

JMT Labuschagne

'n Analise van onlangse interpretasies van die nuwe uitgebreide penetrasiebegrif by verkragting in die Duitse reg*

Opsomming

In dié artikel word die oorsprong en ontwikkeling van die penetrasiebegrif by verkragting aanvanklik vanuit 'n regshistoriese en -antropologiese perspektief verduidelik. Daarna word die huidige bewoording van artikel 177 *StGB* in Duitsland ontleed en word die onlangse interpretasie daarvan deur die howe en skrywers uiteengesit. Die misdaad verkragting het in die hedendaagse Duitse strafreg bloot strafoemetingsregtelike betekenis. Dit vorm naamlik 'n strafverswarende onderdeel van die misdaad seksuele aanranding. Die penetrasievereiste by verkragting is uitgebrei om ook soortgelyke penetrasiewe seksuele handeling in te sluit asook ander handeling wat besondere vernedering vir die slagoffer meebring. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie behoort kennis te neem van ontwikkelinge wat in die Duitse reg plaasvind.

An analysis of recent interpretations of the new extended penetration concept in the German law of rape

In this article, the origin and development of the penetration concept in rape is initially explained from a history of law and anthro-legal perspective. Thereafter the current formulation of section 177 *StGB* in Germany is analysed and recent interpretations by the courts and commentators are expounded. In contemporary German law the crime of rape only comes into play in determining a proper punishment. It, in fact, only constitutes an aggravated form of sexual assault. The penetration requirement in rape is extended to also encompass penetrative sexual acts of a similar nature as well as other sexual conduct resulting in comparable humiliation to the victim. The South African Law Commission should take cognizance of recent developments in German law.

* 'n Deel van hierdie navorsing is met die finansiële steun van die Alexander von Humboldt-Stiftung en die Universiteit van Pretoria in 2001 aan die Ludwig Maximilians-Universität in München, Duitsland, onderneem. Die menings hierin uitgespreek, word egter nie noodwendig deur genoemde instellings onderskrif nie.

JMT Labuschagne, Professor en Hoof, Departement Regspluralisme, Universiteit van Pretoria.

1. Inleiding

Sedert 1 April 1998 is in Duitsland met verkragting as afsonderlike misdaad weggedoen. Die nuwe artikel 177 van hulle Strafwetboek (*Strafgesetzbuch; StGB*) skep die misdaad seksuele aanranding (*die sexuelle Nötigung*). Volgens artikel 177(1)*StGB*¹ word strafbaar gestel met vryheidstraf van nie minder as een jaar nie, diegene wat 'n ander persoon met geweld of met bedreiging van 'n teenswoordige gevaar vir lewe of liggaam of deur die uitbuiting van 'n toestand as gevolg waarvan die slagoffer sonder beskerming aan die dader uitgelewer is, dwing om seksuele handeling van die dader of 'n derde met hom/haar te duld of ten opsigte van die dader of 'n derde te verrig.² Artikel 177(2)*StGB*³ bepaal vervolgens dat in besonder ernstige omstandighede 'n vryheidstraf van nie minder as twee jaar opgelê word nie. Sodanige omstandighede bestaan in die reël indien die dader met die slagoffer geslagsomgang het of soortgelyke (vergelykbare) seksuele handeling met die slagoffer pleeg of teenoor hom deur laasgenoemde laat verrig, wat van 'n besondere vernederende aard is, veral indien dit gepaardgaan met die indringing in die liggaam, dit wil sê in die geval van verkragting, of indien die daad deur meerdere persone gesamentlik gepleeg word.⁴ In artikels 177(3)*StGB*⁵ en 177(4)*StGB*⁶ word verdere strafverswarende omstandighede of faktore uiteengesit.⁷ Dit word vir onderhawige doeleindes daargelaat.

- 1 “(1)Wer eine andere Person 1. mit Gewalt, 2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder 3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötig, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft”
- 2 Sien ook Schönke ea 2001:1435; Dreher ea 2001:1042.
- 3 “(2)In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen läßt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder 2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird”
- 4 Sien ook Schönke ea 2001:1435-1436; Dreher ea 2001:1042; Laubenthal 2001: paragrafe 18-28; Schroeder 1999: 828.
- 5 “(3)Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter 1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, 2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder 3. das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt”
- 6 “(4)Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter 1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder 2. das Opfer a) bei der Tat körperlich schwer mißhandelt oder b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt”
- 7 Vergelyk ook artikel 177(5)*StGB*: “In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 3 und 4 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen”

