

BLOEDSKANDE IN 'n MODERNE SUID-AFRIKA: 'n OORTOLLIGE MISDRYF OF NODIGE REGULERING? 'n REGSVERGELYKENDE ONDERSOEK NA DIE MOONTLIKHEID VAN DEKRIMINALISERING

Delano Cole van der Linde

Universiteit van Stellenbosch

1 Inleiding

Hierdie artikel sal ondersoek of die statutêre misdryf van bloedskande bestaanbaar is met ons moderne, post-konstitusionele norme en samelewing, en of daar ruimte is om dit te dekriminaliseer. Die ondersoek sal plaasvind deur te kyk of daar 'n werklike behoefte is om hierdie gedrag te kriminaliseer, met verwysing na die beskermingswaardige belange wat die misdryf probeer bewaar. Hierdie analise sal geskied teen die agtergrond van 'n regsvergelykende ondersoek van buitelandse jurisdiksies en met Suid-Afrika se eie grondwetlike norme.

2 Die misdryf “bloedskande”

2 1 Uiteensetting van die misdryf bloedskande

Die gemeenregtelike misdryf bloedskande word gekodifiseer, gewysig en uitgebrei in artikel 12 van die Wysigingswet op die Strafbereg (Seksuele Misdrywe en Verwante Aangeleenthede) 32 van 2007 (“die Wet”).¹ Snyman beskryf die elemente van die misdryf, soos uiteengesit in artikel 12, as seksuele penetrasie tussen twee persone wat kragtens nie met mekaar mag trou nie op grond van bloedverwantskap, aanverwantskap of aannemingsverhouding nie, tesame met die nodige wederregtelikheid en opset.²

2 2 Vergelyking met die gemeenregtelike misdryf en problematiek met die statutêre omskrywing.

Hierdie misdryf is ooglopend breër as die gemeenregtelike misdryf, aangesien 'n veelvoud van (seksuele) daede nou as die vereiste seksuele penetrasie kwalifiseer

¹ CR Snyman *Strafbereg* (2012) 405.

² 405.

onder artikel 12, saamgelees met artikel 1 van die Wet. Hierdie penetrasie sluit nie meer net vaginale penetrasie in nie, maar ook (tereg) anale en orale penetrasie. Die penetrasie kan ook geskied met voorwerpe en liggaamsdele anders as geslagsdele. Dit is duidelik uit die voorrede van die Wet dat die wetgewer 'n geslagsneutrale basis vir seksuele misdrywe wou skep, en dat die voorkoming van seksuele uitbuiting van kinders belangrik geag word. Die uitbreiding van die misdadaomskrywing word in daardie opsig verwelkom. Daar moet egter ernstig gevra word wat die bedoeling van die wetgewer was met bloedskanie.

Dit sal onder gesien word dat bloedskanie (oorspronklik) bedoel is om sekere beskermingswaardige belange te beskerm, maar dit wil egter voorkom dat die wetgewer die misdryf slegs in 'n ander vorm van verkragting (verkragting of seksuele misbruik deur familieledede) verander het. Selfs erger: dat blote konsensuele seks bestraf word.

'n Probleem wat reeds onder die gemenerereg bestaan het, is waar dit moontlik was vir 'n persoon om tydens 'n huwelik skuldig bevind te word aan die misdryf, selfs waar hy met sy eggenoot se broer of suster die nodige seksuele gedrag uitvoer, volgens ons howe.³ Die rede hiervoor is moontlik dat die huwelik, histories, 'n egpaar "een vlees" maak en dus word aanverwante familieledede getransformeer in bloedverwante familieledede.⁴ Snyman verwys na die feit dat owerspel basies hier gestraf word, terwyl owerspel nie 'n misdryf is nie.⁵ Hier word absoluut geen waarde in gedrang gebring nie, behalwe dalk morele afkeurenswaardigheid, wat heelwat afgewater is, aangesien die howe histories baie lae strawwe vir hierdie verskyningsvorm van bloedskanie opgelê, soos in *R v Paterson*⁶ waar die vonnis beperk was tot gevangenissetting totdat die hof verdaag het.⁷ Labuschagne ondersteun hierdie punt deur te stel dat daar nie "enige vermenging van bloed binne die familie"⁸ plaasgevind het nie.⁹ Dieselfde argument kan aangevoer word ten opsigte van aannemingsverwantskap.

Verder, waar daar slegs seksuele stimulasie met voorwerpe of ander liggaamsdele plaasvind, is geen werklike tradisionele belang in gedrag nie, behalwe

³ Snyman *Strafreg* 407; *R v Paterson* 1907 TS 619.

⁴ Harvard Law Review Association "Inbred Obscurity: Improving Incest Laws In The Shadow Of The 'Sexual Family'" (2006) 119 *HLR* 2464 2475; *In re Bordeaux' Estate*, 225 P.2d 433 & 436 (Wash. 1950) (en banc).

⁵ Snyman *Strafreg* 407.

⁶ 1907 TS 619.

⁷ Snyman *Strafreg* 407 vn 114.

⁸ 407.

