit rape.”; Labuschagne 1998 *Obiter* 342; *Taylor supra* 16; Joubert par 269; *A* 1990(2)*supra* 267

⁸¹ Milton *Hunt* 472; Burchell en Milton 502

⁸² *Sideropoulos* 1910 CPD 15, 18: “... in a charge of indecent assault it was the law that there could not be legal consent on the part of a child of tender years... A child of the age of eight cannot be supposed to appreciate what is meant by indecent assault, and without such comprehension there can be no real consent.”

⁸³ *Matsemela* 1988(2)SA 254(T)256C-257E; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1998(2)SASV 556(KH) [verder verwys na as *National Coalition (KH)*]*infra*

⁸⁴ Milton *Hunt* 472

⁸⁵ *Njikelana* 1925 EDL 204, 206: “... the powder here was administered with the consent of the woman in question.”

⁸⁶ *Matsemela supra*, waar bevind is dat wedersydse masturbasie tussen twee toestemmende volwasse mans nie onsedelike aanranding uitmaak nie, alhoewel die gemeenskap hierdie gedrag dalk met afkeer mag bejeën.

⁸⁷ 1990(1)*supra*

die jong meisies 'n ongeluk was. Die hof het egter bevind dat hy nie per ongeluk op soveel verskillende geleenthede die kinders se vaginas kon aanraak nie. In die lig van al die omstandighede is sy weergawe as ongeloofwaardig beskou.⁸⁸

Voorbeelde van onsedelike aanranding is vaginale penetrasie deur middel van 'n voorwerp,⁸⁹ waar 'n jong meisie se privaatdeel gesoen word,⁹⁰ betasting of aanraking van die vroulike borste⁹¹ of vagina⁹² sowel as 'n man se privaatdeel (selfs bo-oor sy klere),⁹³ die toediening van houe op 'n slagoffer se kaal boude⁹⁴ of elektriese skokke aan 'n man se privaatdeel,⁹⁵ geforseerde masturbasie,⁹⁶ *fellatio*,⁹⁷ anale geslagsgemeenskap met 'n vrou,⁹⁸ "*intercruel intercourse*" (dyseks)⁹⁹ sowel as waar 'n slagoffer se klere opgelig word.¹⁰⁰

Die probleem is dat daar nie 'n eenvormige omskrywing van die term "*onsedelik*" bestaan nie. Verskillende interpretasies is al in die verlede aan hierdie begrip toegedig, naamlik "*offensive against delicacy*",¹⁰¹ "*unbecoming or unseemly*",¹⁰² "*...an assault which is lewd or lascivious in its nature...*",¹⁰³ "*immodest ... suggestive or tending to obscenity*",¹⁰⁴ "*grossly offensive to*

⁸⁸ *Supra* 417i-418a

⁸⁹ *Ndaba* 1993(1)SASV 637(A); *B* 1990(1)SASV 541(K), waar die beskuldigde die 7-jarige meisie se privaatdeel gesoen en 'n vinger in haar vagina ingedruk het.

⁹⁰ *B* 1990(1)*supra*

⁹¹ *M* 1961(2)*supra*

⁹² *N* 1991(1)SASV 271(K)

⁹³ *D* 1963(3) *supra*

⁹⁴ *F* 1982(2)SA 580(T)

⁹⁵ *A* 1993(1)SASV 600(A)607f-j

⁹⁶ *A* 1991(2)SASV 257(N)270b; *A* 1993(1)*supra*

⁹⁷ *M* (2) 1990(1)SASV 456(N)

⁹⁸ *M* (2) 1990(1)*supra* 457e-g; *N* 1961(3)SA 147(T); *M* 1969(1)SA 328(R)330E-F; *M* 1979(2)SA 406(RAD)408C-D; *Snyman* *Strafreg* 455; *Joubert* par 268; *B* 1990(1)*supra*

⁹⁹ *D* 1995(1)SASV 259(A), waar 'n man homself tussen 'n vrou se bene seksueel bevredig

¹⁰⁰ *M* 1947(4)SA 489(N)493

¹⁰¹ *Meinert* 1932 SWA 56, 60

¹⁰² *Mcunu* 1940 NPD 99, 100; *Kruger* 1963(3)SA 43(O)43G-H

¹⁰³ *Herbst* 1942 AD 434, 434-435; *A* 1990(2)*supra* 268e-g: "*immoral or indecent acts*" dui op "... acts that contain an element of lewdness, debauchery, licentiousness and lasciviousness... The immoral or indecent act must, however, be committed with the girl. It is not sufficient for it to be committed merely in her presence. There must be some ... physical contact or... some measure

common propriety"¹⁰⁵ sowel as "a tendency to deprave or corrupt".¹⁰⁶ Gedrag wat die neiging het "to horrify and disgust ordinary normal people and to outrage their sense of what is decent and proper"¹⁰⁷ en handeling met 'n seksuele konnotasie word ook as onsedelik beskou. In *Mcunu*¹⁰⁸ is die term "onsedelik" soos volg omskryf:

"... indecency connotes something which tends to the depravement of the morals of others. Another, and the most usual, sense in which the word is used in our criminal practice is to connote something which contains an element of lewdness or lasciviousness and generally has reference to sexual affairs."¹⁰⁹

Daar is twee teenstrydige benaderings oor die inhoud van die onsedelike element van die misdaad onsedelike aanranding.¹¹⁰ Ingevolge die benadering in *Abrahams*,¹¹¹ word geen bykomstige opset vereis nie. Die onsedelikheid van 'n beskuldigde se handeling verleen die nodige karakter aan die misdaad. 'n Daad van onsedelike, fisiese geweld word wel vereis. 'n Beskuldigde moet die slagoffer op 'n onsedelike wyse aanraak en sy motief is irrelevant.¹¹² 'n Handeling sal slegs die misdaad onsedelike aanranding uitmaak indien dit objektief gesproke onsedelik is.¹¹³

Volgens die tweede benadering, wat sy oorsprong in *F*¹¹⁴ gehad het, moet daar na 'n beskuldigde se opset gekyk word om te bepaal of hy inderdaad die bedoeling gehad het om

of participation by both parties..."; *Gumede* 1946(1)PH H 68(N) 87, waar bevind is dat daar geen bewering van "lascivious" ten aansien van die onsedelike aanranding in die klagstaat hoef te wees nie.

¹⁰⁴ *Gordonia Printing & Publishing Co (Pty) Ltd* 1962(3) SA 51(K)54D

¹⁰⁵ *Meinert supra* 61; *W* 1953(3)SA 52(SWA)54B

¹⁰⁶ *H* 1974(3)SA 405(T)408A

¹⁰⁷ *B and C* 1949(2)SA 582(T)582: "... such acts are likely to horrify and disgust ordinary normal people and to outrage their sense of what is decent and proper."

¹⁰⁸ *Supra*

¹⁰⁹ *Supra* 100

¹¹⁰ *Snyman Draft Code* 100

¹¹¹ 1918 CPD 590; *Herbst supra* 434-435: "Indecent assault' is an assault which is lewd or lascivious in its nature... there must be something indecent about the physical act itself before it can be considered an indecent assault."; *Moyo* 1969(1)PH H 26(R), waar 'n vrou vasgegryp en teen haar wil gesoen is, 26: "The law was that for a conviction for indecent assault there must be an act of indecent physical violence. The act constituting the assault must in itself be indecent. Kissing unaccompanied by any indecent handling of the woman was not an indecent assault even if undertaken with a lewd motive."

¹¹² *Supra* 593: "... for an indecent assault, the violence constituting the assault must in itself be indecent; there must be some indecent handling of the complainant."; *Jeremiah* 1947(2)SA 938(SR)939; *Mkize* 1962(1)PH H3(N); Joubert par 267-268; S Hoor "Motive, Intent and Indecent Assault *S v D* 1998(1)SACR 33(T)" 1988 *Obiter* 367-372, 369

¹¹³ *Milton Hunt* 474

¹¹⁴ 1982(2)*supra*, veral 585B, waar die minderheidsuitspraak in *Abrahams* 1918 *supra* 597, gevolg is

onsedelik aan te rand.¹¹⁵ Sy handeling hoef nie op die slagoffer se privaatdele gemik te wees nie. Die aard van die daad is nie die enigste oorweging nie, omdat sy bedoeling ook uit sy woorde of handeling kan blyk. Die misdad kan wel deur 'n dreigement van blote geweld gepleeg word, aangesien dreigemente van onmiddellike fisiese geweld ook onder aanranding ressorteer¹¹⁶ omrede die gedrag opsetlik vrees vir 'n dreigende onsedelike aanranding by 'n slagoffer skep.¹¹⁷ Dit is voldoende indien 'n onsedelike opset uit 'n beskuldigde se woorde of gedrag afgelei kan word, die aanranding op die slagoffer se geslags- of erotiese dele gerig is, die beskuldigde se geslagsorgaan enige deel van die slagoffer se liggaam aanraak of indien hy seksueel deur die betasting van die slagoffer se liggaam geprikkel of bevredig word.¹¹⁸ As 'n erotiese deel van die slagoffer se liggaam egter per ongeluk sonder 'n onsedelike motief aangeraak word, maak dit nie onsedelike aanranding uit nie.¹¹⁹

Kritiek is vanuit verskeie bronne teen die benadering in *Abrahams*¹²⁰ uitgespreek, terwyl die benadering in *F*¹²¹ oor die algemeen verkies word.¹²² Volgens Milton¹²³ is aanranding 'n misdad wat uit verskeie elemente bestaan. Die woord "onsedelik" kwalifiseer die vereiste *mens rea* sowel as die *actus reus*. 'n Beskuldigde se gemoedstoestand kan wel op die onsedelike aard van sy handeling dui. Aanranding word immers deur die werklike toevoeging van geweld of dreigemente van onmiddellike geweld gepleeg. 'n Dreigement van onsedelikheid is derhalwe 'n onsedelike handeling, terwyl 'n blote uitnodiging tot onsedelike aktiwiteite nie onsedelike

¹¹⁵ Snyman *Strafreg* 454-455; J Redgment "Nothing is but thinking makes it so" 1986 *SALJ* 27-30, 30; Hoor 1988 *Obiter* 369 en 372; Joubert par 266 voetnoot 2 en par 269; *D* 1998(1) *supra* 39e; *M* 1984(4)*supra* 112H-113C: "There are therefore two aspects of intention: (a) to commit an assault, (b) to assault indecently... the intention of the accused was revealed by the nature of his conduct. The assault was an integral part of an indecent homosexual attack upon the complainant and the intention was plainly of an indecent nature."; Burchell en Milton 505; *F* 1982(2)*supra* 584G-H; *A* 1993(1)*supra* 607f-j; *A* 1991(2)*supra*

¹¹⁶ Burchell en Milton 478, 503 en 505; Snyman *Strafreg* 454; Milton *Hunt* 470-471

¹¹⁷ Hoor 1988 *Obiter* 372; Burchell en Milton 505

¹¹⁸ *F* 1982(2)*supra* 585C- H

¹¹⁹ *D* 1998(1)*supra* 39b, waar die grootouers van die minderjarige seun *bona fide* geglo het dat hulle sy bednatmakery sou kon genees deur sy privaatdele met spuitverf te bespuit; Hoor 1988 *Obiter* 370, 371 vir kritiek oor die beslissing in *D* 1998(1) *supra*: "Motive can at most be indicative of intent, and thus is merely of evidentiary value."

¹²⁰ 1918 *supra*; *Muvhaki supra* 318F-H, waar die hof bevind dat die benadering in *Abrahams* 1918 *supra* heroorweeg behoort te word. Op 319A-G wys die hof daarop dat 'n beskuldigde se motief wel sy opset kan verduidelik, maar dat dit nie noodwendig sal aantoon dat hy wel die opset gehad het om onsedelik aan te rand nie.

¹²¹ 1982(2)*supra*

¹²² Hoor 1988 *Obiter* 370 en veral 372: "... it is submitted that the time has come for an unequivocal acceptance on the part of the courts of the approach adopted in *F*."

¹²³ Milton *Hunt* 474-475

aanranding sal uitmaak nie.

Snyman is ten gunste van 'n statutêre verbodsbepaling op onsedelike aanranding,¹²⁴ welke voorstel nie deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie ondersteun word nie. Die Regskommissie is van mening dat onsedelike aanranding, wat 'n gemeenregtelike, geslagsneutrale misdaad is, 'n wye omvang het en 'n groot verskeidenheid gedrag omvat. Daar bestaan nie 'n behoefte vir die kodifisering van die misdaad nie. 'n Statutêre omskrywing sal heel waarskynlik leemtes en uitlegprobleme meebring. Die misdaad in sy huidige vorm is soepel en dinamies genoeg om aan die gemeenskap se eise te voldoen. Alhoewel verskeie vorme van onsedelike aanranding heel waarskynlik onder die voorgestelde statutêre omskrywing van verkragting sal resorteer, omdat dit bykans alle vorme van penetrasie dek, sal baie ander handelingsteeds onsedelike aanranding uitmaak.¹²⁵

5.5 Die misdaad sodomie

In die Romeinse Reg is sodomie as 'n vorm van *stuprum* beskou, terwyl dit in die Romeins-Hollandse Reg as *venus monstrosa* of onkuisheid teen die natuur met die doodstraf (by wyse van die brandstapel) bestraf is.¹²⁶ Sodomie is aanvanklik in Suid-Afrika as 'n verskyningsvorm van onnatuurlike geslagsmisdade beskou.¹²⁷ Alhoewel sodomie nie meer 'n misdaad uitmaak nie, word dit nogtans bespreek om die leemte in die reg met betrekking tot "*male rape*" aan te toon.