Deur die herformulering van artikel 177 *StGB* en die skep van die misdaad seksuele aanranding het die Duitse wetgewer weggedoen met verkragting as misdaad *eo nomine*. Hierdeur het die tradisionele verkragtingsmisdad misdaadsistematies 'n onderafdeling van seksuele aanranding geword en is in effek tot die terrein van straftoemeting oorgeplaas.⁸ Die Suid-Afrikaanse Regskommissie⁹ (hierna: Regskommissie) beveel ook vir Suid-Afrika 'n uitgebreide penetrasiebegrip aan, maar, anders as in die Duitse reg, met behoud van verkragting as afsonderlike misdaad. In die onderhawige bydrae word eerstens onlangse interpretasies deur die howe en skrywers ten aansien van die uitgebreide penetrasiebegrip by verkragting, as onderafdeling van seksuele aanranding verduidelik en geëvalueer. Daarna word die huidige Duitse reg teenoor die Regskommissie se aanbeveling vir Suid-Afrika opgeweeg en aan 'n kritiese evaluasie onderwerp. Sodanige evaluasie sou egter slegs sinvol teen 'n regshistoriese en regsantropologiese agtergrond gedoen kon word.

2. Regsantropologiese en regshistoriese agtergrond

Die evolusie van die inhoud van die verkragtingsmisdad hou intiem verband met die veranderende status van die vrou in die sosio-juridiese waardestrukture van die mens. Genoemde veranderende status van die vrou vertoon universele dimensies. Dit vorm inderdaad deel van die (universele) regsantropologiese evolusieprosesse.¹⁰ Die vrou het aanvanklik 'n geheel en al ondergeskikte status teenoor die man beklee.¹¹ Skrywer het by 'n vorige geleentheid¹² gepoog om 'n teoretiese verklaring vir dié toedrag van sake te gee.¹³ Die inligting, analise en argumente daarin opgeneem, word nie hier weer herhaal nie. Die ondergeskikte status van die vrou het in die eerste instansie verband gehou met haar seksuele funksionering, in besonder met haar voortplantingsvermoë. Die vrou se voortplantings- of baarvermoë het aanvanklik aan 'n man of groep, gewoonlik¹⁴ deur mans beheer, behoort.¹⁵ Verkragting was gedurende dié fase 'n vergryp teen die man of groep aan wie haar baarvermoë behoort het en die vraag of sy toegestem het of nie, was nie van deurslaggewende betekenis nie.¹⁶ Die vroegste huweliksform was klaarblyklik die roofhuwelik, dit wil sê vroue is van naburige stamme geroof.¹⁷ Hierdie waarneming word in 'n simboliese sin bevestig deur die bestaan van die *ukuthwala*-gebruik in die inheemse reg¹⁸

8 Sien hieroor Labuschagne 1981:18-42; Labuschagne 1988:83-91.

9 Suid-Afrikaanse Regskommissie 1999:268.

10 Labuschagne 1996:40-45; Labuschagne 1996a:226-227.

11 Sacksofsky 1991:102-157; Bekker 1977:11-111; Labuschagne en Van den Heever 1997:95-96; Henderson 1992:144-148. Labuschagne 1996:40-45; Labuschagne 1996a:226-227.

12 Labuschagne 1994:165-167.

13 Sien ook Labuschagne en De Villiers 1998:283.

14 Vergelyk Oomen 2000:274; Van Heerden 1991:636.

15 Dripps 1992:1781-1785; Fryer 1994:64-69; Labuschagne 1983:1; Labuschagne en Van den Heever 1997:95-96.

16 Henderson 1992:135; Labuschagne 1994a:93-94.

17 Labuschagne 1991:541; Labuschagne 1999:358.

18 Labuschagne en Schoeman 1988:33.

asook deur die feit dat aanvanklik nóg in die Romeins-Europese reg¹⁹ nóg in die Engelse "common law"²⁰ duidelik tussen ontvoering en verkragting onderskei is.²¹ Sonder hierdie agtergrond sou die ontstaan en sosio-emosionele oorleweringstamina van die penetrasiebegrip by verkragting nie na behore begryp kon word nie.

