

**DIE AARD VAN BORGVERRIGTINGE MET
SPESIFIEKE VERWYSING NA DIE TOEPASSING
VAN DIE REËLS VAN DIE BEWYSREG OP
SODANIGE VERRIGTINGE**

RENETTE HENDRIKS



TESIS INGELEWER TER VOLDOENING AAN DIE VEREISTES VIR DIE
GRAAD MAGISTER IN DIE REGSGELEERDHEID AAN DIE
UNIVERSITEIT VAN STELLENBOSCH

STUDIELEIER: PROF SE VAN DER MERWE

April 2004

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk vervat in hierdie tesis my eie oorspronklike werk is en dat ek dit nog nie voorheen in geheel of gedeeltelik aangebied het vir 'n graad by enige universiteit nie.

Handtekening:

Datum:

OPSOMMING

By die beoordeling van 'n borgaansoek moet die hof die belange van die beskuldigde en die belange van die samelewing teen mekaar opweeg. Die doel van die betrokke verrigtinge is om 'n balans tussen hierdie belange te vind. Omdat borgtog ter sprake kom op 'n tydstip waar daar nog geen skuldigbevinding is nie, is dit van kardinale belang dat die hof ten alle tye moet waak teen die onregverdige inbreukmaking op die beskuldigde se fundamentele regte wat onder andere die reg op individuele vryheid en die vermoede van onskuld insluit.

Ten einde die regte van die borgaansoeker na behore te beskerm sonder om die behoorlike funksionering van die regstelsel te belemmer, is dit belangrik om vas te stel wat die aard van borgverrigtinge is. Soos in hierdie tesis aangetoon word, is borgverrigtinge *sui generis* van aard. Dit het tot gevolg dat daar 'n aparte stel reëls van die bewysreg bestaan wat op hierdie verrigtinge van toepassing is. In hierdie tesis word daar gepoog om die reëls van die bewysreg wat op borgverrigtinge van toepassing is, te identifiseer en om die afwykings van die gewone bewysregreëls wat op die verhoor van toepassing is, te verklaar.

In hoofstuk een word die doel en aard van borgverrigtinge bespreek en word die kenmerke van die akkusatoriale en inkwisitoriale stelsels teen mekaar gestel. Die onduidelikhede oor die aard van borgverrigtinge in die Suid-Afrikaanse reg word ook aangeraak. In hoofstuk twee word die toepassing van die relevantheidsgrondreël by borgverrigtinge ondersoek, asook die toelaatbaarheid van getuienis oor die vorige veroordelings van die beskuldigde, opiniegetuienis en karaktergetuienis.

Hoofstuk drie het betrekking op die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis by borgverrigtinge. In hoofstuk vier word kwessies rakende dossierprivilegie behandel en die grondwetlikheid van sodanige privilegie, asook die toepassing daarvan, word van naderby beskou. In hoofstuk vyf word daar gefokus op die aanbrennersprivilegie. Die aard en toepassing van die privilegie asook die vereistes waaraan voldoen moet word alvorens daar op die betrokke privilegie gesteun kan word, word aangeraak.

Hoofstuk ses fokus op die borgapplikant se privilegie teen selfinkriminasie. Die bepalinge van a 60(11B)(c) asook die rol van die voorsittende beampte word ook in hierdie hoofstuk aangespreek. Die sewende kwessie wat in verband met borgverrigtinge in die studie ondersoek word, is die ligging van die bewyslas by sodanige verrigtinge. Dit word in hoofstuk sewe gedoen. Hoofstuk agt bevat 'n opsomming van sowel bevindings as aanbevelings.

ABSTRACT

When evaluating a bail application, the court must take into consideration the interests of the accused against those of the community. The main goal of this assessment is to find a balance between said interests. While an application for bail is made at a stage where guilt has not been proven, it is of extreme importance that the court must not infringe on the fundamental rights of the accused which include the right to personal freedom and the presumption of innocence.

In order to protect the rights of the bail applicant within the proper functioning of the legal system, it is important to determine the nature of bail proceedings. As shown in this thesis, bail proceedings are *sui generis* in nature, which means that a separate set of rules of the law of evidence is applicable to these proceedings. The object of this thesis is to identify the rules of law of evidence applicable to bail proceedings as well as to clarify the deviation from the normal rules of evidence which apply to the trial of the accused.

In chapter one the purpose and nature of bail proceedings as well as the characteristics of accusatorial and inquisitorial systems, are discussed. Problem areas within the South African legal system with regards to bail applications are also highlighted in this chapter.

In chapter two the application of the primary rules of the law of evidence with regards to bail proceedings are investigated as well as the admissibility of evidence pertaining to prior convictions of the applicant, opinion evidence and character evidence. In chapter three the admissibility of hearsay evidence at bail proceedings is discussed. The constitutionality of the privilege pertaining to the police docket is dealt with in chapter four. Chapter five deals with the informer's privilege. The requirements that have to be met in order to qualify for protection under the said privilege, are examined.

Chapter six focuses on the privilege against self-incrimination and the manner in which it is applied in bail proceedings. The provisions of s 60(11B)(c) of the Criminal Procedure Act and the role of the presiding officer are also discussed in this chapter.

Chapter seven focuses on the burden of proof in bail applications. Chapter eight contains a summary and recommendations.

BEDANKINGS

Ek wil graag my dank aan die volgende persone uitspreek:

Aan al my vriende en familie, veral my ouers Wolf en Daleen Wolvaardt en my eggenoot

J W Hendriks vir hulle hulp en ondersteuning.

Me A King vir haar volgehoue aanmoediging.

Me S Van Jaarsveld vir die tikwerk.

Professor S E van der Merwe vir sy bereidwilligheid om sy kennis met my te deel en om my deur my studie te lei.

INHOUDSOPGAWE

	Bladsy
Verklaring	ii
Opsomming	iii
Abstract	iv
Bedankings	v
HOOFSTUK 1 INLEIDING EN PROBLEEM- EN TAAKSTELLING	1
1 1 INLEIDING	1
1 2 DIE UITWERKING VAN BORGVERRIGTINGE	1
1 3 DIE DOEL EN NUT VAN BORGVERRIGTINGE	2
1 3 1 Die beskuldigde se reg op individuele vryheid	2
1 3 2 Die vermoede van onskuld	2
1 4 DIE INKWISITORIALE STELSEL TEENoor DIE AKKUSATORIALE STELSEL	3
1 4 1 Kenmerke van die akkusatoriale stelsel	4
1 4 2 Kenmerke van die inkwisitoriale stelsel	5
1 4 3 ‘n Streng stelsel teenoor ‘n vrye stelsel van die bewysreg	6
1 4 4 Die inkwisitoriale aard van borgverrigtinge – Die proaktiewe rol van die hof	7
1 5 ONDUIDELIKHEDE OOR DIE AARD VAN BORGVERRIGTINGE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	8
1 6 DOEL EN VERONDERSTELLING VAN DIE TESIS	11
1 7 WAARDE	12
1 8 VOORSKOU	12
HOOFSTUK 2 DIE REËLS VAN DIE BEWYSREG BY BORGVERRIGTINGE	13
2 1 INLEIDING	13
2 1 1 Die relevantheid van getuienis	13
2 1 2 Redes waarom irrelevante getuienis uitgesluit word	14
2 2 FAKTORE WAT IN GEDAGTE GEHOU MOET WORD BY DIE BEPALING VAN DIE JURIDIESE RELEVANTHEID VAN GETUIENIS	14

2 3	RELEVANTE GETUIENIS BY 'N AANSOEK OM BORGTOG	15
2 3 1	Die inhoud en betekenis van “die belang van geregtigheid”	16
2 3 2	Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die veiligheid van die publiek of enige bepaalde persoon in gevaar sal stel of dat hy of sy 'n Bylae 1-misdryf sal pleeg	19
2 3 3	Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, sal poog om sy of haar verhoor te ontduik	21
2 3 4	Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, sal poog om getuies te beïnvloed of te intimideer of om getuienis te verberg of te vernietig	24
2 3 5	Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die oogmerke of die behoorlike funksionering van die strafregstelsel, met inbegrip van die borgstelsel, sal ondermyn of in gevaar stel	26
2 3 6	Waar in buitengewone omstandighede die waarskynlikheid is dat die vrylating van die beskuldigde die openbare orde sal versteur of die openbare vrede of sekerheid sal ondermyn	28
2 3 7	Die belange van geregtigheid teenoor die persoonlike vryheid en waarskynlike benadeling van die beskuldigde	29
2 4	GETUIENIS WAT TOELAATBAAR IS BY BORGVERRIGTINGE TEN SPYTE VAN DIE REËLS VAN DIE BEWYSREG	30
2 4 1	Inleiding	30
2 4 2	Die toelaatbaarheid van getuienis oor die beskuldigde se vorige veroordelings by borgverrigtinge	31
2 4 2 1	Inleiding	31
2 4 2 2	Die basis vir die toelaatbaarheid van getuienis oor die vorige veroordelings van die beskuldigde by sy of haar borgaansoek	31
2 5	OPINIEGETUIENIS	34
2 5 1	Inleiding	34
2 5 2	Die basis van die reël	34
2 5 3	Karaktergetuienis	36
2 5 3 1	Inleiding	36
2 5 3 2	Die toelaatbaarheid van karaktergetuienis by borgverrigtinge	37

HOOFSTUK 3 DIE BENADERING TOT HOORSÊGETUIENIS	
BY BORGVERRIGTINGE	39
3 1 INLEIDING	39
3 1 1 Die betekenis van hoorsêgetuienis	39
3 1 2 Geskiedkundige agtergrond	40
3 2 DIE BASIS VIR DIE UITSLUITING VAN HOORSÊGETUIENIS	41
3 3 DIE BASIS VIR DIE TOELAATBAARHEID VAN HOORSÊGETUIENIS BY BORGVERRIGTINGE	43
HOOFSTUK 4 DIE DOSSIERPRIVILEGIE BY BORGVERRIGTINGE	50
4 1 INLEIDING	50
4 2 PRIVAATPRIVILEGIES TEENoor STAATSPRIVILEGIES	50
4 3 DIE BEVOEGDHEID EN VERPLIGBAARHEID VAN GETUIES TEENoor DIE BESTAAN VAN 'N PRIVILEGIE	50
4 4 DIE ERKENNING VAN DIE DOSSIERPRIVILEGIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	51
4 5 DIE GRONDWETLIKHEID VAN DIE DOSSIERPRIVILEGIE	51
4 5 1 Artikel 60(14) van die Strafproseswet	52
4 5 2 Die grondwetlikheid van a 60(14) van die Strafproseswet	53
4 6 DIE TOEPASSING VAN A 60(14) VAN DIE STRAFPROSESWET	54
4 7 GEVOLGTREKKING	55
HOOFSTUK 5 DIE AANBRENGERSPRIVILEGIE	56
5 1 INLEIDING	56
5 2 REDES VIR DIE BESTAAN VAN DIE PRIVILEGIE	57
5 3 DIE AANBRENGER EN DIE VEREISTES VIR AANSPRAAK OP DIE PRIVILEGIE	58
5 4 DIE GRONDSLAG EN TOEPASSING VAN DIE PRIVILEGIE	59
5 5 DIE TOEPASSING VAN DIE PRIVILEGIE BY BORGVERRIGTINGE	62
HOOFSTUK 6 DIE PRIVILEGIE TEEN SELFINKRIMINASIE BY BORGVERRIGTINGE	65
6 1 INLEIDING	65
6 3 1 Die strekking van die privilegie teen selfinkriminasie	66
6 2 DIE BESKULDIGDE SE SWYGREG EN DIE REG OP 'N BILLIKE VERHOOR	67

6 3	DIE PRIVILEGIE TEEN SELFINKRIMINASIE BY BORGVERRIGTINGE EN DIE TOELAATBAARHEID VAN DIE REKORD VAN DIE BORGVERRIGTINGE BY DIE VERHOOR	68
6 3 1	Inleiding	68
6 3 2	Die uitgangspunt wat gevolg is in <i>S v Botha</i> en die kritiek daarteen in daaropvolgende uitsprake	69
6 3 3	Artikel 60(11B)(c) en die rol van die voorsittende beampte by die borgverrigtinge	75
6 4	GEVOLGTREKKING	79
	HOOFSTUK 7 DIE BEWYSLAS BY BORGVERRIGTINGE	80
7 1	INLEIDING	80
7 2	DIE PRE-KONSTITUSIONELE POSISIE TEN OPSIGTE VAN DIE LIGGING VAN DIE BEWYSLAS BY BORGVERRIGTINGE	82
7 3	DIE INVLOED VAN DIE OORGANGSGRONDWET OP DIE BEWYSLAS BY BORGVERRIGTINGE	85
7 4 1	Die posisie onder die Finale Grondwet	89
7 4 2	Die bepalings van a 60(11)(a) en a 60(11)(b) van die Strafproseswet	90
7 4 3	Die betekenis van die term “buitengewone omstandighede”	92
7 4 4	Die grondwetlikheid van a 60(11)(a)	96
7 5	GEVOLGTREKKING	98
	HOOFSTUK 8 SAMEVATTING EN AANBEVELINGS	99
	Bylae A	106
	Bibliografie	110
	Sakelys	113

HOOFSTUK 1

INLEIDING EN PROBLEEM- EN TAAKSTELLING

1 1 INLEIDING

Die Suid-Afrikaanse prosesreg – wat die bewysreg insluit – is kenmerkend streng akkusatoriaal (adversatief) van aard. By borgverrigtinge is die akkusatoriale beginsels egter geleidelik verslap ten gunste van 'n proses wat karaktertrekke van 'n inkwisitoriale stelsel toon.

Die wyse waarop getuienis in 'n borgeansoek gelewer behoort te word en die aard van die getuienis wat toelaatbaar is, hang ten nouste saam met die vraag na wat die ware aard van die verrigtinge in 'n borgeansoek is.¹ Daar bestaan egter onduidelikheid in regspraak en literatuur oor die presiese aard van borgverrigtinge. Hierdie aspek word in paragraaf 1 5 hieronder aangespreek.

1 2 DIE UITWERKING VAN BORGVERRIGTINGE

Ingevolge a 58 van die Strafproseswet,² is die uitwerking van borgtog dat 'n beskuldigde wat in bewaring is, uit bewaring vrygelaat word, by die betaling van die bedrag geld wat vir sy borgtog bepaal is, of by die verstrekking van 'n waarborg om dit te betaal en dat hy by die plek en op die datum en op die tyd moet verskyn wat vir sy verhoor bepaal is of waartoe die verrigtinge wat betrekking het op die misdryf ten opsigte waarvan die beskuldigde op borgtog vrygelaat word, verdaag. Dit word gedoen om te verseker dat die beskuldigde vir sy of haar verhoor sal opdaag. Indien die borgvereistes nie nagekom word nie, word die som geld nie net verbeur nie, maar die beskuldigde maak hom of haar ook ingevolge a 67A van die Strafproseswet aan 'n misdaad skuldig.

By borgverlening onderneem die staat dus onderhewig aan watter borgvoorwaardes ookal nodig geag word ter beskerming van die regspleging, om die beskuldigde se reg op vryheid te respekteer.

¹ *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK).

² Wet 51 van 1977.

1 3 DIE DOEL EN NUT VAN BORGVERRIGTINGE

Die doel van borg word in *Minister van Wet en Orde en andere v Dipper*³ deur Hoexter R soos volg beskryf:

“Borgtog is ’n middel wat daarop gemik is om die inbreuk op die beskuldigde se *vryheid*, in ’n stadium wanneer hy *nog nie veroordeel is nie*, te minimaliseer.”⁴

1 3 1 Die beskuldigde se reg op individuele vryheid

Die Grondwet⁵ waarborg die beskuldigde se gekwalifiseerde reg om op borgtog vrygelaat te word. Ingevolge a 35(1)(f) van die Grondwet het elke persoon wat gearrester is vir die pleeg van ’n beweerde misdaad, benewens die regte wat hy as ’n aangehoudene het, ook die reg om vrygelaat te word uit aanhouding indien die belang van geregtigheid dit vereis, onderhewig aan redelike voorwaardes. In *S v Dlamini*⁶ is die volgende vermeld oor hierdie bepaling:

“Section 35(1)(f), in its context, makes three things plain. The first is that the Constitution expressly acknowledges and sanctions that people may be arrested for allegedly having committed offences, and may for that reason be detained in custody. The Constitution therefore itself places a limitation on the liberty interest protected by s 12. The second is that notwithstanding lawful arrest, the person concerned has a right, but a circumscribed one, to be released from custody subject to reasonable conditions. The third basic proposition flows from the second, and really sets the normative pattern for the law of bail. It is that the criterion for the release is whether the interests of justice permit it.”

1 3 2 Die vermoede van onskuld

Ingevolge a 35(3)(h) van die Grondwet, sal 'n beskuldigde onskuldig vermoed word in die afwesigheid van 'n skuldigbevinding deur 'n geregshof. Hierdie vermoede geld ten gunste van die beskuldigde al is daar 'n sterk *prima facie* saak teen hom.⁷ Dus kan 'n beskuldigde nie

³ 1993 (2) SASV 221 (A); 1993 (3) SA 591 (A) 224g.

⁴ My kursivering.

⁵ Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996.

⁶ *S v Dlamini*; *S v Dladla en ander*; *S v Joubert*; *S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) 58.

⁷ *S v Essack* 1965 (2) SA 161 (D) 162C.

hangende 'n verhoor as 'n tipe voorlopige straf aangehou word nie.⁸ Die Strafproseswet maak egter tog voorsiening vir die weiering van 'n borgaansoek indien sodanige weiering in belang van die regspleging is. Dit sal die geval wees waar een of meer van die risiko's vermeld in a 60(4)(a) tot a 60(4)(e) teenwoordig is.⁹ Die hof het egter geen inherente jurisdiksie om borgtog toe te staan nie.¹⁰ Die jurisdiksie om borg te verleen is 'n spesiale bevoegdheid wat ingevolge die bepalings van die Strafproseswet verleen is. Hierdie bevoegdheid kan slegs uitgeoefen word ooreenkomstig die bepalings van die Strafproseswet en in die omstandighede in die Wet vervat.¹¹

Borg is noodsaaklik vir die handhawing van die balans tussen die openbare belang en die belange van die beskuldigde. Die openbare belang behels onder meer dat die beskuldigde vir sy verhoor sal opdaag sodat hy na behore verhoor sal word. Daarteenoor kom die beskuldigde se reg op vryheid ter sprake op 'n tydstip waarop daar nog geen skuldigbevinding is nie. Die vermoede van onskuld speel ook 'n baie belangrike rol by die ligging van die bewyslas by borgverrigtinge. Op grond van redes wat in hoofstuk 6 hieronder uiteengesit word, is a 35(3) van die Grondwet nie van toepassing by borgverrigtinge nie. Uit hoofde van a 34 van die Grondwet geld die vermoede van onskuld egter steeds by sodanige verrigtinge.

1 4 DIE INKWISITORIALE STELSEL TEENoor DIE AKKUSATORIALE STELSEL

Die tradisionele onderskeid wat tussen akkusatoriale en inkwisitoriale stelsels van verhoor getref word, word dikwels as té rigied, simplisties of 'n blote cliché beskryf. Dit is so dat dit bykans onmoontlik is om 'n stelsel te vind wat slegs karaktertrekke van die een of die ander stelsel toon.¹² In werklikheid bevat alle stelsels ook een of meer eienskappe van albei maar leun meer na een oor. Histories bestaan daar twee stelsels van bewysreg, die streng Anglo-Amerikaanse stelsel en die vryer Kontinentale stelsel. Die meeste beginsels van die

⁸ *S v Acheson* 1999 (2) SA 805 (Nm).

⁹ Sien 2 4 1 – 2 4 6.

¹⁰ *S v Kaplan* 1967 (1) SA 634 (T) 636A-B.

¹¹ *Chunilal v Attorney-General (Natal)* 1979 (1) SA 236 (D). Sien ook in hierdie verband *S v Hendriks* 1993 (1) SASV 660 (Nm). Die Hoë Hof het wel inherente jurisdiksie in sekere gevalle. Sien in hierdie verband Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 5e (2001) 149-150.

¹² McEwan *Evidence and the Adversarial Process: The Modern Law* 2e (1998) 1.

