

Vonnisbespreking: Die Konstitusionele Hof verskaf sekerheid oor die toepassing van die gemeenskaplike oogmerk-leerstuk op verkragtingsake *S v Tshabalala* 2020 2 SACR 38 (KH)

Delano van der Linde

Delano van der Linde, Fakulteit Regsgeleerdheid, Noordwes-Universiteit¹

Abstract

The Constitutional Court provides certainty regarding the application of the common purpose doctrine in rape cases

A great degree of uncertainty existed regarding the application of the common purpose doctrine in cases involving the common law crime of rape. Certain courts have held that the common law crime of rape cannot be committed through common purpose due to the operation of the so-called “instrumentality argument”. This argument, mostly attributed to Snyman (2014:262), dictates that certain crimes can only be perpetrated by the actual, physical wrongdoer as the crime is so intimately linked to a person or the human body. The most prominent example is that of rape, as the common law crime of rape requires the unlawful, physical, vaginal penetration by the male penis. Due to the perpetrator of the crime being so inextricably physically linked to the execution thereof, it was argued that the wrongful act cannot be imputed to another through the common purpose doctrine. This contribution analyses the recent judgment of the Constitutional Court in *S v Tshabalala* 2020 2 SACR 38 (CC). In this judgment the court held that the application of instrumentality in common law rape cases is, in principle, “unsound, unprincipled and irrational” (par. 53) and has no place in our law. The analysis of *Tshabalala* will take place against the backdrop of an overview of the development of the crime of rape in South Africa as well as a discussion of preceding cases dealing with the application of the common purpose doctrine in common law rape cases.

Keywords: common law; common purpose; crime; human rights; instrumentality; rape

Trefwoorde: gemeenskaplike oogmerk; gemenereg; instrumentaliteit; menseregte; misdaad; verkragting

1. Inleiding

Sedert minstens 1969 heers daar onsekerheid en teenstrydigheid rakende die vraag of die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk op gemeenregtelike verkragtingsake toegepas kan word. Die onsekerheid spruit voort uit die sogenaamde “instrumenteel-gegronde benadering” wat aanvoer dat sekere misdade van so ’n persoonlike aard is dat slegs die werklike dader dit fisies en biologies kan pleeg, en dit nie aan ’n ander dader toegereken kan word nie. Howe wat hulself met hierdie benadering vereenselwig, steun op Snyman (2014:262) om hul standpunt te ondersteun. Die Konstitusionele Hof het uiteindelik in *S v Tshabalala* 2020 2 SACR 38 (KH) 48 (par. 54) uitsluitel gegee en beslis dat die instrumenteel-gegronde benadering in gemeenregtelike verkragtingsake geen bestaansreg in die moderne Suid-Afrikaanse regstelsel geniet nie.²

In die lig van bogenoemde bied hierdie bydrae eerstens ’n uiteensetting van die hooftrekke van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk en tweedens ’n blik oor enkele, onlangse verwickelinge rakende die misdaad van verkragting. Verder verskaf dit ’n historiese oorsig van die vernaamste uitsprake wat die instrumenteel-gegronde benadering aangespreek het. Teen hierdie agtergrond word die *Tshabalala*-beslissing uiteindelik bespreek en ontleed.

2. Die hooftrekke van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk

Die Suid-Afrikaanse strafregstelsel is gegrond op individuele strafregtelike aanspreeklikheid. Hierdie beginsel vind ook uiting in die Latynse stelreël *nulla poena sine lege* (geen straf sonder ’n strafbepaling nie). Met ander woorde, die staat moet bewys dat ’n spesifieke beskuldigde se gedrag aan al die elemente van ’n besondere misdaad voldoen (Kemp 2018:274). Hierdie vertrekpunt word egter bemoeilik waar meerdere persone tot ’n wederregtelike gevolg bydra. ’n Goeie voorbeeld hiervan is die feite in *R v Morela* 1947 3 All SA 310 (A). In hierdie saak het onsekerheid geheers oor wie van die drie inbrekers die noodlottige skoot geskiet het, asook wie die vuurwapen besit het (*Morela* par. 136). In sulke gevalle is die doel van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk om die staat se bewyslas te verlig. In plaas daarvan dat die staat elke element van ’n besondere misdryf hoef te bewys, word daar weggedoen met die element van kousaliteit.³ Waar meerdere persone ’n gemeenskaplike doel het om ’n misdaad te pleeg, word die wederregtelike gevolge aan elke persoon wat deel van so ’n gemeenskaplike plan vorm, *toegereken* (Kemp 2018:277; Burchell 2016:477–9). Dit is dus onnodig om kousaliteit te bewys en dus ook onnodig om te bewys watter spesifieke persoon die wederregtelike gevolge van die gemeenskaplike plan teweeg gebring het. Dit verhoed ook dat diegene wat betrokke raak in groepsgebaseerde misdaad strafregtelike aanspreeklikheid vryspring (sien *S v Thebus* 2003 6 SA 505 (KH) par. 37). Daar is verder ook die kollektiewe behoefte van die gemeenskap om groepsgebaseerde misdaad aan te spreek. Die Konstitusionele Hof beskryf hierdie soort misdaad as ’n “significant societal scourge” (*Thebus* par. 34; sien *Tshabalala* parr. 56–7).

Die staat moet, nietemin, bewys dat die beskuldigdes, hetsy gesamentlik of individueel, die wederregtelike gevolg teweeg gebring het. Met ander woorde, die kousaliteitselement “verdwyn” nie, dit hoef net nie meer deur die staat bewys te word nie (Van der Linde 2018:52; Paizes 2017:4). ’n Persoon wat deur middel van die gemeenskaplike oogmerk aan ’n misdaad skuldig bevind word, word as ’n (*mede*)dader van die misdaad beskou en kwalifiseer in beginsel vir die maksimum straf vir daardie betrokke misdaad.

Die leerstuk manifesteer in twee vorme, naamlik deur die gemeenskaplike oogmerk by wyse van *aktiewe assosiasie* of deur *voorafgaande ooreenkoms*. Waar daar geen voorafgaande ooreenkoms bestaan om die wederregtelike gevolge mee te bring nie, moet die staat addisionele elemente bewys om op aktiewe assosiasie te kan steun. Die Appèlhof in *S v Mgedezi* 1989 1 SA 687 (A) sit hierdie addisionele vereistes as volg uiteen:

- Die Staat moet eerstens bewys dat die beskuldigde op die misdaadtoneel teenwoordig was.⁴
- Daar moet tweedens bewys word dat elke spesifieke beskuldigde bewus was van die misdaad wat in samesyn gepleeg is (705–6).
- Derdens moet daar bewys word dat die beskuldigde “die opset gehad het om gemene saak te maak” met diegene wat wel die wederregtelike gevolge teweeg gebring het (Snyman 2013:278; *Mgedezi* 705–6).
- Daar moet vierdens die een of ander “vereenselwigingshandeling” (Snyman 2013:278) teenwoordig wees om die beskuldigde met die gemeenskaplike oogmerk te assosieer (*Mgedezi* 705–6).
- Die staat moet laastens bewys dat die beskuldigde hom- of haarself aktief deur middel van die tersaaklike vorm van skuld geassosieer het (*Mgedezi* 705–6; sien ook Sisilana 1999:299–307 vir ’n kritiese bespreking van die *Mgedezi*-vereistes).

Die volgende afdeling bespreek enkele onlangse ontwikkelinge ten opsigte van die misdaad van verkragting ingevolge die Suid-Afrikaanse reg.

3. ’n Oorsig van die misdaad van verkragting ingevolge die Suid-Afrikaanse reg

Ingevolge die gemenerereg word verkragting as die opsetlike en wederregtelike geslagsverkeer deur ’n man met ’n vrou sonder haar toestemming gedefinieer (Snyman 2006:449). Hierdie besonder eng definisie het daartoe gelei dat talle geweldsdade van nie-konsensuele penetrasie nie onder die bestek van verkragting kon val nie. Verkragting kon byvoorbeeld nie deur middel van anale penetrasie gepleeg word nie. In so ’n geval sou dit die misdaad van onsedelike aanranding daarstel.⁵

Voor 2007 was die vernaamste gemeenregtelike uitbreiding van die trefwydte van wat as ’n daad van verkragting beskou kon word, die insluiting van maritale verkragting – die verkragting van ’n eggenote deur haar man. Voor hierdie regshervorming, was dit nie moontlik vir ’n man om aangekla en skuldig bevind te word aan verkragting onder die gemenerereg, terwyl daar ’n wettige huwelik bestaan het nie. Die Wet op die Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 het egter hierdie posisie gewysig (sien ook *Tshabalala* par. 83).

Die gemeenregtelike definisie van verkragting is ongrondwetlik verklaar in *Masiya v Director of Public Prosecutions, Pretoria (Centre for Applied Legal Studies, Amici Curiae) 2007 5 SA 30 (KH)*. In hierdie saak het die Konstitusionele Hof bevind dat die definisie uitgebrei moet word om nie-konsensuele anale penetrasie in te sluit (maar steeds slegs in gevalle waar die slagoffer vroulik was). Die hof voer aan dat sodanige uitbreiding gevolg sou gee aan slagoffers se reg op menswaardigheid (ingevolge art. 10 van die Grondwet, 1996) en reg op gelykheid (ingevolge art. 9). Regter Nkabinde (par. 27) het ook gemeen dat die uitbreiding die “gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte” (ingevolge artikel 39(2)) sou bevorder. Hierdie siening is verder bekragtig deur die feit dat nie-konsensuele anale penetrasie dieselfde impak op vrouens en jong meisies (wat reeds kwesbare lede van die samelewing uitmaak) het, as nie-konsensuele vaginale penetrasie (par. 37–8). Verder het regter Nkabinde (par. 39) daarop gewys dat die trauma wat geassosieer word met anale penetrasie nie onderskei kan word van dié van vaginale penetrasie nie. Dit gaan met net soveel trauma, vernedering en fisiese leed gepaard.