In die Romeinse reg was verkragting (*per vim stuprum*) 'n seksneutrale misdaad,²² dit wil sê beide 'n vrou of 'n man kon 'n slagoffer wees.²³ As gevolg van die invloed van die Germaanse reg en later die Christelike godsdiens het verkragting in die Romeins-Europese fase van die ontwikkeling van ons gemeneereg sy seksneutrale karakter verloor. Verkragting is naamlik omskryf as die gewelddadige geslagsomgang van 'n man met 'n vrou.²⁴ Geslagsomgang is blykens die Duitser Boehmer voltooi bloot by die koppeling van die geslagsdele van die dader en die slagoffer (*stuprum sola concussione pudendorum per membrum virili perfici*).²⁵ Gewelddadige (en wilstrydige) seksuele handeling binne homoseksuele konteks is afsonderlik gestraf.²⁶

3. Die penetrasievereiste by verkragting in die Duitse reg voor 1 April 1998

In 'n beslissing van 26 September 1929²⁷ het die *Reichsgericht (RG)*, in soverre dit bloedskanie betref, beslis dat geslagsomgang (*der Beischlaf*) plaasvind indien die man se penis die vrou se vagina of skede (*die Scheide*) binnegedring het, ongeag die graad daarvan. Die blote aanraak van die manlike en vroulike geslagsdele is nie voldoende nie en ook nie die neerdruk- of werp (*die Einwirkung*) van die man se penis op dié van die vrou se geslagsdele nie. Die opvolger van die destydse *RG*, naamlik die *Bundesgerichtshof (BGH)*, het in 'n beslissing van 13 Maart 1959²⁸ beslis dat geslagsomgang voltooi is op die tydstip wanneer die manlike penis die ingang van die vroulike skede binnegedring ongeag die graad daarvan, dit wil sê: die ruimte agter die skede wat die maagdevlies afsluit (*die abschließende Jungfrauheit*) moet binnegedring word. Die indringing van die penis in die *vulva* of skaamspleet (*der Scheidenvorhof*) is nie voldoende nie. In geval van 'n maagd is dit voldoende indien die maagdevlies na binne 'n duik maak (*diese Haut durch das Glied nach innen eingewölbt wird*). In

19 Van Oosten en Labuschagne 1978:38.

20 Schulhofer 1992:59.

21 Vir verdere inligting en argumente sien Labuschagne 1992:77; Labuschagne 1999:358-359.

22 D 48 5 30 9; D 48 6 3 4.

23 Labuschagne 1996b:321.

24 Labuschagne 1991a:149-150.

25 Boehmer 1770:119 6. Die Nederlandse skrywer Van der Keessel 1972-verwerking: 48 5 20 huldig dieselfde standpunt.

26 Sien hieroor Labuschagne 1986:167.

27 JW 30, 916.

28 NJW 1959, 1091.

'n beslissing van 26 Julie 1961²⁹ het die *BGH* egter van dié beslissing verskil en die reël gestel dat dit, vir doeleindes van inses (bloedskande), voldoende is indien 'n vereniging van die geslagsdele plaasgevind het, ongeag die graad waarmee die manlike penis die vroulike geslagsorgaan binnegedring het. Wat insiggewend van dié beslissing is, is dat die *BGH* die moontlikheid van beswangering as uitgangspunt neem. Dit moet voortdurend in gedagte gehou word dat dit hier om 'n aanklag van bloedskande gehandel het. Die *BGH* wys spesifiek daarop dat volgens hedendaagse medies-wetenskaplike kennis beswangering kan volg indien saadstorting plaasvind terwyl die man se geslagsorgaan bloot die *vulva* (*der Scheidenvorhof*) binnegedring het.³⁰ In 'n beslissing van 3 Oktober 1973³¹ pas die *BGH* uitdruklik dié uitleg van die begrip *Beischlaf* ook op verkragting toe en bevestig dat penetrasie van sodanige omvang by saadstorting reeds tot voortplanting aanleiding kan gee.³² Die gelykstelling van die geslagsomgang (penetrasie-)vereiste by bloedskande en verkragting kan nie sonder meer onderskryf word nie, aangesien die beskermde regsgoed nie dieselfde is nie, soos uit die verdere bespreking duidelik behoort te blyk. Daar kan egter in hierdie stadium daarop gewys word dat Jescheck, Rub en Willms³³ tereg aantoon dat bloedskande tot geslagsomgang beperk is. Ander handelinge van 'n seksuele aard, soos orale en anale omgang, is nie voldoende nie.

Die *BGH* het in 'n beslissing van 14 Augustus 1990³⁴ te kenne gegee dat indien saadstorting by onbeskermde geslagsomgang in die skede van die slagoffer plaasvind, dit by verkragting as verswarende faktor³⁵ by bepaling van die straf kan dien. Die *BGH* wys vervolgens ook daarop dat dit tot die vrou se reg op vrye selfbestemming hoort of sy beswanger wil word of nie.