Anglo-Amerikaanse bewysreg spruit voort uit die Engelse adversatiewe verhoor wat gehou is voor 'n jurie bestaande uit leke, terwyl die Kontinentale stelsel geskoei is op 'n vryer stelsel van bewys weens die afwesigheid van leke-deelname aan die verhoor.¹³

1 4 1 Kenmerke van die akkusatoriale stelsel

Die akkusatoriale verhoorprosedure het drie oorheersende kenmerke. Eerstens is die partye in beginsel verantwoordelik vir die aanbieding van getuienis ter ondersteuning van hul onderskeie sake:

“The English say that the best way to discover the truth is to have each party dig for the facts that help it; between them they will bring all to light...Two prejudiced searchers starting from opposite ends of the field will between them be less likely to miss anything than the impartial searchers starting in the middle”.¹⁴

Daar word verder van die voorsittende beampte verwag om 'n passiewe rol in die verrigtinge te speel.¹⁵ 'n Derde kenmerk van dié stelsel is dat daar sterk klem op die mondelinge aanbieding van getuienis en kruisondervraging van getuies geplaas word. Daar word van die veronderstelling uitgegaan dat die waarheid ten beste na vore sal kom as die litigante toegelaat word om hul eie getuienis aan te voer in 'n proses wat kruisondervraging nie alleen van die opponent wat getuig waarborg nie, maar ook van enige getuie wat deur die opponent geroep is. Dit verklaar die fokus op mondelinge getuienis. Wigmore verwys dus tereg na kruisondervraging as die “greatest legal engine ever invented for discovery of truth”.¹⁶

Frankel R van die VSA, beskryf die proses soos volg:

“[T]he parties invoke and implement the process; they take charge and stay in charge to the point of decision. They frame the issues, investigate the evidence, select what will be presented at trial – and what will not be presented. Private people in civil litigation, or one public and one private legal team in criminal cases, not judicial bureaucrats, run the show. The adversary lawyers are strong, active, creative; the adjudicators are passive receptive. The parties are equipped

¹³ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 6.

¹⁴ McEwan *Evidence and the Adversarial Process: The Modern Law* 2e (1998) 5.

¹⁵ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 7.

¹⁶ Wigmore *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (1940) en die hersiene uitgawe (1961) para 1367.

and knowledgeable; the decision-makers work with what they are given. In theory the judge may call witnesses, develop lines of proof, explore questions not produced by counsel. In practice, this happens rarely. In practice the evidence not produced by counsel is not produced. Its existence is unknown to the court. The 'facts' will be reconstructed from the materials the parties supply, and no others".¹⁷

Die vernaamste kritiek teen die akkusatoriale stelsel is dat 'n mate van gelykheid tussen die partye 'n voorvereiste vir die volle funksionering van die stelsel is. Daarsonder sal die "waarheid" bloot die siening van die magtigste party wees. Voorts is dit so dat die idee van die partye as opponente in 'n tipe tweeveg, tot onnodige konflik kan lei. In hierdie stelsel word 'n saak se uitslag dus heel dikwels bepaal deur magspel en die bekwaamheid van die kruisondervraer. As gevolg hiervan kan die stelsel tot die bevordering van die formele waarheid¹⁸ eerder as die materiële waarheid lei.¹⁹

1 4 2 Kenmerke van die inkwisitoriale stelsel

In teenstelling met die akkusatoriale model wentel die inkwisitoriale model om die voorsittende beampte. Daar word van die veronderstelling uitgegaan dat die verhoor nie 'n stryd tussen twee partye is nie, maar 'n ondersoek na die materiële waarheid. 'n Regterlike ondersoek word gesien as die sleutel tot die feitebevindingsproses. Die klem val op die getuienis wat die voorsittende beampte aktief naspoor en nodig mag ag vir 'n beslissing. Die afwesigheid van die reg op kruisondervraging, verklaar waarom die inkwisitoriale stelsel baie meer geredelik van skriftelike getuienis as mondelinge getuienis gebruik maak.²⁰

Hierdie manier van ondervraging is nie vry van ernstige risiko's en probleme nie. Daar bestaan die gevaar dat die hof, deur aktief aan die proses deel te neem, dalk op een of ander stadium kan neig tot die bevoordeling van een van die partye bo die ander en die regter dan,

¹⁷ Aangehaal deur Kötz "The role of the judge in the court-room: the common law and civil law compared" 1987 TSAR 35 38.

¹⁸ Die begrip "formele waarheid" dui op al die feite wat voor die hof bewys is en dus deur die hof as die waarheid aanvaar sal word. "Materiële waarheid" daarteenoor is die bewese en onbewese feite wat op die werklikheid neerkom.

¹⁹ Schwikkard et al *Pinciples of Evidence* 2e (2002) 10.

²⁰ Schwikkard et al *Pinciples of Evidence* 2e (2002) 10.

deur sy ondervraging, soos Lord Denning dit stel, "drops the mantle of the judge and assumes the robe of an advocate."²¹

Hoewel daar verskille tussen die twee stelsels bestaan, stem hulle tog met betrekking tot die volgende aspekte ooreen:

Grondliggend aan albei stelsels is dat die beskerming van die waarheid nie opgeoffer kan word vir blote spoed, gemak en vereenvoudiging van die proses nie. Verder moet die aanbod van getuienis en die beslegting van geskille op 'n ordelike wyse geskied. Hierbenewens moet dispute deur 'n onpartydige regbank besleg word. Die proses- en bewysreg moet ten alle tye 'n sekere mate van effektiwiteit behou ten einde te verseker dat die reëls van die materiële reg nie tot onafdwingbare norme relegier word nie.²²

1 4 3 'n Streng stelsel teenoor 'n vrye stelsel van die bewysreg

'n Streng stelsel van bewys word gewoonlik in 'n akkusatoriale (adversatiewe) stelsel aangetref terwyl die inkwisitoriale stelsel oor die algemeen met 'n vrye stelsel van bewys gepaardgaan. Die verskynsel kan verduidelik word aan die hand van die feit dat Kontinentale lande nooit 'n ontwikkelingsperiode van leke-deelname aan die beslegting van geskille beleef het nie en die bewysstelsel dus nie strenger geword het nie. Die oorspronklike idee wat steeds gehandhaaf word, is dat geskille besleg moet word deur professionele regsprekers wie se taak nie deur kunsmatige reëls aangaande die uitsluiting van getuienis belemmer moet word nie. Bewys is 'n kwessie van feite. Op die Europese kontinent is die sentrale beginsel dus dat tydens die beslegting van geskille die ware kwessie nie die toelaatbaarheid van die getuienis is nie, maar wel die gewig daarvan, terwyl die toelaatbaarheid van getuienis onder die Anglo-Amerikaanse stelsel grootliks 'n kwessie van die reg is. In dié geval hang die toelaatbaarheid van getuienis wel af van die potensiële gewig van getuienis.²³

Die grootste area van konflik tussen die twee stelsels, is egter die hantering van hoorsêgetuienis. Kontinentale lande wat nooit van leke-deelname in die proses gebruik gemaak het nie, het geen probleem om hoorsêgetuienis toe te laat nie. Hierteenoor was leke-deelname in die geskiedenis van die Anglo-Amerikaanse stelsel 'n belangrike komponent van die proses. Dit is die rede waarom reëls ontwikkel moes word om die toelaatbaarheid van getuienis te reguleer.

²¹ *Jones v National Coal Board* 1957 (2) QB 55 (CA) 63.

²² Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 7.

²³ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 12.

Oor die algemeen is vergelykende regsrywers van mening dat alle regstelsels in die Westerse wêreld in werklikheid presies dieselfde is. Volgens hierdie argument lewer verskillende regstelsels tog dieselfde oplossing, selfs met betrekking tot detail, vir dieselfde probleme van die lewe ten spyte van die groot verskille in hul historiese ontwikkeling, konseptuele struktuur en werkswyse. Indien daar egter soos hierbo vergelykend na die verskille gekyk word, is dit duidelik dat so 'n eenvoudige afleiding uiters vergesog is.²⁴

Die Suid-Afrikaanse bewysreg is Anglo-Amerikaans van aard. 'n Uitsondering bestaan in die geval van die Howe vir Kleineise.²⁵ Wat egter verbasend is, is die feit dat die juriestelsel reeds 'n geruime tyd in Suid-Afrika afgeskaf is, maar die komplekse en omslagtige reëls met betrekking tot toelaatbaarheid van getuienis is steeds behou en voortdurend uitgebrei hoewel dit nou die regter dwing om getuienis van homself te weerhou.

1 4 4 Die inkwisitoriale aard van borgverrigtinge – Die proaktiewe rol van die hof

Soos reeds in 1 1 vermeld, neig borgverrigtinge na die inkwisitoriale stelsel van die bewysreg. By die aanhoor van 'n borgeansoek word daar van die hof verwag om 'n aktiewe rol in die proses te speel. In *S v Dlamini*²⁶ sê die hof die volgende in par 10 van die uitspraak:

“...[A]lthough bail, like the trial, is essentially adversarial, the inquisitorial powers of the presiding officer are greater.”

Die Strafproseswet maak dit ook in die volgende artikels duidelik dat die hof nie maar net as “passiewe skeidsregter” moet optree nie.²⁷ Artikel 60 bepaal dat waar die vraag na die moontlike vrylating van die beskuldigde nie deur die beskuldigde self of die aanklaer geopper word nie, moet die hof uit eie beweging van die beskuldigde verneem of hy of sy wil hê dat borgtog deur die hof oorweeg moet word. Die hof kan verder ingevolge a 60(2)(b) ten opsigte van 'n aangeleentheid wat nie tussen die beskuldigde en die aanklaer in geskil is nie, die inligting wat vir die beslissing of bevel ten opsigte van borgtog nodig is, op 'n informele wyse bekom. Ingevolge a 60(2)(d) moet die hof, waar die aanklaer nie borgtog ten opsigte van aangeleenthede in aa 60(11)(a) en 60(11)(b) bedoel, teenstaan nie, van die aanklaer vereis om redes waarom borg nie geopponeer word nie, op rekord te plaas. Artikel 60(11)(a)

²⁴ Kötz “The role of the judge in the court-room: the common law and civil law compared” 1987 TSAR 35.

²⁵ Sien aa 26, 27 en 28 van die Wet op Howe vir Kleineise, Wet 61 van 1984.

²⁶ *S v Dalmini*; *S v Dladla en ander*; *S v Joubert*; *S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) te 63 par 10.

²⁷ Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 5e (2001) 160.

handel oor die geval waar 'n beskuldigde aangekla word van 'n misdaad vervat in bylae 6 van die Strafproseswet terwyl a 60(11)(b) gaan oor 'n geval waar die beskuldigde van 'n misdaad vervat in bylae 5 aangekla word.²⁸

Wat getuienisvoorlegging betref, maak die Strafproseswet ook vir die volgende voorsiening:

Artikel 60(3) bepaal dat indien die hof van oordeel is dat hy nie betroubare of voldoende inligting of getuienis tot sy beskikking het nie of dat hy sekere belangrike inligting om 'n borgaansoek te beslis kortkom, kan die hof gelas dat sodanige inligting of getuienis voor die hof geplaas word. Die tradisionele adversatiewe reg van die partye om selektief te wees in die aanbieding van feite ter ondersteuning van hul onderskeie bewerings, word dus duidelik deur a 60(3) ingekort.²⁹

Uit die bogenoemde is dit dus duidelik dat daar in die geval van borgverrigtinge, van die normale akkusatoriale stelsel wat gewoonlik in die Suid-Afrikaanse howe gevolg word, afgewyk word ten gunste van 'n meer inkwisitoriale proses.

1 5 ONDUIDELIKHEDE OOR DIE AARD VAN BORGVERRIGTINGE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Tans is daar geen eenstemmigheid oor die aard van borgverrigtinge nie. Hierdie punt van konflik is duidelik te bespeur in *S v Maki*³⁰ waarin dit gegaan het oor die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis by borgverrigtinge. Froneman R was van mening dat borgverrigtinge as siviele verrigtinge eerder as strafregtelik gesien moet word. Hy tref hierdie onderskeid vir doeleindes van a 3 van die Wysigingswet op die Bewysreg, 45 van 1988 wat die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis by strafregtelike sowel as siviele verrigtinge reguleer. Op grond van hierdie punt, argumenteer hy dat hoorsêgetuienis by borgverrigtinge toelaatbaar is. Ter staving van sy standpunt verwys Froneman R na *S v Hlongwa*³¹ en *S v Pienaar*³² waarin bevind is dat 'n borgaansoek nie "strafregtelike verrigtinge" binne die betekenis van a 1(1) van die Strafproseswet is nie.

²⁸ Sien Hoofstuk 6 in hierdie verband.

²⁹ Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 5e (2001) 160.

³⁰ 1994 (2) SASV 630 (OK) 634.

³¹ 1997 (4) SA 112 (D) 113.

³² 1992 (1) SASV 179 (W) 18 te 180f.

In *S v Hlongwa*³³ waar dit gegaan het oor die toelaatbaarheid van die beskuldigde se vorige veroordelings by die borgaansoek, regverdig Howard R die toelaatbaarheid van sulke getuïenis soos volg:

“I do not think that an application for bail constitutes ‘criminal proceedings in respect of any offence’ as envisaged by s 211. The trial of an accused person is obviously a criminal proceeding in respect of an offence, and the meaning of ‘criminal proceedings’ has also been extended by the definition in s 1(1)(iv) to include a preparatory examination. If the Legislature intended the expression to cover bail applications as well it would have been a simple matter to refer to such applications in the definition...”

Botha R se uitspraak in *S v Pienaar*²³ is in dieselfde trant:

“Although a bail application may be interlocutory to, related to or ancillary to a criminal proceeding, I do not think it is a criminal proceeding. It is not a proceeding directed by the state against an accused in order to secure his conviction and punishment”

Schmidt³⁵ steun die standpunt wat gehuldig is in die bogemelde twee uitsprake. Hy wys verder daarop dat hoewel borgverrigtinge van die wesenskenmerke van siviele verrigtinge bevat, dit ook nie as suiwer sivilereglik geklassifiseer kan word nie. Dit kan wel in wese as geregtelike verrigtinge geklassifiseer word soos duidelik uit Froneman R se uitspraak in *S v Maki*³⁶ afgelei kan word. Schmidt wys daarop dat die prosedure plaasvind binne ‘n geregshof en dat die beslissing van die voorsittende beampte daarop gemik is om uitsluitel in ‘n geding tussen die staat en ‘n individu te gee rakende sy of haar fundamentele reg op vryheid hangende die aanvang en afhandeling van strafregtelike verrigtinge teen hom of haar. Hy kom tereg tot die gevolgtrekking dat borgverrigtinge eerder as ‘n eiesoortige tipe geregtelike verrigting beskou moet word.³⁷

³³ 1997 (4) SA 112 (D) 113 te 114E–H.

³⁴ Froneman R verwys in *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) na Van der Berg se stelling in *Bail – A Practitioner's Guide* 1e (1986) 86-88.

³⁵ Schmidt *Bewysreg* 4e (2000) 87.

³⁶ 1994 (2) SASV 630 (OK) 634.

³⁷ Schmidt *Bewysreg* 4e (2000) 88.

Hierteenoor is Van der Berg³⁸ ten gunste van die siening dat borgverrigtinge tog as strafregtelike verrigtinge gesien moet word en dat die reëls van die bewysreg dienooreenkomstig toegepas moet word.³⁹ Volgens hom is die definisie van strafregtelike verrigtinge nie van veel nut by die bepaling van die aard van borgverrigtinge nie. Dit verklaar bloot kripties dat voorlopige ondersoeke ingesluit word. Dit beteken volgens hom egter nie dat borgverrigtinge eksplisiet van hierdie definisie uitgesluit word nie. Die rede waarom die wetgewer spesifiek van voorlopige ondersoeke melding gemaak het is omdat daar by sulke ondersoeke nie van die hof verwag word om uitspraak te lewer nie en omdat sulke verrigtinge nie werklik adversatief van aard is nie. Borgverrigtinge aan die ander kant is soortgelyk aan die verhoor, daar word van die hof verwag om uitspraak te lewer asook 'n diskresionêre bevel te maak wat die regte van die beskuldigde direk raak.⁴⁰ Van der Berg⁴¹ argumenteer verder dat borgverrigtinge ook nie administratiefregtelik van aard is nie. Hy wys daarop dat borgverrigtinge voor die Direkteur van openbare vervolgings en polisieborg, wel administratiefregtelik van aard is en daarom nie binne die definisie van strafregtelike verrigtinge tuisgebring kan word nie. Borgaansoeke voor 'n geregshof is egter duidelik nie administratiefregtelik van aard nie aangesien dit nie voor 'n administratiewe tribunaal of kwasi-regterlike tribunaal geskied nie. Hy regverdig hierdie argument deur te verwys na aa 50(6) en 60(1) van die Strafproseswet wat elk verwysings bevat na die reg van die beskuldigde om voor 'n *geregshof* gebring te word vir doeleindes van 'n borgaanzoek. Ter stawing van sy siening dat borgverrigtinge wel strafregtelik van aard is, voer hy ook aan dat indien dit nie die geval is nie, die beskuldigde glad nie 'n reg op regsverteenvoordinging, soos vervat in a 35(3) van die Grondwet, by die aanhoor van sy borgaanzoek sal hê nie, aangesien die wet slegs voorsiening maak vir so 'n reg by strafregtelike verrigtinge. In dieselfde trant is die bepaling in verband met die ontoelaatbaarheid van irrelevante getuienis by strafregtelike verrigtinge, ook duidelik van toepassing op borgverrigtinge.⁴² Daar kan egter nie met hierdie standpunt saamgestem word nie. Hoewel a 35(3) slegs van toepassing is op strafregtelike

³⁸ Froneman R verwys in *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) na Van der Berg se stelling in *Bail – A Practitioner's Guide* 1e (1986) 86-88.

³⁹ *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) 634.

⁴⁰ Van der Berg *Bail – A Practitioner's Guide* 2e (2001) 80.

⁴¹ Van der Berg *Bail – A Practitioner's Guide* 2e (2001) 79.

⁴² Van der Berg *Bail – A Practitioner's Guide* 2e (2001) 80.

verrigtinge geld die reg op 'n billike proses by borgverrigtinge wel uit hoofde van a 34 van die Grondwet wat duidelik ook die reg op regsverteenvoording insluit.⁴³

Dennis⁴⁴ sê dat daar nie een universele stel reëls van die bewysreg bestaan wat op alle prosedures van toepassing is nie, maar eerder 'n aantal verskillende stelle reëls. Die inhoud van die reëls verskil aan die hand van die spesifieke prosedure waarop dit van toepassing is asook die doel van die prosedure. Ten einde die verskillende stelle reëls van die bewysreg te illustreer, vind hy dit nodig om tussen siviele en strafregtelike prosedures te onderskei. Die verskille tussen die twee prosedures is onder andere geleë in die aard van die bewyslas, die toelaatbaarheid van hoorsêgetuïenis en die regterlike diskresie om relevante getuïenis uit te sluit. Die reëls met betrekking tot getuïenis in strafsake is baie meer omslagtig as in die geval van siviele aangeleenthede. Siviele aangeleenthede word ook weer onderling verdeel en verskillende reëls van die bewysreg is weer van toepassing op elk na aanleiding van die doel van die betrokke prosedure. 'n Voorbeeld hiervan is verrigtinge voor administratiewe tribunale in teenstelling met gewone siviele verrigtinge. Die reëls met betrekking tot getuïenis word hier grootliks bepaal deur wetgewing wat dikwels aan die tribunaal die mag gee om self die nodige reëls neer te lê. Daar moet dus na die aard en doel van borgverrigtinge gaan kyk word ten einde te bepaal watter reëls van die bewysreg van toepassing is op die betrokke prosedure.

Die onsekerheid rondom hierdie kwessie veroorsaak verskeie praktiese probleme, veral op die gebied van die toelaatbaarheid van getuïenis. Ten einde die regte van die beskuldigde in die voorverhoorstadium na behore te beskerm, is dit van kardinale belang om hierdie probleem aan te spreek. Die vraag ontstaan dus wat die aard van borgverrigtinge in werklikheid is en waarom die reëls van die bewysreg hier verslap word. 'n Verdere vraag ontstaan rondom die mate waarin die reëls van die bewysreg met betrekking tot borgverrigtinge die fundamentele regte van die beskuldigde beskerm.

1 6 DOEL EN VERONDERSTELLING VAN DIE TESIS

Die doel van hierdie tesis is om 'n sistematiese analise van die aard van borgverrigtinge te doen en die onsekerhede rondom die toepassing van die reëls van die bewysreg op hierdie gebied op te klaar. Die waarde hiervan is dat 'n wyse gevind kan word om die regte van die

⁴³ Sien in hierdie verband 4 4.

⁴⁴ Dennis *The Law of Evidence* (1999) 13.

individu beter te beskerm en om probleme rondom bewysregtelike aspekte in borgverrigtinge op te los.