Snyman (2007:677) voer egter aan dat die Konstitusionele Hof se beslissing indruis teen die legaliteitsbeginsel wat ten doel het om die magte van veral die regsprekende en uitvoerende gesagte in te perk (sien Jordaan 2014(a):264; Jordaan 2014(b):447; Snyman 2014:35–49; Kemp 2018:20–2; Burchell 2016:35–46).⁶ Die faset wat volgens Snyman hier oortree is, was die *ius strictum*-faset van die legaliteitsbeginsel weens die feit dat die Konstitusionele Hof sy regsinterpreterende rol oorskry het deur in te meng in die sfeer van die regskepper, wat binne die magte van die wetgewer hoort. Hierdie tipe regskeppende gedrag van howe skend verder ook die skeiding van magte (of *trias politica*).

Kort daarna is die Wysigingswet op die Strafwet (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32 van 2007 (Wysigingswet op Seksuele Misdrywe) gepromulgeer. Ingevolge artikel 3 van hierdie wet word verkragting as volg gedefinieer:

Iemand (“A”) wat wederregtelik en opsetlik ’n handeling van seksuele penetrasie met ’n klaer of klaagster (“B”), sonder die toestemming van B, pleeg, is skuldig aan die misdryf van verkragting.

Dit skep ’n geslagsneutrale definisie wat dit moontlik maak om die misdaad te pleeg op ander wyses as slegs deur middel van ’n penis. Die definisie van “seksuele penetrasie” in artikel 1(1) word dus nou gedefinieer om in te sluit

ook ’n handeling wat penetrasie, *in welke mate ook al, veroorsaak deur* –

- (a) die geslagsorgane van iemand in of verby die geslagsorgane, anus, of mond van iemand anders;
- (b) enige ander deel van die liggaam van iemand of, enige voorwerp, met inbegrip van enige deel van die liggaam van ’n dier, in of verby die geslagsorgane of anus van iemand anders; of
- (c) die geslagsorgane van ’n dier in of verby die mond van iemand anders,
- (d) en “seksueel penetreer” het ’n ooreenstemmende betekenis (eie beklemtoning).

Dit is duidelik dat dit ’n aansienlik wyer definisie as onder die gemenerereg daarstel. Subparaagraaf (a) van die wet is van besondere belang in die konteks van hierdie bydrae. Dit is nou moontlik om seksuele penetrasie “in welke mate ook al” te “veroorzaak”, hetsy deur middel van geslagsorgane of “in of verby die geslagsorgane, anus, of mond van iemand anders”. Daar

hoef dus nie noodwendig “penetrasie” *strictu sensu* plaas te vind nie, aangesien dit ook “in welke mate ook al” “verby die geslagsorgane” – beide deur middel van die geslagsorgane van ’n persoon (subparagraaf (a)) of deur middel van ’n ander liggaamsdeel of voorwerp, soos uitgelig in subparagraaf (b) hier bo – kan plaasvind.

Dit is duidelik dat die instrumenteel-gegronde benadering nie hier ter sprake is nie. Die statutêre misdaad van verkragting ingevolge artikel 3 (gelees met art. 1) van die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe kan dus deur ’n wyer kategorie van persone gepleeg word as die gemeenregtelike misdaad van verkragting. Dit is veral duidelik vanuit die bewoording van artikel 1(1) wat slegs vereis dat seksuele penetrasie in welke mate ook al “*veroorzaak*” word. ’n Persoon kan dus, byvoorbeeld, deur middel van aanhitsing, hulpverlening of gemeenskaplike oogmerk ook as dader aanspreeklik gehou word, solank hulle seksuele penetrasie “*veroorzaak*”. Daar moet ook op gelet word dat ingevolge subparagraaf (b) die menslike liggaam nie meer onlosmaaklik deel van die misdaadoms krywing is nie, en dus verder geen ruimte laat vir die opwerping van die instrumenteel-gegronde benadering nie. Die situasie was egter nie so duidelik in soverre dit betrekking op die gemeenregtelike misdaad gehad het nie. Voor *Tshabalala*, was daar etlike teenstrydige uitsprake, waarvan die meeste op Snyman se argument gesteun het en gevolglik bevind het dat ’n persoon nie deur middel van gemeenskaplike oogmerk aan verkragting skuldig bevind kan word nie.

4. Vorige regspraak

Die Konstitusionele Hof het in *Tshabalala* breedvoerig na enkele teenstrydige uitsprake verwys en, gegewe die euwel van verkragting in die land, tot die gevolgtrekking gekom dat daar uitsluitel of die leerstuk op die gemeenregtelike misdaad van verkragting toegepas kan word, gegee moet word (parr. 23–31).⁷ Hierdie sake, en enkele ander, word hierna bespreek.

4.1 Onsekerheid oor verkragting en die gemeenskaplike oogmerk in sake voor die *Tshabalala*-uitspraak

In *S v Gaseb* 2001 1 SACR 438 (Nm) 440 is die drie appellante skuldig bevind aan verskeie misdade, insluitend verkragting en huisbraak met die opset om verkragting te pleeg. Die appellante het by die woning van drie klaagsters ingebreek terwyl hulle geslaap het. Twee van die klaagsters (RG en EG) is uit die woning geneem met die doel om hulle te verkrag. EG het ontsnap, maar RG is om die beurt deur die appellante verkrag – terwyl hulle ook elk bystand aan mekaar verleen het tydens die uitvoering van die verkragtings. Beskuldigde 1 het RG verder weggesleep en haar weer verkrag (*Gaseb* 439). Die hof (452) steun hier op Snyman se argument en beklemtoon die verskillende rolle van dader en medepligtige en dat persone in hierdie rolle ook verskillende vorme van opset aanneem. Hierdie aspek, naamlik dié van opset, het nie veel aandag van die ander uitsprake (soos hier onder bespreek) geniet nie. Met ander woorde, daar is nie veel klem gelê op die feit dat ’n persoon wat deur middel van die gemeenskaplike oogmerk aanspreeklik gehou word, die opset van ’n dader moet hê nie. ’n Medepligtige, aan die ander kant, verleen hulp en bystand aan die dader. Daar word uitgewys dat in gevalle soos dié, waar die appellante die klaagster om die beurt verkrag het, hulle doelbewus ’n besluit moes neem en hul rolle van dié van verkragter tot medepligtige tot verkragter moes wissel (*Gaseb* 452). Gevolglik moet daar elke keer nuwe opset gevorm word: óf dié van verkragter óf dié van iemand wat bystand verleen tot die verkragtingsdaad. Op grond

van die bogenoemde opmerkings, kom die hof (453) dan tot die gevolgtrekking dat elke beskuldigde op grond van sy eie daade en bygaande opset aanspreeklik gehou moet word en dus word daar nie op gemeenskaplike oogmerk gesteun nie.

In die volgende saak, *S v Saffier* 2003 2 SACR 141 (SE), het die beskuldigde die klaagster se ander kêrel, Toby, gedwing om geslagsgemeenskap met die klaagster te hê. Daarbenewens het die beskuldigde self ook die klaagster gepenetreer (par. 2). Die verhoorhof beslis dat Toby nie aanspreeklik gehou kon word nie aangesien hy onder dwang gehandel het (par. 6). Die kwessie wat die hof egter klaarheid oor moes kry, is of die beskuldigde aan verkragting skuldig bevind kon word aangesien hy vir Toby as instrument gebruik het om die klaagster te verkrag, of deur middel van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk (parr. 5–6). Die hof het verder die tersaaklike akademiese literatuur oorweeg, naamlik dat sekere tipes misdade, spesifiek dié wat met die menslike liggaam gepleeg word, slegs deur ’n persoon wat fisies die misdaad pleeg, gepleeg kan word (parr. 9–16; sien Burchell 1997:306; Snyman 1999:258; Joubert en Faris 2004:par. 12; Du Toit e.a. 1987:22–10; Whiting 1980:202).

Een van die sentrale punte was die volgende: Omdat die menslike (spesifiek, manlike) liggaam instrumenteel in die pleging van die misdaad van verkragting is, kan dit slegs deur persoonlike penetrasie geskied. Die ander sentrale punt is bloot “[d]at geslagsgemeenskap ’n noodsaaklike element van die misdryf is” (die hof steun hier op Hall 1985:67, 84). *R v D* 1969 2 SA 591 (RA) is die enigste gesag wat hierdie hof aanhaal om die teenoorgestelde standpunt te illustreer, maar *Saffier* (par. 16) het egter die opmerkings in *D* tot blote *obiter*-opmerkings gereleë wat ook “die teiken van vele kritiek” was.⁸

Regter Nepgen (parr. 18–19) opper ook die voorbeeld van die vorige onmoontlikheid om maritale verkragting te pleeg. Daar word aangevoer dat die status van eggenoot onlosmaaklik deel van hierdie uitsondering was. Die hof (parr. 19–20) kom uiteindelik tot die gevolgtrekking dat die beskuldigde se skuldigbevinding aan verkragting (dié wat deur middel van Toby gepleeg is soos bo bespreek) tersyde gestel moet word. Dit is omdat Toby se handeling van penetrasie weens die instrumenteel-gegronde benadering nie aan die beskuldigde toegereken kan word nie. Die beskuldigde is egter weens sy eie optrede aan onsedelike aanranding skuldig bevind (parr. 20–1). Alhoewel Regter Nepgen daarop wys dat hierdie posisie ’n onbevredigende situasie skep, beklemtoon hy verder die feit dat die beskuldigde se gedrag nie aan al die elemente van die misdaad van verkragting voldoen het nie (parr. 19–20). Die regter noem ook dat hierdie onbevredigende situasie deur die wetgewer aangespreek moet word (par. 19).