4. Die penetrasievereiste na 1 April 1998 in Duitsland

Ter aanvang van 'n analise van die interpretasie(s) van die nuwe uitgebreide penetrasiebegrip is dit belangrik om daarop te wys dat die *BGH*³⁶ beslis het

29 BGHSt 16, 175.

30 Op 177: "Kommt es bei einem Geschlechtsverkehr, bei dem der Mann seinen Geschlechtsteil nur in den Scheidenvorhof einführt, zum Samenergub, so ist nach gesicherter Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft eine Empfängnis möglich. Vom Zweck der Strafdrohung her gesehen, besteht demnach kein Anlaß, das Merkmal des Beischlafs einschränkend auszulegen und es erst als verwirklicht anzusehen, wenn das männliche Glied bei der geschlechtlichen Vereinigung in die eigentliche Scheide gelangt. Es muß vielmehr, wie schon das Reichsgericht zum Ausdruck gebracht hat, ausreichen, daß ein, wenn auch nur unvollständiges, Eindringen des männlichen Gliedes in das weibliche Geschlechtsorgan seinen Anfang nimmt"

31 MDR 1973, 17.

32 Sien ook Dreher ea 2001:1054; Schönke ea 2001:1407.

33 Ad 173 par 11.

34 MDR 1990, 1127 op 1128.

35 177StGB gelees met artikel 46(3)StGB.

36 Urt v 25/10/2000, StV 2001, 450.

dat die begrip “geslagsomgang” (*der Beischlaf*) in die nuwe omskrywing van geslagsmisdade³⁷ gebruik, geïnterpreteer moet word soos voor 1 April 1998.

In artikel 177(2)*StGB* word indringing in die liggaam van ’n ander, wat tans verkragting (*die Verwältigung*) genoem word, as ’n verswarende vorm van seksuele aanranding onder straf gestel. Volgens Schönke en andere³⁸ was hierdie uitbreiding van die penetrasiebegrip by verkragting strafpolities noodsaaklik. Dit gee egter by regstoepassing aanleiding tot groot onsekerhede.³⁹ Sou geslagsomgang, die betekenis waarvan hierbo verduidelik is, plaasvind, tree die strafverswarende voorskrif in artikel 177(2)*StGB* in werking. In geval van ander vorme van penetrasie moet aan die hand van die omstandighede van die betrokke geval vasgestel word of die slagoffer besonder daardeur verneder is.⁴⁰ Renzikowski⁴¹ is van mening dat ’n gedwonge tongsoen nie ’n liggaamlike indringing vir doeleindes van verkragting daarstel nie, aangesien dit nie ’n besondere vernedering meebring nie.⁴² Volgens Schönke en andere⁴³ sou die indringing van die manlike penis in die anus of mond van die slagoffer as sodanig as besonder vernederend aangemerkt moes word. Volgens dié skrywers is die indruk van ander liggaamsdele van die dader of voorwerpe in die liggaam van die slagoffer of die indruk van liggaamsdele van die slagoffer of voorwerpe in die liggaam van die dader daarenteen, afhange van die aard en intensiteit van die persoonlike skending of benadeling (*die Beeinträchtigung*), sonder besondere vernedering van die slagoffer denkbaar. In ’n beslissing van die *BGH* van 18 November 1999⁴⁴ het die beskuldigde gewelddadig aan die bedekte geslagsdele van ’n twaalfjarige meisie gevat en sy vinger in haar skede gedruk as gevolg waarvan groot pyn veroorsaak is. Die *Landgericht (LG)* te Stralsund het die beskuldigde onder andere skuldig bevind aan aanranding (*Körperverletzung*) en seksuele aanranding in daadeenheid met ander misdade en tot ’n gesamentlike straf van twee jaar en drie maande gevangenisstraf veroordeel. Die *BGH* wys op hoër beroep daarop dat die feit dat die beskuldigde sy vinger met die swembroek in die slagoffer se skede gedruk het, nie beteken dat indringing in die liggaam van die slagoffer nie plaasgevind het nie. Sonder om in regstegniese argumente rondom spesifieke artikels⁴⁵ in die *StGB* te verval, is dit vir onderhawige doeleindes van wesenlike belang dat die *BGH* daarop wys dat sodanige handeling op verkragting in terme van artikel 177(2)*StGB* kan neerkom, sou dit met besondere vernedering van die slagoffer gepaardgaan. In die onderhawige

37 In die betrokke geval was artikel 176a(1)(1)*StGB* van toepassing.

38 2001:1444.

39 Sien ook Dreher ea 2001:1055.

40 Dreher ea 2001:1054-1055. Vergelyk ook *BGH*, *Beschl v 5/1/1999*, *NStZ-RR* 1999, 325.

41 2000:368. Sien ook *BGH*, *Urt v 18/11/1999*, *NJW* 2000, 672.

42 Sien ook die beslissing van 21 April 1998 (*NJ* 1998, 781) van die Hoge Raad in Nederland en vir ’n bespreking van dié problematiek Labuschagne 1999a:738.