Die veronderstelling van die studie is dat borgverrigtinge 'n *sui generis* proses is, dit wil sê dat dit nie tuisgebring kan word onder òf strafregtelike verrigtinge òf siviele verrigtinge nie. Om die reëls van die bewysreg by borgverrigtinge as 'n blote verslapping van die gewone reëls van die bewysreg te sien, los nie onduidelikhede op hierdie gebied van die reg op nie. Die moontlikheid bestaan ook dat daar 'n aparte stel reëls is wat geskoei is op die bestaande reëls van die bewysreg.

1 7 WAARDE

Die waarde van die studie sal wees om 'n bruikbare ontleding van die bestaande bewysregreëls in borgverrigtinge te doen en 'n kritiese perspektief te stel. Soos hierbo gemeld, is die hoofwaarde van die studie egter die feit dat dit die beskerming van die regte van die individu sal bevorder.

1 8 VOORSKOU

In hoofstuk twee sal die toepassing van die relevantheidsgrondreël by borgverrigtinge ondersoek word. Hoofstuk drie sal betrekking hê op die toelaatbaarheid van hoorsêgetuieis by borgverrigtinge. In hoofstuk vier word kwessies rakende dossierprivilegie behandel. In hoofstuk vyf word daar op die toepassing van die aanbrengrersprivilegie by borgverrigtinge gefokus. Hoofstuk ses handel oor die borgapplikant se privilegie teen selfinkriminasie. Die sewende kwessie wat in verband met borgverrigtinge in die studie ondersoek word, is die ligging van bewyslas by borgverrigtinge. Dit word in hoofstuk sewe gedoen. Hoofstuk agt bevat 'n opsomming van sowel bevindings as aanbevelings.

HOOFTUK 2

DIE REËLS VAN DIE BEWYSREG BY BORGVERRIGTINGE

2 1 INLEIDING

Die streng reëls van die bewysreg is geleidelik verslap vir doeleindes van borgverrigtinge.⁴⁵ Aanduidings hiervan is onder andere die feit dat hoorsêgetuïenis makliker toegelaat word en dat *ex parte*-verklarings en sekere opiniegetuïenis ontvang mag word. Die verklaring hiervoor is skynbaar geleë in die aard van borgverrigtinge. Soos reeds in hoofstuk 1 vermeld, hang die wyse waarop getuïenis in borgverrigtinge gelewer behoort te word en die getuïenis wat toelaatbaar is in sodanige verrigtinge, ten nouste saam met die aard van die betrokke verrigtinge. Vervolgens sal die toelaatbaarheid van sekere getuïenis by die borgeansoek asook die wyse waarop dit aangebied behoort te word, bespreek word.

2 1 1 Die relevantheid van getuïenis

Getuïenis moet toelaatbaar wees alvorens dit voor die hof geplaas kan word. Die belangrikste reël van toelaatbaarheid is dat die getuïenis relevant moet wees. Oor die algemeen is relevante getuïenis dan ook toelaatbaar. Thayer stel die basis van die verband tussen toelaatbaarheid en relevantheid van getuïenis soos volg:

"...[W]ithout any exception, nothing which is not, or is not supposed to be, logically relevant is admissible; and...subject to many exceptions and qualifications, whatever is logically relevant is admissible..."⁴⁶

Volgens Van Wyk is getuïenis relevant as dit oor die vermoë beskik om die bestaan van feite in geskil meer of minder waarskynlik te maak.⁴⁷ Stephen gee die volgende formulering van die inhoud en betekenis van relevantheid:

"The word 'relevant' means that any two facts to which it is applied are so related to each other that according to the common course of events one either taken by itself or in connection with other facts proves or renders probable the past, present, or future existence or non-existence of the other."⁴⁸

⁴⁵ Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek 5e* (2001) 160.

⁴⁶ Thayer *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1969) 226.

⁴⁷ Van Wyk "Juridiese relevantheid en toelaatbaarheid" (1978) THRHR 175 179.

⁴⁸ Stephen *A digest of the Law of Evidence* 12e (1914) a1.

Artikel 210 van die Strafproseswet⁴⁹ bepaal dat:

“Geen getuienis betreffende 'n feit, aangeleentheid of saak is toelaatbaar wat irrelevant of van geen wesenlike belang is nie en wat nie kan bydra tot die bewys of teenbewys van 'n punt of feit wat in strafregtelike verrigtinge in geskil is nie.”

Die Wet op Bewyslewering in Siviele Sake⁵⁰ bevat 'n soortgelyke bepaling in a 2.

2 1 2 Redes waarom irrelevante getuienis uitgesluit word⁵¹

Die hof se tyd en koste verbonde aan die proses kan nie gemors word deur die aanhoor van irrelevante getuienis nie. Irrelevante getuienis kan lei tot vertroebeling van die geskilpunte. Dit is verder onwenslik dat die hof moet beslis oor sydelingse geskilpunte. Irrelevante getuienis belemmer ook die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor soos vervat in a 35 van die Grondwet,⁵² aangesien die beskuldigde slegs voorbereid sal wees op relevante getuienis. Murphy⁵³ stel dit soos volg:

“The purpose of evidence being to demonstrate to the court the truth or probability of the facts upon which the success of the party's case depends in law, it follows that evidence must be confined to the proof of facts which are required for that purpose. The proof of supernumerary or unrelated facts will not assist the court, and may in certain cases prejudice the court against a party, while having no probative value on the issue actually before it.”

2 2 FAKTORE WAT IN GEDAGTE GEHOU MOET WORD BY DIE BEPALING VAN DIE JURIDIESE RELEVANTHEID VAN GETUIENIS

Van der Merwe wys op die feit dat die relevantheid van getuienis nie in 'n vakuum beoordeel kan word nie. Die aard en omvang van die feitelike en juridiese dispuut voor die hof moet in ag geneem word.⁵⁴ In *Lloyd v Powel Duffryn Steam Coal Co Ltd*⁵⁵ is gesê dat die eerste vraag wat gevra moet word ten einde die relevantheid van getuienis te beoordeel, is

⁴⁹ Wet 51 van 1977.

⁵⁰ Wet 25 van 1965.

⁵¹ Sien in hierdie verband Murphy *A Practical Approach to Evidence* 4e (1992) 8.

⁵² Wet 108 van 1996.

⁵³ Murphy *A Practical Approach to Evidence* 4e (1992) 8.

⁵⁴ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 47.

⁵⁵ 1914 AC 733, 738.

wat die geskilpunt is wat voor die hof dien. Daar moet verder gevra word of daar 'n redelike afleiding uit die getuienis gemaak kan word, dit wil sê die potensiele gewig van die getuienis moet vasgestel word. In *R v Mpanza*⁵⁶ is die volgende gesê:

“[F]acts...are relevant if from their existence inferences may properly be drawn as to the existence of the fact in dispute.”

Om te bepaal of daar 'n redelike afleiding uit die getuienis gemaak sal kan word, moet die hof 'n voorlopige evaluasie van die betrokke getuienis maak. Daar moet tog 'n aanduiding wees dat die getuienis, indien toegelaat, vir die hof van redelike waarde sal wees by sy uiteindelijke feitebevindingstaak.⁵⁷

By die bepaling van die relevantheid van getuienis moet die hof ook die moontlikheid in gedagte hou dat die toelating van die betrokke getuienis kan lei tot 'n uitgebreide ondersoek na vele kollaterale geskilpunte wat, wanneer dit wel ondersoek is, vir die hof van geen of min waarde sal wees vir die beoordeling van die geskilpunte.⁵⁸

Getuienis waarvan die bewyswaarde baie kleiner is as die nadeel wat dit vir die teenparty inhou, behoort ook nie toegelaat te word nie.⁵⁹ Die presedenteleer kan ook die relevantheid van getuienis aantoon maar kan nie die finale gewig daarvan bepaal nie. Tog verskil die feite van saak tot saak en moet die presedenteleer liefers as riglyne by die bepaling van relevantheid gebruik word. Skadelose irrelevante getuienis behoort nie sonder meer uitgesluit te word nie. 'n Getuie moet binne perke toegelaat word om getuienis so volledig moontlik te lewer.

2 3 RELEVANTE GETUIENIS BY 'N AANSOEK OM BORGT OG

Met oorweging van die doel en aard van borgverrigtinge en die delikate balans wat gehandhaaf moet word tussen die individuele vryheid van die beskuldigde en die handhawing van die regsorde, is dit duidelik dat die enigste kwessie wat die hof moet oorweeg, is of die weiering van die borgaansoek onregverdig sal wees omdat so 'n weiering onnodig is en aan die ander kant of so 'n weiering nodig sal wees ten einde die regsorde te beskerm ongeag die invloed daarvan op die beskuldigde se vryheid.⁶⁰ Ten einde hierdie kwessie te beoordeel moet

⁵⁶ 1915 AD 348, 352.

⁵⁷ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 48.

⁵⁸ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 49.

⁵⁹ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 51.

⁶⁰ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 95.

die hof die risiko's betrokke by die vrylating van die beskuldigde op borgtog, oorweeg. Hierdie risiko's is deur die wetgewer in a 60(4)(a)-(e) van die Strafproseswet vervat.⁶¹ Soos reeds in hoofstuk een genoem, bepaal a 35 van die Grondwet dat elke persoon wat gearresteer is weens 'n beweerde oortreding, die reg het om behoudens sekere voorwaardes, uit aanhouding vrygelaat te word indien dit in die belang van geregtigheid is. Die hoofoorweging hier is dus of die toestaan van borgtog in 'n spesifieke geval in belang van geregtigheid sal wees.

2 3 1 Die inhoud en betekenis van “die belang van geregtigheid”

Die begrip “belang van geregtigheid” in die konteks van borgverrigtinge is in a 25(2)(d) van die Oorgangsgrondwet⁶² gebruik. Die artikel het bepaal dat elke gearresteerde persoon die reg het om vrygelaat te word uit aanhouding tensy die belang van geregtigheid anders vereis. Hierdie bepaling is opgeneem in die 1995 Wysigingswet van die Strafproseswet.⁶³ Artikel 35(1)(f) van die Oorgangsgrondwet is deur a 25(2)(d) van die 1996 Grondwet vervang. Alhoewel die begrip nie in a 25(2)(d) van die Oorgangsgrondwet gedefinieer is nie, is daar in die *De Kock*⁶⁴-uitspraak gesê dat dié begrip op die gewone oorwegings wat by borgverrigtinge in ag geneem word dui. Southwood R wys ook in bogenoemde saak daarop dat die begrip nie iets nuut in die Suid-Afrikaanse reg is nie. Ter staving van sy stelling verwys hy na die volgende uitsprake:

In *McCarthy v R*⁶⁵ waar Innes R die volgende gesê het :

“The court is always desirous that an accused should be allowed bail if it is clear that the interests of justice will not be prejudiced thereby, more particularly if it thinks upon the facts before it that he will appear to stand trial in due course.”

In *S v Smith en andere*⁶⁶ het Harcourt R die volgende gesê:

“The general principles governing the grant of bail are that, in exercising the statutory decision conferred upon it, the Court must be governed by the foundational principle which is to uphold the interest of justice; the Court will

⁶¹ Sien in hierdie verband 2 4 2–2 4 6.

⁶² Wet 200 van 1993.

⁶³ Wet 75 van 1995.

⁶⁴ *S v De Kock* 1995 (1) SASV 299 (T).

⁶⁵ 1906 TS 657 op 659.

⁶⁶ 1969 (4) SA 175 (N) op 177E-F.

always grant bail where possible, and will lean in favour of, and not against, the liberty of the subject, provided that it is clear that the interests of justice will not be prejudiced thereby.”

Die betrokke begrip is ook nie in die finale Grondwet⁶⁷ gedefinieer nie. Artikel 60(1)(a) van die Strafproseswet bepaal soos volg:

“n Beskuldigde wat ten opsigte van 'n misdryf in bewaring is, is behoudens die bepalinge van artikel 50(6) geregtig om op enige stadium voor sy of haar skuldigbevinding ten opsigte van sodanige misdryf op borgtog vrygelaat te word, indien die hof oortuig is dat die belang van geregtigheid dit toelaat.”

Artikel 60(4) van die Strafproseswet gee wel ‘n aanduiding van wat die begrip beteken. Artikel 60(4) bepaal dat die belang van geregtigheid nie die vrylating uit aanhouding van die beskuldigde sal toelaat waar een of meer van die volgende gronde vasgestel is nie:

- (a) Waar daar die waarskynlikheid is dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die veiligheid van die publiek of enige bepaalde persoon in gevaar sal stel of dat hy of sy ‘n Bylae 1-misdryf sal pleeg; of
- (b) waar daar die waarskynlikheid is dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, sal poog om sy of haar verhoor te ontduik; of
- (c) waar daar die waarskynlikheid is dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, sal poog om getuies te beïnvloed of te intimideer of om getuienis te verberg of te vernietig; of
- (d) waar daar die waarskynlikheid is dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die oogmerke of die behoorlike funksionering van die strafregstelsel, met inbegrip van die borgstelsel, sal ondermyn of in gevaar stel;
- (e) waar in buitengewone omstandighede die waarskynlikheid is dat die vrylating van die beskuldigde die openbare orde sal versteur of die openbare vrede of sekerheid sal ondermyn.

Die gronde uiteengesit in die betrokke artikel vorm egter nie ‘n *numerus clausus* nie.⁶⁸ Dit is dikwels die kumulatiewe effek van 'n hele aantal oorwegings wat die risiko van borgverlening te swaar teen die beskuldigde laat weeg. In ander omstandighede kan slegs een faktor genoegsaam wees ten einde die weiering van borgtog te regverdig.⁶⁹

⁶⁷ Wet 108 van 1996.

⁶⁸ *S v Mbele en ander* 1996 (1) SASV 212 (W) 242b.

⁶⁹ Nel *Borgtoghandleiding* (1987) 70.

Die wetgewer gebruik nie deurlopend dieselfde terminologie nie. In aa 60(1), 60(11) en 60(12) word dieselfde term as in a 35(1)(f) van die Grondwet gebruik. In *S v Dlamini*⁷⁰ wys die hof daarop dat die wetgewer in a 60(4), 60(9) en 60(10) iets nader aan die konvensionele konsep van openbare belang of die belang van die staat wat die samelewing verteenwoordig, bedoel het. In paragraaf 48 van die uitspraak het die Konstitusionele Hof die volgende standpunt gehuldig:

“...[T]hat must also be the sense in which ‘the interest of justice’ concept is used in ss (4). That subsection actually forms part of a functional unit with ss (9) and (10). Between them they provide the heart of the evaluation process in a bail application, ss (9) being predominant. If it is read first and ‘the interest of justice’ bears the same narrow meaning akin to ‘the interest of society’ (or the interest of justice minus the interest of the accused), the interpretation of the three subsections falls neatly into place. The opening words of ss (9) (‘in considering the question in ss (4)’) refers to the question whether bail should be refused. That question, so the presiding officer is told, is to be answered by weighing up the societal interest listed in ss (4) and detailed in ss (5) to (8A) against the personal interest adverted in ss (9). And whatever the parties may contend, ss (10) obliges the presiding officer to ultimately assume responsibility for that evaluation.”

In die betrokke saak het die hof na die grondwetlikheid van die volgende bepalings van a 60(4)⁷¹ gaan kyk:

“Die weiering om borgtog toe te staan... is in belang van geregtigheid waar een of meer van die volgende gronde vasgestel word...”

Kriegler R het ook verder in paragraaf 43 van die uitspraak gesê:

“Such guidelines are not interference by the Legislature in the exercise of the judiciary's adjudicative functions; they are a proper exercise by the Legislature of its functions, including the power and responsibility to afford the judiciary guidance where it regards it as necessary. What is more, it is not only a proper exercise of legislative power, but a very welcome one. Here, in conveniently tabulated form, the CPA now first provides (in s 60(4)(a) to (e)) a checklist of the main criteria to be considered against the grant of bail and then proceeds (in ss (5)

⁷⁰ 1999 (2) SASV 51 (KH).

⁷¹ Soos voor die wysiging deur Wet 62 van 2000.

to (8A)) to itemise considerations that may go to make up those criteria. Then in ss (9) it provides a list of personal criteria pointing towards the grant of bail.”

Die hof het dus tot die gevolgtrekking gekom dat die bepaling nie ongrondwetlik is nie omrede dit nie inbreuk maak op die hoër se magte, soos verskans in die Grondwet, om oor die kwessie van borgtog te beslis nie. Volgens die Konstitusionele Hof moet hierdie bepaling saam met die res van a 60 gelees word, waaruit dit duidelik afgelei kan word dat a 60(4) nie die hof dwing om tot 'n kunstmatige gevolgtrekking te kom nie.⁷²

Die gronde in aa 60(4)(a) tot 60(4)(e) moet beoordeel word aan die hand van verskeie riglyne wat in aa 60(5) tot 60(9) geïdentifiseer is.⁷³ Vervolgens sal elk van die faktore wat die hof in oorweging moet neem by die beoordeling van 'n borgaansoek bespreek word.

2 3 2 Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die veiligheid van die publiek of enige bepaalde persoon in gevaar sal stel of dat hy of sy 'n Bylae 1-misdryf sal pleeg⁷⁴

In *S v Petersen*⁷⁵ het die hof daarop gewys dat die oogmerk van borg is om so min moontlik inbreuk op die regmatige aktiwiteite van die beskuldigde te maak. Daar word egter 'n punt bereik waar die belang van geregtigheid nieteenstaande hierdie belange van die beskuldigde, vereis dat borgtog nie aan die wettelose individu toegestaan moet word nie. Die belang van geregtigheid weeg hier dus swaarder as dié van die beskuldigde.

Waar die moontlikheid bestaan dat die beskuldigde verdere misdade sal pleeg terwyl hy vrygelaat is op borgtog, is dit in sekere gevalle in die belang van geregtigheid dat die hof borgtog weier.⁷⁶ Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die hof vasgestel het dat die beskuldigde 'n besondere geneigdheid toon om 'n sekere misdaad te pleeg. Van der Berg wys daarop dat die betrokke geneigdheid verband moet hou met misdade wat inherent skadelik kan wees vir die openbare veiligheid en sal meestal beperk word tot ernstige geweldsmisdade.⁷⁷ In die beoordeling van die moontlikheid dat die beskuldigde indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die veiligheid van die publiek of 'n bepaalde persoon in gevaar

⁷² 1999 (2) SASV 51 (KH).

⁷³ Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 5e (2001) 151.

⁷⁴ Artikel 60(4)(a).

⁷⁵ 1992 (2) SASV 52 (K).

⁷⁶ *S v Patel* 1970 (3) SA 565 (W), *S v Ho* 1979 (3) SA 734 (W).

⁷⁷ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 95.

sal stel, is die motief agter die misdaad waarvan die beskuldigde aangekla is, uiters relevant.⁷⁸

In *S v Dlamini*⁷⁹ het die Konstitusionele Hof die volgende oor hierdie risiko's gesê:

“Less obviously, but nonetheless constitutionally acceptable, a risk that the detainee will commit a fairly serious offence can be taken into account. The important proviso throughout is that there has to be a likelihood, ie a probability, that such risk will materialise. A possibility or suspicion will not suffice. At the same time, a finding that there is indeed such likelihood is no more than a factor, to be weighed with all others, in deciding what the interests of justice are...”

Hierdie oorwegings is deur die wetgewer in a 60(4)(a) van die Strafproseswet vervat. Die wetgewer sit ook addisionele oorwegings uiteen wat die hof kan help om te bepaal of sodanige risiko bestaan al dan nie. A 60(5) bepaal gevolglik dat:

“By die oorweging of die grond in subartikel (4)(a) vasgestel is kan die hof, waar toepaslik, die volgende faktore in ag neem, naamlik—

- (a) die mate van geweld teenoor ander wat implisiet is by die aanklag teen die beskuldigde;
- (b) enige dreigement van geweld wat die beskuldigde teenoor enige persoon mag geuiter het;
- (c) enige wrok wat die beskuldigde na bewering teenoor enige persoon koester;
- (d) enige geneigdheid tot geweld deur die beskuldigde soos blyk uit sy of haar vorige gedrag;
- (e) enige geneigdheid van die beskuldigde tot die pleeg van misdrywe in Bylae 1 bedoel, soos blyk uit sy of haar vorige gedrag ;
- (f) die algemeenheid van ‘n besondere tipe misdryf ;
- (g) enige getuienis dat die beskuldigde voorheen terwyl hy of sy op borgtog was, ‘n misdryf in Bylae 1 bedoel gepleeg het; of
- (h) enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in ag geneem behoort te word.”