Die Hoogste Hof van Appèl het hierdie kwessie (ook in 2003) heeltemal omseil. In *S v Mafaladiso* 2003 1 SACR 583 (HHA) 595 kom die hof eenparig (per Olivier AR) tot die gevolgtrekking:

[i]n die onderhawige saak was dit dus onnodig vir die geleerde Verhoorregter om die vier beskuldigdes op die basis van die leerstuk van gemeenskaplike doel skuldig te bevind. Hy moes hulle op die basis van direkte daderskap skuldig bevind het. *Ek laat my dan ook glad nie uit oor die vraagstuk of ’n skuldigbevinding aan ’n aanklag van verkragting op die basis van gemelde leerstuk regtens houdbaar is nie.* Die skuldigbevindinge van die Hof *a quo* ten opsigte van die verkragtingsaanklagte moet dus gehandhaaf word, maar op ’n ander basis, soos aangedui (eie beklemtoning).

S v Kimberley 2004 2 SACR 38 (OK) het die kwessie vanuit die perspektief van vonnisoplegging, spesifiek in die konteks van Deel I Bylae 2 van die Wysigingswet op die Strafbereg 105 van 1997 (Wysigingswet op die Strafbereg), oorweeg. In hierdie saak het die beskuldigde die klaagster se huis binnegedring, waarna een haar verkrag het en die ander haar vasgepen het (par. 2). Artikel 51(1) (gelees met Deel I van Bylae 2) bemaatig die oplegging van lewenslange tronkstraf in die volgende gevalle waar dit betrekking het op verkragting:

(a) wanneer gepleeg –

- (i) in omstandighede waar die slagoffer meer as eenkeer deur hetsy die beskuldigde of 'n mededader of medepligtige verkrag is;
- (ii) deur meer as een persoon, waar sodanige persone in die uitvoering of ter bevordering van 'n gemeenskaplike doel of sameswering gehandel het;
- (iii) deur 'n persoon wat skuldig bevind is aan twee of meer misdrywe van verkragting, maar wat nog nie ten opsigte van sodanige skuldigbevindings gevonnissen is nie; of
- (iv) deur 'n persoon, wetende dat hy die verworwe immunitetsgebrek-sindroom of die menslike immunoglobulienvirus het (eie beklemtoning).

Die hof het hoofsaaklik geworstel met die vraag, in die konteks van laasgenoemde bepalings, of verkragting deur middel van gemeenskaplike oogmerk gepleeg kan word. Snyman se instrumenteel-gegronde benadering is aangehaal (parr. 12, 15) en daar is tot die gevolgtrekking gekom dat die menslike liggaam (of deel daarvan) as instrument onlosmaaklik verbode aan die misdaad van verkragting is, en daarom kan aanspreeklikheid nie aan 'n ander toegereken word nie (par. 13). Die hof (*ibid*) brei egter hier meer uit as die hof in *Saffier*. Regter Erasmus voer aan dat 'n vrou nooit 'n dader van of medepligtige tot verkragting kan wees nie weens die inherente biologiese verskille tussen mans en vroue. Hy is van mening dat die misdaad-omskrywing vaginale penetrasie deur 'n penis vereis – en steun hier op *S v Jonathan* 1987 1 SA 633 (A). Die hof voer verder aan dat die feit dat heteroseksuele geslagsomgang noodwendig slegs tussen een man en een vrou kan geskied, 'n logiese voortvloeiende van hierdie argument is. Regter Erasmus kom tot die slotsom dat 'n daad van seksuele omgang weens hierdie feit dus slegs tussen 'n spesifieke man en vrou kan plaasvind, en dat dit gevolglik onmoontlik is om hierdie intieme, interpersoonlike daad aan enigiemand anders toe te reken (par. 13). Daar word dan na gevalle verwys waar daar hulpverlening tot verkragting plaasgevind het, en dat dit eerder 'n geval van medepligtigheid is en hier steun die hof op *Gaseb* as gesag. Desnieteenstaande hierdie opmerkings, het dit vir regter Erasmus duidelik geblyk dat die vonnisbepalings ingevolge die Wysigingswet op die Strafbereg voorsiening maak vir gevalle waar daar verkragting deur gemeenskaplike oogmerk vir doeleindes van vonnisoplegging kan plaasvind, alhoewel dit teenstrydig met die gevestigde reg oor die (substantiewe) gemeenregtelike misdaad van verkragting is. Die regter meen dat dit tot 'n anomalie aanleiding gee, want dit beteken dat “gemeenskaplike oogmerk” en “mededader” verskillende betekenis vir doeleindes van die substantiewe strafreg en vonnisoplegging het. Die regter wys daarop dat hierdie legaliteitskwessies kan voortduur weens die onsekerheid en vaagheid van die bepalings en alhoewel die grondwetlikheid van die bepalings nie *mero motu* oorweeg word nie, versoek hy die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie om die situasie te evalueer (sien parr. 17–22; 25–6).

In *S v Moses* 2010 JDR 0851 (NKK) verwys die minderheidsbeslissing van regter Kgomo na pertinente sake soos *Kimberley* en *Gaseb* en bespreek veral laasgenoemde in detail (parr. 30–4). Regter Kgomo (par. 33) voer aan dat die hof in *Gaseb* te puntenerig (oftewel “over-fastidious”)

was en meen dat die onderskeid wat in verkrachtingsake gemaak word “kunsmatig” en “more perceived than real” is. Die minderheid kom nietemin tot die gevolgtrekking dat die leerstuk wel in verkrachtingsake toegepas kan word (par. 33). Die regsonsekerheid wat oor die kwessie heers, word ook uitgelig en hier verwys die Hof na *Thebus* en die onderliggende bestaansrede van die leerstuk (*Moses* 33; *Thebus* par. 40). Regter Kgomo verwys ook na *Kimberley*, maar voer blykbaar aan dat die beslissing nie juis van toepassing is nie, aangesien die hof in *Kimberley* nie die substantiewe toepassing van gemeenskaplike oogmerk oorweeg het nie, maar eerder die toepassing daarvan in die konteks van strafoplegging (*Moses* par. 30). Alhoewel hierdie opmerking korrek is, blyk dit in elk geval dat slegs regter Kgomo in *Moses* op hierdie onderskeid klem gelê het, aangesien die ander howe nooit die kwessie geopper het nie. Belangrik is dat regter Kgomo (par. 32) ook die volgende aanvoer:

In terms of the *Gaseb* reasoning, I suggest, if five bandits conspire to rape a woman or a man to punish him/her for what may have passed between them on a previous occasion and in accomplishing this conspiracy the fifth coconspirator is interrupted before the act, he will be exonerated even though the evidence establishes the conspiracy and the fact that the fifth bandit was present on the scene, and was waiting his turn. If he can be convicted of conspiracy to rape why can't he be convicted of common purpose in the same way as a robber?

En verder (par. 33):

The definition for a perpetrator for robbery and rape is the same, whatever means is employed to commit the crime.

Daar kan nie met die tweede stelling, naamlik dat die feit dat die definisies vir roof en verkrachting dieselfde bly, ongeag die middele wat gebruik word, saamgestem word nie. Verkrachting onder die gemenerereg kon slegs deur penale penetrasie van die vagina plaasvind, terwyl roof (die wederregtelike toe-eiening van iemand anders se eiendom deur geweld of dreigement van geweld) op 'n onskatbare menigvuldigheid van wyses gepleeg kan word. Dit is dus 'n valse analogie wat die ware aard van die instrumenteel-gegronde benadering ignoreer.

Daar word ook verder na twee beslissings deur die Hoogste Hof van Appèl verwys in die konteks van die Wysigingswet op die Strafbereg waar die hof skynbaar aanvaar het dat “die toepassing van die gemeenskaplike oogmerk-leerstuk [in verkrachtingsake] deel van ons gevestigde regsleer vorm” (*Moses* par. 30). Hierdie sake het egter geen substantiewe interaksie met die netelige kwessie onder bespreking in hierdie bydrae nie, en dit kom voor dat daar aanvaar word dat gemeenskaplike oogmerk wel teoreties moontlik in verkrachtingsake is. In *S v Gagu* 2006 1 SACR 547 (HHA) bespreek die hof bloot die toepassing van die Wysigingswet op die Strafbereg en kom tot die gevolgtrekking dat daar geen gemeenskaplike oogmerk of sameswering op die feite bewys is nie (parr. 5–7; sien ook *S v Vilakazi* 2009 1 SACR 552 (HHA) parr. 12–3). Die meerderheid (per Williams R en Olivier R) in *Moses* spreek nie die kwessie van verkrachting en die gemeenskaplike oogmerk direk aan nie, maar kom wel tot die gevolgtrekking dat daar in elk geval nie genoegsame getuienis is om 'n skuldigebevinding daarop te grond nie (par. 83).