⁹ JMT Labuschagne "Dekriminalisasie van Bloedskanie" (1985) 48 *THRHR* 435 447.

die meer moderne verdediging van voorkoming van kindermisbruik. Daar is egter reeds *ander* meganismes wat hierdie tipe gedrag reguleer en bestraf en dit is dus onnodig om dit verder onder bloedskande te kriminaliseer.

3 Onderliggende waardes wat die misdryf poog om te beskerm

Bloedskande is 'n misdryf wat grootliks gegrond is op die beskerming van sekere onderliggende waardes. Hierdie kernwaardes sal nou ondersoek word om die legitimiteit van die misdryf te bepaal en vas te stel tot watter mate dit nog benodig word in ons samelewing. Indien dit bewys kan word dat hierdie waardes nie beskerming verdien nie, is daar moontlik ruimte vir dekriminalisasie.¹⁰ Dit word egter aangevoer dat hierdie onderliggende waardes vervaag en verwater het in een breë konsep van morele afkeuringswaardigheid, en in die geval van die Wet, beskerming teen seksuele misbruik (wat nie die euwel is waarteen hierdie misdaad die samelewing moet beskerm nie). Die omgekeerde is ook moontlik waar – dat hierdie waardes ontstaan het uit die breë begrip van morele afkeuringswaardigheid. Hughes meen dat dit 'n miskonsepsie is om aan te voer dat bloedskande gekriminaliseer word bloot uit morele afkeuringswaardigheid. Hy voer verder aan dat bloedskendige skakelinge ernstige gevolge kan hê en stel dat dit veral bestaan om jonger lede van die familie beskerm teen seksuele misbruik deur gesagsfigure in die ouerhuis.¹¹

3 1 Eugenetika

Burchell voer aan dat eugenetika een van die hoofredes vir die kriminalisering van bloedskande is. Eugenetika, volgens die outeur, is die aanmoediging van seksuele verhoudinge buite die familie om gevolglik hierdie interaksies te verhoed tussen persone met dieselfde genetiese samestelling, met die doel om verskansing van genetiese en fisiese defekte in die familie te verhoed.¹² Die legitimiteit van hierdie standpunt word lankal betwyfel. Daar moet ook verder genoem word dat die reg in geen ander sfeer verhoed dat persone mag voortplant gebaseer op die feit dat die afstammeling genetiese defekte *mag* hê nie.¹³ Hierdie is dus 'n onhoudbare inbraak

¹⁰ Hierdie waardes moet gesien word as pilare: Indien die pilare vernietig word (deur te bewys dit is nie legitieme redes nie) kan dekriminalisasie plaasvind.

¹¹ G Hughes "The Crime of Incest" (1964) 55 *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 322 329-330.

¹² JM Burchell *Principles of Criminal Law* (2005) 772.

¹³ Harvard Law Review Association (2006) *HLR* 2468; Howard League for Penal Reform *Unlawful Sex: Offences, Victims and Offenders in the Criminal Justice System of England and Wales* (1985) 131.

op privaatheid deur die Staat. Hoekom, byvoorbeeld, sou bloedskande gekriminaliseer word, maar geen regulering van persone met definitiewe of inherente genetiese of fisiese gebreke nie?¹⁴ By hierdie persone sou daar 'n baie groter moontlikheid wees dat hul afstammeling een of ander gebrek sou hê. 'n Verdere anomalie is waar die misdryf nie bloedskendige verhoudinge tussen neefs en niggies verhoed nie – intendeel – hierdie kategorie persone word toegelaat om te trou en voort te plant na willekeur.¹⁵ Hierdie kategorie dra 'n baie groter risiko om genetiese defekte oor te dra as byvoorbeeld aangetroude of aangenome familieledes, waarop daar wel 'n verbod geplaas word.

Labuschagne voer aan dat dit moontlik is om ongewensde genetiese eienskappe te versprei in 'n wyer gemeenskap van persone, indien daar aangedring word op 'n verbod op bloedskande.¹⁶ Die verbod het dus moontlik die teenoorgestelde uitwerking as waarvoor daar gehoop word. Eugenetika regverdig ook nie die verbod van aanverwante en aangenome familieledes by die insluiting by die verbod nie en is gevolglik te breed en óók nie breed genoeg nie, deur nie 'n verbod op neefs en niggies te plaas nie.¹⁷

Laastens: dit is moontlik om hierdie misdryf te pleeg deur seksuele penetrasie met liggaamsdele anders as geslagsdele, sowel as voorwerpe. Die verwekking van kinders met genetiese afwykings is gevolglik nie moontlik weens hierdie tipe gedrag nie. Dus kan eugenetika nie as 'n bestaansrede hier aangevoer word nie.

Hier word aangevoer dat eugenetika nie 'n legitieme rede is vir die bestaan van die verbod op bloedskande nie. Souter R, in die Amerikaanse uitspraak van *Tennessee v. Lane*¹⁸ stel dit ideaal: “[T]he quondam science of eugenics [...] sat on the books long after eugenics lapsed into discredit.”¹⁹ Dit word aangevoer dat die verbod op bloedskande ook so 'n geval is.

3.2 Beskerming en bevordering van die familie-eenheid

'n Interessante argument is dat die bloedskandeverbod bestaan om die familie-eenheid te beskerm. Burchell stel dat dit “seksuele jaloesie” verhoed en die

¹⁴ Burchell *Principles* 772.