Die doel van die wye bepaling wat in a 60(5)(h) ingesluit is, is deur Kriegler R in *S v Dlamini*⁸⁰ soos volg uiteengesit:

“Because we are dealing with optional criteria, it is logical that each of ss (5) to (8A), in spelling out the components of the criteria, appears at the end of each list of specific factors a deliberately vague hold-all provision permitting *any other*

⁷⁸ *S v Yanta* 2000 (1) SASV 237 (TK).

⁷⁹ 1999 (2) SASV 51 (KH) par 53.

⁸⁰ 1999 (2) SASV 51 (KH) 76c-e.

factor to be taken into account. A court is thus told that it may look beyond the listed factors and, even if it does find criteria (listed and/or unlisted), which could tilt the scales against bail, it must ultimately make its own evaluation. A permissive interpretation of ss (4) is therefore borne out by the very fact that the succeeding subsection is open-ended. For it would be pointless to lay down factors that *have* to be considered and then to tail off lamely with ‘any other factor’.”

Hoewel hierdie riglyne nie 'n *numerus clausus* daarstel nie, sal dit die hof tog 'n duidelike aanduiding gee van die hoofoorwegings by die beoordeling van so 'n risiko.

2 3 3 Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, sal poog om sy of haar verhoor te ontduik⁸¹

Die vraag of die beskuldigde vir sy of haar verhoor sal opdaag, is oor die algemeen sekerlik die belangrikste oorweging by die beoordeling van 'n borgaansoek.⁸² Van der Berg⁸³ noem nege faktore wat tradisioneel deur die hof oorweeg is by die beoordeling van hierdie risiko. Dit is: a) die erns van die aanklag; (b) die sterkte van die staat se saak teen die beskuldigde;⁸⁴ (c) die beskuldigde se mobiliteit en potensiële toegang om te reis;⁸⁵ (d) die moontlikheid dat die beskuldigde immuniteit in 'n ander land kan kry waarmee Suid-Afrika geen uitleweringsooreenkoms het nie;⁸⁶ (e) die risiko is besonder hoog waar die beskuldigde 'n buitelandse burger is;⁸⁷ (f) sy vorige veroordelings kan van so 'n aard wees dat die vrees vir 'n ernstige straf die risiko kan vergroot;⁸⁸ (g) indien die beskuldigde enige selfmoordneigings

⁸¹ Artikel 60(4)(b) van die Strafproseswet.

⁸² Sien in hierdie verband *Hafferjee v Rex* 1932 NPA 518 520, *Kok v Rex* 1927 NPA 267 270 asook *S v Vermaas* 1996 (1) SASV 528 (T).

⁸³ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 97.

⁸⁴ Sien in hierdie verband *De Jager v Attorney-General, Natal and others* 1967 (4) SA 143 (D).

⁸⁵ Sien in hierdie verband *S v Nichas en andere* 1977 (1) SA 257 (K) 263H-264A waar gesê is: “...both the appellants are directors of a shipping company and... they have numerous connections with the world of shipping. They are in a much better position than the average citizen to make arrangements to board a ship and abscond even though their passports have been impounded by the police...”

⁸⁶ Sien in hierdie verband *S v Mataboge en andere* 1991 (1) SASV 539 (B).

⁸⁷ Sien in hierdie verband *S v De Abreu* 1980 (4) SA 94 (W).

⁸⁸ Sien in hierdie verband *S v Berg* 1962 (4) SA 111 (O) 114F-G; *S v Human* 1990(2) SASV 155 (NC) asook *S v Nichas en andere* 1977 (1) SA 257 (K) 263G-H waar die hof gesê het:

toon sal dit raadsaam wees om nie borgtog toe te staan nie;⁸⁹ (h) die karakter van die beskuldigde; en (i) die beskuldigde se vorige gedrag terwyl vrygelaat op borgtog⁹⁰.

So is borgtog dan ook in *S v Price*⁹¹ geweier op grond van die erns van die aanklag, die feit dat die beskuldigde 'n *perigrinus* was en die ernstige vonnis wat hom opgelê kan word. Die hof het beslis dat die risiko van ontvlugting onder hierdie omstandighede te groot was en dat die aansoek om borg dus dienooreenkomstig van die hand gewys moet word.

Nel⁹² wys daarop dat hoewel die hof op die feite en omstandighede voor hom moet let, die toets hier objektief van aard is. Hy verwys in hierdie verband na *Queen v Botha*⁹³ waarin die hof gesê het:

“I don't say that it is impossible that they should appear if they were admitted to bail. A sensible man would appear, but there are circumstances showing that the present is a time when men are not always sensible or act sensibly, and there is evidence to show that the accused have not acted as sensible men have done.”

Die toets wat Hiemstra⁹⁴ voorstel is om te vra of 'n persoon van gemiddelde intelligensie sal verkies om 'n vlugteling te word met al die ontberinge daaraan verbonde, die risiko van 'n swaarder straf te dra en so sy eie saak te benadeel, eerder as om verhoor te word.

“...if there is a likelihood of heavy sentences being imposed the accused will be tempted to abscond.”

⁸⁹ Sien in hierdie verband *R v Conradie* 1907 TS 455, 461 waarin die hof gesê het:

“As regard taking into consideration the fact that the accused has already attempted to commit suicide. I am not prepared to say that the magistrate was not entitled to take that fact into consideration in determining the amount of bail. But it should not be taken in to consideration to such an extent as to practically deprive the prisoner of his right to be admitted to bail.”

⁹⁰ Jordaan AR het in *S v Botha* 2000 (2) SASV 201 (T) 208g-h die volgende stelling gemaak:

“Die beoordelaar van feite in 'n borgaansoek moet ideaal gesproke beklee wees met profetiese gawes. Dit moet bepaal word wat in die toekoms gaan gebeur. Gaan die beskuldigde sy verhoor staan en/of gaan hy met die ondersoek inmeng. Die feit dat hierdie gawe die gewone sterflinge ontbreek veroorsaak dat van hulpmiddele gebruik gemaak moet word. Die voor-die-hand-liggende hulpmiddels is die optrede van die beskuldigde in die verlede. Dit mag onder bepaalde omstandighede nadelige gevolge vir 'n beskuldigde inhou. In so 'n geval sal hy besef dat hy tot 'n groot mate die outeur van sy eie omstandighede is.”

⁹¹ 1973 (2) PH H22 (C)

⁹² Nel *Borgtoghandleiding* (1987) 72.

⁹³ 1899 EDC 109, 112.

⁹⁴ Hiemstra *Inleiding tot die Strafprosesreg* (1977) 131.

Hierdie toets kan steeds aangewend word onder a 60(4)(b) ten einde die risiko van ontvlugting te beoordeel.

Die wetgewer het die tradisionele faktore wat by die beoordeling van hierdie risiko deur ons houe oorweeg is, vervat in a 60(6) van die Strafproseswet. Dit is die volgende:

- “(a) die beskuldigde se emosionele, familie-, gemeenskaps- of beroepsgebondenheid met die plek waar hy of sy verhoor staan te word;
- (b) die bates waaroor die beskuldigde beskik en waar sodanige bates geleë is;
- (c) die vermoëns en reisdokumente waaroor die beskuldigde beskik wat hom of haar in staat mag stel om die land te verlaat;
- (d) die mate, indien enige, waarin die beskuldigde kan bekostig om borggeld wat vasgestel mag word, te verbeur;
- (e) die vraag of die beskuldigde se uitlewering geredelik bewerkstellig sal kan word indien hy of sy oor die grense van die Republiek sou vlug om sy of haar verhoor te probeer ontduik;
- (f) die aard en die erns van die aanklag waarop die beskuldigde tereg staan;
- (g) die sterkte van die saak teen die beskuldigde en die aansporing wat dit vir hom of haar mag wees om sy of haar verhoor te probeer ontduik;
- (h) die aard en erns van die straf wat waarskynlik opgelê sal word indien die beskuldigde aan die aanklag teen hom of haar skuldig bevind sou word;
- (i) die bindendheid en afdwingbaarheid van borgvoorwaardes wat opgelê mag word en die gemak waarmee sodanige voorwaardes verbreek kan word; of
- (j) enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in ag geneem behoort te word.”

Die bepalinge van a 60(6) voer dus nie nuwe oorwegings in nie en moet aan die hand van ons regspraak voor 21 September 1995 geïnterpreteer word.

2 3 4 Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, sal poog om getuies te beïnvloed of te intimideer of om getuienis te verberg of te vernietig⁹⁵

Die primêre belang by die beoordeling van hierdie risiko, is die behoorlike funksionering van die regspleging. Die korrekte benadering in die geval is om die vraag te oorweeg of daar 'n sterk moontlikheid bestaan dat die beskuldigde met staatsgetuienis sal inmeng.⁹⁶ Die howe sal hierdie rede as basis vir die weiering van borgtog, nie sonder motivering aanvaar nie. Indien daar getuienis is van daadwerklike inmenging met staatsgetuienis of pogings daartoe, maak dit vir die staat 'n sterk saak uit en sal borgtog gewoonlik geweier word.⁹⁷ Murray R het egter in *Maserow v Attorney-General and another*⁹⁸, beslis dat dit nie altyd vir die staat nodig is om daadwerklike inmenging of poging daartoe te bewys nie. Hierdie siening is in verskeie daaropvolgende uitsprake gehuldig.⁹⁹ Die staat se vrese vir regsverdeling moet egter steeds goed gemotiveerd wees.¹⁰⁰

In *R v Mtatsala*¹⁰¹ het Lewis R die bewysstandaard waaraan die staat moet voldoen in opponering van 'n borgeansoek op grond van hierdie oorweging, soos volg uiteengesit:

“Had the Solicitor-General in this case stated that from information in his position he had reason to believe that the applicants would abscond, as was done in *Perkins's* case or had placed credible evidence before the Court to show that the applicants, if allowed bail, would be likely to abscond or tamper with witnesses, as was done in *Lee's* case, even though on grounds of public policy he felt unable to disclose the names of his informants, it is possible that the Court would not have granted bail. But nothing of this sort has been done in this case. The attitude of the Solicitor-General in these applications for bail is always entitled to receive and does receive the careful consideration of the Court. But it is not conclusive or binding on the Court, still less in a case such as this where the Crown has not and

⁹⁵ Artikel 60(4)(c) van die Strafproseswet.

⁹⁶ *S v Bennett* 1976 (3) SA 652 (C) 655.

⁹⁷ Nel *Borgtoghandleiding* (1987) 72.

⁹⁸ 1941 WPA 43.

⁹⁹ Sien in hierdie verband *Sesedi and others v Attorney-General, Cape Province* 1962 (2) PH H 175 asook *Dawids and others v Attorney-General, Cape Province* 1943 (1) PH H 46.

¹⁰⁰ *Ex parte Qutani* 1946 ODP 173.

¹⁰¹ 1948 (2) SA 585 (OK) 592.

admittedly can not put before the court any information or facts in support of its contention that the applicants, if granted bail, are likely to abscond.”

Van der Berg identifiseer ses faktore wat tradisioneel deur ons howe oorweeg is ten einde hierdie risiko te beoordeel.¹⁰² Die hof sal eerstens gaan kyk of die beskuldigde reeds daadwerklik ingemeng het met staatsgetuie. Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die beskuldigde dreigemente aan staatsgetuies gemaak het of staatsgetuies beïnvloed het om hul getuie te verander.¹⁰³

Tweedens sal die hof ook na die beskuldigde se verlede gaan kyk om te bepaal of hy ook in vorige sake met staatsgetuies ingemeng het. Dertens, in die afwesigheid van faktore een en twee, sal goed gegronde vrese dat die beskuldigde wel met staatsgetuies mag inmeng genoegsaam wees om die vrylating van die beskuldigde op borgtog te verhoed. In *S v Barber*¹⁰⁴ het die hof daarop gewys dat indien ‘n borgaanzoek op hierdie grond teengestaan word, die vrees vir sodanige inmenging gerugsteun moet wees deur daadwerklike getuie en dat:

“...the proper approach would be that, unless the state can say that there is a real risk that (the accused) *will*, not merely *may*, interfere, there does not appear...to be a reasonable possibility of such interference.”

Vierdens kan die hof na die beskuldigde se posisie gaan kyk. Van der Berg wys daarop dat dit nie net relevant en verkieslik is om te bepaal of die beskuldigde ‘n persoon is wat homself sal weerhou daarvan om staatsgetuies te beïnvloed wanneer hy met hulle in aanraking kom nie, maar dat dit ook nodig is vir die hof om te gaan kyk na die geleentehede wat daar vir die beskuldigde bestaan om dit te doen.

In die vyfde plek kan die hof gaan kyk na die posisie van die beskuldigde ten einde sy vatbaarheid vir suggesties en negatiewe beïnvloeding te beoordeel. Faktore soos die familie verband tussen die beskuldigde en die getuie,¹⁰⁵ die feit dat die getuie ‘n kind¹⁰⁶ of ‘n werknemer¹⁰⁷ van die beskuldigde is, is hier relevant. Die aanwesigheid van so ‘n verband tussen die beskuldigde en die getuie beteken egter nie dat borgtog nooit in so geval

¹⁰² Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 100.

¹⁰³ Sien in hierdie verband *S v Phasoane* 1933 TPD 405 en *Ex parte Nkete* 1937 EDL 231.

¹⁰⁴ 1979 (4) SA 215 (D) 55.

¹⁰⁵ *R v Salzwedel* 1933 (2) PH H187 (E); *Schutte v Attorney – General* 1941 (1) PH H82 (T).

¹⁰⁶ *S v Ntuli* 1959 (2) PH H294 (N).

¹⁰⁷ *S v Gillham* 1967 (2) PH H298 (D).

toegestaan behoort te word nie.¹⁰⁸ Die hof moet al die faktore oorweeg alvorens ‘n besluit in hierdie verband geneem word.

In die sesde plek kan die hof ook gaan kyk na hoe ver daar met die ondersoek gevorder is. Waar die getuies nog nie verklarings afgelê het nie, is die risiko vanselfsprekend groter as in gevalle waar die getuies hulle reeds verbind het deur middel van hulle verklarings aan die polisie.

Die volgende faktore is in a 60(7) uiteengesit om die hof te help om die risiko na behore te evalueer:

- “(a) die feit dat die beskuldigde kennis dra van die identiteit van getuies en van die getuienis wat hulle teen hom of haar kan aflê;
- (b) of die getuies alreeds verklarings afgelê het en ingestem het om te getuig;
- (c) of die ondersoek teen die beskuldigde alreeds afgehandel is;
- (d) die beskuldigde se verhouding met die onderskeie getuies en in watter mate hulle beïnvloed of geïntimideer kan word;
- (e) hoe doeltreffend en afdwingbaar borgvoorwaardes wat kommunikasie tussen die beskuldigde en getuies verbied, waarskynlik sal wees;
- (f) of die beskuldigde toegang het tot bewysmateriaal wat by sy of haar verhoor aangebied staan te word;
- (g) die gemak waarmee die bewysmateriaal verberg of vernietig kan word; of
- (h) enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in ag geneem behoort te word. “

2 3 5 Die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die oogmerke of die behoorlike funksionering van die strafregstelsel, met inbegrip van die borgstelsel, sal ondermyn of in gevaar stel¹⁰⁹

Artikel 60(8) van die Strafproseswet sit die volgende faktore uiteen wat die hof in gedagte moet hou by die beoordeling van hierdie risiko:

- “(a) die feit dat die beskuldigde, wetend dat dit vals is, vals inligting verskaf het op die tydstip van sy of haar inhegtenisneming of gedurende borgverrigtinge;”

Vir doeleindes van hierdie subartikel, sal vals inligting met betrekking tot die aansoeker se identiteit en woonadres uiters relevant wees.¹¹⁰

¹⁰⁸ *R v Kok* 1927 NPD 267.

¹⁰⁹ Artikel 60(4)(d) van die Strafproseswet.

“(b) of die beskuldigde in bewaring is op 'n ander aanklag en of die beskuldigde op parool is;”

Subartikel 60(8)(b) moet met versigtigheid bejeën word. 'n Beskuldigde moet nie sy reg om op borgtog vrygelaat word ontsê word bloot op grond van sy vorige gedrag nie. Die aard van die aanklagte wat ter sprake is sal deurslaggewend wees en die betrokke subartikel moet in die lig van die bepalings van a 60(5)(a) tot 60(5)(g) geïnterpreteer word.¹¹¹

“(c) enige vorige versuim aan die kant van die beskuldigde om borgvoorwaardes na te kom of enige aanduiding dat hy of sy nie enige borgvoorwaardes sal nakom nie; of...”

Alvorens borgtog op grond van hierdie oorweging geweier kan word, moet dit vir die hof duidelik wees dat die beskuldigde grof nalatig of met opset versuim het om vorige borgvoorwaardes na te kom.¹¹²

“(d) enige ander faktor wat na die oordeel van die hof in ag geneem behoort te word.”

Die bepalings van a 60(4)(d) en 60(8) moet saam met aa 60(4)(a), 60(4)(b) en 60(4)(c) gelees word wat elk handel oor die toekomstige kriminele gedrag van die beskuldigde.¹¹³ Dit vorm dus 'n eenheid wat as geheel oorweeg moet word.

Die tradisionele benadering deur ons howe was dat die belange wat hier ter sprake is, die risiko is wat die vrylating van die beskuldigde sal inhou vir die openbare orde en staatsveiligheid.¹¹⁴

Van der Berg¹¹⁵ wys daarop dat die wetgewer hier wegbeweeg van die tradisionele posisie, hoewel die betrokke artikel so wyd uitgelê kan word om hierdie belange ook in te sluit. Hy fokus op *S v Dlamini*¹¹⁶ waar die Konstitusionele Hof ook daarop gewys het dat die Wet in hierdie verband fokus op die beskerming en bevordering van die integriteit van die

¹¹⁰ Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1997) 9-24.

¹¹¹ Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1997) 9-24.

¹¹² Sien in hierdie verband *S v Le Roux en andere* 1995 (2) SASV 613 (W) 619-120 asook *S v Nkosi en andere* 1987 (1) SA 581 (T).

¹¹³ Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1997) 9-24.

¹¹⁴ Sien in hierdie verband *Shaw* 1922 TPD 203; *Kok* 1927 NPD 267; *Budlender* 1973 (1) SA 264 (K); *Russel* 1978 (1) SA 233 (K).

¹¹⁵ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 100.

¹¹⁶ *S v Dlamini*; *S v Dladla en ander*; *S v Joubert*; *S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH).

ondersoek en die aanbieding van die saak. Vervolgens skeep hierdie artikel 'n wye klas van oorwegings wat onder hierdie subartikel tuisgebring kan word.

2 3 6 Waar in buitengewone omstandighede die waarskynlikheid is dat die vrylating van die beskuldigde die openbare orde sal versteur of die openbare vrede of sekerheid sal ondermyn¹¹⁷

Die bepalings van a 60(4)(e) en 60(8A) is skynbaar nie gebaseer op tradisionele gronde nie.

Artikel 60(8A) bepaal dat:

“By die oorwegings of die gronde in subartikel (4)(e) vasgestel is, kan die hof, waar toepaslik die volgende faktore in ag neem, naamlik–

- (a) of die aard van die misdryf of die omstandighede waaronder die misdryf gepleeg is waarskynlik 'n gevoel van skok of woede sal opwek in die gemeenskap waar die misdryf gepleeg is;
- (b) of die skok of woede van die gemeenskap tot openbare wanorde sou kan lei indien die beskuldigde vrygelaat word;
- (c) of die veiligheid van die beskuldigde deur sy of haar vrylating in gevaar gestel sou kan word;
- (d) of die gevoel van vrede en sekuriteit onder lede van die publiek ondermyn of in gevaar gestel sal word deur die beskuldigde se vrylating;
- (e) of die vrylating van die beskuldigde die openbare vertroue in die strafregstelsel sal ondermyn of in gevaar sal stel;
- (f) of enige ander faktor wat na oordeel van die hof in ag geneem behoort te word.”

Die grondwetlikheid van a 60(4)(e) en 60(8A) is een van die kwessies wat voor die Konstitusionele Hof in *S v Dlamini*¹¹⁸ gediens het. Die hof het beslis dat hoewel die bepalings van die twee artikels strydig is met die beskuldigde se reg om op borgtog vrygelaat te word, dit regverdigbaar is in terme van a 36 van die Grondwet (die algemene beperkingsklousule). Die Konstitusionele Hof het egter daarop gewys dat die hof versigtig moet wees by die toepassing van die betrokke artikels en dat dit slegs 'n beperkte toepassingsveld het. Kriegler R het dit duidelik gestel dat weiering van borgtog op grond van hierdie artikels slegs kan geskied indien daar “buitengewone omstandighede” bestaan wat dit regverdig. Die hof wys

¹¹⁷ Artikel 60(4)(e) van die Strafproseswet.