Sodomie is omskryf as die wederregtelike, opsetlike geslagsgemeenskap tussen twee manspersone *per anum*.¹²⁸ Penetrasie is vereis, maar nie saadstorting nie.¹²⁹ Voor die

¹²⁴ Snyman *Draft Code 27*, se voorstel vir die kodifisering van onsedelike aanranding is 'n kombinasie van die benaderings in *Abrahams 1918 supra* en *F 1982(2) supra*.

¹²⁵ SARK *Sexual Offences* par 3.1; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 197-200

¹²⁶ Burchell en Milton 633; Joubert 223-224; *Kampher 1997(2)SASV 418(K)421b-422d*; R Louw "Sexual orientation, the right to equality and the common-law offence of sodomy: *S v Kampher 1997(2)SASV 418(C)*" 1998 *SACJ* Vol 11, 112-117, 115-117

¹²⁷ *Gough and Narroway 1926 CPD 159, 161-163*; Snyman *Strafreg 369*; Milton *Hunt 248 en 253*; Joubert 223-224; *Kampher supra 422d-f*; P de Vos "On the legal construction of Gay and Lesbian identity and South Africa's transitional Constitution" 1996 *SAJHR* 265-290, 277

¹²⁸ Snyman *Strafreg 367*; Milton *Hunt 248 en 255-256*; Burchell en Milton 632 en 634; Joubert par 230; BM Mchunu in "Will sodomy find a place in the new South African legal dispensation?" 1994 *Die Landdros* Vol 29 No 4, 146, waar die outeur daarop wys dat die term "sodomie" van die Bybelse stad, Sodom, afgelei is; *Kampher supra 421b*; *National Coalition (KH) supra 570c-f en 587f-g*; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1998(2)SASV 102(W)*(verder verwys na as *National Coalition (W)*) 108i-109b; *Gough and Narroway supra 161 en 163*: "Any gratification of sexual lust in a manner contrary to the

inwerkingtreding van die *interim Grondwet*,¹³⁰ is die dekriminalisasie van homoseksuele geslagsgemeenskap tussen twee toestemmende volwasse mans reeds bepleit. Nadat die *interim Grondwet* van krag geword het, was dit duidelik dat 'n regsgeldige basis vir diskriminasie teen homoseksuele persone op grond van seksuele oriëntasie ontbreek het. Homoseksualiteit is nie 'n siekte of perverse gedrag nie.¹³¹ In die meeste Westerse lande is die misdaad sodomie ook reeds gedekriminaliseer.¹³²

Alhoewel sodomie tussen volwasse toestemmende mans sedert die negentigerjare nie meer as ernstig beskou is nie,¹³³ het die gemeenskap steeds sodomie met kinders afgekeur. Kinders moet teen volwasse mans wat homoseksuele neigings het en seuns seksueel misbruik, beskerm word.¹³⁴ Louw is egter van mening dat daar nie werklik gelyke regte vir homoseksuele of lesbiese persone is nie. Homoseksuele daade geniet slegs gelyke beskerming indien dit in privaatheid geskied. As die daad in die openbaar verrig word, is dit 'n misdaad, terwyl heteroseksuele geslagsmeenskap in die openbaar nie bestraf word nie.¹³⁵ Hierdie argument laat egter buite rekening dat sowel homoseksuele as heteroseksuele gedrag in die openbaar die misdaad openbare onsedelikheid uitmaak.

In *National Coalition*¹³⁶ het die Konstitusionele hof in 1998 die Witwatersrandse Plaaslike

order of nature was a crime. Some... writers classified all forms of unnatural lust under the title of "sodomy" ... that particular kind of unnatural offence where there is penetration *per anum*..."; *M* 1984(4)*supra* 112

¹²⁹ CR Snyman *Strafreg* (3de uitgawe, 1992) 389; Joubert par 230; *Theron* 1924 EDL 204

¹³⁰ *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993, wat op 27 April 1994 in werking getree het

¹³¹ E Cameron "Sexual Orientation and the Constitution: A Test Case for Human Rights" 1993 *SALJ* Vol 110, 450-472, 453-454 en 464; *National Coalition* (W)*supra* 112d-f; Mchunu 1994 *Die Landdros* 147-149; Milton *Hunt* 249-250 en 253-254.

¹³² Snyman *Strafreg* (3de) 389; JMT Labuschagne "Dekriminalisasie van Homo- en Soofilie" 1986 *TRW* Vol 11, 167; Van Niekerk BvD "Recent Legislation The 'Third Sex' Act" 1970 *SALJ* 87-93; *M* 1990(2)*SASV* 509(OK)514c-e

¹³³ *M* 1990(2)*supra* 509f-h en 514b-j, waar sodomie met 11- en 12-jarige seuns gepleeg is en die hof sodomie met kinders as ernstig bestempel het; *Baptie* 1963(1)PH H96(N); *H* 1993(2)*SASV* 545(K)545i-546a, 547f-i en 548a-h; K Alheit "Sodomy - sentence - private homo-sexual act between two consenting adults - *S v H* 1995 1 SA 120(CPD)" 1995 *Codicillus* Vol 36 No 2, 80-81; R Louw "Sexual orientation, criminal law and the Constitution: privacy versus equality" 1998 *SACJ* Vol 11, 375, 390-391; contra egter *Van Rooyen v Van Rooyen* 1994(2)SA 325(W)328i-329g en 332c-d; E Steyn "From closet to constitution: the gay family rights odyssey" 1998 *TSAR* Vol 1, 97-117, 114 en 117; A Pantazis "The problematic nature of gay identity" 1996 *SAJHR* 291, 292, vir kritiek oor die *Van Rooyen*-beslissing.

¹³⁴ *M* 1990(2)*supra* 509f-h

¹³⁵ Louw 1998 *SACJ* 392-395

¹³⁶ (KH)*supra* 590d-e; 590g-591c en 595e-f. Verskeie ander statutêre bepalings se regsgeldigheid is ook oorweeg, onder andere etlike artikels van die *Strafproseswet* waarin sodomie vermeld word

Afdeling van die Hooggeregshof ¹³⁷ se bevinding dat sodomie onkonstitusioneel is, bekragtig. Die Hof het voorts bevind dat artikel 20A van die *Wet op Seksuele Misdrywe* ook onkonstitusioneel is. Enige diskriminasie teenoor homoseksuele persone is onbillik en in stryd met die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika*. ¹³⁸ In *P* ¹³⁹ is die appellant reeds in 1997 aan sodomie met 'n vierjarige seun skuldig bevind, maar eers in 2000 vir die misdaad gevonniss. Die seun was reeds ses jaar oud toe hy getuig het. Die hof het bevind dat die beslissing in *National Coalition* ¹⁴⁰ slegs op konsensuele geslagsgemeenskap tussen twee volwasse mans in privaatheid betrekking gehad het. ¹⁴¹

Sedert 9 Oktober 1998 is sodomie dus nie meer 'n misdaad in die Suid-Afrikaanse Reg nie. ¹⁴² 'n Aanklag van openbare onsedelikheid is gepas indien twee mans geslagsgemeenskap met toestemming in die openbaar het. Sou toestemming ontbreek, welke handeling eintlik "**male rape**" uitmaak, word die beskuldigde tans van onsedelike aanranding aangekla. Indien die slagoffer onder die ouderdom van negentien jaar is, is 'n aanklag van oortreding van artikel 14(1)(b) van die *Wet op Seksuele Misdrywe* gepas. ¹⁴³ Alhoewel die misdaad sodomie in geheel herroep is, is Snyman van mening dat gevalle waar toestemming ontbreek, steeds sodomie uitmaak ¹⁴⁴ en stel hy 'n nuwe omskrywing voor. ¹⁴⁵ Die Regskommissie beveel daarenteen aan dat "**male rape**" in die beoogde omskrywings van verkragting sowel as "*sexual violation*" (seksuele skending) omvat moet word en wel onderworpe aan dieselfde dwingende

¹³⁷ *National Coalition (W)supra*

¹³⁸ *National Coalition (KH)supra* 576a, 605a-b en 613e-f, met verwysing na artikel 9 van die *Grondwet* 108 van 1996; *National Coalition (W)supra* 120a; *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997(4)SA 1(KH) par 41: "... all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups.", *Bernstein v Bester* NO 1996(2)SA 751(KH); Louw 1998 SACJ 386-387, waar hy daarop wys dat dit lyk asof "*sexual preference*" 'n ander betekenis as "*sexual orientation*" het.

¹³⁹ 2000(2)SA 656(HHA)

¹⁴⁰ (KH)*supra*

¹⁴¹ 2000(2)*supra* 659h-660c

¹⁴² Sodomie het eintlik reeds sedert die inwerkingtreeding van die *interim Grondwet* 200 van 1993 nie meer bestaan nie, maar vervolgings vir die misdaad is steeds ingestel. In *National Coalition (KH)supra* 597h-598a, 590a-b en veral 601c is beslis: "The common-law offence of sodomy is declared to be inconsistent with the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 and invalid."

¹⁴³ Snyman *Strafreg* 367; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 135; Milton *Hunt* 249, meen dat effektiewe maatreëls in die lewe geroep moet word om minderjariges, kinders en gestremde persone teen hierdie daad te beskerm

¹⁴⁴ Snyman *Strafreg* 367-368; S Lötter "Decriminalisation: A principled approach" 1994 *Consultus* 130-132, 132: "Sodomy on any non-consenting person should, however, remain a crime."

¹⁴⁵ Snyman *Strafreg* 368: "... 'n Manlike persoon pleeg sodomie indien hy wederregtelik en opsetlik anale geslagsgemeenskap met 'n ander manlike persoon het, in omstandighede waarin laasgenoemde nie toegestem het tot die daad nie."; Joubert par 230; Snyman *Draft Code* 31, met betrekking tot sy voorgestelde artikel 12.3

omstandighede en verskillende wyses van penetrasie. ¹⁴⁶

5.6 Onnatuurlike geslagsmisdade (“*venus monstrosa*”)

5.6.1 Inleiding

‘n Onnatuurlike geslagsmisdad word gepleeg indien een persoon wederregtelik en opsetlik ‘n onnatuurlike seksuele daad met ‘n ander persoon verrig. Saadstorting is nie ‘n vereiste nie. ¹⁴⁷ Burchell en Milton lys verskeie kategorieë van onnatuurlike seksuele gedrag, onder andere bestialiteit en pedofilie. Sodomie en bestialiteit maak egter nie meer deel van hierdie omskrywing uit nie. ¹⁴⁸ Verdere voorbeelde van onnatuurlike geslagsdade is masturbasie, heteroseksuele anale geslagsgemeenskap, *fellatio* en “*intercrural intercourse*” (dyseks). Hierdie gedrag het heel waarskynlik as misdade uitgekristalliseer weens die afsku waarmee dit deur die gemeenskap bejeën is. ¹⁴⁹ Bitter min vervolgings is in die verlede vir onnatuurlike geslagsmisdade ingestel. Verskeie skrywers is derhalwe van mening dat hierdie misdade in onbruik verval het. Die essensie van onnatuurlike geslagsmisdade behels in elk geval ‘n waarde-oordeel oor gedrag, wat van land tot land sowel as tussen verskillende rasse- en ouderdomsgroepe kan verskil. Voorts word ‘n geringe, indien enige, objektiewe betekenis aan die woord “*onnatuurlik*” geheg en het sommige verskyningsvorme van onnatuurlike geslagsmisdade nog nooit in die Suid-Afrikaanse Reg voorgekom nie en sal dit waarskynlik ook nooit voorkom nie. ¹⁵⁰ Die omvang van die misdad is onduidelik en die omskrywing daarvan vaag en lomp. ¹⁵¹

¹⁴⁶ SARK *Sexual Offences* par 3.3.4 en die beoogde artikel 3; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 268-269; die bespreking onder VERKRAGTING *supra*

¹⁴⁷ *M 1969(1)supra*; *Matsemela supra*; Joubert par 232

¹⁴⁸ Burchell en Milton 638-641. Hierdie outeurs sowel as Snyman *Strafreg* 368-369 en Milton *Hunt* 223, wys ook op ander afwykende, onnatuurlike seksuele praktyke, naamlik: self-masturbasie, masturbasie, homoseksualisme, bestialiteit, pedofilie, nekrofilie, fetisjisme, transvestisme (“*cross-dressing*”), ekshibisionisme, die plasing van die manlike seksorgaan tussen ‘n ander man se bene, afloerdery (“*voyeurism*”), masochisme, sadisme en wedersydse masturbasie

¹⁴⁹ Milton *Hunt* 223-224; *National Coalition (W)supra* 109c-d; Joubert 223; *Matsemela supra* 258B-E, waarin bevind is dat daar geen *numerus clausus* van vorme by onnatuurlike geslagsmisdade is nie; Snyman *Strafreg* 368-369

¹⁵⁰ Milton *Hunt* 226-228 en Snyman *Strafreg* 369, wys daarop dat daar in die Suid-Afrikaanse Reg hoofsaaklik vir die volgende misdade vervolgd is: masturbasie, “*intercrural*” gemeenskap (“*acts whereby a male obtains sexual gratification by friction of the male organ between a female’s thighs*”), *fellatio* (orale-genitale geslagsgemeenskap) en heteroseksuele sodomie. Indien hierdie dade tussen lede van die teenoorgestelde geslag verrig is, was die algemene benadering om nie te vervolgd nie. Alvorens dit strafbaar gestel is, moes die dade tussen mans plaasgevind het; *V 1967(2)SA 17(OK)*; Joubert par 232; *Kampher supra* 422g-423b; *Banana 2000(2)SASV 1(ZS)33d-e*; *National Coalition (W)supra* 109f-g

¹⁵¹ *National Coalition (W)supra* 109d

5.6.2 Bestialiteit

“As ‘n man met ‘n dier seksuele omgang het, moet hy doodgemaak word en die dier ook.
As ‘n vrou ‘n dier vir seksuele omgang gebruik, moet sy en die dier doodgemaak word
want hulle het die doodstraf oor hulleself gebring.”