In *Kholosa v S* 2012 JOL 29149 (OKG) is die appellante (saam met 'n onbekende derde persoon wat nooit identifiseer is nie) in die verhoorhof aan ontvoering, moord en verkrachting skuldig bevind. Die kwessie waarop hier gefokus word, is die vraag of die eerste appellant aan

verkragting skuldig bevind kan word in die afwesigheid van getuienis dat hy self die slagoffer verkrag het, maar terwyl hy deel was van 'n gemeenskaplike oogmerk om laasgenoemde te verkrag (sien parr. 1–3; 27–9). Hier het die hof ook, nes die ander howe, beslis dat die toepassing van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk op verkragting onmoontlik is. Die hof (parr. 27–8) steun op Snyman en verwys weer na *Kimberley* en *Gaseb*. Regter Eksteen (par. 29) beslis daarom dat die hof *a quo* fouteer het om die eerste appellant se skuldigbevinding op die gemeenskaplike oogmerk te baseer. Daar was geen direkte getuienis dat die eerste appellant self die slagoffer (wat ook vermoor is) verkrag het nie. Daar is wel 'n kondoom naby die slagoffer se lyk gevind (bo en behalwe die kondoom wat die tweede appellant se verkragtingsdaad bewys het). Hierdie kondoom, alhoewel dit aan die eerste appellant behoort het, het nie die appellant se semen of biologiese materiaal van die slagoffer bevat nie (par. 29). Regter Eksteen (parr. 29–31) bevind gevolglik dat daar nie voldoende getuienis was om die eerste appellant self aan verkragting skuldig te bevind nie, of hom as 'n medepligtige tot die verkragting wat deur die tweede appellant gepleeg is, skuldig te bevind nie.

Verder, in *S v Jaars* 2018 JDR 1026 (GJ) is die appellante onder meer aan sowel gemeenregtelike verkragting as ontvoering in die hof *a quo* skuldig bevind. Die klaagster is ontvoer, na 'n afgeleë gebied geneem en deur twee mans verkrag nadat hulle al drie een aand in 2007 sosiaal verkeer het (sien veral parr. 7–19). Regter Adams (parr. 78–9) het ook op Snyman en *Kholosa* gesteun. Die hof (par. 77) het egter nie uitgebrei oor instrumenteel-gegronde benadering in die algemeen nie, behalwe dat verkragting slegs deur die instrumentaliteit van 'n persoon se eie liggaam gepleeg kan word. Die hof kritiseer dan ook die hof *a quo* se verwarrende opmerkings rakende medepligtigheid en die gemeenskaplike oogmerk. Dit blyk of die hof *a quo* oorspronklik daarna gemik het om die appellante op grond van medepligtigheid aanspreeklik te hou, maar dan uiteindelik op gemeenskaplike oogmerk gesteun het (sien parr. 71–3). Regter Adams (par. 80) kom dus tot die gevolgtrekking dat elkeen van die appellante slegs aan hulle eie verkragtings, met ander woorde, dié wat hulle self fisies gepleeg het, skuldig bevind kan word.

4.2 Enkele voorlopige opmerkings oor regspraak

Dit kom voor of van die howe die ware aard van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk, naamlik om groepsgebaseerde kriminaliteit aan te spreek deur bewysregtelike kompleksiteite wat die staat in die gesig staar te verlig, totaal ignoreer het. Wel word gewys op die gemeenskaplike belang om groepsgebaseerde misdaad te kniehalter (sien *Thebus* par. 37). Dit word veral bewerkstellig deurdat kousaliteit nie vir elkeen van die partye tot die gemeenskaplike oogmerk bewys hoef te word nie – alhoewel kousaliteit steeds bewys moet word. Die staat moet egter *steeds* bewys dat een of meerdere partye tot die gemeenskaplike oogmerk die wederregtelike gevolg teweeg gebring het. Die bedoeling was nooit om 'n eng transposisie van die wederregtelike gevolge te wees nie, asof die beskuldigdes *almal letterlik* die gevolg teweeg gebring het nie. Die leerstuk is 'n fiksie wat die wederregtelike gevolge aan elke persoon tot die gemeenskaplike oogmerk toereken. Waar meerdere persone aan 'n gemeenskaplike oogmerk deelneem (hetsy deur aktiewe assosiasie of voorafgaande ooreenkoms) moet die wederregtelike gevolge *fisies* deur een (of meerdere) van die lede veroorsaak word, maar dit word aan die ander, deur regswerking van die leerstuk, *toegereken*. Die wederregtelike gevolge moet steeds deur die werklike dader veroorsaak word (of minstens, waar die werklike dader onbekend is, iemand tot die gemeenskaplike oogmerk). Paizes (2017:4) verklaar die volgende in hierdie konteks:

The requirement, in consequence crimes such as murder where there must be a causal link between the conduct element and the prohibited result, the death of the victim, remains in place and is not dislodged by the operation of the fiction that treats the act of A as the act of B or any other member of the group (...) It is just that a fictive element has been introduced which deems A's act of stabbing X to be B's own act.

Die fiktiewe aard van die leerstuk word verder beklemtoon deur die feit dat in sake waar 'n voorafgaande ooreenkoms ter sprake is, die ander persone (met ander woorde, dié wat nie die wederregtelike gevolg teweeg gebring het) nie eers op die misdaadtoneel teenwoordig hoef te wees nie.⁹ Die "outobiografiese aard" van die gemeenregtelike misdaad van verkragting, naamlik dat iemand slegs aanspreeklik gehou kan word indien hy self die slagoffer vaginaal met sy penis gepenetreer het, hou dus, met inagneming van die "fiktiewe aard" van die gemeenskaplike oogmerk-leerstuk, nie baie water nie.

Daar was 'n deurlopende tema by die howe wat hulself op die instrumenteel-gegronde benadering berus het, teenwoordig. Hierdie howe het meestal beklemtoon dat weens die uitsluiting van die gemeenskaplike oogmerk-leerstuk, die staat eerder die saak op die tradisionele beginsels moet baseer en die tersaaklike beskuldigde(s) se betrokkenheid bo redelike twyfel bewys; of in die alternatief, hulle aanspreeklik hou op grond van medepligtigheid.

5. Bespreking van die Tshabalala-saak

Teen die bogenoemde agtergrond van onsekerheid, word die Konstitusionele Hof se uitspraak in *Tshabalala* in die volgende afdeling bespreek.

5.1 *Pertinente feite van die saak*

Die gebeure in *Tshabalala* dateer terug na 1998. Die feit dat die gebeure plaasgevind het voor die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe in werking getree het, het beteken dat die gemeenregtelike definisie van verkragting steeds van toepassing op die gedrag van die aplikante was (dit is natuurlik weens die impak van sowel die *ius praevium*-faset van die legaliteitsbeginsel as die vermoede teen die retrospektiewe werking van wetgewing).¹⁰ 'n Groep mans het op 20 September 1998 verskeie wonings in Tembisa onregmatig binnegedring en beroof. Hul *modus operandi* was hoofsaaklik om klippe op die dakke van die wonings te gooi en te skree dat hulle die polisie is. Hulle het dan die geraas en verwarring gebruik om die huise te betree en waar hulle toegang geweier is, het hulle die deure afgebreek. Bo en behalwe die gevalle van inbraak en roof, het lede van die groep mans verskeie vroue verkrag, insluitend 'n swanger vrou en 'n veertienjarige meisie (parr. 5–7).

Die Hooggeregshof het tot die gevolgtrekking gekom dat die gemeenskaplike oogmerk wel op verkragtingsake toegepas kan word (par. 9) en het die groep se gedrag as 'n "cohesive whole" beskryf wat 'n "systematic pattern" gevolg het (par. 10). Dit was verder die hof se bevinding dat hierdie reeks misdadige handeling e eerder 'n vorm van *voorafgaande ooreenkoms* as aktiewe assosiasie was (dit is 'n belangrike gevolgtrekking wat verder bespreek sal word in 'n opvolgende afdeling). Die hof het verder op die gestruktureerde *modus operandi* gewys waar sekere lede van die groep mans buite die wonings waggehou het terwyl ander die slagoffers

verkrag het. Hierdie *modus operandi* het eerder op 'n mate van voorafgaande beplanning as spontaneïteit gedui (*ibid*).

Een van die beskuldigdes, Phetoe, appelleer toe suksesvol na die volbank van die hooggeregshof. Die volbank het egter nie met die enkelregter se beslissing rakende die verkrachtings saamgestem nie en het instrumenteel-gegronde benadering opgewerp. Alhoewel daar beslis is dat die betrokke appellant (Phetoe) gemene saak gemaak het met diegene wat wel die verkrachtings gepleeg het, kon hy weens die beletsel van die instrumenteel-gegronde benadering, nie 'n mededader tot verkrachting wees nie, maar wel 'n medepligtige. Die hof het, op grond van die instrumenteel-gegronde benadering, geredeneer dat die staat elke appellant se direkte, fisiese betrokkenheid by die verkrachtings moet bewys om 'n skuldigbevinding as 'n mededader te verkry (*Tshabalala* par. 13).

Phetoe het toe na die Hoogste Hof van Appèl appelleer (*S v Phetoe* 2018 1 SACR 593 (HHA)) maar die hof het ook nie met die verhoorhof se gevolgtrekking saamgestem dat Phetoe as 'n medepligtige aanspreeklik gehou kan word nie. Dit is weens die feit dat sy aanspreeklikheid skynbaar net op sy *teenwoordigheid* op die misdadstonele gebaseer was, in plaas van op sy fisiese betrokkenheid (par. 15). *Phetoe* het ook bevind dat daar geen voorafgaande ooreenkoms was om die misdadige handeling uit te voer nie, en dat Phetoe ook nie op die toneel was nie behalwe by die derde huis (par. 14–5). Dit is belangrik vir doeleindes van die leerstuk wanneer die staat op *aktiewe assosiasie* steun (of bloot weens die afwesigheid van 'n voorafgaande ooreenkoms), dat, soos daar in *Mgedezi* beslis is, die beskuldigde teenwoordig moet wees ten tyde van die pleging van die misdaad. Die hof het dus sowel die enkelregter se bevinding (die substantiewe skuldigbevinding aan verkrachting deur middel van gemeenskaplike oogmerk), as die volbank se bevinding (skuldigbevinding aan medepligtigheid) verwerp. Die enigste skuldigbevinding wat oorleef het, was die negende klag waar die appellant deur 'n getuie geïdentifiseer is (par. 16).