¹¹⁸ 1999 (2) SASV 51 (KH).

verder daarop dat die bestaan van sodanige buitengewone omstandighede op 'n oorwig van waarskynlikheid gestel moet word. Wanneer die bestaan van hierdie omstandighede dan vasgestel is, moet dit steeds opgeweeg word teen die bepalings van a 60(9) alvorens die borgeansoek van die hand gewys kan word.¹¹⁹

Uit bogenoemde is dit dus duidelik dat die toepassingsveld van aa 60(4)(e) en 60(8)(A) uiters beperk is.

2 3 7 Die belange van geregtigheid teenoor die persoonlike vryheid en waarskynlike benadeling van die beskuldigde¹²⁰

Die betrokke subartikel is noodsaaklik ten einde te verseker dat die gemeenregtelike en grondwetlike regte van die borgeansoeker nie gemarginaliseer word ten gunste van die misdaad beheer bepalings vervat in aa 60(4) tot 60(8) nie.¹²¹ Die bepalings van a 60(9) is daarop gemik om 'n balans te tref tussen die belange van die beskuldigde, sy belang op individuele vryheid en die belang van geregtigheid. Die hof moet ingevolge a 60(9), die volgende faktore, waar toepaslik, oorweeg:

- “(a) die tydperk wat die beskuldigde reeds sedert sy of haar inhegtenisneming in aanhouding is;
- (b) die waarskynlike tydperk van aanhouding tot die afhandeling of afloop van die verhoor, indien die beskuldigdes nie op borgtog vrygelaat word nie;
- (c) die rede vir enige vertraging van die afhandeling of afloop van die verhoor en enige skuld wat die beskuldigde het met betrekking tot sodanige vertraging;
- (d) enige finansiële verlies wat die beskuldigde mag ly weens sy of haar aanhouding;
- (e) enige belemmering van die voorbereiding van die beskuldigde se verdediging of enige vertraging by die verkryging van regsvertegenwoordiging wat die beskuldigde se aanhouding mag meebring;
- (f) die beskuldigde se gesondheidstoestand; of
- (g) enige ander faktor wat na oordeel van die hof in ag geneem behoort te word.”

¹¹⁹ *S v Dlamini; S v Dladla en ander; S v Joubert; S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) par 55.

¹²⁰ Artikel 60(9) van die Strafproseswet.

¹²¹ Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1997) 9-26.

Indien die staat nie daarin kan slaag om aan te toon dat een of meer van die gronde in a 60(4)(a)-(e) teenwoordig is wat die weiering van borgtog regverdig nie, sal a 60(9) ook nie vir die staat van veel nut wees nie aangesien dit in werklikheid faktore uiteensit wat die beskuldigde kan begunstig.¹²²

Die wisselwerking tussen aa 60(4) en 60(9) is deur Edeling R in *Prokureur-Generaal Vrystaat v Ramokhosi*¹²³ soos volg uiteengesit:

“Selfs waar bevind word dat een of meer van die voorgeskrewe gronde of enige ander soortgelyke grond wat die aanhouding in belang van geregtigheid regverdig, as ’n waarskynlikheid bestaan, dan is dit slegs ’n voorlopige grond of gronde ter regverdiging van weiering van die borgaansoek. Subartikel 60(9) skryf in soveel woorde voor dat die ‘aangeleentheid’ dws die vraag of dit finaal bevind kan word dat dit in belang van geregtigheid is dat borgtog nie toegestaan word nie, beslis moet word ‘deur die belang van geregtigheid op te weeg teen die beskuldigde se reg op sy of haar persoonlike vryheid...”

Die hele doel van borgverrigtinge word dus deur die betrokke artikel beklemtoon.

2 4 GETUIENIS WAT TOELAATBAAR IS BY BORGVERRIGTINGE TEN SPYTE VAN DIE REÛLS VAN DIE BEWYSREG

2 4 1 Inleiding

In terme van die reëls van die bewysreg, is daar sekere getuienis wat ten spyte van die relevantheid daarvan steeds ontoelaatbaar is by die verhoor van die beskuldigde.

“The...rule...is that any evidence which is relevant is admissible unless there is some other rule of evidence which excludes it.”¹²⁴

Hierdie reëls word soms na verwys as die uitsluitingreëls, wat dui op hul funksie, dit wil sê om sekere getuienis van die hof te weerhou al is dit ook relevant tot die feite in geskil. 'n Voorbeeld hiervan is die reël teen die aanbieding van hoorsêgetuienis wat in hoofstuk drie bespreek sal word. Die hof moet die relevante en toelaatbare getuienis voor hom evalueer en die gewig daarvan beoordeel ten einde 'n ingeligte bevinding te kan maak.

¹²² *S v Tsabalala* 1998 (2) SASV 259 (K).

¹²³ 1997 (1) SASV 127 (O) 155d-h.

¹²⁴ *R v Schaube-Kuffler* 1969 (2) SA 40 (RA) 50B.

Vervolgens sal daar gefokus word op spesifieke tipes getuienis en die relevantheid daarvan by borgverrigtinge.

2 4 2 Die toelaatbaarheid van getuienis oor die beskuldigde se vorige veroordelings by borgverrigtinge

2 4 2 1 Inleiding

Nel¹²⁵ wys daarop dat dit duidelik is uit gewysdes en akademiese geskrifte dat sekere getuienis wat gedurende die verhoor ontoelaatbaar sou wees, tog by borgverrigtinge toegelaat word. Dit is toelaatbaar vir die staat om ter opponering van die beskuldigde se borgaansoek sy of haar vorige veroordelings voor die hof te plaas.¹²⁶ Daar bestaan verder ingevolge a 60(11)(B)(a)(i) 'n verpligting op die beskuldigde of sy regsverteenvoerder om die hof in te lig oor enige vorige veroordelings van die beskuldigde. Vorige veroordelings kan egter nie by borgverrigtinge aangebied word as getuienis van die beskuldigde se skuld nie. Soos reeds vermeld, is dit nie die doel van borgverrigtinge nie.

2 4 2 2 Die basis vir die toelaatbaarheid van getuienis oor die vorige veroordelings van die beskuldigde by sy of haar borgaansoek

Die verbod teen die aanbieding van getuienis oor die vorige veroordelings van die beskuldigde by sy of haar verhoor, word in a 211 van die Strafproseswet vervat wat bepaal dat:

“Behalwe waar hierdie wet anders bepaal of behalwe waar die feit van ’n vorige veroordeling ’n bestanddeel is van ’n misdryf waarvan die beskuldigde aangekla word, is getuienis nie by stragfregtelike verrigtinge ten opsigte van ’n misdryf toelaatbaar om te bewys dat ’n beskuldigde by sodanige verrigtinge voorheen weens ’n misdryf, hetsy in die Republiek of elders, skuldig bevind is nie, en geen beskuldigde, indien as ’n getuie opgeroep, word gevra of hy aldus skuldig bevind is nie.”

¹²⁵ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 105.

¹²⁶ *Maserow v The Attorney-General and another* 1941 (WPA) 43; *S v Berg* 1962 (4) SA 111 (O) 114 F-G; *S v Patel* 1970 (3) SA 565 (W) 566B-C; *S v Fourie* 1973 (1) SA 100 (D) 102A; *S v Maharaj and another* 1976 (3) SA 205 (D) 209G; *S v Ho* 1979 (3) SA 734 (W) 739; *S v Hlongwa* 1979 (4) SA 112 (D) 114 A-B; *Attorney-General Zimbabwe v Phiri* 1988 (2) SA 696 (ZHC).

Dit is duidelik uit die bewoording van die betrokke artikel dat hierdie verbod slegs van toepassing is op strafregtelike verrigtinge. Aangesien borgverrigtinge *sui generis* van aard is, geld die verbod nie by sodanige verrigtinge nie. Howard R het in *S v Hlongwa*¹²⁷ ook tot hierdie gevolgtrekking gekom. Hy voer aan dat indien die wetgewer die definisie van strafregtelike verrigtinge wou uitbrei om borgverrigtinge ook in te sluit, hy dit soos in die geval van voorlopige ondersoek¹²⁸ sou gedoen het. Hy wys ook daarop dat as daar na die bewoording van aa 67 en 78 van die Strafproseswet gaan kyk word, dit duidelik is dat die wetgewer 'n onderskeid tref tussen strafregtelike verrigtinge ten opsigte van 'n misdryf aan die een kant en borgverrigtinge aan die anderkant.¹²⁹

Nel¹³⁰ kritiseer egter hierdie afleiding en is van mening dat bogenoemde nie so duidelik uit die interpretasie van die betrokke artikels blyk soos wat Howard R dit voorhou nie. Volgens hom maak die wetgewer van die woorde "verhoor" en "verrigtinge" so afsonderlik gebruik om te verseker dat die wetsbepaling elke stap van die strafregtelike verrigtinge teen die beskuldigde dek. Dit is dus bloot om volledigheidshalwe en nie om borgverrigtinge uitdruklik van strafregtelike verrigtinge te skei nie.¹³¹ Hy is tereg van mening dat borgaansoek wat gerig word voor die aanvang van die strafregtelike verrigtinge, sogenaamde polisie-borg, nie deel van strafregtelike verrigtinge vorm soos bedoel in a 211 nie. In so 'n geval kan die bewys van vorige veroordelings wel regverdig word deur bogenoemde betoog.¹³² Indien die strafregtelike verrigtinge reeds in aanvang is en 'n aansoek om borgtog daarna aan die hof gerig word, is dit volgens Nel 'n gekunstelde argument dat hierdie vorm van borg nie deel van strafregtelike verrigtinge vorm nie. Hy beskou borgverrigtinge as 'n judisiële funksie en nie as 'n administratiewe handeling nie. Dit is steeds 'n hof wat die borgaansoek bereg en nie 'n administratiewe owerheidsorgaan nie.¹³³

Die werklike rede vir die toelaatbaarheid van getuienis aangaande die vorige veroordelings van 'n borgaansoeker, is geleë in die relevantheid van sulke getuienis. Volgens

¹²⁷ 1979 (4) SA 112 (D).

¹²⁸ Artikel 1(1)(iv) van die Strafproseswet, 51 van 1977.

¹²⁹ 114H-115A van die hof verslag.

¹³⁰ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 107.

¹³¹ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 108.

¹³² Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 108.

¹³³ Dennis *The Law of Evidence* (1999) 13.

Nel¹³⁴ is die gepaste relevantheidsreël wat hier van toepassing is, die reël teen die aanbieding van soortgelyke feite getuienis. Soortgelyke feite is wel toelaatbaar indien daar 'n genoegsame verband tussen die soortgelyke feite en die feite in geskil is.¹³⁵ Hierdie siening is duidelik in *R v Davis*¹³⁶ en *S v Khan*¹³⁷ in ons howe voorgehou. In *R v Bond*¹³⁸ maak Lawrence R die volgende stelling:

“In proximity of time, in method or in circumstances there must be a nexus between the two sets of facts, otherwise no inference can be safely induced therefrom.”

‘n Meer oortuigende argument is egter dat getuienis oor ‘n borgaansoeker se vorige veroordelings eerder onder relevante karaktergetuienis tuisgebring kan word. Getuienis van ‘n borgaansoeker se vorige veroordelings is uiters belangrik by die beoordeling van die faktore wat in a 60(4) van die Strafproseswet vervat is.¹³⁹ Artikels 60(5)(d), (e) en (g) maak spesifiek melding van die feit dat die hof by die beoordeling van die waarskynlikheid dat die beskuldigde, indien hy of sy op borgtog vrygelaat word, die veiligheid van die publiek of enige bepaalde persoon in gevaar sal stel of dat hy of sy ‘n Bylae 1-misdryf sal pleeg,¹⁴⁰ die beskuldigde se vorige gedrag of veroordelings in ag moet neem. So beslis Froneman R ook in *S v Maki*¹⁴¹ dat:

“Sy vorige veroordelings is relevant in die sin dat dit lig werp op sy karakter en as sodanig op die vraag of hy sy verhoor sal bywoon of met ander getuies sal inmeng.”

Dit is duidelik dat die bewysreg 'n aanpasbare instrument is en dat die reëls toegepas moet word in ooreenstemming met die doel en aard van die betrokke verrigtinge.

¹³⁴ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 108; sien ook *Makin v Attorney- General for New South Wales* 1894 AC 57 (PC) 65 vir die klassieke formulering van die reël.

¹³⁵ Schmidt *Werkboek vir Bewysreg* (1991) 57.

¹³⁶ 1925 AA 30.

¹³⁷ 1966 (2) SA 658 (8).

¹³⁸ 1906 2 KB 389 424.

¹³⁹ Sien in hierdie verband 2 4.

¹⁴⁰ Artikel 60(4)(a).

¹⁴¹ 1999 (2) SASV 630 (OK) 642.

2 5 OPINIEGETUIENIS

2 5 1 Inleiding

Opiniegetuienis word gewoonlik uitgesluit op grond daarvan dat dit meestal irrelevant is. Daar bestaan ook 'n siening dat die aanbieding van sulke getuienis die hof se feitebevindingstaak kan oorneem. Ten spyte van die feit dat irrelevante getuienis uitgesluit word deur a 210 van die Strafproseswet en die howe se algemene siening oor die aard van hierdie tipe getuienis, het die gebruik tog ontstaan om opiniegetuienis wat deur die ondersoekbeampte in die betrokke saak gelewer word, by die borgverrigtinge toe te laat.¹⁴²

Die vraag wat hier gevra moet word is of die opinie van 'n getuie toegelaat kan word ten einde die hof by te staan in die beoordeling van die geskilpunte voor hom. Die fundamentele oorweging by die beantwoording van die vraag is relevantheid.¹⁴³

Van der Berg en Van der Merwe stel dit soos volg:

“The essential and very first question must therefore be: what are the issues? Broadly speaking it may be said that if the issue is of such a nature that the opinion of an expert or lay person can assist the court in deciding the issue, the opinion evidence is relevant and admissible – unless some other rule, such as hearsay, calls for exclusion. By the same token, it may be said that if the opinion relates to an issue, which the court can decide without the aid of opinion evidence of an expert or lay person, the opinion is irrelevant and therefore inadmissible.”¹⁴⁴

2 5 2 Die basis van die reël

Opiniegetuienis wat handel oor 'n kwessie waaroor die hof self kan beslis sonder die hulp van sodanige getuienis is ontoelaatbaar op grond van irrelevantheid. Die rede hiervoor is dat sulke getuienis geen bewyswaarde het nie, die risiko inhou dat die geskilpunte voor die hof verwar kan word, die verhoor kan uitrek en verskeie ander bewysregtelike probleme teweeg kan bring.¹⁴⁵ Nel kritiseer die siening dat opiniegetuienis uitgesluit word omdat dit die hof se funksie probeer oorneem. Volgens hom is dit nie so oortuigend dat dit 'n totale verbod

¹⁴² Sien in hierdie verband *S v Patel* 1970 (3) SA 565 (W); *S v Fourie* 1973 (1) SA 100 (D).

¹⁴³ Sien in hierdie verband *Association of Amusement and Novelty Machine Operators and another v Minister of Justice and another* 1980 (2) SA 636 (A) 660E; *R v David* 1962 (3) SA 305 (SR).

¹⁴⁴ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 79.

¹⁴⁵ Sien in hierdie verband *S v Nel* 1990 (2) SASV 136 (K).

op die aanbieding van opiniegetuienis regverdig nie. Die hof is steeds na aanhoor van sodanige getuienis bevoeg om dit te verwerp of te aanvaar. Sy rol word dus nie oorgeneem nie. Nel sit die drie basiese vereistes vir die toelaatbaarheid van opiniegetuienis by borgverrigtinge soos volg uiteen:

1. die getuie moet bevoeg wees;
2. die gronde vir die opinie moet vermeld word; en
3. die hof moet hom nie aan die getuie se opinie onderwerp nie.

Indien die hof se kennis oor 'n aangeleentheid egter so beperk is dat die opinie van die getuie van groot nut vir die hof kan wees, sal hierdie tipe getuienis wel toegelaat word. Om die toelaatbaarheid van opiniegetuienis te benader na aanleiding van die verskil tussen die getuienis van leke en kenners, is ook nie korrek nie aangesien die hoofoorweging, soos reeds genoem, hier relevantheid moet wees.¹⁴⁶

Nel¹⁴⁷ is van mening dat opiniegetuienis wel in borgverrigtinge toelaatbaar is, maar dat dit binne die hof se diskresie is om sulke getuienis te verwerp of te aanvaar en as dit wel aanvaar word, die gewig wat aan sodanige getuienis geheg kan word, te bepaal. In *S v Hlongwa*¹⁴⁸ is Howard R van mening dat die hof in sekere gevalle kennis kan neem van die ondersoekbeampte se opinie omtrent die risiko van ontvlugting of regsverdeling indien die beskuldigde op borgtog vrygelaat sou word. Dit kan volgens hom gedoen word al is daar geen direkte getuienis om dit te motiveer nie. Nel sê die volgende hieroor:

“As die regter hiermee bedoel dat die hof sonder meer borgtog kan weier, bloot op grond van die ondersoekbeampte se blote opinie soos Schmidt hierdie bevinding interpreteer, kan daar met respek nie mee saamgestem word nie.”¹⁴⁹

Hy wys verder daarop dat die opinie van die ondersoekbeampte of enige ander staatsgetuie wat teen die verlening van die borg getuig, oor byvoorbeeld die moontlikheid van ontvlugting, nie so irrelevant is dat dit glad nie toegelaat moet word nie. Die feite en gronde vir die opinie moet egter aan die hof openbaar word en dit is dan in die hof se diskresie om die getuienis te aanvaar al dan nie. Dit is volgens Nel die korrekte uitleg van Howard R se

¹⁴⁶ Sien Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 86-99 vir die bespreking en voorbeelde van sulke getuienis.

¹⁴⁷ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 131.

¹⁴⁸ 1979 (4) SA 113 (D) 113H-114A.

¹⁴⁹ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 131.

bedoeling in bogenoemde saak.¹⁵⁰ Dit is duidelik uit regspraak dat die hof nie net die blote opinie van 'n getuie in borgverrigtinge aanvaar as basis vir die weiering van borgtog nie.¹⁵¹

Uit bogenoemde is dit dus duidelik dat opiniegetuienis wel toelaatbaar is by borgverrigtinge, maar dat die getuie telkens verlang word om die gronde en basis van sy opinie te openbaar. Die hof het in elke geval 'n diskresie om die getuienis toe te laat en dan die nodige bewyswaarde daaraan te heg.

2 5 3 Karaktergetuienis

2 5 3 1 Inleiding

Die staat word as algemene reël nie toegelaat om getuienis van die beskuldigde se swak karakter aan te bied nie. Die rede waarom sulke getuienis ontoelaatbaar is by die verhoor, is geleë in die irrelevantheid daarvan en die moontlike nadeel wat dit vir die beskuldigde kan inhou terwyl dit nie van veel bewyswaarde kan wees nie.

May¹⁵² gee die volgende vyf redes waarom die aanbieding van karaktergetuienis beperk moet word:

- (a) Karaktergetuienis kan baie maklik gefabriseer word;
- (b) dit is baie maal irrelevant ;
- (c) dit mag tot kollaterale geskilpunte lei;
- (d) dit is dikwels niks meer as blote opiniegetuienis nie;
- (e) dit mag die funksie van die jurie oorneem.

Laasgenoemde rede is duidelik nie van toepassing op die Suid-Afrikaanse proses nie.

Ingevolge a 227(1) van die Strafproseswet, word die toelaatbaarheid van getuienis oor die karakter van die beskuldigde, gereguleer deur die bepalinge soos wat dit op 30 Mei 1961 was. Die reëls van die Engelse reg soos op 30 Mei 1961 is dus hier van toepassing. Hierdie gemeenregtelike reëls moet egter saam met die relevante statutêre bepalinge gelees word. Die algemene reël is dat die beskuldigde getuienis kan aanvoer van sy eie goeie karakter, maar dat die aanbieding van getuienis van sy swak karakter, verbied word. Hierdie reël is egter

¹⁵⁰ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 132.

¹⁵¹ Sien in hierdie verband *Maserow v The Attorney-General and another* 1941 (WPA) 43, *Hafferjee v Rex* 1932 NPD 518-520 en *S v Maharaj en 'n ander* 1976 (3) SA 205 (D) 208-209.