Levitikus 20:15-16

Die Lewende Bybel

Bestialiteit (*zoophilia*) word omskryf as die wederregtelike, opsetlike seksuele geslagsgemeenskap tussen ‘n mens en ‘n dier. Die misdaad is geslagsneutraal en penetrasie *per anum* of *vaginam* word vereis, maar nie saadstorting nie.¹⁵² Poging tot die pleging van bestialiteit is ook strafbaar.¹⁵³ Indien ‘n beskuldigde ‘n kind sou dwing om bestialiteit te pleeg, kan die beskuldigde as medepligtige vervolg word. Die bestaan van toestemming is irrelevant en die dwang ontnem die kind se handeling van enige wederregtelikheid.¹⁵⁴

Die dekriminalisasie van bestialiteit is reeds in 1986 bepleit,¹⁵⁵ omdat dit waarskynlik ‘n persoon se reg op vryheid, seksuele oriëntasie en privaatheid skend.¹⁵⁶ In *National Coalition*¹⁵⁷ het die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling van die Hooggeregshof egter beslis dat onnatuurlike geslagsdade steeds verbied moet word, aangesien dit afkeurenswaardig en afstootlik is. Enige vorm van perverse gedrag is onversoenbaar met menswaardigheid en teenstrydig met die natuurlike orde in die samelewing. Die Staat het ‘n plig teenoor die gemeenskap om te verhoed dat individue tot “*the level of the beast*” (die vlak van die dier) daal, omrede onnatuurlike gedrag op ‘n gemeenskap se agteruitgang dui.¹⁵⁸ Snyman is van mening dat die hof se benadering in stryd met die gees van die *Handves van Regte* is. Die Staat is immers nie veronderstel om oor die samelewing se sedes te waak nie. Die misdaad bestialiteit kom in elk geval selde voor en vind bykans altyd in privaatheid plaas. Dit hou derhalwe weinig, indien enige, skade vir die gemeenskap in. ‘n Aanklag van dieremishandeling behoort eerder in hierdie omstandighede

¹⁵² Snyman *Strafreg* 369-370; Burchell en Milton 638; Milton *Hunt* 230

¹⁵³ M 1961(1)SA 534(T)

¹⁵⁴ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 183-184

¹⁵⁵ Labuschagne 1986 *TRW* 169; Burchell en Milton 638

¹⁵⁶ Snyman *Strafreg* 370; Milton *Hunt* 230

¹⁵⁷ (W)*supra* 127

¹⁵⁸ *Supra* 127

gestel te word.¹⁵⁹

Die Regskommissie beskou die Strafreg nie as die aangewese dissipline indien kinders uit eie beweging bestialiteit pleeg nie. Alhoewel die *Wet op Dierebeskerming*¹⁶⁰ toepassing mag vind, is die bepaling eerder bedoel vir gevalle waar diere in wrede omstandighede aangehou of behandel word.¹⁶¹ In die Regskommissie se verslag van 2002 word daar egter glad nie na onnatuurlike geslagsmisdade of bestialiteit verwys nie. Die Regskommissie het wel aanbeveel dat 'n dier se liggaamsdeel in die beoogde omskrywings van "*sexual violation*" (seksuele skending) en "*oral genital sexual violation*" (oraal-genitale seksuele skending) as 'n wyse van penetrasie vervat moet word.¹⁶² 'n Verdere voorstel behels 'n nuwe geslagsneutrale misdaad getiteld "*compelled or induced indecent acts*" (gedwonge of geïnduseerde onsedelike daad).¹⁶³ Ingevolge hierdie twee voorstelle mag geen persoon 'n ander persoon (insluitend 'n kind) forseer of manipuleer om geslagsgemeenskap of onsedelike daad met 'n dier te verrig nie. Geen aanbevelings is oor die misdaad bestialiteit gemaak nie.

5.6.3 Pedofilie

Pedofilie is nie 'n selfstandige misdaad nie, maar 'n persoonlikheidsafwyking ingevolge waarvan volwassenes 'n voorkeur vir jong kinders as seksuele maats toon.¹⁶⁴ Pedofiliese handeling kan wel die misdade verkragting, onsedelike aanranding, bloedskande, openbare onsedelikheid sowel as oortredings van die *Wet op Seksuele Misdrywe* uitmaak. Die dader kan heteroseksueel of homoseksueel wees, terwyl die slagoffer enige kind onder agtien jaar (by heteroseksuele handeling) of 'n seun onder negentien jaar (in die geval van homoseksuele gedrag) kan wees.¹⁶⁵ Volgens Hough¹⁶⁶ is 'n pedofiel 'n volwassene wat by herhaling intense

¹⁵⁹ Snyman *Strafreg* 370 voetnota 76

¹⁶⁰ Wet 71 van 1962

¹⁶¹ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 187-188

¹⁶² SARK *Sexual Offences* in die beoogde artikels 4 en 5

¹⁶³ SARK *Sexual Offences* se voorgestelde artikel 7; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 262 en 269-270

¹⁶⁴ Burchell en Milton 639; Labuschagne 1990 SACJ 11

¹⁶⁵ Burchell en Milton 639

¹⁶⁶ B Hough "Die gesig van 'n Pedofiel" 27 Oktober 1996 *Rapport: Tydskrif*

seksuele drange en prikkelende fantasieë oor seksuele daade met voor-puberteitse kinders ervaar. Daar bestaan gewoonlik 'n vertrouensverhouding tussen die partye. In *D*¹⁶⁷ is pedofilie omskryf as 'n seksuele stimulasie in reaksie op kinders, wat gewoonlik tot die pleging van seksuele misdade met weerlose kinders aanleiding gee. 'n Pedofiel kan wel van dieselfde geslag as die kind wees¹⁶⁸ en mag selfs kinderpornografie as verleidingsmiddel gebruik om jong kinders tot seksuele aktiwiteite te oorreed.¹⁶⁹

5.7 Oortredings ingevolge die *Wet op Seksuele Misdrywe*¹⁷⁰ met kinders en jeugdiges

Die *Wet op Seksuele Misdrywe* bestraf, onder andere, seksuele misdade met kinders sowel as jeugdiges, ontug en ander aanverwante seksuele daade. Die Wet het aanvanklik as die *Ontugwet* bekend gestaan, maar in 1988 is die inhoud sowel as die titel daarvan gewysig.¹⁷¹ Vir doeleindes van hierdie proefskrif word daar hoofsaaklik op misdade met kinders en jeugdiges gekonsentreer. Met die uitsondering van artikels 14 en 20A, is die res van die verbodsbepalings geslagsneutraal ten aansien van die dader. Alhoewel daar in die meeste bepalinge na "n vrou" verwys word, is 'n jong meisie daarby inbegrepe.

5.7.1 Die misdade koppelary en prostitusie

Aangesien die verbod op koppelary en prostitusie in een statutêre bepaling vervat is, word die misdade saam behandel. Die Wet bevat geen omskrywing van prostitusie of 'n prostituut nie. Uit die regspraak blyk 'n **prostituut** wel 'n persoon te wees wat, sonder om te diskrimineer en teen vergoeding, seksuele geslagsgemeenskap met 'n ander persoon hou of onsedelike daade

¹⁶⁷ 1989(4)SA 225(K)

¹⁶⁸ *Supra* 229B-C en 230i-j: "... the paedophile's sickness ... leads to the commission of crimes against an extremely vulnerable segment of society, namely children."; Labuschagne 1990 SACJ 10-23

¹⁶⁹ *De Reuck v Director of Public Prosecutions, Witwatersrand Local Division* 2003(3)SA 389(W)[verder verwys na as *De Reuck*] par 20 en 51

¹⁷⁰ Wet 23 van 1957, wat op 12 April 1957 in werking getree het en sedertdien verskeie kere gewysig is. Die doel van die wetgewing word in die Aanhef uiteengesit; Snyman *Strafreg* 371

¹⁷¹ Snyman *Strafreg* 371; JRL Milton *Hunt's South African Criminal Law and Procedure Statutory Offences* (Vol III, 1988) Juta (verder verwys na as *Statutory Offences*) par E3-2; J Milton "Unfair discrimination on the grounds of 'gender, sex ... [or] sexual orientation'. How the Sexual Offences Act 1957 does it all." 1997 SACJ Vol 10, 297-302, 297-298; J Milton "The Sexual Offences Act" 1988 SACJ Vol 2, 269-274, 269

met die persoon verrig.¹⁷²

Die misdaad **koppelry** beoog die beskerming van vrouens teen gewetenlose uitbuiters.¹⁷³ Verskeie handelingte maak koppelry uit. **Geen persoon** mag 'n vrou verkry om ontug¹⁷⁴ met iemand anders te pleeg nie. Daadwerklike geslagsgemeenskap word nie vereis nie, maar wel die verkryging van 'n slagoffer vir die pleging van ontug of die bewerkstelling van ontug. Omrede geen ouderdomsperke aan die misdaad gekoppel word nie, kan 'n jong meisie ook die slagoffer daarvan wees.¹⁷⁵ **Niemand** mag 'n meisie na 'n bordeel vir die pleging van ontug of prostitusie lok, haar in 'n bordeel versteek,¹⁷⁶ haar oorreed om in 'n bordeel te woon¹⁷⁷ of bewerkstellig dat sy 'n prostituut word nie.¹⁷⁸ Sy mag ook nie deur die toediening van drank of enige middel bedwelm word om ontug met iemand anders te pleeg nie.¹⁷⁹

Geen ouer, voog of persoon in beheer¹⁸⁰ van 'n kind onder agtien jaar mag die kind tot ontug sowel as 'n onsedelike of 'n onbehoorlike daad met 'n ander persoon beweeg of toelaat dat die kind in 'n bordeel woon of dit gereeld besoek nie.¹⁸¹ Die ouer of voog mag ook nie die kind se verleiding of ontering bewerkstellig of veroorsaak dat die kind 'n prostituut word nie. Die ontvangs van enige vergoeding vir hierdie dade word voorts verbied.¹⁸² Omdat lewenslange

¹⁷² Snyman *Strafreg* 381. Volgens die bewoording van veral artikels 12A en 20(1)(aA) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*, kan 'n prostituut ook 'n man wees.

¹⁷³ Snyman *Strafreg* 372, noem dat 'n beskuldigde aktief moet optree om koppelry te bewerk. Indien hy slegs 'n boodskapper is, pleeg hy nie die misdaad nie; *F* 1958(4)SA 300(T); *Davies* 1956(3)SA 52(A)

¹⁷⁴ Ingevolge artikel 1 van die *Wet op Seksuele Misdrywe*, beteken "ontug" om buite-egtelike vleeslike gemeenskap te hou. Ooreenskomstig artikel 21(1) geld 'n vermoede in alle vervolgings waar die wettigheid van geslagsgemeenskap tussen 'n man en 'n vrou ter sprake kom, dat hulle ten tye van die gemeenskap ongetroud is, tensy die beskuldigde die teendeel bewys; Snyman *Strafreg* 371, wys daarop dat die blote pleging van ontug nie 'n misdaad is nie, maar dat die Wet dit wil ontmoedig.

¹⁷⁵ Artikel 10(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*. In *S* 1971(4)SA 432(T)434E het die hof egter beslis dat geslagsgemeenskap inderdaad moet plaasvind. Snyman *Strafreg* 372-373, kritiseer die uitspraak. Die misdaad is voltooi sodra die vrou verkry is om geslagsgemeenskap met 'n ander man te hou. In *M* 1974(4)SA 843(N) is die korrektheid van *S* 1971(4)*supra* ook betwyfel.

¹⁷⁶ Artikel 10(1)(b) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁷⁷ Artikel 10(1)(d) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁷⁸ Artikel 10(1)(c) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁷⁹ Artikel 10(1)(e) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*. Sien ook artikel 18 van die Wet, wat bepaal dat dit 'n misdaad is om 'n meisie deur die toediening van enige middel, drank of ander stof te bedwelm of te oorweldig om ontug met haar te kan pleeg. Ingevolge artikel 22(d) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*, kan 'n boete of 5 jaar gevangenisstraf vir 'n oortreding van artikel 18 opgelê word.