5.2 Kwessies voor die hof

Die kern van die aplikante se argument was dat die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk nie in verkrachtingsake toegepas kan word nie weens instrumenteel-gegronde benadering (par. 33). Met ander woorde (en soos hier bo beskryf), die definisie van die misdaad maak dit onmoontlik vir iemand anders as die dader om hierdie misdaad te pleeg en so 'n persoon of persone kan hoogstens as medepligtiges aanspreeklik gehou word. Dit is omdat sekere misdade “outobiografies” van aard is en slegs deur middel van 'n persoon se liggaam gepleeg kan word (par. 34; Snyman 2014:262). Die Konstitusionele Hof verwys hier na die botsende beslissings in *Moses* (par. 23), *Kholosa* (par. 24), *Kimberley* (par. 24) en *Jaars* (par. 25) (wat in die besonder hier bo bespreek is). Die hof verwys dan na die respondent en *amici* se steun op *S v Thebe* 1961 PH H 247 (A), *K v Minister of Safety and Security* 2005 6 SA 419 (KH) asook *R v Mkwanazi* 1948 4 SA 686 (A) vir gesag dat die leerstuk deur appèlhowe aanvaar is in verkrachtingsake. Die hof voer aan dat *Mkwanazi* nie relevant is nie aangesien dit oor aanranding handel het – spesifiek met die oogmerk om te verkrag. Daar het die beskuldigdes die gemeenskaplike oogmerk gehad om aanranding te pleeg met die opset om te verkrag, maar dit het nie direk oor verkrachting handel nie (par. 27). *Mkwanazi* word gevolglik as gesag verwerp (parr. 27, 30). *K* was 'n deliktuele saak wat spesifiek oor middellike aanspreeklikheid handel het; en die *obiter*-opmerkings wat die hof oor die leerstuk gemaak het, is in elk geval nie in appèl deur die Konstitusionele Hof bekragtig nie (par. 28). *Thebe*, alhoewel dit ook oor die gemeenskaplike oogmerk handel, het meer spesifiek handel oor aktiewe assosiasie, waar

die huidige saak 'n geval van voorafgaande ooreenkoms was (par. 29). Gegewe die feit dat die voorafgaande gesag geen uitsluitel oor die saak bied nie, het dit binne die Konstitusionele Hof se jurisdiksie geval (parr. 30–2).

Die applikante verlaat hulle dus wesenlik op die *ratio decidendi* van vorige sake wat die leerstuk verwerp het, naamlik dié van fisiese onmoontlikheid vanweë die definisiële elemente wat toepassing van die leerstuk onmoontlik maak (parr. 33–5).

Die hof gaan voort en beskryf dan instrumenteel-gegronde benadering (soos hier bo uiteengesit) en verwys na *Gaseb*, *Saffier*, *Kimberley* en selfs Phetoe se saak wat instrumenteel-gegronde benadering ondersteun. Die Konstitusionele Hof wys daarop dat die feit dat die onderskeie howe gemeen het dat elke beskuldigde afsonderlik aan verkragting skuldig bevind moet word, onderliggend tot laasgenoemde howe se gevolgtrekkings was. Die uitwerking van instrumenteel-gegronde benadering is dat dit verhoed dat partye tot 'n gemeenskaplike oogmerk “gesamentlik” aan verkragting skuldig bevind kan word (parr. 35–6).

Die respondent en *amici* het aangevoer dat daar inderdaad 'n voorafgaande ooreenkoms tussen die applikante was om die reeks misdade uit te voer; en verder dat hulle die handeling as 'n “cohesive whole” uitgevoer het. Dit was die oorspronklike bevinding van die enkelregter van die verhoorhof (parr. 37–8). Snyman se argumente word verder as foutief bestempel deur die respondent in soverre dit die voorafgaande ooreenkoms betref, omdat die handeling van elkeen die handeling van die ander deelnemers toegereken word. Daar word egter aangeneem dat die kruks van hul redenasie is dat die gevolge (die toerekening van die wederregtelike gevolge) dieselfde vir voorafgaande ooreenkoms en aktiewe assosiasie is. Die respondente maak dan die belangrike waarneming dat met 'n voorafgaande ooreenkoms 'n beskuldigde se fisiese teenwoordigheid nie vereis word nie (par. 39). Daar word ook op die omstrede saak *Jacobs v S* 2019 1 SACR 623 (KH) par. 106¹¹ as gesag gesteun. In *Jacobs* (par. 70) wys die hof daarop dat elke deelnemer aan die gemeenskaplike plan nie die presiese wyse waarop die wederregtelike gevolge materialiseer, hoef te voorsien nie. Die respondent verwys ook na die tendense in die konteks van internasionale strafreg (sien ook parr. 93–8 van Victor WR se minderheidsuitspraak), veral die Rome Statuut van die Internasionale Strafhof (aangeneem 17 Julie 1998, in werking getree 1 Julie 2002) 40 ILM 335 (die Statuut van Rome) asook die Internasionale Strafregtelike Tribunaal vir die Voormalige Joego-Slawië (1993) ILM 1192. Hierdie instrumente verteenwoordig 'n afwyking van die tradisionele beginsels van strafreg, naamlik dié van individuele strafregtelike verantwoordelikheid (sien Deel 1 hier bo). Artikel 25(3)(a) van die Statuut van Rome lui as volg:

In accordance with this Statute, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person (a) Commits such a crime, whether as an individual, jointly with another or through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible.¹²

Die respondent het gevolglik beweer dat die reëls ingevolge hierdie instrumente *mutatis mutandis* van toepassing op gemeenskaplikeoogmerk-sake gebaseer op voorafgaande ooreenkoms is (par. 41). Die Kommissie vir Geslagsgelykheid¹³ (kommissie) het aangevoer dat die instrumenteel-gegronde benadering “kunsmatig en beginselloos” is (par. 43). Die kommissie was verder krities oor die onbillike uitwerking van die instrumenteel-gegronde benadering omdat dit slegs van toepassing is op misdrywe van 'n seksuele aard, maar nie op misdrywe van 'n fisiese aard, soos moord en roof, nie (par. 43). Die onbillike werking van die instrumenteel-

gegronde benadering frustreer weer op sy beurt die staat se grondwetlike en internasionale verpligtinge om geslagsgebaseerde misdaad te voorkom en aan te spreek (*ibid*; sien ook parr. 93–8). Hulle voer verder aan dat die gemeenregtelike misdryf van verkragting, indien die instrumenteel-gegronde benadering deur die Konstitusionele Hof bekragtig word, uit voeling sal wees met die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe aangesien verkragting ingevolge laasgenoemde met 'n aantal voorwerpe gepleeg kan word (par. 43). Die Sentrum vir Toegepaste Regstudies (sentrum)¹⁴ het versoek dat die gemenerereg ontwikkel moet word om 'n positiewe plig op burgers te plaas om verkragting te rapporteer,¹⁵ en om ook die vereistes van die gemeenskaplike oogmerk in sy aktieweassosiasie-vorm te ontwikkel om sodoende “aktiewe disassosiasie” te vereis. Die Konstitusionele Hof bevind egter dat dit “'n stap te ver” sal wees en beslis dat die leerstuk op sigself nie problematies is nie maar eerder die toepassing daarvan (par. 45).

5.3 Bespreking rakende die substantiewe kwessies van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk se toepassing op verkragtingsake

Die Konstitusionele Hof bespreek dan die definisie van gemeenskaplike oogmerk en voer aan dat dit meestal toepassing vind op gevolgs misdade soos moord, asook die verskillende verskyningsvorme van die leerstuk, naamlik aktiewe assosiasie en voorafgaande ooreenkoms (parr. 46–7). In laasgenoemde geval voer waarnemende regter Mathopo aan dat dit nie 'n uitdruklike ooreenkoms hoef te wees nie, maar dat dit van die omliggende omstandighede afgelei kan word wat bo redelike twyfel bewys moet word. En in die geval van 'n voorafgaande ooreenkoms, mag alle misdadige handeling binne hul “gemeenskaplike ontwerp” aan al die “kontrakterende partye” toegereken word, mits al die ander elemente van die misdaad bewys word (parr. 48–9). Die Konstitusionele Hof laat egter na om hier te noem dat die element van kousaliteit nie bewys hoef te word nie – behalwe vir die feit dat minstens een van die “kontrakterende partye” die wederregtelike gevolg meebring het.

Die hooftrekke van die verhoorhof se feitlike bevindinge word vervolgens weer bespreek, naamlik dat die aplikante as deel van 'n groep rondbeweeg het en misdadige handeling uitgevoer het wat deel gevorm het van 'n voorafbestaande plan. Hierdie voorafbestaande plan (of “verstandhouding”) het die verkragting van die klagsters ingesluit. Niemand wat deel van die groep gevorm het, het afstand gedoen van die plan of die daad van andere in die groep nie en gevolglik is daardie handeling ook aan die ander toegereken (wat nie fisies die daad uitgevoer het nie) (par. 50). Die Konstitusionele Hof verwerp verder die idee dat die verkragtings onverwagse of onafhanklike handeling van 'n paar “vrot appels” was en dat die ander “kontrakterende partye” onbewus daarvan was. Regter Mathopo is dan ook krities oor die opvatting dat verkragting slegs oor seksuele penetrasie gaan, maar maak die stelling dat dit ook die magsbeheer van die slagoffers deur die dader insluit (par. 51).