¹⁵² May *Criminal Evidence* 3e (1990) 118.

onderhewig aan sekere uitsonderings. Waar 'n getuie getuienis van sy eie goeie karakter aanvoer, kan die staat op een van drie maniere reageer:

- (i) getuienis van sy swak reputasie aanbied;
- (ii) die karaktergetuie kruisvra; en
- (iii) die beskuldigde kruisvra en getuienis oor die beskuldigde se swak karakter aanvoer.¹⁵³

2 5 3 2 Die toelaatbaarheid van karaktergetuienis by borgverrigtinge

Karaktergetuienis word egter wel onder sekere omstandighede by borgverrigtinge toegelaat. Daar bestaan gemeenregtelike¹⁵⁴ en statutêre¹⁵⁵ uitsonderings op hierdie reël. Dit bied egter volgens Nel geen gesag vir die feit dat sulke getuienis in die praktyk by borgverrigtinge toegelaat word nie. Dit is duidelik uit *S v Patel*¹⁵⁶ en *S v Fourie*¹⁵⁷ dat karaktergetuienis by borgaansoeke nie opsigself toegelaat word nie, maar gekoppel word aan ander toelaatbare getuienis soos byvoorbeeld die bewys van vorige veroordelings.

Die hof kan ook sonder die aanbieding van karaktergetuienis, uit ander getuienis afleidings maak van die beskuldigde se karakter wat byvoorbeeld kan dui op 'n besondere geneigdheid om 'n misdaad te pleeg of dat hy onbetroubaar is en nie sal opdaag vir die verhoor nie.¹⁵⁸

Nel¹⁵⁹ wys daarop dat indien die gewysdes bestudeer word, dit duidelik is dat karaktergetuienis slegs by borgverrigtinge toegelaat word indien dit deel vorm van of afgelei kan word uit ander toelaatbare getuienis. Dit is nie korrek om te redeneer dat karaktergetuienis wat andersins nie in die verhoor toegelaat sou word nie, wel in borgverrigtinge toegelaat word. Dit is nie 'n uitsondering op die normale reël teen die aanbieding van karaktergetuienis nie. Die toelaatbaarheidskriterium wat by die verhoor geld, geld ook by borgverrigtinge.

¹⁵³ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 57.

¹⁵⁴ Getuienis van die beskuldigde se swak karakter kan aangewend word ter weerlegging van getuienis van die beskuldigde se goeie karakter.

¹⁵⁵ Aa 179, 240, 241, 271, 272, 273 en 274.

¹⁵⁶ 1970 (3) SA 565 (W).

¹⁵⁷ 1973 (1) SA 100 (D).

¹⁵⁸ Sien in hierdie verband ook *S v Barber* 1979 (4) SA 218 (D).

¹⁵⁹ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 130.

Indien ander toelaatbare getuienis dus op die relevantheid van karaktergetuienis dui, sal die karaktergetuienis toegelaat word. Schmidt¹⁶⁰ en Hiemstra¹⁶¹ is van mening dat karaktergetuienis oor die algemeen irrelevant is dus nie toelaatbaar is nie. Nel¹⁶² verwerp hierdie siening en wys tereg daarop dat dit wel relevant kan wees by die borgaansoek. Indien daar na die risiko's vervat in a 60(4)(a)-(e) van die Strafproseswet gekyk word, is dit duidelik dat karaktergetuienis vir die hof van groot waarde kan wees by die beoordeling van die vraag of die vrylating van die beskuldigde in belang van geregtigheid sal wees.

Uit bogenoemde is dit duidelik dat die toelaatbaarheid van getuienis aan die hand van die aard en doel van borgverrigtinge beoordeel moet word. Relevantheid is die bepalende faktor. Soos reeds vermeld, is relevantheid nie die enigste vereiste vir die toelaatbaarheid van getuienis nie en in die volgende hoofstukke sal getuienis bespreek word wat ingevolge die algemene reëls van die bewysreg ontoelaatbaar is ten spyte van die moontlike relevantheid daarvan.

¹⁶⁰ Schmidt *Bewysreg* 2e (1982) 411.

¹⁶¹ Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* (1981) 428.

¹⁶² Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 131.

HOOFSTUK 3

DIE BENADERING TOT HOORSÊGETUIENIS BY BORGVERRIGTINGE

3 1 INLEIDING

Die reël teen die aanbieding van hoorsêgetuïenis is een van die oudste en mees komplekse reëls van die bewysreg.¹⁶³ Hierdie reël is van toepassing op mondelinge, skriftelike en enige ander vorm van getuïenis. Die reëls met betrekking tot die toelaatbaarheid van hoorsêgetuïenis is verslap ten opsigte van borgverrigtinge. In hierdie hoofstuk word die rede vir die toelaatbaarheid van sodanige getuïenis by borgverrigtinge ondersoek.

3 1 1 Die betekenis van hoorsêgetuïenis

Die definisie van hoorsêgetuïenis wat vroeër in die Suid-Afrikaanse reg gegeld het, is die definisie wat deur Watermeyer R in *Estate De Wet v De Wet*¹⁶⁴ gegee is:

“...evidence of statements made by persons not called as witnesses which are tendered to prove the truth of what is contained in the statement.”

Hoewel hierdie definisie oor die algemeen ‘n bevredigende maatstaf daargestel het, was daar tog gevalle wat nie presies genoeg deur die definisie gedek is nie.¹⁶⁵ Schmidt wys daarop dat dit ‘n verklarings-georiënteerde definisie was wat die klem laat val het op die vraag of ‘n betrokke buiteregte verklaring gebruik kan word om die waarheid van wat beweerd word, te bewys.¹⁶⁶ Dit is duidelik uit die bewoording van a 3(4) van die Wysigingswet op die Bewysreg,¹⁶⁷ dat die Suid-Afrikaanse Regskommissie eerder ‘n verklaarder-georiënteerde definisie verkies het wat die klem plaas op die vraag of daar gesteun kan word op die geloofwaardigheid van ‘n verklaarder wat nie voor die hof is nie.

Ingevolge a 3(4) van die Wysigingswet op die Bewysreg¹⁶⁸ is hoorsêgetuïenis:

¹⁶³ Tapper *Cross and Tapper on Evidence* 9e (1999) 530.

¹⁶⁴ 1924 KPA 341.

¹⁶⁵ Schmidt *Bewysreg* 4e (2000) 475.

¹⁶⁶ Schmidt *Bewysreg* 4e (2000) 475.

¹⁶⁷ Wet 45 van 1988.

¹⁶⁸ Wet 45 van 1988.

“getuienis, hetsy mondeling of skriftelik, waarvan die getuieniswaarde afhang van die geloofwaardigheid van iemand anders as die persoon wat daardie getuienis aflê.”

3 1 2 Geskiedkundige agtergrond

Die reël teen die aanbieding van hoorsêgetuienis het tesame met die moderne verhoor ontwikkel. Die funksies van die jurie en getuies het in die vroeë tye oorvleuel. Daar is van die jurie verwag om op eie kennis van die aangeleentheid staat te maak en in sommige verhore is die blote voortbrenging van 'n getuie genoegsaam geag om die saak te beslis.¹⁶⁹

Teen die einde van die sewentiende eeu het die algemene reëls begin vorm aanneem. Die jurie is verplig is om afleidings uit die getuienis voor hulle te maak en getuies kon slegs getuienis lewer oor iets wat hulle self gesien of gehoor het. Die reël teen die aanbieding van hoorsêgetuienis is dus ontwikkel om hierdie basiese bepalings te verwesenlik. Die reël het in noue verband met die reëls teen die toelaatbaarheid van sekere getuienis en getuienislewering onder eed ontwikkel. Dit is dus onmoontlik om die ontwikkeling van die reël tot een rede te beperk.¹⁷⁰ Teen die negentiende eeu was die reël reeds gevestig en die fokus het verskuif na die definiëring en die vasstelling van die uitsonderings op die reël.

Regshistoriese bronne is nie eensgesind oor die rede vir die ontwikkeling van die reël nie. Daar is duidelik twee hoof sienings te bespeur. Die een is dat die reël ontwikkel is omdat die jurie van leke nie na behore 'n oordeel kan vel oor die geloofwaardigheid van hoorsêgetuienis nie. Die ander siening is dat die reël ontwikkel is omdat die toelating van sulke getuienis die teenparty se reg op kruisondervraging skend. Thayer¹⁷¹ en Wigmore¹⁷² steun die eerste argument terwyl Morgan¹⁷³ die laaste steun. Aangesien die juriestelsel nie meer in die Suid-Afrikaanse reg geld nie, is die rede vir die voortbestaan van die reël skynbaar in die tweede argument geleë.

¹⁶⁹ Tapper *Cross and Tapper on Evidence* 9e (1999) 531.

¹⁷⁰ Tapper *Cross and Tapper on Evidence* 9e (1999) 531.

¹⁷¹ Thayer *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1969) 229.

¹⁷² Wigmore *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common law* (1940) en die hersiende uitgawe (1961) par 1368.

¹⁷³ Morgan *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation* (1956) 106.

Voor Oktober 1988 is die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis hoofsaaklik deur die Engelse gemene reg soos op 30 Mei 1961 gereguleer. Artikel 216 van die Strafproseswet¹⁷⁴ het bepaal dat behalwe waar die Wet anders bepaal, geen getuienis wat in sy aard hoorsêgetuienis is, toelaatbaar is nie indien sodanige getuienis op 30 Mei 1961 ontoelaatbaar sou gewees het nie. Hierdie artikel het geen melding van enige spesifieke prosedure gemaak nie en was dus skynbaar ook van toepassing op borgverrigtinge. Ten spyte van die feit dat hierdie algemene reël teen die aanbieding van hoorsêgetuienis, blyk dit dat ons howe wel sodanige getuienis by borgverrigtinge toelaat.

Die rigiede reël het beteken dat hoorsêgetuienis ontoelaatbaar was tensy dit binne een van die gemeenregtelike of statutêre uitsonderings geval het. Artikel 216 van die Strafproseswet is op 3 Oktober 1988 deur die Wysigingswet op die Bewysreg herroep.¹⁷⁵ Alle hoorsêgetuienis word as potensieel onbetroubaar gesien, maar die aanbieding van sulke getuienis word onder sekere omstandighede wel toegelaat. Die belangrikste verandering is die herroeping van die gemeenregtelike uitsonderings op die reël en die verlening van 'n diskresie aan die hof om hoorsêgetuienis toe te laat.

3 2 DIE BASIS VIR DIE UITSLUITING VAN HOORSÊGETUIENIS

Verskeie redes is al gegee vir die uitsluiting van hoorsêgetuienis wat almal neerkom op die feit dat sulke getuienis potensieel onbetroubaar kan wees. Daar bestaan 'n gevaar van onakkuraatheid deur repetisie.¹⁷⁶ Die onbetroubaarheid van sulke getuienis is gegrond op 'n aantal oorwegings. Dit word soos volg in *Teper v R*¹⁷⁷ uiteengesit:

“[Hearsay evidence] is not the best evidence and is not delivered on oath. The truthfulness and accuracy of the person whose words are spoken to by another witness cannot be tested by cross-examination, and the light which his demeanour would throw on his testimony is lost.”

Schwikkard¹⁷⁸ wys daarop dat die "beste getuienis" reël wel in die verlede as 'n aanvaarbare verklaring vir die uitsluiting van hoorsêgetuienis gegee is maar dat dit nou

¹⁷⁴ Wet 51 van 1977.

¹⁷⁵ Wet 45 van 1988.

¹⁷⁶ Schwikkard et al *Principles of Evidence 2e* (2002) 256.

¹⁷⁷ 1952 AC 480, 486.

¹⁷⁸ Schwikkard et al *Principles of Evidence 2e* (2002) 256.

algemeen verwerp word. Die feit dat sulke getuienis nie onder eed gegee is nie, kom veral in ouer sake voor as die regverdiging vir die uitsluiting van hoorsêgetuienis.

Die mees oortuigende verklaring vir die bestaan van die reël is geleë in die feit dat die getuienis wat voor die hof geplaas word, afkomstig is van 'n party wat nie 'n getuie voor die hof is en nie aan kruisondervraging blootgestel kan word nie. Die risiko van fabrikasie is in so 'n geval uiters groot. Die gevare inherent aan sulke getuienis kan nie uitgeskakel of oopgevelek word deur kruisondervraging nie. Schutz AR haal in *S v Ramavhale*¹⁷⁹ Taylor¹⁸⁰ aan waarin hy sê:

“For it is deemed indispensable to the proper administration of justice, first, that every witness should give his testimony under the sanction of an oath, or its equivalent, a solemn affirmation; and, secondly, that he should be subject to the ordeal of cross-examination by the party against whom he is called, so that it may appear, if necessary, what were his powers of perception, his opportunities for observation, his attentiveness in observing, the strength of his recollection, and his disposition to speak the truth. But testimony from the relation of third persons, even where the informant is known, cannot be subjected to these tests. As Buller J, observes: ‘If the first speech were without oath, another oath that there was such speech makes it no more than a mere speaking, and of no value in a court of justice’.”

Van der Berg¹⁸¹ sowel as Hoffmann en Zeffertt¹⁸² argumenteer dat indien bogenoemde die rede vir die uitsluiting van hoorsêgetuienis is, moet houe toegelaat word om die kwessie te hanteer met inagnam van die gewig van die getuienis en nie die toelaatbaarheid daarvan nie. Hoffmann haal Lord Devlin in *Bearmans Ltd v Metropolitan Police District Receiver*¹⁸³ aan waar die regter argumenteer dat hoewel dit nodig was om hoorsêgetuienis uit te sluit as gevolg van die invloed daarvan op 'n jurie van leke, dit nie meer nodig is in die geval waar 'n saak slegs voor 'n regter dien nie.

¹⁷⁹ 1996 (1) SASV 639 (A) 650.

¹⁸⁰ Taylor *A Treatise on the Law of Evidence* 12e (1931) par 657.

¹⁸¹ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 81.

¹⁸² Hoffmann en Zeffertt *The South African Law of Evidence* 4e (1988) 95.

¹⁸³ [1961] 1 All ER 384.

Schmidt¹⁸⁴ wys daarop dat met die verdwyning van die juriestelsel in die meeste Anglo-Amerikaanse stelsels, al hoe meer kritiek teen die uitsluiting van hoorsêgetuïenis geopper word. Dit het volgens hom reeds tot 'n verslapping van die reël gelei en is ten opsigte van dokumentêre getuïenis te bespeur.

3 3 DIE BASIS VIR DIE TOELAATBAARHEID VAN HOORSÊGETUÏENIS BY BORGVERRIGTINGE

Hoorsêgetuïenis word by borgverrigtinge tog deur die hof toegelaat. Daar is geen duidelike statutêre basis vir so 'n uitsondering op die algemene reël nie. Artikel 3 van die Wysigingswet op die Bewysreg¹⁸⁵ maak, soos reeds genoem, voorsiening vir die diskresionêre toelating van hoorsêgetuïenis by siviele en strafregtelike verrigtinge. Die ses faktore wat die hof ingedagte moet hou by die uitoefening van die hof se diskresie ingevolge die a 3(1)(c) van die Wysigingswet is kortliks die volgende:

1. *Die aard van die verrigtinge*

By die beoordeling van hierdie faktor is die onderskeid tussen straf en siviele verrigtinge van belang. Skeen¹⁸⁶ wys op die feit dat hoorsêgetuïenis makliker toegelaat word in siviele verrigtinge as by strafregtelike verrigtinge. In *S v Dymbane en ander*¹⁸⁷ is hierdie standpunt ook gehuldig maar die hof het daarop gewys dat al die faktore in ag geneem moet word en dat sodanige getuïenis nie uitgesluit moet word bloot weens die feit dat dit deur die staat aangebied word nie. Die rede vir die hof se traagheid om hoorsêgetuïenis by strafregtelike verrigtinge toe te laat is skynbaar geleë in die feit dat die vermoede van onskuld by strafregtelike verrigtinge geld en die hof se traagheid om getuïenis wat nie blootgestel kan word aan kruisondervraging nie, teen die beskuldigde toe te laat. Van Schalkwyk R wys in *Metadat v National Employers General Insurance Co Ltd*¹⁸⁸ daarop dat hierdie subartikel om bogenoemde redes nie dikwels by strafregtelike verrigtinge gebruik moet word nie. Schutz AR steun ook hierdie uitgangspunt in *R v Ramavhale*¹⁸⁹ en gaan verder deur te sê:

¹⁸⁴ Schmidt *Bewysreg* 4e (2000) 495.

¹⁸⁵ Wet 45 van 1988.

¹⁸⁶ Schwikkard et al *Principles of Evidence* (1997) 156.

¹⁸⁷ 1999 (2) SASV 502 (SE) 504.

¹⁸⁸ 1992 (1) SA 494 (W).

¹⁸⁹ 1996 (1) SASV 639 (A) 648.

“An accused person usually has enough to contend with without expecting him also to engage in mortal combat with the absent witness.”

Hoorsêgetuïenis sal meer geredelik by borgverrigtinge as by strafregtelike verrigtinge toegelaat word. Die redes hiervoor is onder andere dat borgverrigtinge meer inkwisitoriaal van aard is as strafregtelike verrigtinge en die feit dat dit by borg nie oor die skuld van die borgaansoeker gaan nie maar oor die vraag of die toestaan van borgtog in belang van geregtigheid sal wees al dan nie.

2. *Die aard van die getuïenis*

Die hoofoorweging hier is die betroubaarheid van die getuïenis. Relevante faktore om te oorweeg is onder andere of die oorspronklike verklaring gemaak is teen die belange van die persoon wat dit in die eerste plek gemaak het. Ondersoek kan ook ingestel word na die verhouding tussen die partye en die moontlike motief wat gekoppel kan wees aan die getuïenis. In *S v Mprofu*¹⁹⁰ is die beskuldigde aangekla van strafbare manslag nadat hy na bewering betrokke was by 'n tref-en-trap ongeluk. Na die beweerde ongeluk het 'n verbyganger 'n stukkie papier aan die oorledene se eggenoot gegee waarop 'n nommer neergeskryf is. Daar is aangevoer dat die registrasie nommer van die motor wat in die ongeluk betrokke was, op hierdie stuk papier neergeskryf is. Die Appélhof het beslis dat die betrokke getuïenis nie deur die hof a quo toegelaat moes word nie. Die hof het aangevoer dat die betrokke getuïenis nie van veel bewyswaarde is nie terwyl dit groot nadeel vir die beskuldigde kan inhou. Die hof het ook opgemerk dat daar geen objektiewe wyse bestaan waaraan die geleentheid wat die verbyganger gehad het om die nommer neer te skryf, getoets kan word nie. Die verbyganger was dus volgens die hof vir alle doeleindes 'n afwesige getuie.

3. *Die doel waarvoor die getuïenis aangebied word*

Indien getuïenis aangebied word wat relevant is tot die geskilpunte voor die hof, sal dit dui op die toelaatbaarheid van sodanige getuïenis. Schutz AR¹⁹¹ wys daarop dat 'n hof huiwerig moet wees om hoorsêgetuïenis toe te laat of om daarop te steun indien sodanige getuïenis 'n beduidende rol kan speel in die skuldigbevinding van 'n beskuldigde, mits daar grondige redes daarvoor bestaan. By borgverrigtinge is die hoofkwessie voor die hof die vraag of borgtog toegestaan moet word al dan nie. Ten einde dit te bepaal moet die hof die

¹⁹⁰ 1993 (2) SASV 109 (N).

¹⁹¹ *S v Ramavhale* 1996 (1) SASV 639 (A) 649.

faktore wat uiteengesit is in a 60(4) van die Strafproseswet oorweeg.¹⁹² Indien hoorsêgetuienis dus aangebied word om die hof by te staan om hierdie kwessies te hanteer, sal dit toelaatbaar wees.