¹⁸⁰ Artikel 9(2) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁸¹ Artikel 9(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁸² Artikel 9(1)(b) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

gevangenisstraf in sekere omstandighede vir hierdie oortredings opgelê kan word, is dit duidelik dat die Wetgewer sodanige gedrag in 'n baie ernstige lig beskou. ¹⁸³

Niemand mag 'n meisie vir doeleindes van ontug aanhou nie. ¹⁸⁴ Dit word vermoed dat sy teen haar wil in 'n bordeel of 'n soortgelyke plek aangehou word indien sy onder sestien jaar of tussen die ouderdom van sestien en een-en-twintig jaar is en die wegname teen haar of haar ouers se wil geskied het. ¹⁸⁵ **Hulpverlening teen vergoeding vir doeleindes van ontug of onsedelike daad** word ook verbied. ¹⁸⁶ Verskeie vermoedens geld by die vervolging vir hierdie geslagsneutrale misdaad, ¹⁸⁷ wat wel die bedrywighede van metgeselagentskappe sal dek. ¹⁸⁸ Geen persoon mag van die **opbrengste van prostitusie leef** nie, byvoorbeeld 'n "pimp" (koppelaar) wat prostitusie aanmoedig. ¹⁸⁹ Niemand mag voorts teen vergoeding ontug of 'n onsedelike daad met 'n ander persoon pleeg nie. ¹⁹⁰ Die dader kan manlik of vroulik wees. ¹⁹¹ Geen persoon mag verder 'n onsedelike daad met 'n ander persoon in die openbaar verrig nie. ¹⁹² Hulpverlening in hierdie verband sowel as die ontvangs van vergoeding daarvoor word ook verbied. ¹⁹³ **Uitlokking** vir onsedelike doeleindes in 'n openbare plek maak ook 'n misdaad uit. ¹⁹⁴

¹⁸³ Artikel 9, gelees met artikel 22(b), van die *Wet op Seksuele Misdrywe* bepaal dat 5 jaar gevangenisstraf opgelê kan word. Indien die slagoffer egter 'n seun onder die ouderdom van 14 jaar of 'n meisie onder 12 jaar is, kan lewenslange gevangenisstraf opgelê word; Milton *Statutory Offences* E3-140; S 1971(4)*supra* 434G; M 1974(4)*supra* 844E

¹⁸⁴ Artikel 12(1) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁸⁵ Artikel 12(2) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*. Ingevolge artikel 12(3) word vermoed, dat 'n vrou aangehou is indien haar klere of eiendom van haar weerhou word om haar so te dwing om nie die bordeel of soortgelyke plek te verlaat nie; Milton *Statutory Offences* par E3-138

¹⁸⁶ Artikel 12A(1) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Snyman *Strafreg* 373-374; Milton 1988 SACJ 273-274

¹⁸⁷ Artikel 21(4) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁸⁸ Milton 1988 SACJ 273-274

¹⁸⁹ Artikel 20(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*. Die strafbepaling is in artikel 22(a) van die Wet vervat.

¹⁹⁰ Artikel 20(1)(aA) gelees met artikel 22(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Milton *Statutory Offences* par E3-32 en E3-84

¹⁹¹ Snyman *Strafreg* 380-381; Milton 1988 SACJ 271-272

¹⁹² Artikel 20(1)(b) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁹³ Artikel 20(1)(c) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

¹⁹⁴ Artikel 19(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Snyman *Strafreg* 381

5.7.2 Seksuele geslagsgemeenskap of onsedelike dade

Artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe* verbied uitdruklik seksuele geslagsmeenskap sowel as onsedelike dade met kinders en jeugdiges onder 'n sekere ouderdom, selfs al is toestemming tot die dade verleen. Die doel van hierdie verbodsbepaling is om weerlose slagoffers¹⁹⁵ se seksuele integriteit te beskerm en uitbuiting deur volwassenes te voorkom.¹⁹⁶ Volwassenes is immers nie veronderstel om kinders vir seksuele dade te gebruik nie.¹⁹⁷ Die Wet onderskei tussen 'n manlike en 'n vroulike dader. 'n **Manspersoon**¹⁹⁸ word verbied om **ontug** met 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar te pleeg¹⁹⁹ en poging tot die pleging van hierdie daad word ook strafbaar gestel.²⁰⁰ Indien die handeling sonder die slagoffer se toestemming geskied, pleeg hy verkragting. As die meisie onder die ouderdom van twaalf jaar is, kan sy nie geldige toestemming tot geslagsgemeenskap verleen nie.²⁰¹

Geen man mag voorts 'n **onsedelike of onbehoorlike daad**²⁰² met 'n meisie onder sestien jaar

¹⁹⁵ Artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Milton *Statutory Offences* par E3-9; Snyman *Strafreg* 375; *W* 1949(3)SA 772(A)778; Milton *Statutory Offences* par E3-3 en E3-10, wys daarop dat die "age of consent" vir 'n meisie om geldige geslagsgemeenskap te kan hê, 16 jaar is.

¹⁹⁶ Labuschagne 1998 *Obiter* 341. Uit die volgende sake blyk dit dat die rasseverdeling tussen beskuldigdes en slagoffers onder die vorige bewind van apartheid baie belangrik was: *H* 1959(1)SA 803(T) 804H-805A; *E* 1960(4)SA 445(K)448D-E; contra egter *S* 1965(4)SA 405(N); Milton 1997 *SACJ* 297

¹⁹⁷ *E* 1992(2)SASV 625(A); *W* 1949(3)*supra* 778; *Shaw*, ongerapporteerde NPA saak, gedateer 6 Augustus 1987, 8: "The Act seeks to protect young boys from the corrupting influence of older male people. Even if the boys had willingly taken part in these episodes, their decision to do so sprang from immature minds and that is the very kind of evil which the Act seeks to provide against. The Act does not aim merely to protect boys from being initiated into sexual perversion, it also protects boys from being further degraded after they had initially come in contact with these practices. It would be a callous approach to say that because a boy had been abused in the past, therefore further abuse should not be seen in a serious light."

¹⁹⁸ Milton *Statutory Offences* par E3-4 en E3-48. Ingevolge *M* 1950(4)SA 101(T), kan 'n vrou wel as medepligtige skuldig bevind word indien sy 'n man tydens die pleging van hierdie misdaad bygestaan het

¹⁹⁹ Artikel 14(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Snyman *Strafreg* 375; Milton *Statutory Offences* par E3-4 en 3-11; *A* 1990(1)SASV 534(K); *L* 1998(1)SASV 463(HHA), waar die appellant op 3 geleenthede vleeslike gemeenskap met sy minnares se 13-jarige dogter gehad het

²⁰⁰ *B* 1958(1)SA 199(A)204 en 205

²⁰¹ Snyman *Strafreg* 375; Milton *Statutory Offences* par E3-4 en 3-11; sien ook bespreking onder VERKRAGTING *supra*

²⁰² *A* 1990(2)*supra* 268e-g, oor die betekenis van 'n onsedelike of onbehoorlike daad; Milton *Statutory Offences* par E3-50: "... acts that contain an element of lewdness or lasciviousness... an act is indecent for these purposes if it is lewd, which is to say, involves lechery, debauchery, licentiousness or impurity, or lascivious, which is to say, involves wantonness or lustfulness. Indecency, so construed, would thus denote acts of a sexual nature that give rise to sexual passion, or incite the desire for sexual intercourse or the gratification of sexual desire..."

of 'n seun onder negentien jaar pleeg nie.²⁰³ Die handeling moet teenoor of met die slagoffer verrig word en nie net in sy of haar teenwoordigheid geskied nie.²⁰⁴ In *Rautenbach*²⁰⁵ het die appellant, wat 'n mediese praktisyn was, verskeie kere saam met drie seuns tussen die ouderdom van sestien en sewentien jaar gebad, sonder dat enige seksuele aktiwiteite plaasgevind het. Die hof het bevind dat die frase “*onsedelike of onbehoorlike daad*” noodwendig 'n seksuele konnotasie vereis en wel op verskillende maniere geïnterpreteer kan word. Alhoewel die saambaddery ongewoon en onfatsoenlik is, is dit egter nie as sodanig seksueel van aard nie en word die gedrag ook nie as sulks deur die gemeenskap beskou nie. Die appellant is derhalwe onskuldig bevind op 'n aanklag van oortreding van artikel 14(1)(b) van die Wet.

'n **Manspersoon** word voorts verbied om 'n meisie onder sestien jaar of 'n seun onder negentien jaar uit te lok om 'n onsedelike of onbehoorlike daad te pleeg.²⁰⁶ Toestemming deur die slagoffer tot hierdie daad is nie 'n verweer nie,²⁰⁷ tensy²⁰⁸ 'n geldige huwelik tussen die partye bestaan²⁰⁹ of die meisie tydens die beweerde misdaad 'n prostituut is, die beskuldigde onder die ouderdom van een-en-twintig jaar is en vir die eerste keer van hierdie oortreding aangekla word.²¹⁰ Toestemming sal ook 'n verweer wees, indien 'n meisie of persoon in wie se sorg sy is, die beskuldigde mislei het om te glo dat sy op die bedoelde tydstip ouer as sestien jaar is.²¹¹

²⁰³ Artikel 14(1)(b) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Milton *Statutory Offences* par E3-51 tot 3-52; Snyman *Strafreg* 375; V 1991(1)SASV 68(OK); E 1992(2)*supra*; V 1993(1)SASV 736(O); M 1959(3)SA 332(A)334B-C; V 1960(1)SA 117(T)119C en 120B-C

²⁰⁴ H 1959(1)SA 343(K); K 1995(2)SASV 555(O); M 1970(4)SA 647(N)648; Milton *Statutory Offences* par E3-51; Snyman *Strafreg* 375

²⁰⁵ 2001(1)SASV 521(HHA)par 18-21

²⁰⁶ Artikel 14(1)(c) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

²⁰⁷ Milton *Statutory Offences* par E3-10

²⁰⁸ F 1967(4)SA 639(W)643C-G, waar die hof bevind het dat 'n beskuldigde nie afstand gedoen het van die verwere in artikel 14(2) op 'n aanklag van oortreding van artikel 14(1)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*, indien hy geslagsgemeenskap met toestemming op 'n aanklag van verkragting teenoor 'n vredesbeampte erken het nie.

²⁰⁹ Milton *Statutory Offences* par E3-5

²¹⁰ Artikel 14(2)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Milton *Statutory Offences* par E3-7 en E3-49

²¹¹ Artikel 14(2)(c) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; A 1970(3)SA 757(A)759F-H, waar dit as strafversagkend beskou is dat die appellant onder die indruk was dat die klaagster tussen die ouderdom van 16 en 17 jaar was; Milton *Statutory Offences* par E3-6 en E3-49; Snyman *Strafreg* 376; Labuschagne 1990 SACJ 15-16; M 1997(2)SASV 340(O), waar die beskuldigde 'n onderwyser was en die 14-jarige klaagster in dieselfde skool was waar hy skoolgehou het, 343g-i: “Die woorde ... is aanduidend daarvan dat appellant slegs moet aantoon dat hy in feite mislei is as gevolg van woorde of daad aan die kant van die klaagster... Daarby kan nog ook gevoeg word dat die klaagster se sosiale optrede en gedrag uiters relevant is...”; T 1960(4)SA 685(T); waar bevind is dat misleiding ook by implikasie kan geskied; V 1957(3)SA 633(O); V 1957(2)SA 10(O)

Sedert 1988 kan 'n **vrou** ook vir ontug sowel as onsedelike of onbehoorlike daad met kinders en jeugdige vervolg word.²¹² Hierdie verbodsbepaling verleen erkenning aan die belangrikheid van die beskerming van kinders onder die ouderdom van sestien jaar teen vroulike uitbuiters.²¹³ Dit is die eerste keer in die Suid-Afrikaanse Reg dat enige vorm van lesbinisme strafbaar gestel word.²¹⁴ Geen **vrou**²¹⁵ mag **ontug** met 'n seun onder sestien jaar pleeg nie en poging word ook verbied.²¹⁶ 'n **Vrou** mag voorts ook nie 'n **onsedelike of onbehoorlike daad** met 'n seun onder sestien jaar of 'n meisie onder negentien jaar verrig of probeer pleeg²¹⁷ of so 'n seun of meisie **uitlok** om 'n onsedelike of onbehoorlike daad te verrig nie.²¹⁸ Die vroulike beskuldigde beskik oor dieselfde verwere as wat deur die manlike beskuldigde geopper kan word.²¹⁹

Die bepalings van artikel 14 is reeds verskeie kere in die verlede gekritiseer. Cameron en Milton meen dat die verbodsbepaling teen homoseksuele en lesbiese persone diskrimineer weens die verskil in ouderdom waarop toestemming tot geslagsgemeenskap gegee kan word. In die geval van heteroseksuele geslagsgemeenskap is die ouderdom sestien jaar, terwyl dit by homoseksuele en lesbiese daad negentien jaar is. In laasgenoemde gevalle word net “*n onsedelike of onbehoorlike daad*” verbied en nie ook “*ontug*” nie.²²⁰ Alhoewel homoseksuele aktiwiteite tussen vrouens bo die ouderdom van negentien jaar wettig is, is homoseksuele geslagsgemeenskap tussen mans van dieselfde ouderdom in die verlede verbied.²²¹ Die **ouderdomsgrense** behoort derhalwe afgeskaf te word.²²²

²¹² Milton 1988 SACJ 269; Milton *Statutory Offences* par E3-14A

²¹³ Milton *Statutory Offences* par E3-114: “... children under the age of sixteen years of both sexes should be protected against acts committed with or in respect of them by women over the age of sixteen years.” Die diskriminasie voorheen (dat seuns nie teen geslagsgemeenskap met vrouens beskerm was nie) was heel waarskynlik, omdat “males do not become pregnant and thus there is no equivalent need to inhibit them from engaging in sexual intercourse.”