¹⁵ 772.

¹⁶ Labuschagne (1985) *THRHR* 452.

¹⁷ CS Bratt “Incest Statutes and the Fundamental Right of Marriage: Is Oedipus Free To Marry?” (1984) 18 *FLQ* 257 281.

¹⁸ 541 U.S. 509 (2004).

¹⁹ Harvard Law Review Association (2006) *HLR* 2468.

solidariteit van die familie-eenheid beskerm.²⁰ Hierdie kwessie het al baie aandag in die VSA ontlok. Cahill stel dat bloedskande steeds in Amerika gesien word as 'n ernstige dreigement tot die familie-eenheid; 'n afwyking van die normatief.²¹ In *State v. Kaiser*²² is daar beslis, addisioneel tot eugenetiese redes, dat die misdryf bestaan om harmonie in die gesin te bevorder en die regter meen dat 'n samelewing nie kan funksioneer wanneer familierolle en -generasies in konflik is nie. Verder, in *Benton v. State*,²³ beslis Sears R dat die verbod op bloedskande nie gaan oor die aanstootlikheid wat die daad opwek nie, maar dwing persone om buite hulle gesin seksuele maats te soek, om sodoende noodsaaklike ekonomiese en politiese vennootskappe te vorm. Hierdie maak sodoende 'n groter (en sterker) samelewing moontlik.²⁴ Dit veroorsaak dat die oorspronklike kernfamilie nie in gedrang gebring word nie. Sears R se argument lyk baie eenders aan 'n argument ten gunste vir eugenetika, maar in 'n sosio-ekonomiese konteks.

Hierdie standpunt is erg paternalisties en is weereens 'n indringing op die privaatheid van persone. Die Staat tree as't ware met een voet in mense se slaapkamers. Behalwe in die geval waar jong kinders van 'n oorspronklike huwelik betrokke is (waar grondwetlike waardes ter sprake is),²⁵ moet die Staat bewys watter legitieme belange dit het by die beskerming van die familie-eenheid.

3.3 Voorkoming van seksuele misbruik van minderjariges

'n Rede wat veral in die moderne konteks ter sprake kom, is die beskerming van kinders. Die uitgangspunt is dat 'n verbod op bloedskande verhoed dat volwassenes in 'n huishouding hul gesagsposisie (of minderjarige se afhanklikheid) sal misbruik om minderjariges in die huishouding seksueel uit te buit.²⁶ Dit word wyd aanvaar as 'n legitieme rede vir die bestaan van bloedskande, sowel as 'n legitieme belang vir die Staat om te wil beskerm.²⁷ Hierdie (hoofsaaklik nie-konsensuele) verskyningsvorm van bloedskande is wat meestal in skuldigbevindings in 'n strafhof

²⁰ Burchell *Principles* 773; *Benton v. State*, 461 S.E.2d 202, 205 (Ga. 1995) ondersteun hierdie standpunt.

²¹ C Cahill "Same-Sex Marriage, Slippery Slope Rhetoric, And The Politics Of Disgust: A Critical Perspective On Contemporary Family Discourse And The Incest Taboo" (2005) 99 *NULR* 1543 1547.

²² 663 P.2d 839, 843 (Wash. Ct. App. 1983). Hierna "*Kaiser*".

²³ 461 S.E.2d 202, 205 (Ga. 1995).

²⁴ Cahill (2005) *NULR* 1586.

²⁵ Artikel 28(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 (die "Grondwet") vereis dat 'n kind se beste belang van deurslaggewende belang is, ten opsigte van aangeleenthede wat 'n kind raak. Dit sal dus in sommige gevalle beter wees om die oorspronklike familie-eenheid te beskerm – en sodoende in hierdie gevalle sou die Staat 'n belang hê in hierdie betrokke aangeleentheid.

²⁶ Harvard Law Review Association (2006) *HLR* 2465; Burchell *Principles* 773.

²⁷ J Strader "Lawrence's Criminal Law" (2001) 16 *BJCL* 43 103; Bratt (1984) *FLQ* 293.

(in die VSA,²⁸ Engeland²⁹ en waarskynlik ook Suid-Afrika) ontaard. In die voorrede tot die Wet, word daar egter uitdruklik gestel dat daar veral aandag geskenk is aan seksuele misdrywe teenoor kinders, om die “besondere kwesbaarheid van kinders [...] ten opsigte van seksuele misbruik of uitbuiting aan te pak”. Hier word gevolglik addisionele beskerming (bo en behalwe die gemenerereg) aan minderjariges verleen wat die plek kan neem van ’n verbod op bloedskande en nie net gedrag kriminaliseer bloot oor die familiêre verhouding tussen die partye nie. Belangriker nog, omskryf die Wet gedrag wat kan kwalifiseer as ’n seksuele skending of gedwonge seksuele handeling. Hierdie sluit in, ingevolge artikel 1(3)(b):

“[W]aar daar ’n misbruikmaking van mag of gesag deur A is in die mate dat B daarvan weerhou word om sy of haar onwilligheid of teenstand teen die seksuele handeling, of onwilligheid om aan sodanige seksuele handeling deel te neem, aan te dui.”