4. *Die bewyswaarde van die getuienis moet ook oorweeg word alvorens dit toegelaat kan word.*

Skeen¹⁹³ dui aan dat relevantheid in werklikheid uit twee veranderlikes bestaan wat teen mekaar opgeweeg moet word ten einde te bepaal of hoorsêgetuienis in 'n besondere geval toegelaat moet word. Hierdie veranderlikes is a) die bewyswaarde van die getuienis en b) die moontlike nadeel wat uit die toelaatbaarheid van sodanige getuienis kan voortspruit. Faktore soos die geloofwaardigheid van die getuie asook die volledigheid van die getuienis wat aangebied word kan in ag geneem word by die beoordeling van die bewyswaarde van die getuienis.¹⁹⁴ Die inherente gevare aan die toelating van hoorsêgetuienis moet ook in gedagte gehou word by die beoordeling van die moontlike nadeel wat uit die toelating van sodanige getuienis kan voortspruit. Soos Schutz AR terreg opmerk:

“The old works are replete with warnings, based on the accumulation of the experience of centuries.”¹⁹⁵

5. *Die rede waarom die getuienis nie gelewer word deur die persoon, waarvan die geloofwaardigheid van die getuienis afhang nie moet ondersoek word ten einde te bepaal of die getuienis werklik relevant is tot die kwessie voor die hof.*

Faktore wat die hof by die beoordeling van hierdie faktor kan bystaan is onder andere die gemeenregtelike beginsels wat gebruik is by die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis. Dit is die geloofwaardigheid en die noodsaaklikheid van die getuienis.¹⁹⁶

6. *Die moontlike nadeel wat die aanbieding van die getuienis vir die teenpartye mag inhou moet ook oorweeg word.*

Hoorsêgetuienis kan nie deur die gewone maatreëls vir die vasstelling van die geloofwaardigheid van getuienis, getoets word nie. Soos reeds aangetoon kan dit byvoorbeeld nie blootgestel word aan kruisondervraging nie. Indien die nadeel die bewyswaarde oorskry sal die getuienis nie toegelaat word nie.

¹⁹² Sien in hierdie verband Hoofstuk 2.

¹⁹³ Schwikkard et al *Principles of Evidence* (1997) 160.

¹⁹⁴ *S v Ramavhale* 1996 (1) SASV 639 (A) 649.

¹⁹⁵ *S v Ramavhale* 1996 (1) SASV 639 (A) 650.

¹⁹⁶ *Metadat v National Employer's General Insurance Co Ltd* 1992 (1) SA 494 (W).

7. *Enige ander faktor wat na die hof se oordeel in aanmerking geneem behoort te word.*

In *Mnyama v Gxalaba*¹⁹⁷ is aangetoon dat een van die faktore wat die hof in ag kan neem by die uitoefening van die betrokke diskresie, is of die getuienis onder die reëls van die gemenerereg toelaatbaar sou wees.

Van der Berg is tereg van mening dat sodanige bepalings ook uitgebrei moet word na borgverrigtinge.¹⁹⁸ Froneman R voer in *S v Maki*¹⁹⁹ aan dat borgverrigtinge siviëlregtelik van aard is en dat hoorsêgetuienis dienooreenkomstig by borgverrigtinge toegelaat moet word. Hierdie argument is egter onoortuigend aangesien borgverrigtinge duidelik nie siviëlregtelik van aard is nie, maar 'n *sui generis* proses is wat nie onder siviele of strafregtelike verrigtinge tuisgebring kan word nie.²⁰⁰

Schmidt het in die derde uitgawe van sy handboek²⁰¹ die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis verklaar aan die hand van sy siening dat borgverrigtinge administratiefregtelik van aard is. Indien die voorsittende beampte dus 'n administratiewe funksie verrig, is hy nie gebonde aan die reëls van die bewysreg nie.

“Daar word dikwels gesê dat die orgaan nie 'n hof is nie en derhalwe nie aan die voorskrifte wat toelaatbaarheid in 'n hof reël gebonde is nie. Die orgaan kan dus van hoorsêgetuienis gebruik maak en die aanhoor van irrelevante getuienis is nie noodwendig onreëlmatig nie.”²⁰²

Hy maak ook verder melding van die feit dat 'n regsprekende amptenaar ook kan afwyk van die reëls van die bewysreg indien hy 'n administratiefregtelike eerder as regsprekende funksie verrig en noem hier spesifiek die borgaansoek as voorbeeld.²⁰³ Hy gee toe dat dit wel moontlik is dat die skending van 'n reël van die bewysreg van so 'n aard kan wees dat die verrigtinge tersyde gestel kan word, maar die rede hiervoor is bloot dat die skending die verhoor onbillik sou maak en nie omdat 'n reël van die bewysreg nie nagekom is nie.

¹⁹⁷ 1990 (1) SA 650 (C).

¹⁹⁸ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 81

¹⁹⁹ 1994 (2) SASV 630 (OK).

²⁰⁰ *S v Yanta* 2000 (1) SASV 237 239.

²⁰¹ Schmidt *Bewysreg* 3e (1989) 619.

²⁰² Schmidt *Bewysreg* 3e (1989) 562.

²⁰³ Schmidt *Bewysreg* 3e (1989) 563. Sien ook in die verband *S v Maharaj* 1976 (3) SA 205 (D).

Van der Berg verwerp egter hierdie siening en wys daarop dat borgverrigtinge met verwysing na a 60(1) van die Wet nie plaasvind voor administratiewe liggame nie, maar voor geregshowe.²⁰⁴

Froneman R sê ook die volgende in *S v Maki*:²⁰⁵

“Die aard van die getuienis wat toelaatbaar geag word in borgverrigtinge strook ook nie met die eerste oogopslag met die tipering daarvan as of strafregtelike of siviele verrigtinge nie. Die reëls ten opsigte van die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis, karaktergetuienis en die bewys van vorige veroordelings in borgaansoeke is nie altyd in ooreenstemming met die gewone reëls van die bewysreg nie. Dit beteken egter nie noodwendig dat borgaansoeke nie geregtelike verrigtinge is nie of dat die bevinding in borgaansoeke nie 'n geregtelike handeling is nie, maar eerder 'n administratiewe handeling. Uiteraard geoordeel bloot op formele maatstawwe is die prosedure en bevinding in 'n borgaansoek geregtelik van aard omdat dit in 'n geregshof geskied. Maar volgens materiële maatstawwe is dit ook geregtelik van aard, naamlik 'n beslissing ten aansien van 'n regsgeskil tussen partye oor 'n wesenlike reg (die vryheid van 'n persoon) waaraan toepassing gegee word na die hof se bevinding...”

Dit blyk egter duidelik uit die vierde uitgawe van sy handboek²⁰⁶ dat Schmidt afstand gedoen het van die siening dat borgverrigtinge administratiefregtelik van aard is. Soos reeds in hoofstuk een aangedui is, steun Schmidt die siening van Froneman R in *S v Maki*²⁰⁷ dat borgverrigtinge geregtelik van aard is en hy kom tot die gevolgtrekking dat borgverrigtinge nie strafregtelik van aard is nie en hoewel dit wesenskenmerke van sivieleverrigtinge bevat, dit eerder as ‘n eiesoortige tipe geregtelike verrigting beskou moet word.²⁰⁸

Die argument dat hoorsêgetuienis toelaatbaar in borgverrigtinge is weens die dringende aard daarvan, word ook deur Van der Berg verwerp.²⁰⁹ By borgverrigtinge word die hoorsêgetuienis meer dikwels deur die staat aangebied om die hof bewus te maak van die borgaansoeker se intensies of beplande aksies indien borgtog toegestaan word, byvoorbeeld

²⁰⁴ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide 2e* (2001) 82.

²⁰⁵ *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) 635d-g.

²⁰⁶ Schmidt *Bewysreg 4e* (2000).

²⁰⁷ *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) 635d-g.

²⁰⁸ Schmidt *Bewysreg 4e* (2000) 88.

²⁰⁹ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide 2e* (1986) 82.

dat hy van plan is om staatgetuies om te koop of te dreig. Hierdie inligting kan hoogs relevant wees wanneer die hof die wenslikheid van borgtog oorweeg. Dit is dus volgens Van der Berg anomalies om te redeneer dat hoorsêgetuienis op grond van dringendheid toegelaat word sodat die beskuldigde nie benadeel word nie. Getuienis wat die beskuldigde sal benadeel sal dan tog aangebied kan word. Enige beskuldigde sal die dringendheid van die aansoek prysgee in ruil daarvoor dat die staat sy aantyging moet bewys deur middel van toelaatbare getuienis.

Van der Berg is van mening dat die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis by borgverrigtinge geen outoritêre basis het nie, maar dat die verslapping van die reëls van die bewysreg bloot op grond van beleidsoorwegings ontstaan het. Nel²¹⁰ wys daarop dat Ferreira²¹¹ en Hiemstra²¹² *S v Maharaj en ander*²¹³ as gesag vir sodanige toelaatbaarheid gebruik. Hy is egter van mening dat indien hierdie saak na behore bestudeer word, dit glad nie goeie gesag vir hierdie standpunt is nie. Hy bespreek die feite van die saak kortliks en kom tot die gevolgtrekking dat daar in die saak geen werklike hoorsêgetuienis aangetref is nie en dat die saak dus glad nie as gesag op hierdie gebied kan dien nie.²¹⁴ Nel voer kortliks die volgende redes aan waarom hy tot bogenoemde gevolgtrekking kom:

Hy wys daarop dat Milne R in bogenoemde saak op *Maserow v Attorney-General en ander*²¹⁵ steun vir die afleiding met betrekking tot hoorsêgetuienis by borgverrigtinge. Volgens Nel is die saak opsigself twyfelagtige gesag vir die benadering aangesien daar nêrens in die saak van hoorsêgetuienis melding gemaak word nie. Die hof maak self aannames. Hy sê ook die volgende:

“Die blote feit dat regter Murray klaarblyklik hoorsêgetuienis toegelaat het in die *Maserow* saak stel nie gegronde gesag daar vir so 'n praktyk nie, die regter voer nie eens redes en argumente aan ter stawing van sy mening nie.”²¹⁶

Die verdere gesag waarop Milne R steun, naamlik *Hafferjee v Rex*²¹⁷, word deur Nel as irrelevant tot die kwessie onder bespreking gesien. Hy is van mening dat die regter met

²¹⁰ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 119.

²¹¹ Ferreira *Strafprosesreg in die Laer Howe 2e* (1979) 206.

²¹² Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1987) 132.

²¹³ 1976 (3) SA 205 (D).

²¹⁴ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 123.

²¹⁵ 1941 WPA 43.

²¹⁶ Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (1985) 124.

²¹⁷ 1932 NPD 518.

aanhaling uit die saak²¹⁸ gepoog het om die klem op “infer” in plaas van die korrekte deel “fact” te plaas, om daardeur aan te toon dat 'n regter afleidings kan maak uit die getuienis voor hom. Ook Milne R se verwysing na *Kok v Rex*²¹⁹ word deur Nel gekritiseer. In hierdie saak wou die aanklaer 'n ex parte verklaring, wat op hoorsê gebaseer was, aan die hof voorhou. Nel toon aan dat die regter hieruit die afleiding gemaak het dat hoorsêgetuienis dan wel toelaatbaar by borgverrigtinge is. Die feit dat hoorsêgetuienis soms wel toegelaat word, stel volgens Nel geen regsteoretiese gesag daar vir die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis by borgverrigtinge nie. Nel verklaar die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis aan die hand van die dringendheid van die aangeleentheid. Volgens hierdie siening moet daar absolute prioriteit gegee word aan die aanhoor van en spoedige afhandeling van die aansoek ten einde die beskuldigde tegemoet te kom. Hy erken dat daar egter geen gesag bestaan vir dringendheid as rede vir die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis nie, maar dat dit uit blote logika voortvloei. Hierdie benadering word, soos reeds genoem, streng deur Van der Berg afgekeur.

My submitisie is dat die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis by borgverrigtinge regverdig kan word aan die hand van die besondere aard van die verrigtinge. Die feit dat die wetgewer reeds bepalinge daargestel het om hoorsêgetuienis onder sekere omstandighede by siviele en strafregtelike verrigtinge toe te laat, regverdig des te meer so 'n soepel benadering by borgverrigtinge.

²¹⁸ “...nor is any presented from which I may reasonably infer that he probably will do something of the sort”. *Hafferjee* verslag 520.

²¹⁹ 1927 NPD 267.

HOOFSTUK 4

DIE DOSSIERPRIVILEGIE BY BORGVERRIGTINGE

4 1 INLEIDING

Soos reeds in hoofstuk twee aangetoon, is relevantheid 'n voorvereiste vir die toelaatbaarheid van getuienis. Relevantheid is egter nie 'n waarborg vir toelaatbaarheid nie. Relevante getuienis sal ontoelaatbaar wees indien dit gepriviligeerd is. 'n Privilegie word uit 'n bewysregtelike oogpunt beskou as 'n reg of 'n plig wat 'n persoon het om te weier om in sommige gevalle in 'n geregshof of ander tribunaal sekere feite te openbaar.²²⁰

Omdat die effek van 'n privilegie is dat die hof van relevante inligting ontnem word, is oortuigende argumente nodig om hulle bestaan te regverdig. Die basiese uitgangspunt is dat die dogmatiese regverdiging vir die handhawing van privilegies wentel om die opweging van belange. Die vraag moet dus gevra word of die getuienisweerhoudingseffek van 'n privilegie in die lig van die belange wat dit beskerm, geduld kan word.²²¹

4 2 PRIVAATPRIVILEGIES TEENoor STAATSPRIVILEGIES

Ten einde die privilegies wat op borgverrigtinge van toepassing is te ondersoek, is dit eers nodig om tussen privaat- en staatsprivilegies te onderskei. Die begrip 'staatsprivilegie' dui op 'n privilegie wat in ooreenstemming met die regsoortuiging van die gemeenskap 'n staatsbelang beskerm. Die begrip 'privaatprivilegie' dui weer op 'n privilegie wat in ooreenstemming met die regsoortuigings van die gemeenskap die belange van die individu beskerm.²²²

4 3 DIE BEVOEGDHEID EN VERPLIGBAARHEID VAN GETUIES TEENoor DIE BESTAAN VAN 'N PRIVILEGIE

'n Beroep op 'n privilegie moet verder ook onderskei word van die bevoegdheid en verpligbaarheid om te getuig. 'n Onbevoegde getuie beskik nie oor die vermoë om te getuig nie en kan dus om daardie rede nie as getuie geroep word nie. 'n Getuie wat nie verpligbaar is nie, het die reg om te weier om geheel en al te getuig terwyl 'n getuie wat hom of haar op 'n

²²⁰ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 6.

²²¹ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 7.

²²² Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 10.

privilegie beroep steeds bevoeg en verpligbaar is om te getuig maar hy of sy kan die privilegie opper as rede waarom sekere getuienis nie aan die hof gelewer kan word nie.²²³

4 4 DIE ERKENNING VAN DIE DOSSIERPRIVILEGIE IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

In 1952 is daar in *R v H*²²⁴ beslis dat waar die verdediging aanspraak maak op insae in die verklarings van staatsgetuies, die hof dit sal toelaat in die afwesigheid van enige privilegie wat sodanige inligting ontoelaatbaar mag maak. In 1954 het die Hoogste Hof van Appél egter die bestaan van 'n klas privilegies erken wat nie spesifiek in vorige uitsprake en handboeke vervat is nie, maar oor die jare as vanselfsprekend aanvaar is. So is die bestaan van die staat se allesomvattende dossierprivilegie bevestig.²²⁵ In dié uitspraak is die bestaan van so 'n privilegie aan die hand van beleidsredes regverdig. Daar is aangevoer dat in die afwesigheid van so privilegie, die inligting verkry uit die dossier, maklik misbruik kan word, dat dit sal lei tot ongerief en vertraging en dat die werklike doel van die verhoor, naamlik die ondersoek na die *corpus delicti*, verswelg sal word deur 'n massa ondersoek na wat plaasgevind het gedurende die verskillende ondervragings waarby verklarings van die betrokke getuienis afgeneem is.

4 5 DIE GRONDWETLIKHEID VAN DIE DOSSIERPRIVILEGIE

Die dossierprivilegie het die algemene gemeenregtelike privilegie met betrekking tot die inhoud van die saakdossier ingevolge waarvan die verdediging nie geregtig was op enige inligting vervat in die saakdossier nie, asook die praktyksreël wat konsultasie deur die verdediging met staatsgetuies sonder toestemming verbied, ingesluit.

Na aanvang van die Oorgangsgrondwet, het die vraag in *Shabalala v Attorney -General of Transvaal*²²⁶ oor die grondwetlikheid van die staat se allesomvattende dossierprivilegie ontstaan. Die vraag voor die hof was of hierdie privilegie versoenbaar is met die vereistes van 'n billike verhoor soos uiteengesit in a 25(3) van die Oorgangsgrondwet (a 35(3) van die

²²³ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 115.

²²⁴ 1952 (4) SA 344 (T).

²²⁵ *R v Steyn* 1954 (1) SA 324 (A).

²²⁶ 1995 (2) SASV 761 (KH).

finale Grondwet²²⁷). Die hof het beslis dat sowel die privilegie as die bogenoemde konsultasie-verbod strydig is met die reg op 'n billike verhoor.

Die *Shabalala*²²⁸-beslissing het daartoe gelei dat daar in daaropvolgende borgaansoeke aansprake deur die verdediging gemaak is op insae in die polisie-dossier vir doeleindes van voorbereiding vir die borgaansoek.²²⁹ Watney²³⁰ wys op die gevare van so 'n situasie, naamlik dat die borgaansoek gewoonlik gebring word kort na die arrestasie van die beskuldigde. Die ondersoek is dan nog in die begin stadium en die risiko ontstaan dan dat die ondersoek deur sodanige insae belemmer kan word.

4 5 1 Artikel 60(14) van die Strafproseswet²³¹

Om die probleme wat as gevolg van die *Shabalala*²³²-beslissing ontstaan het aan te spreek, is a 60(14) in die Strafproseswet ingevoer:

“[O]ndanks andersluidende regsbepalings het geen beskuldigde, vir doeleindes van borgtogverrigtinge, toegang tot enige inligting, rekord of dokument met betrekking tot die betrokke misdryf wat vervat word in of deel uitmaak van 'n polisie-dossier met inbegrip van enige inligting, rekord of dokument wat deur enige polisiebeampte belas met die betrokke ondersoek gehou word nie, tensy die aanklaer anders gelas: Met dien verstande dat hierdie subartikel nie sodanig uitgelê word nie dat dit 'n beskuldigde toegang weier tot enig inligting, rekord of dokument waarop hy of sy vir die doeleindes van sy of haar verhoor geregtig mag wees.”

Hierdie artikel bevat 'n voorbehoudsbepaling tot die effek dat dit nie so uitgelê moet word dat dit die beskuldigde toegang ontsê tot enige inligting, rekord of dokument waarop hy

²²⁷ Wet 108 van 1996.

²²⁸ 1995 (2) SASV 761 (KH).

²²⁹ M Watney “Borgaansoeke: Die rol van die Voorsittende Beampte en Insae in die Saakdossier” 2000 TSAR 369 374.

²³⁰ M Watney “Borgaansoeke: Die rol van die Voorsittende Beampte en Insae in die Saakdossier” 2000 TSAR 369 374.

²³¹ Wet 51 van 1977.

²³² 1995 (2) SASV 761 (KH).

vir doeleindes van die verhoor geregtig mag wees nie.²³³ Daar word dus 'n duidelike onderskeid getref tussen die verhoor- en borgaansoekfasies van die proses.

4 5 2 Die grondwetlikheid van a 60(14) van die Strafproseswet²³⁴

Die grondwetlikheid van a 60(14) is in die *Schietekat*²³⁵-beslissing geopper. Kriegler R is van mening dat die vertolking wat aan die *Shabalala*²³⁶-beslissing gegee is met betrekking tot die beskuldigde se reg om reeds by borgverrigtinge toegang tot die saakdossier te verkry, verkeerd is. Laasgenoemde saak het gehandel oor wat billik vir doeleindes van die verhoorfase is. Die Konstitusionele Hof was van mening dat die bepaling nie aan die staat enige bevoegdheid verleen om inligting met betrekking tot die aanklag van die beskuldigde te weier nie. Die hof steun hier op die vereistes van a 60(11)(a) dat daar aan die beskuldigde 'n "redelike geleentheid" gebied moet word om aan die bepalings van die artikel te voldoen. Wat 'n redelike geleentheid beteken hang af van die feite van elke saak. Die hof beklemtoon ook die voorsittende beampte se plig om bogenoemde te verseker. Die hof het beslis dat a 60(14)

“does no more than make plain that, whatever access to the police docket an accused may have to be afforded in order to protect the right to a fair trial guaranteed by the Constitution, there is no correspondingly general right at the bail stage. And in order to make that intention completely plain, the proviso to the subsection expressly excludes access required for trial purposes from its prohibitory ambit. It follows that there is no constitutional fault to be found with the subsection.”²³⁷

Die hof maak 'n duidelike onderskeid tussen die reg op 'n billike verhoor soos vervat in a 35(3) van die Grondwet en die gekwalifiseerde reg op vrylating uit aanhouding soos vervat in a 35(1)(f) en wys daarop dat die vereistes wat gestel word ten einde te bepaal of dit 'n billike verhoor is, nie van toepassing is op die vasstelling of dit in belang van die regspleging is dat die beskuldigde op borgtog vrygelaat word nie.