²¹⁴ Milton *Statutory Offences* par E3-45. Die ouderdomsgrens vir toestemming tot lesbiese aktiwiteite is 19 jaar

²¹⁵ Milton *Statutory Offences* par E3-15 tot 16 asook E3-55. In par E3-45 vermeld die outeur dat hierdie subartikel tot gevolg het dat artikel 14 in wese geslagsneutraal is. Snyman *Strafreg* 378; Milton 1988 SACJ 270

²¹⁶ Artikel 14(3)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Milton *Statutory Offences* par E3-17 en E3-19

²¹⁷ Artikel 14(3)(b) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

²¹⁸ Artikel 14(3)(c) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

²¹⁹ Artikel 14(4) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

²²⁰ Cameron 1993 SALJ 454, oor die bepalings van artikel 14(1)(b) en 14(3)(b) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*; Milton 1997 SACJ 301-302; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 203-206, vir insette deur Milton oor die bestaande artikel 14; Labuschagne 1990 SACJ 16, wat ten gunste van 'n enkele, geslagsneutrale verbodsbepaling is

²²¹ Milton 1988 SACJ 270-271; Milton *Statutory Offences* par E3-49, E3-59 en E3-69; Snyman *Strafreg* 378

²²² Labuschagne 1990 SACJ 21-23

Snyman kritiseer die feit dat **streng aanspreeklikheid** voldoende is vir 'n oortreding van artikel 14(1) van die Wet. Hy meen dat **dwaling** oor 'n meisie se ouderdom relevant is.²²³ Daar bestaan tans 'n groot leemte in die Reg weens die **afskaffing van die verweer** dat 'n beskuldigde tydens die pleging van die misdadig onder die ouderdom van sestien jaar is. In die praktyk bring dit mee dat 'n dertienjarige seun vervolgt sal word, selfs al is hy deur 'n vyftienjarige meisie verlei.²²⁴ Waar kinders seksueel met mekaar **eksperimenteer** of 'n vaste verhouding het, behoort seksuele daade tussen hulle nie bestraf te word nie.²²⁵ Volgens Labuschagne behoort net seksuele gedrag wat 'n risiko van **fisiese of emosionele leed** vir jeugdige inhou, verbied te word.²²⁶

Sommige verweere tot 'n beskuldigde se beskikking maak ook nie sin nie. Dit is onverstaanbaar waarom 'n man kan aanvoer dat 'n meisie onder sestien jaar 'n **prostituut** is.²²⁷ Dieselfde argument geld waar 'n seun 'n prostituut sou wees. Die oogmerke van die Wet is immers om kinders teen seksuele uitbuiting en hul eie misstappe of oordeelsfoute te beskerm. 'n **Beskuldigde onder die ouderdom van een-en-twintig jaar** behoort ook nie oor 'n verweer te beskik nie. Statistieke dui immers daarop dat die meeste oortreders in kindersake jeugdige is. Jeugdigheid is 'n versagende faktor by vonnisoplegging en behoort nie 'n verweer by hierdie misdade te wees nie. Die feit dat die beskuldigde vir die **eerste keer** van hierdie oortreding **aangekla** word, behoort ook nie 'n verweer uit te maak nie. Seksuele misbruik van kinders is so ernstig dat geen misdadiger 'n tweede kans gegun behoort te word nie.²²⁸ Volgens Milton sal die meeste bepalinge van die *Wet op Seksuele Misdrywe* ook heel waarskynlik onkonstitusioneel wees. Die Staat behoort nie deur wetgewing te poog om landsburgers se morele en seksuele sedes te verhoog of swangerskappe onder jeugdige te voorkom nie. Die

²²³ Snyman *Strafreg* 376-377

²²⁴ Snyman *Strafreg* 376-377; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 209; JMT Labuschagne "Bestrafing van Geslagsomgang tussen kinders" 1992 *SALJ* 584-587, 586; M 1992(1)SASV 125(N) 126g-h: "The result is that a boy aged 12 years ... commits an offence by having sexual intercourse with a girl aged 15 years, even if the activity is truly mutual, even if the girl has taken the initiative in bringing it about. Yet she, the older party and perhaps the dominant one, commits no offence. That seems absurd... The matter could do ... with the attention of the South African Law Commission."

²²⁵ Labuschagne 1992 *SALJ* 586-587

²²⁶ Labuschagne 1990 *SACJ* 21-23, se aanbeveling dat sulke sake eerder in die voorgestelde gesinshowe afgehandel behoort te word.

²²⁷ Artikel 14(2)(a) van die *Wet op Seksuele Misdrywe supra*

²²⁸ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 204 en 209. Dit blyk dat 'n kinderprostituut, wat reeds seksueel uitgebuit is, verder deur die reg uitgebuit word en nie beskerming geniet nie. Veral jeugdige oortreders buit oor die algemeen jong kinders uit en doen hulle wrede, brutale leed aan.

“*onskuldige*” jeugdige party word nie bestraf nie en kom skotvry daarvan af, ten spyte daarvan dat die kind se morele waardes soortgelyk aan die beskuldigde s’n is.²²⁹

Die gemeenskap se morele opvattinge het ‘n groot rol by die formulering van die aanvanklike inhoud van die *Wet op Seksuele Misdrywe* gespeel. Hierdie opvattinge het egter intussen sodanig verander, dat die Wet nie meer aan die heersende behoeftes van die samelewing voldoen nie en in geheel hersien behoort te word. Verskeie aanbevelings oor nuwe statutêre bepalinge is gemaak.²³⁰ Die Regskommissie het in 1999 aanbeveel dat ‘n nuwe misdaad “**child molestation**” (**kindermolestering**) op die wetboek geplaas moet word om hierdie probleme aan te spreek.²³¹

In 2002 het die Regskommissie egter van hierdie aanbeveling afstand gedoen en in die plek daarvan ‘n misdaad “**acts which cause penetration or indecent acts with certain children with their consent**” (**penetrasie-handelinge of onsedelike dae met sekere kinders met hul toestemming**) voorgestel.²³² Hierdie geslagsneutrale misdaad verleen voorkeur aan kinders se belange deur twee seksuele aktiwiteite met hulle te verbied, naamlik geslagsgemeenskap en onsedelike dae. Die voorstel behels dat geen persoon opsetlik “*an act which causes penetration*” (‘n penetrasie-handeling) met ‘n kind tussen die ouderdom van twaalf en sestien jaar mag verrig nie, selfs al het die kind toestemming daartoe verleen. Dit sal ‘n verweer wees, indien die kind of persoon in wie se sorg die kind is, die beskuldigde mislei het om te glo dat die kind ouer as sestien jaar is en hy redelikerwyse geglo het dat die kind wel ouer as sestien jaar is. Hierdie verweer sal nie geld indien “*prohibited incest degrees of blood or affinity*” (verbode grade van bloed- of aanverwantskap) tussen die partye bestaan of die kind nie oor die nodige intellektuele vermoë beskik om die aard van die handeling te verstaan nie.

Geen **onsedelike daad** mag voorts met ‘n kind onder die ouderdom van sestien jaar verrig word

²²⁹ Milton *Statutory Offences* par E3-3C

²³⁰ Milton 1997 SACJ 302; Milton se voorstel vir ‘n gewysigde artikel 14 ten aansien van seksuele misdade met jeugdige, soos aangehaal in SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 206-207; Snyman *Strafreg* 377, se voorgestelde omskrywing vir ‘n oortreding van artikel 14(1)

²³¹ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 214 en 217, oor die beoogde artikel 7: “**Child molestation** (1) Any person who intentionally commits a sexual act with a child, at least two years younger than him or her, shall be guilty of an offence. (2) Any person who commits any act with the intent to invite or persuade a child, at least two years younger than him or her, to allow any person to commit a sexual act with that child shall be guilty of an offence. (3) Consent by a child to any sexual act shall not be a defence to a charge under this section.”

²³² SARK *Sexual Offences* se beoogde artikel 10 en par 3.7.3-3.7.4; Parlementêre Taakspan par 3.5.1.3

nie, selfs al het die kind toestemming daartoe verleen. Dit sal wel 'n verweer wees indien 'n beskuldigde self onder die ouderdom van sestien jaar is **en** nie drie jaar ouer as die slagoffer is nie; **of** indien die kind of die persoon in wie se sorg die kind is, die beskuldigde mislei het om te glo dat die kind ouer as sestien jaar is en die beskuldigde dit redelikerwyse geglo het. 'n Beskuldigde sal nie oor hierdie verwere beskik, indien die partye binne die verbode grade van bloed- of aanverwantskap aan mekaar verwant is, die kind nie die nodige intellektuele vermoë het om die aard van die handeling te verstaan nie of waar die kind onder die ouderdom van twaalf jaar is. Die bestaan van 'n geldige huwelik tussen die partye is ook 'n verweer, tensy die kind onder die ouderdom van twaalf jaar is.

Die voorgestelde omskrywing van onsedelike dade²³³ omvat enige handeling waardeur daar kontak tussen een persoon se anus of geslagsorgane of 'n vrou se borste met enige liggaamsdeel van 'n ander persoon, 'n voorwerp of 'n liggaamsdeel van 'n dier is. Enige ontbloting deur een persoon van sy geslagsorgane aan 'n ander persoon sowel as die ongewenste vertoning van pornografiese materiaal aan enige persoon maak ook deel van hierdie definisie uit. Dit sluit egter nie 'n penetrasie-handeling in nie. Hierdie beoogde misdad is geslagsneutraal en omvat 'n wye verskeidenheid van seksuele gedrag. Die feit dat kinderprostitusie as 'n verweer wegval, beteken dat 'n beskuldigde nie meer vervolging of 'n skuldigbevinding kan vryspring indien 'n kindslagoffer onder die ouderdom van sestien jaar 'n kinderprostituut is nie.

5.8 Misdade in verband met kinderpornografie

*“... child pornography is not a matter of freedom of expression, nor is it a genre of erotica. It is both a form of sexual exploitation of children and a representation of that exploitation ... any child pornographic image constitutes child abuse.”*²³⁴

*“(I)t is our duty to protect our young from the abuse, exploitation and harm that is done to them through their depiction in child pornography ... and the acts of harm that adults may commit against them as a result of child pornography.”*²³⁵

Weens voortdurende deurbrake op die gebied van moderne tegnologie, is daar gereeld nuwe wyses waarop pornografie vervaardig en versprei kan word, soos wat juis die geval is ten

²³³ SARK *Sexual Offences* se beoogde woordomsrywingsartikel 2

²³⁴ Parlementêre Taakspan par 3.8.1

²³⁵ *De Reuck supra* par 18

aansien van rekenaars en die Internet. Omdat wetgewing aanvanklik nie op die wetboeke geplaas is met die doel om kinderpornografie te bekamp nie, voldoen die wette dikwels nie aan die heersende behoeftes nie en moet dit gereeld hersien word. Die *Wet op Films en Publikasies*²³⁶ het op 1 Junie 1998 in werking getree.²³⁷ Slegs die bepalings oor kinderpornografie word vir doeleindes van hierdie proefskrif bespreek. Een van die oogmerke van die Wet is om die uitbeelding van kinders se seksuele uitbuiting en vernedering in publikasies, films en selfs op die Internet te verbied.²³⁸ Die deelname van kinders aan seksuele aktiwiteite met volwassenes of ander kinders word wêreldwyd met sterk afkeer bejeën, omrede dit afbreuk aan hul sielkundige en fisiese welsyn doen.

Die woord "*pornografie*" is van Griekse afkoms en beteken die geskryfte van 'n prostituut.²³⁹ Die omskrywing van kinderpornografie is in 1999 by die Wet ingevoeg en behels die werklike of nagebootste uitbeelding van 'n kind onder die ouderdom van agtien jaar of 'n persoon met die voorkoms van sodanige kind, in die deelname aan seksuele gedrag of die vertoning van geslagsdele. Die materiaal kan ook 'n kind se deelname aan vernederende seksuele gedrag of seksuele uitbuiting uitbeeld en selfs op hulpverlening aan 'n ander persoon tot die pleging van hierdie dade dui.²⁴⁰ Interessantheidshalwe kan genoem word dat die omskrywing van kinderpornografie eers in 1999 op die wetboek geplaas is. Daar was nie voorheen daarvoor voorsiening gemaak nie. 'n Kind word omskryf as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar en seksuele gedrag as die uitbeelding van:²⁴¹

"... 'n geslagsorgaan in 'n toestand van opwekking of stimulering; die wellustige vertoon van 'n geslagsorgaan; masturbasie; geslagsverkeer, wat anale geslagsverkeer insluit; die streling, of aanraking met enige voorwerp, van 'n geslagsorgaan; die penetrasie van 'n vagina of 'n anus met enige voorwerp; mondelinge genitale kontak; of mondelinge anale kontak."

Omdat die verbodsbepalings tussen films en publikasies onderskei, is dit belangrik om ook op ander woordomskrywings in die Wet te let.²⁴² 'n "**Film**" word omskryf as 'n reeks visuele beelde

²³⁶ Wet 65 van 1996

²³⁷ Tensy anders vermeld

²³⁸ Artikel 2 van die *Wet op Films en Publikasies*

²³⁹ *New Webster's Dictionary and Roget's Thesaurus, Book Essentials* (1992) 292: "Gk. *pornè*, a harlot; *graphein*, to write..."

²⁴⁰ Artikel 1 van die *Wet op Films en Publikasies*; *De Reuck supra* par 23

²⁴¹ Bylae 11 van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁴² Alle woordomskrywings is in artikel 1 van die *Wet op Films en Publikasies* vervat

wat as 'n bewegende prent vertoon word, die klankbaan daarvan sowel as enige illustrasie en 'n prent wat deur meganiese, elektroniese of ander toestelle vertoon kan word. Die omskrywing van 'n "**publikasie**" is baie wyd en omvat 'n koerant, boek, tydskrif, pamflet, aanplakbiljet, ander drukwerk, 'n geskrif of tikwerk wat op enige wyse gedupliseer word, 'n tekening, 'n prent, 'n illustrasie sowel as 'n skildery. 'n Afdruk, foto, gravure, litografie, plaat, magnetiese band, klankbaan (behalwe dié van 'n rolprent) asook enige ander wyse waarop klank opgeneem kan word, word ook ingesluit. Verdere voorbeelde van publikasies behels rekenaarprogrammatuur (maar nie 'n film nie) sowel as die omslag of verpakking van 'n film, 'n afbeelding, kerfwerk, 'n standbeeld sowel as 'n model.