Die interpretasie kan gemaklik gemaak word dat die gesag- of magsmisbruik in die bogenoemde artikel kan verwys na die outoriteit van ’n ouer of gesagsfiguur in ’n familiêre konteks. Anders gestel: Die teenwoordigheid van die verhouding van gesag by *nie-konsensuele* seksuele interaksies moet gestraf word, nie die blote feit van verwantskap nie by die interaksies nie. Nel voer aan dat daar moontlik ’n groot volume sake by intra-familiale seksuele verhoudinge eerder geklassifiseer sal word as verkragting, as bloedskande, ingevolge dié omskrywing.³⁰ Die outeur verwys verder na Labuschagne wat aangevoer het dat bloedskande slegs strafbaar moet wees waar magsmisbruik en eksploitasie plaasgevind het. Labuschagne stel dan ’n nuwe misdryf van seksuele eksploitasie voor.³¹ Dit word hier voorgestel dat daar nie noodwendig ’n nuwe misdryf geskep moet word nie, maar dat die bewoording van artikel 1(3)(b) hierdie tipe (nie-konsensuele) seksuele eksploitasie kan reguleer. Die wetgewer het moontlik, sonder om dit te beseef, ’n interne meganisme geskep om bloedskendige seksueel-uitbuitende gedrag te reguleer, sonder dat dit ’n aparte misdaad van bloedskande uit te hoof maak.

²⁸ Harvard Law Review Association (2006) *HLR* 2465; Bratt (1984) *FLQ* 257-258. Bratt verwys na die feit dat uitsprake wat lukraak geselekteer is, 94 uit 96 te doen gehad het met ’n volwasse verweerder en minderjarige slagoffer.

²⁹ Howard League for Penal Reform *Unlawful Sex* 79.

³⁰ M Nel *Incest: A Case Study in Determining the Optimal Use of the Criminal Sanction* LLM-tesis Universiteit van Stellenbos (2003) 95 vn 379. Die outeur maak hierdie stelling met verwysing na die Criminal Law (Sexual Offences and Related Matters) Amendment Bill. Die bepaling in die Wetsontwerp is egter net so oorgedra in die Wet en gevolglik is die bespreking dus steeds relevant.

³¹ Nel *Incest* 95 vn 380; JMT Labuschagne “Strafbaarheid van Seksuele Uitbuiting van ’n Gesagsverhouding” (1993) *DJ* 443-446.

In die lig van die bespreking hier uiteengesit, is dit onnodig om bloedskande te kriminaliseer om minderjariges teen seksuele uitbuiting te beskerm. Die bewoording van die Wet is omvattend genoeg om bloedskendige, nie-konsensuele, seksuele uitbuiting van minderjariges te straf, sonder dat bloedskande opsigself 'n misdryf is. Dit sal ook gevolglik die ernstiger misdryf van verkragting daarstel en diegene beskerm wat deelneem aan konsensuele bloedskendige interaksies.

4 Benaderinge gevolge in buitelandse jurisdiksies

In hierdie afdeling sal daar gefokus word op die benaderings, houdings, tekortkominge en kritiek in twee ontwikkelde regsisteme, naamlik die Verenigde State van Amerika (VSA) en Engeland, ten opsigte van die misdryf bloedskande. Daar is reeds voorheen verwys na hierdie jurisdiksies in die bespreking van die grondliggende waardes, maar hier sal gefokus word op spesifieke kwessies.

4.1 VSA

Elke staat in Amerika het die prerogatief om te besluit of dit bloedskande wil kriminaliseer en tot watter mate. Alhoewel byna elke staat dit kriminaliseer, wissel die inhoud en straf van die verbod grootliks.³² Die verbod op bloedskande oorvleuel grotendeels met die huweliksverbod.³³ Sommige state soos Indiana, Suid-Dakota, Maine, Louisiana, Ohio en Michigan erken selfs 'n geldige huwelik gesluit tussen twee persone in 'n bloedskendige verhouding in een staat, as 'n verweer teen 'n aanklag van bloedskande in 'n ander staat.³⁴

Party Amerikaanse howe volg egter 'n meer funksionele benadering tot die bloedskandeverhoor, eerder as die blote toepassing van die elemente van die misdryf op die feite. Die Colorado Supreme Court in *Israel v. Allen*³⁵ moes beslis oor die grondwetlikheid van die Colorado Uniform Marriage Act (CUMA),³⁶ omdat daar aangevoer is dat CUMA 'n skending van die *Equal Protection Clause* van die Veertiende Amendement van die VSA se Grondwet is, wat die huwelik tussen aangenome sibbe verbied het.³⁷ 'n Tweeledige toets is deur die hof toegepas, wat

³² Harvard Law Review Association (2006) *HLR* 2469.

³³ Nel *Incest* 107.

³⁴ Harvard Law Review Association (2006) *HLR* 2473.

³⁵ 577 P.2d 762, 763 (Colo. 1978).

³⁶ COLO. REV. STAT. §§ 14-2-101 tot 113 (1973); spesifiek § 14-2-110(l)(b).