43 2001:1444. Sien ook *BGH*, *Beschl v 19/9/2000*, *NStZ* 2001, 29 en Hörnle 2001: 454; *BGH*, *Urt v 16/6/1999*, *NJW* 1999, 2977; Bauer 2000:196.

44 *NJW* 2000, 672.

45 In besonder art 176*StGB* rakende seksuele misbruik van kinders en art 177*StGB* rakende seksuele aanranding.

geval kan, volgens die *BGH*, nie gesê word dat die indringing in die liggaam besondere vernedering vir die slagoffer meegebring het nie. Die *BGH* wys in dié verband daarop dat die jeugdige ouderdom van die slagoffer, die feit dat die misdad by 'n openbare swemterrein plaasgevind het en die groot pyn wat dit veroorsaak het, kan dui op die vernederende aard van die seksuele handeling. Daarteenoor dui die kortstondigheid, naamlik enkele sekondes, van die penetrasiewe handeling en die feit dat die beskuldigde sy vinger 'n kort entjie, dit wil sê nie diep nie, in die met die swembroek bedekte skede van die slagoffer opgedruk het daarop dat die beskuldigde se handeling te véer verwyder is van die wetgewer se doel om handelinge (penetrasies) soortgelyk aan geslagsomgang as verkragting, en daarmee as verswarende vorm van seksuele aanranding, te bestraf.⁴⁶ Die *BGH* verwys met goedkeuring na 'n beslissing van die *LG* te Augsburg op 29 Julie 1998.⁴⁷ In dié saak het die beskuldigde sy vinger volledig in die skede van die slagoffer gedruk. Die *LG*⁴⁸ beslis dat dié optrede van beskuldigde soortgelyk aan geslagsomgang (*eine Beischlafähnliche Handlung*), wat besondere vernedering meebring, is en gevolglik binne die trefkrag van artikel 177(2) *StGB* val.⁴⁹ In 'n beslissing op 24 Maart 1999⁵⁰ het die *BGH* beslis dat die indruk van 'n vinger in die anus van die slagoffer, klaarblyklik as sodanig, verkragting vir doeleindes van artikel 177(2) *StGB* daarstel.⁵¹ In 'n beslissing⁵² wat op dieselfde dag gelewer is, het die *BGH* ook beslis dat die verkragtingshandeling voltooi is by die seksgerigte gewelddadige manipulasie aan en in die skede van die slagoffer,⁵³ as gevolg waarvan sy tot op die hede by tye pyn ondervind. Ander handelinge van 'n seksuele aard wat nie met liggaamsindringing gepaardgaan nie, val nie as sodanig buite die trefkrag van artikel 177(2)(1) *StGB* nie. Skrywers⁵⁴ oor die Duitse strafreg wys egter daarop dat 'n sodanige ander handeling, om binne die trefkrag van artikel 177(2)(1) *StGB* te val, van so 'n ernstige aard moet wees dat mens dit as 'n vergelykbare vernedering vir die slagoffer sou kon beskou.

Die nuwe ontwikkelinge in die Duitse strafreg kan, vir onderhawige doeleindes relevant, soos volg saamgevat word:

- (i) Verkragting, as afsonderlike substantiewe misdad, is afgeskaf. 'n Nuwe misdad, naamlik seksuele aanranding is geskep, waaronder die tradisionele verkragtingsmisdad as 'n strafverswarende vorm tuisgebring word.
- (ii) Die penetrasievereiste wat die tradisionele verkragtingsmisdad gekenmerk het, is egter behou maar uitgebrei na ander vorme van liggaamspenetrasie wat ernstige (swaarwegende) vernedering vir die slagoffer meebring. Ook

46 NJW 2000, 672-673.

47 NSTZ 1999, 307.

48 308.

49 Sien ook Renzikowski 1999:381; BGH, Beschl v 20/3/2001, StV 2001, 451.

50 NSTZ-RR 1999, 325 (nr 24).

51 Sien ook Schönke ea 2001:1444.

52 NSTZ-RR 1999, 325 (nr 25).

53 *Die sexualbezogene gewaltsame Manipulation an und in die Scheide des Opfers*.