Sedert 1999 omvat 'n publikasie ook 'n boodskap of mededeling, met inbegrip van 'n visuele aanbieding op 'n verspreide netwerk, waarby die Internet onder andere ingesluit word. Die term "**rekenaarprogrammatuur**" behels 'n program en geassosieerde data wat op 'n rekenaarmonitor, televisieskerm of 'n soortgelyke medium vertoon kan word. 'n "**Visuele aanbieding**" word omskryf as 'n tekening, prent, illustrasie, skildery, foto of 'n beeld sowel as die skepping daarvan deur middel van rekenaarprogrammatuur op 'n skerm of 'n rekenardrukstuk.

In 1999 is die bewoording in die Bylaes met betrekking tot **XX-publikasies**²⁴³ en **XX-films**²⁴⁴ gewysig deur werklike of gesimuleerde visuele aanbiedings of tonele van "*kinderpornografie*" by die kategorieë in te sluit. Die Bylaes het aanvanklik verwys na "*'n persoon onder 18 jaar, of uitgebeeld as onder 18 jaar wat deelneem aan seksuele gedrag of 'n wellustige vertoon van naaktheid of dit self doen of hulp verleen aan 'n ander persoon om dit te doen*". XX-publikasies en -films omvat ook visuele aanbiedings van eksplisiete gewelddadige seksuele gedrag, bestialiteit, eksplisiete seksuele gedrag wat 'n persoon verneder en aanhits om leed te veroorsaak sowel as die eksplisiete toediening van geweld of die aanhitsing deur geweld om leed te veroorsaak.

²⁴³ Bylae 1 van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁴⁴ Bylae 6 van die *Wet op Films en Publikasies*

Verskeie handeling word strafbaar gestel²⁴⁵ en die misdade is almal geslagsneutraal. Die opsetlike **verspreiding van XX-publikasies** sowel as enige advertering vir die verspreiding daarvan word verbied.²⁴⁶ 'n Publikasie word versprei indien dit in die openbaar uitgestal, verkoop, verhuur of vir hierdie doel gehou of aangebied word asook waar dit aan **'n kind onder die ouderdom van agtien jaar** oorhandig of vertoon word.²⁴⁷ Niemand mag 'n **publikasie** wat 'n visuele aanbieding of 'n beskrywing van kinderpornografie bevat, **versprei** nie,²⁴⁸ selfs al sou die materiaal oor *bona fide* kunstige meriete beskik.²⁴⁹ Van Rooyen meen egter dat die Konstitusionele Hof sal bevind dat *bona fide* kunswerke nie kinderpornografie uitmaak nie. Die skadelike aspekte moet van die aanstootlike geskei word en aanstootlike kunswerke is nie sonder meer skadelik nie.²⁵⁰ In *De Reuck v Director of Public Prosecutions, Witwatersrand Local Division*²⁵¹ het die hof egter bevind dat:

“What is immediately apparent is that the arts and science exemption for publications in Schedule 5 does not apply to child pornography; similarly there are no art and science exemptions for films in respect of child pornography.”²⁵²

Niemand mag voorts 'n **XX-film** opsetlik in die openbaar **vertoon** of **versprei** nie.²⁵³ Verspreiding word omskryf as die verkoping, verhuring of aanbieding van 'n **film** sowel as waar 'n film vir doeleindes van verkoping of verhuring gehou word. Die oorhandiging of vertoning van 'n film aan **'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar** maak ook deel van “*verspreiding*”

²⁴⁵ Artikel 30(1) van die *Wet op Films en Publikasies* bevat die strafbepaling en skryf 'n boete of gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens 5 jaar voor. Sou die hof bevind dat verswarende omstandighede aanwesig is, mag sowel daardie boete as die gevangenisstraf opgelê word. Die Wet maak ook voorsiening in subartikel (2) vir die opskorting van 'n lisensie om 'n perseel te bedryf.

²⁴⁶ Artikel 25(a) van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁴⁷ Artikel 1 van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁴⁸ Artikel 28(1) van die *Wet op Films en Publikasies*, wat op Bylaes 1 en 5 betrekking het. Geen skuldigbevinding mag volg, tensy die Staat ingevolge artikel 28(3) van die Wet bewys het, dat die Raad nie 'n beslissing gegee het waarvan die strekking is dat die betrokke publikasie nie 'n visuele aanbieding bevat nie.

²⁴⁹ Bylae 5 van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁵⁰ K Van Rooyen “The end of the Indecent or Obscene Photographic Matter Act” 1996 SACJ Vol 9, 329-332, 330-332. Hy voer aan dat veral die kwessie van *bona fide* kunswerke aandag moet geniet. Hy hoop dat 'n enge betekenis aan die woord “*lewd*” geheg sal word, omdat dit juis gekies is om die skadelike van die aanstootlike te onderskei. Die situasie met betrekking tot *bona fide* kunswerke word in elk geval deur Bylae 5 van die Wet gereël.

²⁵¹ *Supra* (Daar moet vermeld word dat by die ter perse gaan het hierdie aangeleentheid reeds voor die Konstitusionele Hof gedien.)

²⁵² *Supra* par 29

²⁵³ Artikel 26(1)(a) van die *Wet op Films en Publikasies*. Geen vervolging mag ingevolge subartikel(4)(c) ingestel word sonder die voorafverkreë skriftelike magtiging van die Direkteur van Openbare Vervolgings nie.

uit.²⁵⁴ Dit is 'n misdad om opsetlik 'n **XX-film** uit te saai of te vertoon.²⁵⁵ Geen persoon mag kinderpornografiese films en publikasies **skep, vervaardig** of **invoer** nie. Niemand mag ook 'n kinderpornografiese film **versprei** nie.²⁵⁶ Dieselfde verbodsbepaling stel die opsetlike **besit**²⁵⁷ van kinderpornografiese publikasies en films strafbaar. Die spesifieke verwysing na "kinderpornografie" is eers in 1999 in die bestaande misdadsbepaling vervat. Artikel 27 het voorheen na "n persoon onder 18 jaar, of uitgebeeld as onder 18 jaar" verwys.

Weens die erns waarmee kinderpornografie bejeën word, behoort 'n beskuldigde egter nie op konstitusionele beskerming van sy reg op vryheid van uitdrukking geregtig te wees nie.²⁵⁸ Van Rooyen is van mening dat selfs die besit van kinderpornografie nie 'n indringing in 'n individuele privaatsfeer of 'n skending van sy privaatheid sal regverdig nie.²⁵⁹ Die *Wet op Films en Publikasies* verbied wel die **besit** van kinderpornografie. In hierdie verband het die hof in *De Reuck v Director of Public Prosecutions, Witwatersrand Local Division*²⁶⁰ die volgende bevind:

"... the protection of children is more important than the self-gratification desires of persons who wish to be in possession of child pornography ... the prevalence of child pornography and violent sexual crimes in South Africa is well known. It has reached epidemic proportions ... When one has regard to the dehumanising nature of child pornography and the concomitant exploitation and abuse of children, the need to exercise some control in and over the private affairs of persons becomes apparent. The very nature of child pornography coupled with the fact that it is mostly viewed in private or in secret, makes policing all the more difficult. In order to achieve the

²⁵⁴ Artikel 1 van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁵⁵ Artikel 26(4)(a) van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁵⁶ Artikel 27(1)(a) en (b) van die *Wet op Films en Publikasies*. Subartikel (1)(a) het op publikasies betrekking en (1)(b) op films. Ingevolge subartikel (3) moet die Direkteur van Openbare Vervolgings 'n vervolging vir 'n oortreding van hierdie artikel magtig. In terme van subartikel (2) moet die Staat bewys dat die Raad nie 'n beslissing geneem het waarvan die strekking is dat die publikasie of film nie kinderpornografiese tonele bevat nie.

²⁵⁷ Voor 1996 is die besit van onbetaamlike of onweloweglike fotografiese materiaal deur artikel 2 van die *Wet op Onbetaamlike en Onweloweglike Fotografiese Materiaal* Wet 33 van 1967 gereël. Hierdie bepaling is egter onkonstitusioneel bevind in *Case v Minister of Safety and Security; Curtis v Minister of Safety and Security* 1996(1)SASV 587(KH). Alhoewel die Konstitusionele Hof *ad idem* was dat die bepaling onkonstitusioneel is, het Regters Mokgoro en Sachs hul beslissing gebaseer op die feit dat artikel 2 van die Wet die reg op vryheid van uitdrukking, soos vervat in artikel 15 van die *interim Grondwet* 200 van 1993, geskend het; Van Rooyen 1996 SACJ 329, noem dat 'n spesiale taakmag, wat die geldigheid van die genoemde Wet moes ondersoek, reeds voor hierdie uitspraak tot die gevolgtrekking gekom het dat die bepaling inbreuk op 'n individuele se reg op privaatheid gemaak het. 'n Meerderheid van die lede het aanbeveel dat daar wel 'n verbod op die besit van kinderpornografie geplaas moet word.

²⁵⁸ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 169; Van Rooyen 1996 SACJ 330-332, met verwysing na die saak van *New York v Ferber* 458 USA 747 (1982), waar die hof daarop gewys het dat twee elemente by kinderpornografiese misdade betrokke is. Nie net word 'n kind tydens die vervaardiging van die pornografie uitgebuit nie, maar ook tydens die verspreiding daarvan, aangesien die materiaal aanhoudend gesirkuleer word. Die misdad besit van kinderpornografie regverdig dus 'n ontkenning van individuele regte ter beskerming van kinders se belange: "Recognizing and classifying child pornography as a category of material outside the protection of the First Amendment is not incompatible with our earlier decisions ... When a definable class of material ... bears so heavily and pervasively on the welfare of children engaged in its production, we think the balance of competing interests is clearly struck and that it is permissible to consider these materials as without the protection of the First Amendment."

²⁵⁹ Van Rooyen 1996 SACJ 330-332

²⁶⁰ *Supra*

objectives of the Constitution in relation to children, and to protect children ... it is necessary that a person's rights to privacy must defer to the rights of children who may be harmed ... The right to possess and view child pornography is not a protected activity within the boundaries of the right to privacy. Child pornography is virtueless and cannot co-exist with the rights of children and the duty to protect them. There is no right to privacy to commit an indecent act with a minor in the sanctum of a person's own home, with the doors and windows closed and the curtains drawn; similarly there is no right to privacy to view child pornography ... when one has regard to the evils associated with child pornography, there is an immediate realisation that this is a field that must be regulated... Whilst the applicant and those wishing to possess child pornography have rights in terms of the Constitution, those rights infringe the rights of children which the Constitution has declared paramount. Any rights upon which the applicant may rely for the right to possess child pornography must therefore yield to the rights of children, even to the extent that his privacy is invaded or his freedom of expression is curtailed... The viewing and dissemination of child pornography promoted the heinous impression that children are suitable and acceptable sexual partners; it is debased, dehumanises and has no redeeming qualities whatsoever. It presents one of the most, if not the most, serious problems threatening the fabric of South African society. It is inextricably linked to paedophilia, which is rapidly and systematically destroying and scarring children, parents, and families. It has no boundaries ... it can never be said that child pornography has any place in an open and democratic society based on freedom and equality. Section 27(1) which outlaws the possession of child pornography, cannot be said to be disproportionate to the objectives which the Legislature has sought to achieve... Respect for the innocence of children is being eroded by the creation, viewing and dissemination of child pornography.”²⁶¹

Ten minste dertig internasionale lande het reeds of is in die proses om wetgewing te skep om kinderpornografie op die **Internet** te verbied. In die Verenigde State van Amerika is daar met die *Communications Decency Act* 1996 gepoog om kinders teen verskeie dade met betrekking tot pornografiese materiaal te beskerm, maar die wetgewing is onkonstitusioneel bevind.²⁶² Volgens die Suid-Afrikaanse Regskommissie bestaan daar geen behoefte vir nuwe wetgewing oor kinderpornografie nie, omdat die *Wet op Films en Publikasies*²⁶³ reeds voldoende beskerming aan kinders verleen.²⁶⁴ 'n Spesiale taakspan is tydens 'n nasionale seminaar gedurende Mei 2000 (oor die werking en trefkrag van die betrokke wetgewing) aangewys om moontlike tekortkominge en leemtes in die Wet te identifiseer. Die taakspan het tot die slotsom gekom dat die huidige Wet wel leemtes toon.²⁶⁵

²⁶¹ *Supra* par 36, 40, 55-56, 71, 86 en 92

²⁶² T Cohen "Cyber-censorship: no tickets for speeding on the information Superhighway" 1998 SALJ 710-728, 712; *International Association of Prosecutors* se verslag *Combatting use of Internet to exploit Children* [<http://www.iap.nl.com/exploit.htm>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003

²⁶³ Wet 65 van 1996

²⁶⁴ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 170

²⁶⁵ Die lede van die taakspan was Adv HM Meintjes SC (Kantoor van die Direkteur van Openbare Vervolgings, Pretoria), Adv JSM Henning SC (Kantoor van die Nasionale Direkteur van Openbare Vervolgings), J Chetty (Film- en Publikasieraad) en Senior Superintendent A Pienaar (Hoof: Kinderbeskermingseenheid, Suid-Afrikaanse Polisie)

Die taakspan se voorstelle is in 'n Memorandum ²⁶⁶ beliggaam en behels kortliks die volgende:

- i. Die omskrywing van “*kinderpornografie*” behoort ook **beskrywings** van pornografiese daade met kinders en “***suggestive and lewd material***” (suggestiewe en wellustige materiaal) in te sluit. Die frase “*wat neerkom op seksuele uitbuiting*” is oorbodig, omdat 'n uitbeelding van die vertoning van geslagsdele deur 'n kind of die deelname aan seksuele gedrag reeds seksuele uitbuiting uitmaak.
- ii. Die omskrywing van “*verneder*” is te eng en behoort eerder met “*material violating or showing disrespect to the right to human dignity*” (materiaal wat die reg op menswaardigheid skend of nie respekteer nie) vervang te word.
- iii. Die omskrywing van “*seksuele gedrag*” in Bylae 11 hoort eerder in die woordomskrywingsartikel. Die definisie maak nie voorsiening vir die insluiting van die anale area by die “*wellustige vertoon van 'n geslagsorgaan*” nie en die woord “*lewd*” (“*wellustige*”) behoort eerder met “*undue*” (“*onbehoorlike*”) vervang te word.
- iv. Dit is voorts onverstaanbaar waarom 'n nuusblad nie aan die wetsbepalings onderworpe is nie. ²⁶⁷ Selfs al sou kinderpornografie in 'n nuusblad gepubliseer word, sal die uitgewer volgens die huidige regsposisie nie vervolg mag word nie.
- v. Die uitsending (“*broadcasting*”) van kinderpornografiese publikasies, byvoorbeeld op radio, behoort ook verbied te word. Dit beteken dat dit nie 'n misdad sal wees indien iemand 'n kinderpornografiese uittreksel uit 'n publikasie oor die radio sou uitlees nie. (Artikel 26(4) van die Wet verbied wel die uitsending van 'n XX-film.)
- vi. 'n Plig behoort op alle persone wat kennis van kinderpornografiese materiaal dra, te rus om dit aan die polisie te rapporteer.
- vii. Kinders behoort ook teen enige toegang tot skadelike materiaal sowel as volwasse pornografie beskerm te word, omdat dit kinders nadelig mag beïnvloed en slegte gevolge kan inhou. Dit sal byvoorbeeld die geval wees, waar kinders in hul ouerhuise toegang tot pornografiese materiaal het.
- viii. Alle misdade met betrekking tot kinderpornografie hoort in een enkele, geslagsneutrale verbodsbepaling.
- ix. 'n Misdadsbepaling moet op die wetboek geplaas word om die gebruik van die Internet as medium vir kinderpornografie te verbied en, onder andere diensverskaffers onder sekere omstandighede strafregtelik aanspreeklik te hou. Die Parlementêre Taakspan ²⁶⁸ het 'n soortgelyke aanbeveling gemaak. 'n Verpligting behoort op Internet-diensverskaffers (“*Internet service providers*”) geplaas te word om nie kinderpornografie

²⁶⁶ Nasionale Taakspan se verslag *Memorandum on proposed Amendments to Films and Publications Act, No 65 of 1996, as amended by Act 34 of 1999* par 1.2.1, 1.2.2, 1.2.3, 1.3, 2.2, 3.2, 3.3, 4.3, 5.2

²⁶⁷ Artikel 22(3) van die *Wet op Films en Publikasies*

²⁶⁸ Parlementêre Taakspan par 3.7.1 en 3.7.2

op hul “servers” (webwerwe) toe te laat nie, alle gevalle van kinderpornografie aan die owerhede te rapporteer en hul webwerwe te monitor om nie wetende toegang tot kinderpornografie te verskaf nie. Kinders behoort voorts nie toegang op die Internet tot volwasse pornografie te verkry nie.

5.9 Voorgestelde seksuele misdade vir die Suid-Afrikaanse Reg

Die Regskommissie het ondersoek na moontlike leemtes in die Suid-Afrikaanse Reg ingestel en verskeie nuwe seksuele misdade - soos beliggaam in die beoogde “*Sexual Offences Bill*” (“*Wetsontwerp op Seksuele Misdade*”) - aanbeveel. Die Regskommissie stel ook eksterritoriale werking van die wetgewing voor.²⁶⁹ Hierdie aanbevelings word vervolgens kortliks bespreek.

5.9.1 Die kommersiële seksuele uitbuiting van kinders

“... sexual abuse by the adult and remuneration in cash or kind to the child or a third person or persons ... constitutes a form of coercion and violence against children, and amounts to forced labour and a contemporary form of slavery.”²⁷⁰

Ingevolge die *United Nation’s Convention on the Rights of the Child*, rus daar ‘n plig op die Suid-Afrikaanse Regering om kinders teen alle vorme van seksuele uitbuiting en mishandeling, veral pornografiese handelinge, deelname aan onregmatige seksuele aktiwiteite sowel as prostitusie, te beskerm.²⁷¹ Seksuele uitbuiting van kinders het ‘n internasionale probleem en ‘n winsgewende sowel as ‘n georganiseerde besigheid vir handelaars en “pimps” (koppelaars) geword. Die kommersiële seksuele uitbuiting van kinders kan in drie onderafdelings ingedeel word,²⁷² naamlik kinderprostitusie,²⁷³ kinderpornografie²⁷⁴ en handeldryf in kinders vir seksuele uitbuiting. Die toename in hierdie skandelike praktyke is heel waarskynlik aan faktore soos armoede, skuld en selfs gierigheid te wyte. **Sekstoerisme** geskied waar kinders - asook volwassenes - sistematies en doelbewus deur hul omstandighede uitgebuit word om prostitute

²⁶⁹ SARK *Sexual Offences* se voorgestelde artikel 25

²⁷⁰ Definisie per die *Declaration of the World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children* [verder verwys na as *World Congress*] [<http://www.usemb.se/childre/csec>], laaste keer besoek op 4 Augustus 2003

²⁷¹ Artikel 34 van die *United Nation’s Convention on the Rights of the Child*

²⁷² SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 148-149

²⁷³ *Jordan* 2002(1)SASV 17(T)23h-i:“... the law would never countenance any form of trafficking in humans ... a third party managing a prostitute or prostitutes with their consent amounts to virtual trafficking in human beings. This is censured in most countries...”

²⁷⁴ *Definition of Terms* van die *World Congress*:“Child pornography is visual or audio material which uses children in a sexual context. It consists of the visual depiction of a child engaged in explicit sexual conduct, real or simulated, or the lewd exhibition of the genitals intended for the sexual gratification of the user, and involves production, distribution and or use of such material.”

te word of die seksindustrie te betree.²⁷⁵ **Handeldryf met kinders** behels die handeldryf in of vervoer van kinders van een plek na 'n ander plek teen vergoeding. Hierdie gedrag behoort ook deel van die omskrywing van kommersiële seksuele eksploitasie van kinders uit te maak.²⁷⁶

Kinderprostitusie word omskryf as die kommersiële seksuele uitbuiting van kinders teen vergoeding.²⁷⁷

Die *Wet op Kindersorg*²⁷⁸ maak sedert 1999 voorsiening vir die bestrawwing van **kommersiële seksuele eksploitering van kinders**. Hierdie geslagsneutrale misdaad het op 1 Januarie 2000 in werking getree. Die kommersiële seksuele eksploitasie van kinders word omskryf as die bewerkstelling van die deelname van 'n kind onder agtien jaar aan 'n seksuele daad teen vergoeding wat aan enige persoon, insluitend die kind, betaalbaar is.²⁷⁹ Niemand mag aan die kommersiële seksuele uitbuiting van kinders deelneem of daarby betrokke wees nie.²⁸⁰ Dit is 'n misdaad indien die eienaar van 'n perseel of 'n ander persoon wat in beheer van die eiendom is, weet dat 'n kind op daardie perseel seksueel uitgebuit word, maar versuim om dit aan die polisie te rapporteer.²⁸¹

Die Regskommissie²⁸² stel 'n geslagsneutrale misdaad "**child prostitution**" (**kinderprostitusie**) voor om onsedelike dae sowel as penetrasie-handelinge met kinders teen die betaling van geld of 'n ander vergoeding te verbied. Die verbode gedrag behels onsedelike dae of geslagsgemeenskap met kinders, die uitnodiging of oorreding van 'n kind tot die pleging van hierdie dae asook waar 'n beskuldigde toelaat dat die vermelde dae met 'n kind in sy sorg gepleeg word. Geen perseel mag vir doeleindes van die pleging van hierdie dae

²⁷⁵ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 171

²⁷⁶ *Definition of Terms* van die *World Congress*: "Trafficking and sale of children across borders and within countries for sexual purposes is the transfer of a child from one party to another for whatever purpose in exchange for financial consideration or other rewards. Sexual trafficking is the profitable business of transporting children for commercial sexual purposes. It can be across borders or within countries, across state lines, from city to city, or from rural to urban centres."; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 167-169

²⁷⁷ *Definition of Terms* van die *World Congress*: "Child prostitution is an act of engaging or offering the services of a child to a person to perform sexual acts for money or other consideration with that person or any other person."

²⁷⁸ Wet 74 van 1983

²⁷⁹ Artikel 1 van die *Wet op Kindersorg* omskryf die begrippe "kind" en "kommersiële seksuele eksploitering".

²⁸⁰ Artikel 50A(1) van die *Wet op Kindersorg*. Subartikel (3) skryf 10 jaar gevangenisstraf of 'n boete of albei voor.

²⁸¹ Artikel 50A(2) van die *Wet op Kindersorg*. Ingevolge subartikel (3) kan dieselfde strawwe opgelê word.

²⁸² SARK *Sexual Offences* se voorgestelde artikel 12 en par 3.8.4; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 157-158 en 272-273; Parlementêre Taakspan par 3.5.1.2

beskikbaar gestel word nie. Nog minder mag dreigemente, dwang, bedrog of die misbruik van 'n gesagsposisie - selfs al geskied dit buite die landsgrense - aangewend word om 'n kind vir doeleindes van kinderprostitusie aan te hou, te verskaf, te werf of aan te bied. Niemand mag die pleging van hierdie daad voorts bevorder, aanhits of daaraan deelneem nie.

Dit sal ook 'n misdad wees indien 'n persoon opsetlik enige betaling of vergoeding van 'n ander persoon vir die pleging van onsedelike daad of "*acts of sexual penetration*" (daad van seksuele penetrasie) met 'n kind ontvang of van die opbrengste van kinderprostitusie leef, tensy die persoon self 'n kind is. Geen reëlings mag vir "*child sex tours*" getref word nie. Nog minder mag sulke toere geadverteer of georganiseer word. Die voorgestelde misdad "***promotion of a sexual offence with a child***" (bevordering van 'n seksuele misdad met 'n kind)²⁸³ plaas 'n verbod op die vervaardiging of verspreiding deur 'n persoon van enige artikel wat seksuele misdade met kinders aanmoedig sowel as waar "*an article which is intended to perform a sexual act*" ('n voorwerp wat vir die verrigting van 'n seksuele daad bestem is) aan kinders verskaf, uitgestal of verkoop word.

5.9.2 Volgehoue seksuele mishandeling van 'n kind ("***persistent sexual abuse of a child***")

In navolging van veral die **Australiese Reg**, waar "*maintaining a sexual relationship with a child*" (die handhawing van 'n seksuele verhouding met 'n kind) verbied word, het die Suid-Afrikaanse Regskommissie in 1999 aanbeveel dat 'n misdad getiteld "***persistent sexual abuse of a child***" (**volgehoue seksuele mishandeling van 'n kind**) op die wetboek geplaas moet word. Ingevolge hierdie voorstel sal dit 'n misdad uitmaak²⁸⁴ indien 'n persoon 'n seksuele daad verrig of geslagsgemeenskap met 'n kind op twee of meer geleenthede gedurende 'n tydperk van twaalf maande hou.²⁸⁵ In die onlangse verslag van 2002, verwys die Regskommissie egter nie na hierdie aanbeveling nie.²⁸⁶ Dit is tans die praktyk om in die klagstaat die pleging van 'n misdad by verskeie geleenthede oor 'n tydperk te beweer.²⁸⁷

²⁸³ SARK *Sexual Offences* se beoogde artikel 11

²⁸⁴ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 271 en die voorgestelde artikel 8(1)

²⁸⁵ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 271 en artikel 8(2) van die konsepwet

²⁸⁶ Die SARK se verslag *Sexual Offences* swyg oor hierdie voorstel.

²⁸⁷ Artikel 94 van die *Strafproseswet*

5.9.3 Skadelike VIGS-verwante optrede

Weens druk wat deur die gemeenskap op die owerheid geplaas is om die opsetlike verspreiding van VIGS te bekamp, het die Regskommissie die behoefte vir 'n statutêre misdaad oor skadelike VIGS-verwante optrede ondersoek.²⁸⁸ Navorsing het aangedui dat die seksuele misbruik van kinders in Suid-Afrika sedert die begin van die 1990's geweldig toegeneem het. Onderzoek het na vore gebring dat sommige verkragters glo dat geslagsgemeenskap met 'n kind voorkomende "behandeling" vir die opdoening van VIGS is. Daar blyk ook 'n geloof onder die Zoeloes in KwaZulu-Natal te wees dat seks met 'n maagd (veral 'n baie jong meisie) die VIGS-virus sou genees, aangesien die dader nou "skoon bloed" inkry.²⁸⁹

Nadat omvangryke ondersoek ingestel is,²⁹⁰ het die Regskommissie bevind dat daar geen behoefte vir die skepping van 'n statutêre verbod op skadelike VIGS-verwante optrede bestaan nie. Hierdie gedrag maak reeds, afhangend van die omstandighede, die gemeenregtelike misdade aanranding, aanranding met die opset om ernstig te beseer, onsedelike aanranding of verkragting uit.²⁹¹ Interessantheidshalwe kan genoem word dat die *Strafregwysigingswet*²⁹² die pleging van verkragting met lewenslange gevangenisstraf strafbaar stel indien 'n beskuldigde tydens die pleging van die misdaad geweet het, dat hy die verworwe immuniteitsgebrek-sindroom of die menslike immunoglobulienvirus onder lede het. Dit is egter nie 'n aparte misdaad nie, maar verlening van erkenning aan die verswarende aard van hierdie faktor. Die daadwerklike oordrag van VIGS word nie vereis nie.