³⁷ GI Katz "Adoptive Sibling Marriage In Colorado: *Israel v. Allen*" (1979) 51 *CLR* 135 135; Harvard Law Review Association (2006) *HLR* 2478.

gebruik word in *Equal Protection-sake*.³⁸ Die toets behels, eerstens, of daar 'n rasionale basis is vir die gegriefde statutêre klassifikasie. Tweedens, ingevolge die strenger been, moet die Staat bewys dat dit 'n dwingende belang in die statutêre klassifikasie het.³⁹ Die hof pas egter net die eerste been van die toets toe, aangesien dit tot die gevolgtrekking gekom het dat die bepalings in CUMA nie eers aan die minimum rasionaliteitsvereiste voldoen het nie. Dit was gevolglik nie eers nodig om te ondersoek of daar 'n fundamentele reg daardeur geskend is nie.⁴⁰ Katz wys daarop dat die hof die staat se argument (dat die staat 'n rasionale basis of legitieme belang gehad het om die familie-eenheid te beskerm), verwerp het. Die hof het aangevoer dat om aangenome verhoudinge as bloedskendig te klassifiseer, onlogies is, aangesien aanverwante verhoudinge nie as sodanig deur CUMA geklassifiseer word nie.⁴¹ Verder meen die hof dat daar geen genetiese risiko vir toekomstige afstammeling is nie; dus is daar geen rasionale basis nie.⁴² Die hof ignoreer basies die beskerming van die familie-eenheid as 'n legitieme staatsbelang. Hier is 'n tipe logiese skade-analise toegepas. Die hof voer verder nie-biologiese redes aan deur te stel dat aangenome bloedskendige interaksies nie oor die "natuurlike afkeuringswaardigheid" of "morele kondemnasie" beskik nie.⁴³ Die bepaling in CUMA is gevolglik ongrondwetlik bevind.

Sal hierdie tipe benadering in Suid-Afrika gevolg kan word?⁴⁴ Hier moet saamgestem word met die *Israel*-uitspraak. Indien die *Equal Protection*-toets op die Suid-Afrikaanse bloedskandeverbod toegepas word, veral in die geval van aanverwante en aangenome persone, sal dit moeilik vir die Staat wees om te bewys dat dit 'n rasionale basis en dwingende belang het om te beskerm. Hierdie beweerde belange, soos in afdeling 3 bespreek, kan *in elk geval* steeds beskerm word deur die baie wye omskrywing van verkragting in die Wet (soos daar bespreek word in 3 3). Die hof tref ook die belangrike onderskeid tussen gevalle van skadelike en nie-skadelike verskyningsvorme van bloedskande. Daar is dus geen logiese en legitieme rede om bloedskande in sy huidige vorm in die Wet voort te laat bestaan nie.

³⁸ Hierdie toets herinner aan die Suid-Afrikaanse grondwetlike toets vir gelykheid, neergelê in *Harksen v Lane* 1998 (1) SA 300.

³⁹ Katz (1979) *CLR* 136-137.

⁴⁰ Katz (1979) 137.

⁴¹ Katz (1979) 138.

⁴² 138.

⁴³ Cahill (2005) *NULR* 1571.

⁴⁴ Dit moet hier genoem word dat die aangenome sibbe in *Israel* nooit in dieselfde huis gebly het nie en die aanneming was 'n geval waar 'n stiefouer sy nuwe gade se kind uit 'n vorige huwelik aangeneem het.

Die oorgrote meerderheid van Amerikaanse uitsprake is egter nie so behulpsaam in hul benadering tot die bloedskande verbod nie. In *Kaiser* meen die hof dat eugenetiese redes slegs een van die oorwegings is om bloedskande te kriminaliseer – dit sluit ook die voorkoming van kindermisbruik en die behoud van die familie-eenheid in,⁴⁵ en weerspreek gevolglik *Israel* wat basies net klem gelê het op eugenetika. In *Benton v. State* stel Sears R in die Supreme Court van Georgia dat die verbod op bloedskande min te doen het met eugenetika. Die verbod het reeds bestaan voordat die samelewing kennis gehad het van die moontlike gevolge van bloedskendige voortplanting. Die hof het gevolglik hier bevind dat die bloedskandeverbod van toepassing is op natuurlike én aangetroude families, wat ook strydig met *Israel* is. Beide hierdie sake is na *Israel* beslis.

Strader voer aan dat daar 'n skade-analise toegepas moet word op die bloedskandeverbod.⁴⁶ Die outeur dring aan dat daar 'n legitieme, skade-veroorsakende rede moet wees om sekere tipes gedrag te kriminaliseer. Verder word daar aangevoer dat bloedskande in die Amerikaanse samelewing walging opwek en dat die strafreg mense moet straf vir hulle dade, nie omdat die samelewing dit afkeur nie.⁴⁷ In *Lawrence v. Texas*⁴⁸ pas die United States Supreme Court 'n skade-analise toe om te bepaal of gedrag gekriminaliseer moet word. Eerstens moet beweerde skade geïdentifiseer word en tweedens moet daar bewyse van hierdie beweerde skade gevind word. Die hof het beslis dat die moraliteit van die meerderheid nie langer as 'n basis vir strafregtelike sanksie sal dien nie.⁴⁹ Openbare beleid moet dus nie 'n rol speel in die bepaling van strafregtelike sanksie nie. Dit word egter hier aangevoer dat daar in Suid-Afrika meer 'n klem op eugenetiese redes en kinderbeskerming geplaas is as op die *blote* morele afkeuringswaardigheid van die gedrag. Tog kan daar groot nut gevind word in die tipe skade-analise in *Lawrence* toegepas. Daar is nie helderheid waarom die misdryf steeds in Suid-Afrika bestaan nie, en die tweede been van die toets in *Lawrence* sal nuttig wees om te sien met watter getuienis die Staat mee vorendag sal kom om die beweerde skade te bewys.