54 Renzikowski 1999:381 en 2000:368; Schönke ea 2001:1444; Dreher ea 2001: 1055-1056.

ander tipes seksuele handeling wat sodanige ernstige vernedering vir die slagoffer meebring word straffoematingsregtelik met verkragting gelyk gestel.⁵⁵

(iii) Die effek van dié uitgebreide penetrasiebegrip is dat verkragting, soos in die Romeinse reg, tot 'n seksneutrale misdaad omskep is.⁵⁶

5. Analise en relevansie vir Suid-Afrika

Die geneigdheid van die mens om, veral ten aansien van seksuele moraliteit, met kort treetjies vorentoe te beweeg, blyk duidelik uit die feit dat wêreldwyd besef word dat die tradisionele benadering tot die omskrywing van geslagsmisdade, in besonder verkragting, nie in 'n regstaat stand kan hou nie, maar dat 'n groot verskeidenheid regstelsels (aanvanklik) weier om geheel en al finaal van oeroue tradisies en waardes af te sien. Dit word pragtig deur die prinsipiële behoud, hoewel uitgebrei, van die penetrasiebegrip by verkragting geïllustreer. Die grondliggende strafpolitiese en materieel-strafregtelike besware wat teen die penetrasiebegrip opgewerp word, word nie werklik aangespreek nie, maar dit word deur die uitgebreide penetrasiebegrip bloot vermenigvuldig. Dit is insiggewend om daarop te let dat die Internasionale Strafhof wat vir die voormalige Joego-Slawië ingestel is in die saak van *Furundzija*,⁵⁷ na 'n ondersoek van hedendaagse nasionale en internasionale omskrywings en tendense in dié verband, die volgende eienskappe van verkragting identifiseer:

(i) the sexual penetration, however slight... (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator, or... (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator... (ii) by coercion or force or threat of force against the victim or third person⁵⁸

Die Regskommissie beveel ook vir Suid-Afrika 'n uitgebreide penetrasiebegrip by geslagsmisdade aan. Die begrip "sexual penetration"⁵⁹ word omskryf as "penetration to any extent whatsoever" —

(a) by the penis of one person - (i) into the anus, ear, mouth, nose or vagina⁶⁰ of another person, or (ii) into the body of an animal, (b) by any object or part of the body of one person- (i) into the anus or vagina of another person, or (ii) into any body orifice of another person in a manner which simulates sexual intercourse, or (c) by any part of the body of an animal- (i) into the anus or vagina of a person, or (ii) into any body orifice of a person in a manner which simulates sexual intercourse.

55 Sien ook Schroeder 1999:828-830.

56 Sien ook artikel 242 van die Nederlandse Strafkode; artikel 375 van die Belgiese Strafkode; artikel 192(1) van die Noorweegse Strafkode; artikel 246(1) van die Kanadese Strafkode; Labuschagne 1991a:150-153.

57 Des 10, 1998, par 185 soos opgesom deur Murphy 1999:89.

58 Sien ook Askin 1999:102-103.

59 Art 1(vii) van die voorgestelde wetgewing op 268-269 van die verslag.

60 In artikel 1(viii) word *vagina* omskryf as "the whole of the female sexual organ and includes a surgically constructed vagina".

Ek glo nie, in die lig van wat hieronder verduidelik word, dit is nodig om dié omskrywing verder te ontleed nie. Dit is nie slegs verspot nie, maar stel ook 'n belediging en verdere vernedering van en traumatisering vir die slagoffers van veral gewelddadige seksmisdade daar. Dit kan hier terloops vermeld word dat dié omskrywing ook deur die Regskommissie op die misdaad bloedskaande,⁶¹ wat ten doel het om 'n totaal ander regsgoed⁶² te beskerm, van toepassing gemaak word.⁶³ Die penetrasiebegrip by verkragting, waaroor die onderhawige bespreking in hoofsaak handel, is niks anders as 'n anachronistiese oorblyfsel van dié fase toe 'n vrou se baarvermoë, haar geslagsintegriteit derhalwe, aan 'n ander behoort het nie.⁶⁴ Die penetrasievereiste, van watter aard en omvang ookal, lewer geen bydrae tot 'n rasionele misdaadelementologie en sinvolle strafregspolities nie.⁶⁵ Die penetrasievereiste het ook die effek dat die slagoffer in die regsproses in detail ondervra (moet) word oor wat nou presies gepenetreer is. In geval van die uitgebreide penetrasiebegrip word dié problematiek bloot gekontinueer en vermenigvuldig. Wanneer, byvoorbeeld, word 'n slagoffer se mond gepenetreer? Is penetrasie van die lippe voldoende of moet die mondruimte agter die lippe gepenetreer word? Die effek van die penetrasievereiste is dat by die slagoffer die verkrachtigingsvernedering gedurende kruisondervraging weer in detail opgeroep word.⁶⁶ Dit verteenwoordig 'n belangrike rede waarom verkrachtigings en ander vorme van seksuele aanranding dikwels nie aangemeld word nie.⁶⁷

Indien die Suid-Afrikaanse Regskommissie moeite gedoen het en ook na die regsposisie in kontinentale regstelsels, waaroor daar baie stof in Suid-Afrika beskikbaar is, gekyk het, sou hulle met 'n veel beter produk na vore kon getree het. Ek hoop nie dit is aanduidend van 'n algemene proses van verarming van ons regstelsel en -lewe nie. Die verskeidenheid beliggaam in die samestelling van die Suid-Afrikaanse staatsgemeenskap moet tot voordeel van die land en sy mense aangewend word. Dit sou egter 'n groter mate van beskeidenheid veronderstel by diegene wat vir regshervorming verantwoordelik is.