Die hof gaan voort om die onregverdighede van 'n instrumenteel-gegronde benadering uit te wys, en voer aan dat dit gebrekkig is. Regter Mathopo beslis dat dit 'n onreg teenoor direkte en indirekte slagoffers van geslagsgebaseerde geweld sou wees indien hierdie benadering nagevolg moet word (parr. 52–3). Daar word aangevoer dat die toepassing van die leerstuk geslagsongelykheid en diskriminasie bevorder en dat daar geen rede vir 'n onderskeid tussen die toepassing van die leerstuk in aanranding- en moordsake teenoor verkragtingsake is nie. Die hof is eenstemmig met die *amici* dat die instrumenteel-gegronde benadering persone wat bygedra het tot die pleeg van die misdaad, maar nie self die slagoffer gepenetreer het nie, van aanspreeklikheid vryspreek. Gevolglik, is hierdie *status quo* “beginselloos en irrasioneel” (par.

53). Die leerstuk word verder beskryf as onbestaanbaar in ons grondwetlike bestel aangesien dit in 'n patriargale geskiedenis gewortel is waar vrouens as besittings hanteer is.¹⁶ Regter Mathopo lê weer klem daarop dat verkragting 'n breër strekking as bloot fisiese penetrasie het en ook gekenmerk word deur magsbeheer deur die manlike dader oor 'n vroulike slagoffer (par. 54; sien ook parr. 70–7 van die minderheidsuitspraak en die bespreking hier onder). Die Konstitusionele Hof verwerp verder die applikante se skynbaar oorbodige argument rakende die afwesigheid van kousaliteit in gemeenskaplikeoogmerk-sake, wat lank reeds deur die Appèlhof in *S v Safatsa* 1988 1 SA 868 (A) (sien veral 898) aangespreek is (par. 55).

Die hof beslis verder dat dit oneerlik is om aanspreeklikheid vry te spring weens die afwesigheid van fisiese penetrasie omdat die applikante hulle volledig met die wederregtelike gevolge assosieer het. Daar word ook gewys op die feit dat die probleme met betrekking tot kousaliteit in groepsgebaseerde misdade soos aanranding, moord en roof, reeds die rede is waarom die leerstuk bestaan (par. 57).

Die daders (wat nie die slagoffers fisies gepenetreer het nie) het 'n aktiewe rol gespeel, nie afstand gedoen van die daad van die fisiese daders nie en het dus die gemeenskaplike oogmerk bevorder. Die hof beklemtoon dat dit nie slegs die fisiese penetrasie was wat die misdade bewerkstellig het nie, maar ook die teenwoordigheid van diegene wat die pleging aangemoedig en bewerkstellig het. Regter Mathopo is van mening dat “[t]o endorse or support Snyman’s approach would defeat common sense and logic” (par. 59). Die Konstitusionele Hof voer aan dat dit irrasioneel is dat die leerstuk nie van toepassing is nie wanneer daar 'n geslagsorgaan ter sprake is, maar wel by ander fisiese misdrywe soos moord en aanranding. Menswaardigheid (ingevolge art. 10 van die Grondwet), psigiese en liggaamlike integriteit (art. 12(1)(c)) en gelykheid (art. 9) noodsaak dat die slagoffers dieselfde beskerming as die slagoffers in laasgenoemde misdade geniet (par. 60).

Daar word ook verwys na die regering se ingrypings om verkragting aan te spreek, spesifiek lewenslange straf vir verkragting (ingevolge die Wysigingswet op die Strafwet) in spesifieke gevalle asook kodifikasie en uitbreiding van die definisie van verkragting ingevolge die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe (sien bespreking in deel 4.1 hier bo). Regter Mathopo wys dan uit dat die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe weggedoen het met die instrumenteel-gegronde benadering weens die uitgebreide definisies daarin vervat (parr. 61–2). Die regter wys egter nie op die feit dat artikel 51(1)(a)(ii) van die Wysigingswet op die Strafwet ook aandui dat verkragting deur middel van “gemeenskaplike doel of sameswering” deur meerdere persone gepleeg kan word nie – wat nog 'n teken is dat die wetgewer self hom nie aan die instrumenteel-gegronde benadering steur nie (sien egter die opmerkings in *Kimberley* parr. 17–22; 25–6 en bespreking in 4.1 hier bo). Juis daardie bepaling het aanleiding gegee tot van die teenstrydige uitsprake (sien bv. *Kimberley*, *Mafaladiso*, *Vilakazi* en *Gagu*). Daar word aangevoer dat die regbank 'n aktiewe rol moet speel om die kwessie van verkragting aan te spreek en dit kan gedoen word deur afstand te doen van die instrumenteel-gegronde benadering – wat gegrond is op die veronderstelling dat verkragting “bloot oor seks” is. Sodoende sal gelykheid, menswaardigheid en veiligheid en sekuriteit bevorder word (par. 63). Die Konstitusionele Hof kom dan tot die uiteindelijke gevolgtrekking dat die gemeenregtelike misdaad van verkragting wel deur middel van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk gepleeg kan word. Die hof stem dus saam met die volbank van die Hooggeregshof se oorspronklike bevinding en stel die daaropvolgende beslissing tersyde (par. 66).

5.4 Minderheidsuitsprake

Regter Khampepe en waarnemende regter Victor het beide ooreenstemmende minderheidsuitsprake gelewer. Eersgenoemde se uitspraak het nie gefokus op die regstegniese kwessies nie, maar het wel bevind dat die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk op verkrachtingsake toegepas moet word (par. 78). Regter Khampepe beklemtoon egter die ontugterende realiteite rakende geslagsgebaseerde geweld en verkragting in Suid-Afrika en wys op die 41 583 gerapporteerde gevalle van verkragting in Suid-Afrika – dus ongeveer 114 per dag. Verkragting is dus ’n alledaagse verskynsel in die lewens van vroue in Suid-Afrika (par. 76). Sy wys ook op die wanopvattinge rakende verkragting – naamlik dat dit bloot ’n seksuele daad is wat deur “onmenslike monsters” gepleeg word. Inteendeel, volgens haar ervaar slagoffers van verkragting dit nie as ’n seksuele daad nie, maar as ’n oomblik van magteloosheid, asook as vreesaanjaend, vernederend en lewensgevaarlik (par. 70). Daar word ook na *Masiya* verwys (par. 78) waar hoofregter Langa verkragting as ’n magsuitdrukking eerder as ’n seksuele daad beskryf wat ’n slagoffer se menswaardigheid, privaatheid en liggaamlike integriteit skend (sien *Tshabalala* par. 70–73). Verder word verkrachtings dikwels nie deur onbekende “monsters” gepleeg nie, maar eerder deur mense wat na aan die slagoffer is soos gades, broers, ooms, pa’s en kollegas wat andersins rasonale en gerespekteerde mense in die samelewing is. Regter Khampepe (par. 74) wys daarop dat hulle gewone lede van die samelewing is, en benadruk die feit dat verkragters mense is wat kies om hul mag te misbruik. Om verkragters as monsters te sien kan tot “kognitiewe dissonansie” lei as ’n verkragter, wat andersins ’n gerespekteerde lid van die samelewing is, ’n verkragting pleeg. Dit lei tot ongegronde vrae soos wat tot die verkragting kon gelei het, aangesien die persoon “’n goeie man” is (par. 74). Hierdie wanopvatting is dikwels gegrond op die “gestruktureerde wanbalans tussen mans en vrouens” in die samelewing (par. 76 waar Khampepe R op Hall 1985:67 steun). Sy (par. 78) doen laastens ’n beroep op sowel die regsprekende, uitvoerende en wetgewende gesag, as gemeenskappe om beide verkragting en alle vorme van geslagsgebaseerde geweld aan te spreek.

Regter Victor fokus op twee aspekte, naamlik die diskoers rakende verkragting in Suid-Afrika (parr. 80–92) en die invloed van internasionale reg (parr. 93–8). Die regter wys voorts op die veelvoudige struikelblokke ingevolge die reg wat slagoffers van verkrachtings moet oorkom en wat hulle van geregtigheid beroof. Dit sluit in die omsigtigheidsreël rakende “raising the hue and cry”, bevestiging deur vorige ooreenstemmende verklarings, die “oorbodige beskerming van die dader”, die uitsondering van maritale verkragting, howe se “oormatige kommer” oor foutiewe skuldigebevindings en natuurlik ook die instrumenteel-gegronde benadering in. Sy dui aan dat hierdie reëls op patriargale en seksistiese norme gegrond is (par. 80–4; 89) wat die kwessie van geslagsgebaseerde geweld in Suid-Afrika minimaliseer. Daar is egter ’n golf van verandering in die samelewing, soos die bekendstelling van minimumstrawwe (parr. 84, 87; sien bespreking in 4.1 hier bo). Regter Victor (par. 86) voer verder aan dat indien daar van die instrumenteel-gegronde benadering ontslae geraak word, dit ook tot die uitwissing van seksisme in verkrachtingsake kan lei. Daar word dus beslis dat bewysregtelike reëls by die toepassing van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk nie omseil kan word nie, en gevolglik ook nie ’n beskuldigde se reg op ’n billike verhoor (ingevolge art. 35(3) van die Grondwet) beïnvloed nie (par. 87 waar daar op *Thebus* par. 40 gesteun word).