Die Amerikaanse benadering is nuttig in die sin dat dit vir ons toetse bied om 'n moontlike aanval om die verbod op bloedskande te loods. Dit bied egter geen

⁴⁵ Cahill (2005) *NULR* 1570.

⁴⁶ Strader (2001) *BJCL* 103.

⁴⁷ 106.

⁴⁸ 539 U.S. 558 (2003).

⁴⁹ Strader (2001) *BJCL* 106.

uitsluitel nie, maar dit is duidelik dat regsakademici en die howe met die konsep worstel.

4 2 Engeland

Engeland het nie bloedskande gekriminaliseer tot 1908 met die Punishment of Incest Act of 1908 nie en hierdie misdryf het 'n baie beperkte kategorie persone ingesluit by die verbode grade van verwantskap.⁵⁰ Die misdaad van bloedskande in hierdie vorm is afgeskaf deur die Sexual Offences Act of 2003 en vervang deur nuwe bepalinge wat seksuele gedrag met minderjariges kriminaliseer. Die misdryf skep, soos Burchell daarop wys, vier kategorieë van seksuele misdrywe met minderjariges.⁵¹ Hierdie kategorieë is: Rape and other offences against children under 13 (artikels 5-8); Child sex offences (artikels 9-15); Abuse of position of trust (artikels 9-15); Familial child sex offences (artikels 25-29).

Dit word hier aangevoer, egter, dat dit onnodig is om verskeie kategorieë misdrywe te skep. Dit is onduidelik en onnodig om verder intra-familiale seksuele misbruik apart te klassifiseer en kriminaliseer van ander klasse seksuele misdrywe teenoor kinders. Nel wys daarop dat dit onnodig is om hierdie formalistiese klassifikasie te volg en die erns van die misdaad te bepaal aan die hand van die verhouding tussen die partye.⁵²

Alhoewel Engeland 'n nuttige benadering het ten opsigte van die misbruik van 'n vertrouensverhouding geskep het, is daar 'n oorklassifikasie van misdrywe, sowel as 'n formalistiese en verwarrende benadering deur nog drie verdere kategorieë van seks met 'n minderjarige te skep. Persone in vertrouensverhoudinge kan sekerlik interpreteer word om familielede in te sluit. Daar kan 'n vermoede ingelees word dat dit, in die eerste instansie, familielede en persone nou verband met die familie, persone in 'n vertrouensverhouding is. Indien 'n aanklag ingevolge artikels 9 tot 15 gebring word, sou die vermoede geaktiveer word, omdat die beskuldige in 'n vertrouensverhouding is, maar nie bloot omdat seksuele gedrag met 'n familielid plaasgevind het nie. Kindermisbruik moet bestraf word, maak nie saak watter verhouding die persoon met die kind het nie.⁵³ Dit kan ook in ag geneem word by straftoemeting.

⁵⁰ Burchell *Principles* 775; Nel *Incest* 100.

⁵¹ Burchell *Principles* 775.

⁵² Nel *Incest* 104. Nel se kritiek is hier teen die voorafgaande wetsontwerp, maar is steeds toepaslik op die opvolgende wet.

⁵³ Nel *Incest* 103.

Howard League for Penal Reform het reeds in 1985 gemeen dat dit veilig is om die misdryf van bloedskande te skrap en stel 'n alternatiewe model vir die beskerming van kinders in dieselfde gevalle (van gesagsmisbruik) van seksuele misbruik voor. Daar word verder 'n skema van konsensualiteit voorgestel. Dit sou beteken dat volwassenes wat aan bloedskendige interaksies deelneem, nie vervolgt sou word nie. Verder word daar, interessant genoeg, voorgestel dat ouers self (met die samewerking van 'n maatskaplike werker) hierdie tipe gedrag tussen byvoorbeeld sibbe hanteer. Dit moet eerder gedoen word as om die kinders te onderwerp aan 'n strafverhoor.⁵⁴

Engeland en Suid-Afrika het dieselfde probleem dat dit 'n aparte en gefragmenteerde benadering het ten opsigte van seksuele interaksies met kinders. Daar word aanbeveel dat daar 'n eenvormige model gebruik moet word, gebaseer op die vereiste seksuele gedrag, minimum ouderdom van seksuele instemming en konsensus.