5.9.4 Skending van vroulike geslagsdele ("female genital mutilation")

Ten spyte van die feit dat die *Northern Province Circumcision Schools Act*²⁹³ op die wetboek geplaas is in 'n poging om die praktyk van besnyding te reguleer, kan die aard en omvang van die skending van geslagsdele nie in die Noordelike Provinsie of in die res van Suid-Afrika

²⁸⁸ SARK *The need for a Statutory Offence aimed at harmful HIV-related Behaviour* (verder na verwys as *HIV-related Behaviour*) (Projek 85, Werkstuk 80, 1999)

²⁸⁹ S Leclerc - Madlala "Crime in an epidemic: the case of rape and AIDS" 1996 *Acta Criminologica* Vol 9 No 2, 31-37, 35; Parlementêre Taakspan par 3.1.2 en 3.4.1

²⁹⁰ SARK *HIV-related Behaviour*; SARK *Compulsory HIV testing of persons arrested for having committed Sexual Offences* (Werkstuk 84, Projek 85, 1999)

²⁹¹ SARK *The need for a Statutory Offence aimed at harmful HIV-related Behaviour: Fifth Interim Report on Aspects of the Law relating to Aids* (Projek 85, April 2001) par 12.16 en 12.17; SARK *Sexual Offences* par 3.10.3

²⁹² Wet 105 van 1997

²⁹³ Wet 6 van 1996

bepaal word nie. Die Regskommissie beveel derhalwe nie 'n nuwe misdaad skending van vroulike geslagsdele aan nie. Daar moet eers bepaal word of hierdie praktyk inderdaad 'n seksuele misdaad uitmaak en, indien wel, welke benadering tot manlike besnydenis gevolg behoort te word.²⁹⁴

5.9.5 Gedwonge of geïnduseerde seksuele daade (“*compelled or induced sexual acts*”)

Daar is geen misdaadsbepaling in die Suid-Afrikaanse Reg - buiten vir die opdoening van aanspreeklikheid as 'n medepligtige - om die situasie te dek waar 'n beskuldigde 'n ander persoon dwing om 'n seksuele handeling met 'n mens of 'n dier te verrig nie.²⁹⁵ Die Regskommissie stel 'n nuwe misdaad “*compelled or induced indecent acts*” (**gedwonge of geïnduseerde onsedelike daade**) voor, om hierdie leemte te vul. Geen persoon mag 'n ander persoon forseer of beweeg om 'n onsedelike daad met die beskuldigde, 'n derde party, die slagoffer self of 'n dier te pleeg nie.²⁹⁶ Die beoogde omskrywing van dwingende omstandighede maak reeds voorsiening vir die gebruik van geweld, dwang of dreigemente tydens seksuele geslagsgemeenskap.²⁹⁷

5.9.6 Agtervolging (“*stalking*”)

Agtervolging (“*stalking*”)²⁹⁸ word omskryf as die volgehoue, onwelkome agtervolging van 'n persoon met die opset om die slagoffer te teister, te pla of te verontrus.²⁹⁹ Die verbode gedrag behels verder enige kwelsugtige of intimiderende gedrag wat vrees by die slagoffer vir sy veiligheid veroorsaak sowel as obsene telefoonoproepe, verbale dreigemente, geweldsdade, knaende agtervolging en die gedurige ontvangs van presente.³⁰⁰ Ingevolge die *Wet op Gesinsgeweld*³⁰¹ vorm “*stalking*” en teistering deel van die omskrywing van “*gesinsgeweld*”. “*Stalking*” word vir doeleindes van hierdie Wet omskryf as die herhaaldelike agtervolging van

²⁹⁴ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 244-246. Die SARK se verslag *Sexual Offences* swyg oor hierdie voorstel.

²⁹⁵ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 261, met verwysing na artikels 9(1)(b) en 10 van die *Wet op Seksuele Misdrywe*

²⁹⁶ SARK *Sexual Offences* se voorgestelde artikel 7; SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 188, 262 en 269-270, waar die beoogde artikel oor “*compelled sexual acts*” gehandel het

²⁹⁷ *Supra*

²⁹⁸ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 256-257

²⁹⁹ B Clark en L Meintjes-Van der Walt “Stalking: do we need a statute?” 1998 *SALJ* 729-745, 729

³⁰⁰ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 253 en 256-257

³⁰¹ Wet 116 van 1998

‘n slagoffer of waar die slagoffer bygedam word. Teistering word omskryf as: ³⁰²

“... die herhaaldelike dophou van, of rondsletter buite of naby ... die plek waar die klaer woon, werk ... of hom of haar bevind ... die herhaaldelike maak van telefoonoproepe of oorreding van ‘n ander persoon om telefoonoproepe na die klaer te maak ... of ... die herhaaldelike stuur, aflewering ... van briewe, telegramme, pakkies, faksimilee, elektroniese pos of ander voorwerpe aan die klaer.”

Alhoewel wetgewing nooit alle vorme van agtervolging sal kan dek nie, bestaan daar volgens die Regskommissie wel ‘n behoefte vir sodanige wetgewing. Behoorlike beskerming en remedies moet aan slagoffers verleen word, omdat die *Wet op Gesinsgeweld* nie daaraan voldoen nie. ³⁰³

5.9.7 Seksuele misbruik van ‘n gesagsposisie (“*sexual abuse of authority*”)

Labuschagne is ten gunste van ‘n verbod op enige **seksuele misbruik van ‘n gesagsposisie** (“*sexual abuse of authority*”), as synde gedrag waardeur ‘n beskuldigde ‘n kind onder sy gesag of beheer vir seksuele doeleindes uitbuit. Hy voer aan dat kinders nie net teen hul ouers beskerm behoort te word nie, maar ook byvoorbeeld teen onderwysers. ³⁰⁴ Die Regskommissie ondersteun tereg nie die skepping van so ‘n misdad nie, omdat te veel verskillende verhoudings daardeur geraak sal word - verhoudings wat nie in dieselfde klas tuishoort nie en ook nie op dieselfde wyse benader kan word nie. Die aard van die verhouding tussen ‘n ouer en sy kind of persone *in loco parentis* is uniek en enige seksuele taboe tussen hulle is by uitstek meer skadelik as wat die geval kan wees tussen ‘n onderwyser en ‘n skoolleerling. ³⁰⁵

5.9.8 Geslagsgemeenskap of onsedelike dade in die teenwoordigheid van kinders

Die Regskommissie beveel ook ‘n misdad getiteld “*acts which cause penetration or indecent acts committed within the view of certain children or certain mentally impaired persons*” (penetrasie-handelinge of onsedelike dade in die sig van sekere kinders of sekere geestesongestelde persone) aan. Dit behels dat geen persoon opsetlik ‘n penetrasie-

³⁰² Sien vir alle omskrywings artikel 1 van die *Wet op Gesinsgeweld*

³⁰³ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 253 en 256-257. Geen artikel word egter voorgestel nie. Interessantheidshalwe kan genoem word dat die Regskommissie (op 260) nie ten gunste van die misdad seksuele teistering is nie, omdat bestaande wetgewing voldoende blyk te wees. Die SARK se verslag *Sexual Offences*, swyg oor hierdie voorstel. Clark en Meintjes-Van der Walt 1998 SALJ 731 en 741-744, betwyfel of wetgewing ooit wel ‘n “*stalker*” sal afskrik of straf, alvorens daadwerklike leed of skade aangerig word. “*Stalking*”-wetgewing mag wel veral vrouens beskerm voordat geweld toegepas word. Die outeurs wys op verskeie probleme wat by die formulering van wetgewing van hierdie aard ondervind mag word en stel ‘n omskrywing van “*stalking*” voor. Hulle bespreek ook die moontlike implikasies van wetgewing op ‘n beskuldigde se reg op vryheid van uitdrukking.

³⁰⁴ Labuschagne 1985 *THRHR* 454-455

³⁰⁵ SARK *Sexual Offences: The Substantive Law* 141 en 143. Die SARK se verslag *Sexual Offences* swyg oor hierdie voorstel, behalwe vir enkele opmerkings in die hoofstuk oor bloedsbande

handeling of 'n onsedelike daad met iemand anders in die sig van, onder andere, 'n kind onder die ouderdom van sestien jaar mag verrig nie.³⁰⁶

5.10 Gevolgtrekking

Die meeste seksuele misdade in die Suid-Afrikaanse Reg is gemeenregtelik van oorsprong en 'n geringe aantal word in wetgewing beliggaam. Die ouderdom waarop toestemming in Suid-Afrika tot seksuele daade verleen kan word, is sestien jaar ten opsigte van heteroseksuele geslagsgemeenskap en negentien jaar ten opsigte van homoseksuele of lesbiese aktiwiteite. Verkragting word beperk tot wederregtelike, opsetlike vaginale geslagsgemeenskap. Die misdaad kan slegs deur 'n man gepleeg word, terwyl net 'n vrou die slagoffer daarvan kan wees. Die Regskommissie is ten gunste van 'n nuwe misdaadsomskrywing vir verkragting sowel as nuwe misdade getiteld "*sexual violation*" (seksuele skending) en "*oral genital sexual violation*" (oraal-genitale seksuele skending). Die voorgestelde omskrywings is geslagsneutraal en spreek die leemte ten aansien van "*male rape*" aan. Alle vorme van geslagsgemeenskap sowel as penetrasie deur enige liggaamsdeel van 'n dier word vir doeleindes van hierdie misdade verbied.

Bloedskande word beperk tot die tradisionele vaginale geslagsgemeenskap tussen 'n man en 'n vrou wat nie met mekaar mag trou nie weens bloedverwantskap, aanverwantskap of verwantskap deur aanneming. Die dekriminalisasie van bloedsande is reeds verskeie kere deur etlike outeurs bepleit, maar die Regskommissie is ten gunste van die behoud van die misdaad. Onsedelike aanranding is 'n geslagsneutrale misdaad. Daar bestaan volgens die Regskommissie geen behoefte vir die kodifisering van hierdie gemeenregtelike misdaad nie, omdat onsedelike aanranding 'n wye omvang het en 'n groot verskeidenheid van handeling omvat. Die misdaad is soepel en dinamies genoeg om aan die eise van die gemeenskap te voldoen.

Sodomie is sedert 9 Oktober 1998 nie meer 'n misdaad in die Suid-Afrikaanse Reg nie, omdat dit 'n individu se reg op gelykheid weens diskriminasie op grond van seksuele oriëntasie skend. Indien twee mans seksuele geslagsgemeenskap met toestemming in die openbaar het, is 'n aanklag van openbare onsedelikheid tans gepas. Geskied anale geslagsgemeenskap sonder toestemming ("*male rape*"), moet 'n beskuldigde nou van onsedelike aanranding aangekla word. Die Regskommissie beveel aan dat "*male rape*" in die omskrywings van verkragting en "*sexual violation*" (seksuele skending), onderworpe aan dieselfde dwingende omstandighede en

³⁰⁶ SARK *Sexual Offences* se voorgestelde artikel 9

verskillende wyses van penetrasie, ingesluit moet word.

Onnatuurlike geslagsmisdade word wel in die Suid-Afrikaanse Reg strafbaar gestel. Alhoewel die bestaansreg van onnatuurlike geslagsmisdade gekritiseer word, het die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling van die Hooggeregshof (in die saak van *National Coalition*) bevind dat die gedrag steeds 'n misdaad uitmaak, omdat dit as sulks afkeurenswaardig en afstootlik is. Bestialiteit maak steeds 'n misdaad uit. Seksuele misdade met kinders en jeugdige word deur die *Wet op Seksuele Misdrywe* gereël, wat verskeie handeling verbied, onder andere koppelary, ontug, kinderprostitusie, onsedelike of onbehoorlike dade sowel as leef van die opbrengste van prostitusie. Die Regskommissie stel voor dat 'n nuwe misdaad in die plek van artikel 14 van die *Wet op Seksuele Misdrywe* geskep word, naamlik "*acts which cause penetration or indecent acts with certain children with their consent*" (penetrasie-handeling of onsedelike dade met sekere kinders met hul toestemming). Die beoogde misdaad is geslagsneutraal.

Kinderpornografie word in die bestaande wetgewing wyd omskryf om bykans alle moontlike fotografiese en visuele uitbeeldings in te sluit. Die definisie omvat ook elektroniese materiaal, rekenaarprogrammatuur, "epos"-versendings en faksimilees. Selfs die skepping van beelde en denkbeeldige persone word in die omskrywing vervat. 'n Kind word vir doeleindes van die *Wet op Films en Publikasies* omskryf as 'n persoon onder die ouderdom van agtien jaar. Die Regskommissie meen dat daar geen behoefte vir nuwe wetgewing oor kinderpornografie bestaan nie, aangesien die bestaande wet aan die behoeftes voldoen en Internet-misdade na behore dek. Die huidige Wet toon egter leemtes. Die Regskommissie het ook ondersoek ingestel na die skepping van ander misdade, veral met kinderslagoffers. Die aanbevelings is in 'n konsepwet getiteld "*Sexual Offences Bill*" ("*Wetsontwerp op Seksuele Misdade*") beliggaam met die voorstel dat die wetgewing eksterritoriale werking moet hê. Volgens die Regskommissie dek bestaande gemeenregtelike misdade die opsetlike verspreiding van VIGS na behore en is daar geen behoefte vir die skepping van misdade in dié verband nie.

In vergelyking met die posisie in die regsvergelykingslande, blyk daar vele leemtes in die Suid-Afrikaanse Reg te wees, wat wetswysigings dringend behoef, byvoorbeeld, ten aansien van verkragting, "*male rape*" en die *Wet op Seksuele Misdrywe*.