6. Konklusie

Onlangse wysiginge aan artikel 177*StGB* het die tradisionele misdaad verkragting as sodanig in Duitsland deurgehaal en, soos dit hoort, gedegradeer tot 'n strafverswarende vorm van seksuele aanranding. Ander vorme van seksuele liggaamspenetrasië, asook ander vorme van seksuele aanranding, wat dieselfde mate van vernedering vir die slagoffer meebring, word vir doeleindes van straftoemeting op een lyn daarmee geplaas. Daardeur is die deur vir die howe oopgemaak om vernederende ondervraging rakende die

61 Sien artikel 6 van die vasgestelde wetgewing (op 270 van die verslag).

62 Sien Labuschagne 1990:415 en 1999b:59.

63 Vergelyk Jescheck ea 1988:ad 173 par 11.

64 Sien ook Warner 1980:1-2; Oberman 2001:800; Harper 2001:899-904.

65 Labuschagne 1991a:154.

66 McCord 1990:par 3-130.

67 Marsh ea 1982:1; Sahjpaal en Renner 1988:511.

penetrasievereiste te voorkom of te temper. Soos elders⁶⁸ verduidelik en beredeneer is, bestaan in 'n liberale regstaat behoefte aan die beskerming van die psigoseksuele outonomie van regssubjekte.⁶⁹ Deur die nuwe artikel 177 *StGB* het die Duitse reg 'n groot sprong in die verwesenliking daarvan gegee. Die ontwikkelingsproses in dié verband is egter beslis nog nie afgeloop nie.

68 Labuschagne 2000:360; 2000a:55; 1999c:603; 1997:461.

69 Sien ook Laubenthal 2000:par 14-16; Amelung 1999:182; Dessecker 1998:1.

Bibliografie

- AMELUNG K
1999. Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* :182.
- ASKIN KD
1999. Sexual violence in decisions and indictments of the Yugoslav and Rwandan tribunals: Current status. *American Journal of International Law* 93:97.
- BAUER W
2000. Begriff des *Eindringens* bei sexuellem Mibbrauch. *StraFo*:196.
- BEKKER PM
1977. *Die aksie weens seduksie*. Ongepubliseerde LLD-proefskrif. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.
- BOEHMER JSF
1770. *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*. Halle.
- DESSECKER A
1998. Veränderungen im Sexualstrafrecht. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 18:1.
- DREHER E, TRÖNDLE H EN FISCHER T
2001. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: CH Beck.
- DRIPPS DA
1992. Beyond rape: An essay on the difference between the presence of force and the absence of consent. *Columbia Law Review* 93:1780.
- FRYER L
1994. Law versus prejudice: Views on rape through the centuries. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging* 7:60.
- HARPER GW
2001. Contextual factors that perpetuate statutory rape: The influence of gender roles, sexual socialization and sociocultural factors. *DePaul Law Review* 50:897.
- HENDERSON L
1992. Rape and responsibility. *Law and Philosophy* 11:126.
- HÖRNLE T
2001. Anmerkung. *Strafverteidiger* 8:454.
- JESCHECK H *et al*
1988. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. Berlyn: Walter de Gruyter.
- LABUSCHAGNE JMT
1981. Nie-konsensuele geslagsmisdade: 'n Misdaadsistematiese herwaarderung. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 44:18.
1983. Regspluralisme, regsakkulturasie en deflorasie in die inheemse reg. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* :1.
1986. Dekriminalisasie van homo- en soöfilie. *Tydskrif vir Regswetenskap* 11:167.
1988. Onsedelike aanranding, gewelddadige geslagsomgang en misdaadsistematiek. *Obiter* 9:83.
1990. Teoretiese verklaring van die bloedskandeverbod. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* :415.
1991. Regsakkulturasie, lobolofunksies en die oorsprong van die huwelik. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 54:541.
- 1991a. Die penetrasievereiste by verkracting heroorweeg. *South African Law Journal* 108:148.
1992. Verkractingsfantasieë en toestemming in die strafreg. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging* 5:72.
1994. Seduksie en geslagsdiskriminasie: Opmerkinge oor die deliktuele beskerming van geslagsintegriteit. *Tydskrif vir Regswetenskap* 19:162.