5 Grondwetlike aanval

Die misdryf van bloedskande is moontlik ongrondwetlik deurdat dit inbraak maak op persone se menswaardigheid (artikel 10), privaatheid (artikel 14)⁵⁵ en gelykheid op grond van seksuele oriëntasie, gestremdheid, geboorte en geslag (artikel 9(3)) ingevolge die Grondwet.⁵⁶

5 1 Menswaardigheid

Die Grondwet verskans die reg op menswaardigheid in artikel 10. 'n Verbod op bloedskande verhoed persone wat in die verbode kategorieë val om vrylik aan konsensuele seksuele aktiwiteite deel te neem of om te trou.⁵⁷ Bratt stel dat wetgewing wat bloedskande verbied "n direkte, substansiële en opsetlike inmenging by 'n individu se besluit om te trou" is.⁵⁸ Hierdie kan in lyn gebring word met O'Regan R se uitspraak in *Dawood and Another; Shalabi and Another; Thomas and Another v*

⁵⁴ Howard League for Penal Reform *Unlawful Sex* 131-132.

⁵⁵ Daar word inbreuk gemaak op artikel 14 in die sin dat die Staat met hul voet vanaf die publiekregtelike sfeer in die slaapkamers van individue trap. Dit sal egter nie hier in besonderhede bespreek word nie.

⁵⁶ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996. Hierna "die Grondwet".

⁵⁷ M Nel "The Constitutionality of the Crime of Affinity Incest: An Argument Based on the Recognition of Customary Marriages Act" (2002) 3 *SLR* 331 346.

⁵⁸ Bratt (1984) *FLQ* 266.

*Minister of Home Affairs and Others*⁵⁹ (“Dawood”) waar daar beslis is dat menswaardigheid ’n residuele kategorie van die Grondwet is, en onder andere “protect[s] the rights of persons freely to marry and to raise a family”.⁶⁰ Die misdryf van bloedskande verhoed dan hierdie regte. Die verbod verhoed dat ’n persoon met die persoon van hulle keuse seksuele interaksies mag hê en mag trou, terwyl daar bykans geen ander beperkinge op persone is om te trou nie. Bratt meen gevolglik dat daar ’n kritiese opweging van die Staat se belang om te kriminaliseer en die meganisme gebruik om effek te gee aan die belange, moet plaasvind. Wesenlike staatsbelange geïnkorporeer in wetgewing, wat eksklusief daardie doel dien, sal die inbreukmaking op die individu se outonomie om ’n lewens- en seksuele maat te kies, regverdig.⁶¹ Dit is egter onduidelik watter belange die Staat sou hê om persone se menswaardigheid in te perk in hierdie konteks.

5 2 Gelykheid

Artikel 9(1) (die gelykheidsklousule) van die Grondwet gee die waarborg dat elkeen gelyk voor die reg is, en gelyke beskerming en voordeel van die reg geniet. Hierdie afdeling sal kortliks ondersoek hoe die misdryf van bloedskande hierdie grondwetlike reg moontlik skend.

5 2 1 Seksuele oriëntasie

Artikel 9(3) verbied onbillike diskriminasie op grond van seksuele oriëntasie. Hier moet ’n ruim interpretasie gemaak word van seksuele oriëntasie – dit behoort ook in te sluit groepe persone teenoor wie ’n persoon aangetrokke is en nie net bloot verwys na die geslag nie. Deur ’n verbod op bloedskande te plaas, word daar gedifferensieer tussen mense wat dalk toevallig, of dalk juis oor die feit dat hul familie is, seksueel aangetrokke is tot familieledede, of met hul wil trou. Snyman verwys na die hof se liberale uitspraak in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*⁶² (“National Coalition”) ten opsigte van seksuele outonomie en dat dit nie ingeperk moet word waar daar nie skade berokken is nie.⁶³ Die outeur maak egter hierdie argument ten opsigte van bestialiteit, maar hierdie argument kan net so effektief gemaak word ten gunste van

⁵⁹ 2000 (3) SA 936 (CC).

⁶⁰ Par 28.

⁶¹ Bratt (1984) FLQ 266.

⁶² 1999 (1) SA 6 (CC).

⁶³ Snyman *Strafreg* 409 vn 123.

bloedskande. Indien die seksuele interaksies vrywillig, konsensueel en andersins wettig is, moet die liberale benadering ten opsigte van individuele seksuele outonomie gevolg word.

Om te bepaal of hierdie differensiasie neerkom op onbillike diskriminasie, kan die toets deur die Konstitusionele Hof neergelê in *Harksen v Lane*, toegepas word.⁶⁴ Dit word hier aangevoer dat indien dieselfde tipe liberale benadering in *National Coalition* gevolg word, hierdie differensiasie kan neerkom op onbillike diskriminasie en ongrondwetlik verklaar word.

5 2 2 *Gestremdheid, geboorte en geslag*

Persone wat binne die verbode grade van verwantskap is, word deur die reg verbied om voort te plant (en dus 'n familie te begin) weens die feit dat hulle moontlik gebrekkige afstammeling kan produseer. Hier word dus duidelik gedifferensieer teenoor hierdie klas persone. Hierdie differensiasie kom moontlik neer op onbillike diskriminasie. Artikel 9(3) van die Grondwet verbied onbillike diskriminasie op grond van gestremdheid. Indien eugenetika 'n rede vir die misdryf is, word daar gediskrimineer teenoor persone omdat hul oor die *potensiaal* beskik om gebrekkige afstammeling te produseer. Daar word ook teen die potensiële kinders gediskrimineer, omdat hulle verwekking indirek deur die Staat verhoed word. Die potensiële kinders is egter nie houers van regsobjektiwiteit nie en daar kan gevolglik nie teen hul diskrimineer word nie. Hierdie argument sluit ook aan by O'Regan R se uitspraak ten opsigte van menswaardigheid (artikel 10 van die Grondwet) wat persone die reg op 'n familie lewe gee.