Regter Victor (parr. 93–5) wys ook op die internasionale instrumente wat deur Suid-Afrika aangeneem is om geslagsgebaseerde geweld aan te spreek. Dit sluit in die Konvensie oor die Uitwissing van Alle Vorme van Diskriminasie Teen Vroue (“CEDAW”, aangeneem 15 Desember 1995, in werking getree 3 September 1981),¹⁷ asook die Protokol tot die Afrika-

handves vir Mense- en Volkeregte op die Regte van Vroue in Afrika (“Maputo-protokol”, aangeneem 11 Julie 2003, in werking getree 25 November 2005).¹⁸ Verder (parr. 96, 98) word daar aangevoer dat hierdie internasionale waardes en norme oorweeg moet word wanneer die gemene reg ontwikkel word ingevolge artikel 39 van die Grondwet (sien ook *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA 938 (KH) par. 62; art. 173 van die Grondwet).¹⁹ Regter Victor noem verder dat die invloed van CEDAW (asook die Verenigde Nasies se Konvensie oor die Regte van die Kind (aangeneem 20 November 1989, in werking getree 2 September 1990)) reeds praktiese toepassing gevind het in wetgewing soos die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe. Die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe het ook weggedoen met die toepassing van die instrumenteel-gegronde benadering op verkragting, wat volgens die regter ’n verdere regverdiging is om dieselfde met gemeenregtelike verkragting te doen.²⁰ Teen hierdie agtergrond beslis sy (par. 99) dat Suid-Afrika se grondwetlike en internasionale verpligtinge noodgedwonge beteken dat die gemeenskaplike oogmerk-leerstuk op gemeenregtelike sake van verkragting toegepas moet word.

6. Gevolgtrekking

Alhoewel daar plek-plek ’n ietwat oppervlakkige bespreking van die onderliggende regsteoretiese aspekte en voorafgaande sake was, kan nie fout gevind word met die Konstitusionele Hof se uiteindelijke *bevinding* nie en stel dit ’n vername ontwikkeling in die Suid-Afrikaanse strafreg daar. Die Konstitusionele Hof het ongelukkig nie veel uitgebrei oor deelname en begunstiging tot misdaad nie, wat dit amper laat voorkom of ’n persoon wat nie via die gemeenskaplike oogmerk aanspreeklik gehou kan word nie, aanspreeklikheid totaal en al sal vryspring (sien par. 53). Vanuit die perspektief van sowel die slagoffer as vir doeleindes van strafoplegging, is dit natuurlik ’n beter alternatief om persone as daders aanspreeklik te hou (óf weens die feit dat hulle aan al die elemente van die misdaad voldoen óf weens die uitwerking van die gemeenskaplike oogmerk).

Dit is onlogies om die leerstuk op misdade soos moord (hoewel baie wyd omskryf), waar ’n dader byvoorbeeld iemand met ’n mes kan steek of verwurg, toe te pas, maar nie op verkragting nie. ’n Mes penetreer tog op ’n soortgelyke wyse die menslike liggaam (al is dit nie op ’n intieme, seksuele wyse nie). Waar iemand verwurg word, is die instrument waarmee die misdaad gepleeg word, tog ook die menslike liggaam. Die onderskeid is oppervlakkig en onregverdigbaar veral gegewe die betreuenswaardige algemeenheid van geslagsgebaseerde geweld in Suid-Afrika. Dit is veral beklemtoon in regter Khampepe se treffende minderheidsuitspraak. Die uitspraak is ’n stap vorentoe vir geregtigheid vir slagoffers van geslagsgebaseerde geweld in Suid-Afrika en gee erkenning aan hul fundamentele regte, veral gelykheid, menswaardigheid, en psigiese en liggaamlike integriteit (sien *Tshabalala* par. 60). Hoewel dit dalk nie die onderliggende probleem en oorsake van geslagsgebaseerde geweld gaan oplos nie, kan veral regters Khampepe en Victor se uitsprake belangrike dialoë skep oor die onderliggende bestaansredes van verkragting, geslagskwessies, magswanbalanse en so ook opvattinge oor *wie* verkragtings in Suid-Afrika pleeg.

Alhoewel die gemeenregtelike misdaad van verkragting in 2007 herroep is, is daar historiese gevalle wat steeds voor die hof verskyn aangesien die misdaad van verkragting nie verjaar nie;²¹ of omdat, in gevalle soos dié in *Tshabalala*, die beskuldigdes reeds al hul appèlregte uitgeoefen het. Die gemeenregtelike misdaad strook ook nie met die bepalinge ingevolge die

Wet op Seksuele Misdrywe nie, wat weggedoen het met die instrumenteel-gegronde benadering in gemeenregtelike verkrachtingsake, aangesien die wet voorsiening maak vir 'n breë konsep van wat as daderskap beskou word (art. 1 van die Wet op Seksuele Misdrywe; sien bespreking in 3. hier bo asook *Tshabalala* parr. 62, 97). Voorts strook dit ook nie met die bepaling van die Wysigingswet op die Strafbereg wat voorsiening maak vir verkrachting deur middel van die gemeenskaplike oogmerk nie. Dit is dus nie net onnodig nie, maar ook irrasioneel om aan instrumenteel-gegronde benadering in gemeenregtelike verkrachtingsake vas te klou, veral omdat die wetgewer reeds meer as 'n dekade gelede indirek daarmee weggedoen het.

Bibliografie

Burchell, J.M. 1997. *South African criminal law and procedure Vol 1: General principles of criminal law*. 3de uitgawe. Kaapstad: Juta.

—. 2016. *Principles of criminal law*. 5de uitgawe. Kaapstad: Juta.

De Vos, P. 2019. An embarrassing mistake from the Constitutional Court. *Constitutionally Speaking*. <https://constitutionallyspeaking.co.za/an-embarrassing-mistake-from-the-constitutional-court> (4 Junie 2020 geraadpleeg).

Du Toit, E. 1987. *Commentary on the Criminal Procedure Act*. Kaapstad: Juta.

Guthrie, B. 2019. It's 50-50: The ConCourt must avoid taking chances with justice. *Daily Maverick*. <https://www.dailymaverick.co.za/opinionista/2019-03-01-its-50-50-the-concourt-must-avoid-taking-chances-with-justice> (4 Junie 2020 geraadpleeg).

Hall, C. 1985. Rape: The politics of definition. *South African Law Journal*, 105(1):67–82.

Jordaan, L. 2014. Die legaliteitsbeginsel en die toelaatbaarheid van regterlike aktivisme by die ontwikkeling van die substantiewe strafreg (deel 1). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:264–76.

—. 2014. Die legaliteitsbeginsel en die toelaatbaarheid van regterlike aktivisme by die ontwikkeling van die substantiewe strafreg (deel 2). *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:447–58.

Joubert, W.A. en J.A. Faris (reds.). 2004. *The law of South Africa* Volume 6. Durban: LexisNexis.

Kemp, G.P. 2018. *Criminal law*. 3de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.

Paizes, A. 2017. Why do we so often get common purpose wrong. *Criminal Justice Review*, 2:4–8.

Sisilana, L. 2003. What's wrong with common purpose. *South African Journal of Criminal Justice* 12 (3):287–303.

Snyman, C.R. 2007. Extending the scope of rape – A dangerous precedent. *South African Law Journal*, 124(4):677–87.

Snyman, C.R. 1999. *Strafreg*. 4de uitgawe. Durban: Butterworths.

—. 2006. *Criminal law*. 5de uitgawe. Durban: LexisNexis.

—. 2014. *Criminal law*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Van der Linde, D.C. 2018. Criminal gang activities: A critical and comparative analysis of the statutory framework under South African criminal law. Ongepubliseerde LLD-proefskrif, Universiteit Stellenbosch.

Whiting, R.C. 1980. Principles and accessories in crime. *South African Law Journal*, 97(2):199–213.

Eindnotas

¹ Hierdie uitset is gebaseer op navorsing wat in geheel deur die Nasionale Navorsingsfonds van Suid-Afrika (toekenningnommer: 120651) ondersteun word.

² Alhoewel die hof dit nie so uitdruklik stel nie, is dit duidelik uit die paragraaf dat hierdie stelling na die gemeenskaplike misdaad van verkragting verwys. Die KH verwys geensins na die ander misdrywe wat tradisioneel met die instrumenteel-gegronde benadering geassosieer word nie, soos bigamie, meened en dronkbestuur (sien Snyman 2014:440; Whiting 1980:202–3). Dus moet daar aanvaar word dat die instrumenteel-gegronde benadering steeds op daardie misdrywe van toepassing is.

³ Let daarop dat die kousaliteitselement slegs by gevolgsmisdade (soos moord) ter sprake is. Gevolgsmisdade is misdade waar 'n sekere wederregtelike gevolg deur die handeling van die dader teweeg gebring moet word. Sien Burchell (2016:96, 483–4; Snyman 2014:80; Kemp 2018:78).

⁴ Die teenoorgestelde is ook waar: Wanneer die staat op gemeenskaplike oogmerk by wyse van voorafgaande ooreenkoms berus, hoef 'n betrokke beskuldigde nie op die toneel van die misdaad teenwoordig te wees nie.