- 1994a. Verkragting in die inheemse reg: opmerkings oor vroulike ondergeskiktheid in misdaadomskrywing. *Obiter* 15:93-94.
1996. Evolusielyne in die regsantropologie. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Etnologie* 19:40.
- 1996a. Geregtigheidsdinamiek van die vroupiese. *SA Publiekreg/Public Law* 11:225.
- 1996b. Sexual orientation, sexual autonomy and discrimination in definition of crime. *South African Journal of Human Rights* 12:321.
1997. Die opkoms van 'n abstrakte penetrasiebegrip by geslagsmisdade. *South African Law Journal* 114:461.
1999. Dwaling ten aansien van toestemming as verweer by verkragting: 'n strafregtelike en regsantropologiese evaluasie. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging* 12:348.
- 1999a. Tongsoen as verkragting? Opmerkinge oor die eenaardige konsekwensies van die penetrasievereiste by geslagsmisdade in Nederland. *South African Law Journal* 116:738.
- 1999b. Die inestaboe in 'n regstaat: regsantropologiese kantaantekeninge. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Etnologie* 22:59.
- 1999c. Psigoseksuele outonomie en die dinamiese aard van die inhoud van die toestemmingsbegrip by geslagsmisdade. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 62:603.
2000. Die geweldsbegrip en psigoseksuele outonomie by omskrywing van geslagsmisdade. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* : 360.
- 2000a. Seksuele kontak tussen psigoterapeut en pasiënt: Opmerkinge oor die strafregtelike beskerming van psigoseksuele outonomie. *Tydskrif vir Regswetenskap* 25(2):55.
- LABUSCHAGNE JMT EN DE VILLIERS A
1998. Circumcision and female genital mutilation: a human rights and anthropo-legal evaluation. *SA Publiekreg/Public Law* 13:277.
- LABUSCHAGNE JMT EN SCHOEMAN NS
1988. Die inheemse *ukuthwala*-gebruik, wederregtelikeitsbewussyn en strafregtelike aanspreeklikheid weens ontvoering. *Tydskrif vir Regswetenskap* 13:33.
- LABUSCHAGNE JMT EN VAN DEN HEEVER JA
1997. Liability for adultery in South African indigenous law: remarks on the process of psychosexual autonomisation of women. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 30:76.
- LAUBENTHAL K
2000. *Sexualstraftaten: Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*. Berlyn: Springer Verlag.
- MARSH JC, GEIST A EN CAPLAN N
1982. *Rape and the limits of law reform*. Boston: Auburn.
- MCCORD D
1990. *The prosecution and defense of forcible sex crimes*, in Morosco BA (red). *The prosecution and defense of sex crimes*. New York: Matheu Bender.
- MURPHY SD
1999. Progress and jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *American Journal of International Law* 93:57.
- OBERMAN M
2001. Girls in the master's house: Of protection, patriarchy and the potential for using the master's tools to reconfigure statutory rape law. *DePaul Law Review* 50:799.

- OOMEN B
2000. Traditional woman-to-woman marriages, and the Recognition of Customary Marriage Act. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 63:274.
- RENZIKOWSKI J
1999. Das Sexualstrafrecht nach dem 6 Strafrechtsreformgesetz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 19: 377.
2000. Anmerkung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 20:367.
- SACKSOFSKY U
1991. *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*. Ongepubliseerde D Iur-proefskrif: Heidelberg.
- SAHJPAUL S EN RENNER KE
1988. The new sexual assault law. The victim's experience in court. *American Journal of Community Psychology* 16:503.
- SCHÖNKE A *et al*
2001. *Strafgesetzbuch. Kommentar*. München: CH Beck.
- SCHROEDER F
1999. Die Revolution des Sexualstrafrechts. *Juristenzeitung* 17:827.
1992. Taking sexual autonomy seriously: *Rape law and beyond*. *Law and Philosophy* 11:35.
- SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE
1999. *Sexual Offences: The Substantive Law*. Project 107: Discussion Paper. Pretoria: Staatsdrukker.
- VAN DER KEESSEL DG
1972-verwerking deur B Beinart en P van Warmelo. *Praelectiones ad Ius Criminale*. Vol 2. Kaapstad: Juta en Kie.
- VAN HEERDEN FJ
1991. Lobola van een vrou deur 'n ander (vrouehuwelik). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 54:636.
- VAN OOSTEN FFW EN LABUSCHAGNE JMT
1978. Die plagiaresie en raptoriese misdade. *De Jure* 11:32.
- WARNER CG
1980. *Rape and sexual assault*. Londen: Aspin.