Verder word daar ook teen die vader van 'n kind gebore uit 'n bloedskendige verhouding gediskrimineer, aangesien só 'n man, ingevolge artikel 1, nie geag word om die vader van die kind te wees vir die doeleindes van die Children's Act 38 van 2005 nie. Hier word dan dus teen die kind gebore uit 'n bloedskendige verhouding diskrimineer. Is hierdie kind dan nie geregtig op 'n vader nie – al is hy of sy gebore uit 'n konsensuele bloedskendige verhouding? Dit is nie billik om so 'n kind te ontnem van 'n vader nie, selfs al is dit net in die regtegniese sin. Hierdie het moontlik onbillike gevolge teenoor moeders wat geregtig is om kinderonderhoud by die vader te eis. Dit moet ook gevra word hoekom slegs die vader van sy ouerlike regte en verantwoordelikhede ontnem word. Die moeder (behalwe in 'n geval van verkragting deur 'n familielid) is ewe "skuldig" aan die bloedskendige interaksie wat

⁶⁴ Daar word in 4 1 genoem dat die *Equal Protection*-toets herinner aan die *Harksen*-toets.

tot die verwekking van die kind gelei het. Hierdie kan gesien word as onbillike diskriminasie op grond van geslag.

5.3 Samevatting

Die misdryf van bloedskande is nie in lyn met ons post-konstitusionele norme en waardes nie en hoort nie in hierdie era nie. Hopelik lui die doodsklok van hierdie misdryf binnekort – aangesien dit nie 'n grondwetlike aanval behoort te oorleef nie.

6 Aanbevelings en gevolgtrekking

Die analise bo wys duidelik dat die misdryf van bloedskande op wankelrige grond staan. Die “waardes” omskryf in afdeling 3, soos eugenetika en die beskerming van die familie-eenheid is in elk geval nie belange wat die Staat se aandag hoort te geniet nie. Hierdie waardes is hoogs paternalisties. In die geval van kindermisbruik, bestaan daar reeds beskerming in die Wet wat minderjariges beskerm teen seksuele uitbuiting. In 'n strafverhoor sal 'n ouer (wat in 'n gesagsposisie is) skuldig bevind kan word aan verkragting en die noue verband kan verder in ag geneem word as 'n strafverswarende faktor. Die blote bestaan van 'n familiêre verhouding behoort nie seksuele gedrag krimineel te maak nie. Alle seksuele misdrywe behoort gereguleer te word op grond van (die afwesigheid van) toestemming en 'n minimum ouderdom vir die toestemming. Hierdie tipe kriminalisering is nie bestaanbaar in ons grondwetlike bestel nie.

Hier word aangevoer dat minstens die insluiting van aangenome en aanverwante familieleden uitgesluit hoort te word by die omskrywing in artikel 12 van die Wet. Geen legitieme waardes of belange, wat in elk geval nie elders gereguleer kan word nie, word hier beskerm.

Ten slotte: Die Staat behoort hul nie te kwel oor aspekte van persoonlike moraliteit en intieme seksuele interaksies waar konsensualiteit aanwesig is nie. Daar moet eerder gefokus word op misdrywe wat *werklike skade* aan onskuldige partye verrig word.

SUMMARY

INCEST IN MODERN SOUTH AFRICA: A REDUNDANT CRIME OR NECESSARY REGULATION? A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE POSSIBILITY OF DECRIMINALISATION

The common law crime of incest has been codified in section 12 of Criminal Law Amendment Act (Sexual Offences and Related Matters) Act 32 of 2007 (“the Act”). The scope of the crime has been substantially broadened by the definition of “sexual penetration” in terms of section 1 of the Act, as well as the expanded prohibited degrees of familial relationships. The article investigates the reasons for the existence of the crime of incest, as well as the interests it attempts to protect. The article also enquires whether these protected norms and values are still relevant in a post-constitutional and modern South Africa. If these norms and values are no longer relevant, incest must be decriminalised.

The most commonly recognised grounds for the existence of the crime of incest are: eugenics; the protection of the family unit and the prevention of child abuse. It is argued that these values do not deserve intervention by the State (especially eugenics and protection of the family unit) via the prohibition of incest. Otherwise, protection is provided by the Act (specifically with regards to the prevention of child abuse).

The approaches followed in the United States of America as well as England are considered as alternatives to the current South African position. These foreign jurisdictions do, however, not provide conclusive answers.

It is further argued that the prohibition of incest may also not be in line with certain values in the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, such as human dignity (section 10) and equality (on the grounds of sexual orientation, disability, birth and gender in section 9).

It is suggested that the legislature has conflated various interests into this crime and is in many cases criminalising otherwise lawful sex between consenting adults – except for the fact that they are within the prohibited degrees of familial relationship. It is recommended that a model of minimum age and true consent be followed for sexual conduct between people are inter-related. For those fearful that it would leave children vulnerable to sexual abuse within the home, the Act punishes such an abuse of authority with the more serious offence of rape.