⁵ Snyman (2006:440) definieer hierdie misdaad as die “wederregtelike en opsetlike aanranding van 'n ander in omstandighede waarin óf die handeling óf die opset waarmee [die misdaad] verrig word, onsedelik is”. Die howe het egter eerder die benadering in *S v Abrahams* 1918 CPD 590 gevolg waar beslis is dat aanraking voldoende is en dat dit nie noodwendig van 'n “onsedelike aard” hoef te wees nie (sien Kemp 2018:370–71; Snyman 2006:440–42). Hierdie gemeenregtelike misdaad is deur art. 68(1)(b) van die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe herroep en vervang deur art. 5(1) en (2) en staan nou as “seksuele aanranding” bekend.

⁶ Die legaliteitsbeginsel bestaan uit vyf fasette, naamlik *ius strictum* (regsreëls moet eng uitgelê word deur die howe), *ius certum* (regsbeginsels moet met redelike sekerheid gestipuleer word deur die wetgewer), *ius praevium* ('n regsreël mag sleg toegepas word op gedrag wat plaasgevind het ná die uitvoering van die regsreël), *ius acceptum* ('n persoon mag slegs aanspreeklik gehou word op grond van aanvaarde regsreël) en laastens *nulla poena sine lege* (die beginsel dat al hierdie fasette van toepassing was op strafoplegging).

⁷ Die kwessie val dus binne die hof se jurisdiksie omdat daar onsekerheid bestaan oor die kwessie wat “in die algemene openbare belang” behels. Dit sou dus in die belang van geregtigheid wees om verlof tot appèl toe te staan (*Tshabalala* par. 32).

⁸ Die feite in *D* was wesenlik dieselfde as dié in *Saffier*, waar die volgende beslis is (592): “I wish to say, at the outset, that where the facts show an accused person has induced fear in the mind of his victim which disables her from exercising a free choice, then, whether he himself commits rape upon her or causes her to submit to a third party who believes, even on reasonable grounds, that she is a consenting party, he (that is to say, the person accused) is himself guilty of rape.” *D* het nie die kwessie van instrumenteel-gegronde benadering soos in die konteks van hierdie artikel bespreek nie; met ander woorde, of die gemeenregtelike misdaad van verkragting deur middel van die gemeenskaplikeoogmerk-leerstuk gepleeg kan word. Dit is uitsluitlik bespreek in die konteks van of 'n opdraggewer aanspreeklik gehou kan word vir 'n verkragting wat deur 'n ander gepleeg word, wat 'n genuanseerde, dog pertinente verskil is. Die pleeg van 'n misdaad d.m.v. 'n ander staan bekend as *qui facit per alium facit per se* (“hy wat deur middel van 'n ander handel, handel self”) (sien Snyman 2006:260 vn. 10). Snyman voer ook hier aan dat die *qui facit*-leerstuk nie “sonder voorbehoud in die strafreg toegepas [kan] word nie” weens die uitwerking van die instrumenteel-gegronde benadering. Die KH het geen uitspraak gemaak oor die toepassing van die instrumenteel-gegronde benadering in die konteks van die *qui facit*-leerstuk nie, of selfs daarna verwys nie, dus kan daar nie geredelik aangeneem word dat daarmee ook weggedoen is nie. Daar word egter hier aangevoer dat die redes onderliggend aan die KH se uitspraak (soos bespreek in 5.3 hier bo) ewe sterk op die *qui facit*-leerstuk toegepas kan word.

⁹ Sien bv. *Dewnath v S* 17-04-2014 saaknr. 269/13 (HHA) waar 'n moord deur 'n sluipmoordenaar uitgevoer is, maar deur die oorledene se familie gereël is. Lg. is aan moord skuldig bevind alhoewel hulle nie fisies teenwoordig was of enige fisiese betrokkenheid by die pleeg van die moord gehad het nie (sien *Dewnath* parr. 1–6).

¹⁰ Hierdie beginsels geniet ook grondwetlike verskansing ingevolge art. 35(3)(l) van die Grondwet wat lui: “[e]lke beskuldigde persoon het die reg op 'n billike verhoor ... inbegrepe is die reg om nie skuldig bevind te word weens 'n handeling of versuim wat ten tyde van die handeling of versuim ingevolge óf die nasionale reg óf die volkereg nie oortreding was nie”. Hierdie reg verseker onregverdige gevolge en poog om landsburgers vooraf waarskuwing te bied oor watter gedrag strafbaar is al dan nie om sodoende ingeligte besluite in hul daaglikse handeling te neem. Sien *Savoi v National Director of Public Prosecutions* 2014 5 SA 317 (KH) parr. 73–6; *National Director of Public Prosecutions v Basson* 2002 1 SA 419 (HHA) par. 1; *National Director of Public Prosecutions v Carolus* 2000 1 SA 1127 (HHA) par. 36.

¹¹ *Jacobs* was dalk nie die beste gesag wat die KH kon opgewerp het nie. In daardie saak het die regters van die KH hul eie gesag weerspreek en kon hulle nie 'n meerderheidsbeslissing bereik nie, weens die feit dat daar slegs tien regters gesit het in plaas van die gewone elf. Dit

het ook ander kollaterale punte van kritiek teen die KH veroorsaak, soos die feit dat vier van die tien regters wat oor die saak beslis het, waarnemende regters was. En verder, ook die feit dat hoofregter Mogoeng Mogoeng afwesig was vir 'n aansienlike aantal van die sake voor die hof (ongeveer 50%). Sien Guthrie (2019); De Vos (2019).

¹² Volgens subart. 25(3)(d): “In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: (i) Be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or (ii) Be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime.”

¹³ Die kommissie is toegelaat as die eerste *amicus curiae*. Hul eerste argument is reeds deur die hof aangespreek en verwerp, nl. dat die Appèlhof en HHA reeds die kwessie opgelos het (in *Mkwanazi en K*).

¹⁴ Die sentrum se ander getuienis is nl. dat die sielkundige ervaring van slagoffers van seksuele geweld nie toegelaat is nie (par. 44).

¹⁵ Die sentrum het aangevoer dat dit reeds 'n vereiste is ingevolge sowel art. 54 van die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe as art. 110 van die Kinderwet 38 van 2005.

¹⁶ Sien Kemp (2018:359–60) waar die outeur 'n oorsig van die misdaad van verkragting verskaf. Verkragting (oftewel *raptus*) was aanvanklik onder die Romeinse Reg as 'n skending van die patriarg se bewaringsreg oor 'n vrou geag. Hierdie aanvanklike manifestasie van die misdaad was dus 'n skending van die manlike “bewaarder” se reg en nie 'n vrou se liggaamlike integriteit nie.

¹⁷ Victor AR lê klem op twee artikels van CEDAW, naamlik artt. 2(e) en 5(a). Art. 2(e) lui: “States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake [t]o take all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise.” Hierdie bepaling is al beskryf as die “obligation of due diligence” en dat hierdie verpligting CEDAW “as geheel onderlê” (Verenigde Nasies se Komitee oor die Uitwissing van Alle Vorme van Diskriminasie Teen Vroue, Algemene aanbeveling Nr. 35 oor geslagsgeweld teen vroue, die opdatering van algemene aanbeveling Nr. 19 (1992) par. 24(b)). Verder lui art. 5(a): “States Parties shall take all appropriate measures [t]o modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women.” Sien *Tshabalala* parr. 93–4.

¹⁸ Art. 4(2)(a) van die Maputo-protokol eggo grotendeels art. 2(e) van CEDAW (asook art. 12(1)(c) van die Grondwet): “States Parties shall take appropriate and effective measures to enact and enforce laws to prohibit all forms of violence against women including unwanted or forced sex whether the violence takes place in private or public.”

¹⁹ Ingevolge art. 173 van die Grondwet het die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hooggeregshof van Suid-Afrika elk die inherente bevoegdheid om, met

inagneming van die belang van geregtigheid, hul eie proses te beskerm en te reël en die gemene reg te ontwikkel.

²⁰ Sien die Aanhef tot die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe waar dit gestel word dat “verskeie internasionale regsinstrumente, met inbegrip van die Verenigde Nasies Konvensie oor die Uitskakeling van alle Vorme van Diskriminasie teen Vroue, 1979, en die Verenigde Nasies Konvensie oor die Regte van die Kind, 1989, verpligtinge op die Republiek plaas om geweld teenoor vroue en kinders te bestry en, uiteindelik, uit te roei”.

²¹ Die verjaring van misdrywe word tans deur art. 18(f) van die Strafproseswet 51 van 1977 (Strafproseswet) gereguleer. Die wetgewer beoog om hierdie artikel deur die bewoording ingevolge art. 18(1)(f) van die Prescription in Civil and Criminal Matters (Sexual Offences) Amendment Bill B22B-2019 (Wetsontwerp) te vervang. Art. 18(1)(f) lui as volg: “The right to institute a prosecution for any offence, other than any sexual offence in terms of the common law or statute shall, unless some other period is expressly provided for by law, lapse after the expiration of a period of 20 years from the time when the offence was committed”. Tans verwys artikel 18(f) van die Strafproseswet slegs na verkragting en gedwonge verkragting ingevolge artt. 3 en 4 van die Wysigingswet op Seksuele Misdrywe. Die voorgestelde wysiging volg na aanleiding van die uitspraak in *NL v Estate Late Frankel* 2018 2 SACR 283 (KH). Hier beslis die hof eenparig dat daar geen rasonale basis vir die onderskeid tussen verskillende verjaringstydperke vir sekere seksuele misdrywe bestaan nie. Art. 18(f) is gevolglik ongrondwetlik verklaar en die KH (par. 89) het die wetgewer 24 maande gegee om die gebrek aan te spreek sodat sekere woorde in die bepaling, nl. “and all other sexual offences whether in terms of common law or statute”, tot en met die gebrek geremedieer word.