²³³ Van der Merwe “Borgverrigtinge en toegang tot die Polisie-dossier: Het die staat 'n regsetiese beskikbaarstellingsverpligting?” (2001)12 Stell LR 3.

²³⁴ Wet 51 van 1977.

²³⁵ *S v Dlamini; S v Dladla en ander; S v Joubert; S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) 881.

²³⁶ 1995 (2) SASV 761 (KH).

²³⁷ *S v Dlamini; S v Dladla en ander; S v Joubert; S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) par 84.

4 6 DIE TOEPASSING VAN A 60(14)²³⁸ VAN DIE STRAFPROSESWET²³⁹

Van der Merwe²⁴⁰ wys daarop dat a 60(14) in der waarheid 'n dossiersprivilegie skep wat ten aansien van borgverrigtinge geld en waarvan die aanklaer oënskynlik die houer is. Dit kan afgelei word uit die feit dat die toegangsverbod gekwalifiseer word deur die aanklaer se bevoegdheid om anders te gelas. Die staatsaanklaer sal dus onder sekere omstandighede op 'n diskresionêre basis van die privilegie kan afstand doen. Hy wys ook daarop dat die Konstitusionele Hof dit duidelik gestel het dat die hof onder sekere omstandighede kan gelas dat inligting in die dossier aan die borgapplikant beskikbaar gestel moet word, ongeag die aanklaer se beroep op a 60(14).²⁴¹

Die probleemvraag wat Van der Merwe identifiseer by die toepassing van die betrokke artikel is of die aanklaer slegs in die geval van 'n hofbevel regtens verplig is om inligting in die dossier aan die borgapplikant beskikbaar te stel. Hy is van mening dat daar wel een besondere situasie bestaan waar die aanklaer in die afwesigheid van 'n hofbevel, regtens verplig is om dit te doen en dit is waar 'n staatsgetuie se mondelinge getuienis in die borgeansoek wesenlik afwyk van sy getuienisverklaring vervat in die polisie-dossier. In die *Steyn*²⁴²-saak het Greenberg R dieselfde uitsondering ten opsigte van die verhoor erken voor die *Shabala*²⁴³- beslissing die posisie drasties verander het.

Van der Merwe²⁴⁴ vra of daar ongeag die aanklaer se aanvanklike beroep op die bepaling van a 60(14) van die Wet, ook 'n regsplig op hom rus om onder sekere omstandighede in die afwesigheid van 'n hofbevel, getuienis aan die beskuldigde beskikbaar te stel. Die mees ooglopende probleem wat hy hier identifiseer, is dat een van die basiese grondslae van die beskikbaarheidsstellingsverpligting by strafverhore, a 35(3) wat die reg op

²³⁸ Sien ook in die verband *S v Dlamini* ; *S v Dladla en ander*; *S v Joubert*; *S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) par 84.

²³⁹ Wet 51 van 1977.

²⁴⁰ Van der Merwe "Borgverrigtinge en toegang tot die Polisie-dossier: Het die staat 'n regsetiese beskikbaarstellingsverpligting?" (2001) 12 Stell LR 5.

²⁴¹ Sien in hierdie verband *S v Dlamini*; *S v Dladla en ander*; *S v Joubert*; *S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) par 84.

²⁴² 1954 (1) SA 324 (A).

²⁴³ 1995 (2) SASV 761 (KH).

²⁴⁴ Van der Merwe "Borgverrigtinge en toegang tot die Polisie-dossier: Het die staat 'n regsetiese beskikbaarstellingsverpligting?" (2001)12 Stell LR 10.

'n billike verhoor verskans, nie van toepassing is op borgverrigtinge nie. Hy regverdig die verpligting wat in die geval van borgverrigtinge bestaan soos volg:²⁴⁵

“Die feit dat die ‘billike verhoor’ betoog wat op a 35(3) van die Grondwet geskoei is, nie by borgverrigtinge ter sprake is nie, is irrelevant ter beantwoording van die vraag of 'n beskikbaarstellingsverpligting by borgverrigtinge kan ontstaan. 'n Borgaansoek moet uit die hoek van a 34 van die Grondwet benader word. Artikel 34 bepaal onder andere, dat elke persoon die reg het ‘dat 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg kan word, in 'n billike openbare verhoor beslis word voor 'n hof...’ Só beskou het die borgapplikant beslis die reg op 'n billike beregting van sy borgaansoek. Dit is in elke geval aksiomaties dat daar 'n grondwetlike reg op 'n billike beregting van 'n borgaansoek móét wees. As 'n borgapplikant se reg soos vervat in a 35(1)(f) nie oor die ‘billike verhoor’-waarborg in a 35(3) betrek kan word om nie omdat borgverrigtinge nie strafregtelike verrigtinge is nie, is dit 'n noodsaaklike grondwetskonforme alternatief om die a 35(1)(f)-reg binne die kader van a 34 te plaas. 'n Betwiste borgaansoek is inderdaad 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg word.”

4 7 GEVOLGTREKKING

Daar word 'n duidelike onderskeid getref tussen borgverrigtinge en strafregtelike verrigtinge vir doeleindes van insae in die saakdossier. By borgverrigtinge geld 'n aparte stel reëls in dié verband. Dit is dus duidelik dat borgverrigtinge nie onder strafregtelike verrigtinge tuisgebring kan word nie en hierdie verrigtinge is soos reeds in hoofstuk een vermeld, *sui generis* van aard.

²⁴⁵ Van der Merwe “Borgverrigtinge en toegang tot die Polisie-dossier: Het die staat 'n regsetiese beskikbaarstellingsverpligting?” (2001)12 Stell LR 10-11.

HOOFSTUK 5

DIE AANBRENGERSPRIVILEGIE

5 1 INLEIDING

In hoofstuk vier is die verskil tussen privaatprivilegies en staatsprivilegies uiteengesit en daarop gewys dat die begrip 'staatsprivilegie' dui op 'n privilegie wat in ooreenstemming met die regsoortuiging van die gemeenskap 'n staatsbelang beskerm. Die aanbrengrersprivilegie is een so 'n privilegie wat daarop gemik is om lede van die publiek wat inligting oor misdade aan die polisie openbaar, te beskerm en sodoende die polisie se taak om misdade te voorkom en misdadigers aan te keer vergemaklik.

Die reël met betrekking tot die aanbrengrersprivilegie kan soos volg omskryf word: geen vraag mag normaalweg in 'n geregshof aan 'n getuie gestel word indien die antwoord daarop die identiteit van die aanbrengrer of die inhoud van die aanbrengrer se verklaring kan openbaar nie.²⁴⁶ Daar rus 'n verpligting op die hof om te verseker dat daar aan hierdie privilegie gestand gedoen word ongeag of die partye voor die hof daarop aanspraak maak al dan nie.²⁴⁷

Die privilegie was teen 1864 reeds ongeveer vyftig jaar lank in die Engelse reg gevestig, soos duidelik uit die uitspraak in *Attorney-General v Bryant*²⁴⁸ afgelei kan word waarin die hof die volgende oor die eerste deel van die bogemelde omskrywing sê:

“The rule clearly established and acted on is this, that in a public prosecution a witness cannot be asked such questions as will disclose the informer, if he be a third person. This has been the settled rule for fifty years, and although it may seem hard in a particular case, private mischief must give way to public convenience.”

Innes HR het in *Tranter v Attorney-General and the First Criminal Magistrate of Johannesburg*²⁴⁹ daarop gewys dat dit nie net noodsaaklik is om die identiteit van die aanbrengrer te beskerm nie, maar ook die inhoud van sy verklaring aangesien dit in baie gevalle maklik is om die aanbrengrer se identiteit uit die aard en inhoud van sy verklaring af te lei. Ten einde die aanbrengrer na behore te beskerm is dit dus noodsaaklik dat die privilegie sy identiteit sowel as die aard en inhoud van sy verklaring dek.

²⁴⁶ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 259-260.

²⁴⁷ *Tranter v Attorney-General and the First Criminal Magistrate of Johannesburg* 1907 TS 415.

²⁴⁸ 15 M & W 169 185.

²⁴⁹ 1907 TS 415 423.

Nie elke persoon wat inligting aan die polisie verskaf kan steun op die privilegie nie. Dit is dus nodig om vas te stel wat die redes vir die bestaan van die betrokke privilegie is, watter persone vir doeleindes van die reël binne die omskrywing van ‘n aanbrenner val en die grondslag van die privilegie.

5 2 REDES VIR DIE BESTAAN VAN DIE PRIVILEGIE

Daar is ten minste drie redes vir die bestaan van die betrokke privilegie: a) om die aanbrenner en sy familie te beskerm teen die persone waarteen hy inligting verskaf; b) om te verseker dat die informant in die toekoms weer gebruik kan word; en c) om die publiek aan te moedig om met inligting wat betrekking het op ‘n misdaad na vore te kom.²⁵⁰ Stratford HR in *R v Van Schalkwyk*²⁵¹ som die doel van die reël soos volg op:

“The cardinal object of the rule of protection is to remove possible deterrents to the detection and punishment of crime. Those, then, who by giving information assist in that direction, must not be exposed to risks such as the possible vengeance of the criminals or their friends.”

Dit is noodsaaklik dat die identiteit van die aanbrenner beskerm word aangesien hy deurentyd die gevaar loop om die slagoffer van wraakuitoefening deur die misdadiger of die familie, vriende of bendelede van die misdadiger te word. Die vrees vir wraaksugtige optrede kan lede van die publiek daarvan weerhou om enige inligting aan die polisie te verskaf wat die hele proses rondom die vervolging van misdade en die opsporing van misdadigers kan strem. In *Conway v Rimmer*²⁵² het die hof die volgende gesê:

“The police are carrying on an unending war with criminals many of whom are today highly intelligent. So it is essential there should be no disclosure of anything which might give any useful information to those who organise criminal activities.”

²⁵⁰ Schwikkard et al *Principles of Evidence* 2e (2002) 154.

²⁵¹ 1938 AH 543 549.

²⁵² 1968 1 All ER 874, 953-954.

5 3 DIE AANBRENGER EN DIE VEREISTES VIR AANSPRAAK OP DIE PRIVILEGIE

Die aanbrenner is 'n persoon wat op 'n heimlike wyse sekere inligting aan regsamptenare, byvoorbeeld die polisie, verskaf en wat dit doen met die bedoeling dat sy identiteit verborge sal bly en dus nie geopenbaar sal word aan die persoon of persone ten opsigte van wie hy die nadelige inligting verskaf nie.²⁵³ Soos reeds genoem word sy identiteit asook die werklike inhoud van die inligting wat hy verskaf tydens die ondersoek en die verhoor geheim gehou. Hoewel die bedoeling en optrede van 'n persoon belangrik is by die bepaling of hy wel as 'n aanbrenner gesien kan word, is dit nie die deurslaggewende faktore wat hom geregtig maak op die beskerming van die betrokke privilegie nie. Stratford HR in *R v Van Schalkwyk*²⁵⁴ beskryf 'n aanbrenner soos volg:

“This leads me to endeavour to define the meaning of the term. No definition has been authoritatively laid down in the English cases, but in some of these there are descriptions of the kind of person intended to be covered by the rule. Indeed, one gets a fairly accurate notion of what an informer is from the nature of the rule. He is, first, one who gives information of a kind prejudicial to others whose enmity he may thereby provoke; secondly, that information must be of a kind which is (or may be) the cause of a criminal prosecution, and lastly, it must be given to the officers of justice. Definitions are often difficult to frame and their inflexibility is often a serious drawback and danger. It is so much easier and safer to say, in given cases, who is and who is not an informer than accurately to describe the circle in which he is rigidly confined. My remarks above are, therefore, intended to describe some of the essential characteristics of an informer. The English cases, proceeding, perhaps, more safely, if more vaguely, seem to lay down that any person who gives information to the authorities of the commission of a crime, or information which leads to the detection of a crime, is one who, in the public interest, ought to be protected. In other words, anyone who gives useful information about the commission of a crime and needs protection against those who may suffer from his disclosures should get the protection so as to encourage these disclosures.”

²⁵³ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 258.

²⁵⁴ 1938 AH 543 548.

Die kenmerke wat hy dus hier identifiseer, is dat die inligting wat verskaf word nadelig vir ander persone moet wees, dat die inligting aan 'n regsamptenaar verstrekkend moet word en dat die inligting sodanig moet wees dat dit strafregtelike vervolging tot gevolg kan hê.

In *Suliman v Hansa*²⁵⁵ het Fannin R die vereistes wat Wigmore²⁵⁶ neergelê het alvorens daar op die privilegie aanspraak gemaak kan word, as deel van die Suid-Afrikaanse reg aanvaar en dit dienooreenkomstig toegepas. Die vier vereistes is:

- (1) Die mededeling moes berus het op die *vertroue* dat dit nie geopenbaar sou word nie.
- (2) Die element van vertroulikheid moet noodsaaklik wees vir die volle en bevredigende *handhawing van die verhouding* tussen die partye.
- (3) Die verhouding moet een wees wat ter wille van die gemeenskapsbelang ywerig *bevorder* behoort te word.
- (4) Die *skade* aan die verhouding wat aangerig sou word deur die openbaarmaking van die inligting moet *groter as die voordeel* wees wat vir die regspleging uit die verhouding behaal kan word.²⁵⁷

'n Persoon wat 'n klag by die polisie gaan lê word gewoonlik as 'n aanbrenner gesien²⁵⁸ tensy hy die klaer in 'n saak is wat betrekking het op die persoon of eiendom van 'n individu. In so 'n geval sal die persoon nie aanmoediging nodig hê om 'n klag te lê en inligting aan die polisie te verskaf nie.²⁵⁹ Om dieselfde rede word 'n polisiebeampte²⁶⁰ en 'n persoon wat ondervra word nadat die beskuldigde reeds in hegtenis geneem is²⁶¹ ook nie gewoonlik as aanbrenners beskou nie.

5 4 DIE GRONDSLAG EN TOEPASSING VAN DIE PRIVILEGIE

In *Ex parte Minister of Justice: in re R v Pillay*²⁶² wys Watermeyer HR daarop dat hoewel daar soms gesê word dat die reël daar is om die aanbrenner te beskerm teen die wraak van dié waarteen hy die inligting verskaf, dit nie die werklike basis vir die bestaan van die reël is nie. Dit is volgens hom slegs 'n middel om die doel van die reël te bevorder naamlik

²⁵⁵ 1971 (4) SA 69 (D).

²⁵⁶ Wigmore Evidence 3e Volume VIII par 2285.

²⁵⁷ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 261.

²⁵⁸ *R v Olifant* 1937 (2) PH H191 (T).

²⁵⁹ *Naylor v Wheeler* 1947 (2) SA 681 (D).

²⁶⁰ *Suliman v Hansa* 1971 (4) SA 69 (D).

²⁶¹ *R v Van Schalkwyk* 1938 AH 543 361.

²⁶² 1945 AH 653 668.

die aanmoediging van inligting oor sake waarin die staat 'n belang het en om sodoende die aanmelding en vervolging van misdaad te bevorder. Hy gaan verder deur te sê dat die reël slegs toegepas moet word

“...when public policy requires the name of the informer or his information to be kept secret, because of some confidential relationship between State and informer, or because the State desires its sources of information to be kept secret for the reason that the informer's information relates to matters in respect of which he might not inform if he were not protected, or for the reason that the candour and completeness of his communications might be prejudiced, if he were not protected, or for some other good reason. To give a comprehensive definition which will include all such cases would be impossible.”

Die hof moet as bewaker van die openbare belang optree en in elke geval bepaal of dit billik is in ooreenstemming met die regsoortuiging van die gemeenskap om die identiteit van die aanbrenner bekend te maak.²⁶³ Omrede die openbare belang eerste prioriteit by die toepassing van die privilegie geniet, kan daar ook in siviele gedinge wat voorspruit uit strafregtelike gedinge daarop aanspraak gemaak word. Innes HR haal in *Tranter v Attorney-General and the First Criminal Magistrate of Johannesburg*²⁶⁴ die volgende gedeelte van die uitspraak in *Marks v Beyfus*²⁶⁵ met goedkeuring aan:

“The rule applies not only to the proceedings at the criminal trial itself, but to any subsequent civil proceedings out of it; and therefore *a fortiori* to a private criminal prosecution founded on the allegation that the person being prosecuted is the original informer.”

Wanneer bewerings dat die aanbrenner die verdagte of beskuldigde kwaadwillig by die polisie beswadder het, die geskilpunt in 'n siviele geding is, moet die hof net soos in die geval van 'n strafregtelike geding, die belange van die individu teen die openbare belang opweeg ten einde te bepaal of dit wenslik is om die identiteit van die aanbrenner te openbaar. Fannin R wys in *Suliman v Hansa*²⁶⁶ daarop dat selfs al word daar beweer dat 'n aanbrenner kwaadwillig inligting oorgedra het, die openbare belang steeds vereis dat sy identiteit beskerm moet word aangesien 'n aanbrenner nie sonder meer inligting aan die polisie sal

²⁶³ Sien in hierdie verband *S v Rossouw* 1973 (4) SA 608 (SWA).

²⁶⁴ 1907 TS 415 423.

²⁶⁵ 1890 25 QBD 494 498.

²⁶⁶ 1971 (4) SA 69 (D) 440B.

verskaf indien hy weet dat sy identiteit bekend gemaak sal word indien daar sulke bewerings gemaak word nie. Selfs al sou slegs die inhoud van die aanbrengr se verklaring ondersoek word om te bepaal of hy inligting kwaadwillig verskaf het, kan dit reeds op 'n skending van die privilegie neerkom aangesien die aard en die inhoud van die inligting in baie gevalle maklik die identiteit van die aanbrengr kan verrai.²⁶⁷ Daar moet dus baie sterk aanduidings van kwaadwilligheid wees alvorens die hof enige stappe wat moontlik die identiteit van die aanbrengr kan openbaar, sal oorweeg.

Die staat sal in die meeste gevalle op die privilegie aanspraak maak weens die aard van die betrokke privilegie wat op die beskerming van die staat se belange en die openbare belang gemik is.²⁶⁸ Die vraag of die staat of die aanbrengr self van die privilegie kan afstand doen en of die hof uit eie beweging die privilegie kan handhaaf, is telkens in regspraak aangespreek.²⁶⁹

In *R v Olifant*²⁷⁰ is die standpunt gehuldig dat die beskerming wat deur die privilegie aan die aanbrengr verleen word, 'n kwessie van openbare belang is en dat daar om die rede nie daarvan afstand gedoen kan word nie. Hierdie standpunt is ook deur die hof in *Natal Fertilizers Ltd v Van Dam*²⁷¹ nagevolg waarin beslis is dat al is die aanbrengr gewillig om self afstand te doen van die betrokke privilegie, hy nie kan nie en dat hy as te ware teen homself beskerm moet word. Die uitgangspunte in die bogemelde sake is deur Stratford HR in *R v Van Schalkwyk*²⁷² verwerp. Die hof het die uitgangspunt wat neergelê is deur Tatham R in *R v Harris*²⁷³ nagevolg waarin hy sê:

“The rule protecting an informer is based upon the theory that public policy requires his protection, because otherwise persons would be discouraged from giving information, but it is difficult to see how public policy is served by prohibiting him from himself disclosing the fact, indeed public interest will be ill-served in many cases if there were any such rule.”

²⁶⁷ Sien in hierdie verband *Tranter v Attorney-General* 1907 TS 415 423.

²⁶⁸ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 264.

²⁶⁹ Sien in hierdie verband *S v Rossouw en ander* 1973 (4) SA 608 (SWA); *R v Harris* 1927 48 NLR 330 345; asook *R v Olifant* 1937 (2) PH H 191 (T).

²⁷⁰ 1937 (2) PH H 191 (T).

²⁷¹ 1922 NPD 157 162.

²⁷² *R v Van Schalkwyk* 1938 AH 543 553-555.

²⁷³ 1927 NPD 330 345.

Tatham R het 'n belangrike kwalifikasie tot hierdie benadering gevoeg en wat ook deur Stratford HR²⁷⁴ beaam is. Dit behels dat indien die staat kan aandui dat die beginsels van die openbare belang dit vereis dat die identiteit van die aanbrengrer geheim gehou moet word, sodanige inligting uitgesluit moet word niteenstaande die bereidwilligheid van die aanbrengrer om sy identiteit bekend te maak.²⁷⁵ Die hof as bewaker van die openbare belang moet telkens bepaal wat in 'n bepaalde geval billik is in ooreenstemming met die regsdoortuiging van die gemeenskap en dit is daarom ook die hof se plig om indien dit nodig is die privilegie uit eie beweging te handhaaf. In ooreenstemming met hierdie beginsel is dit ook die hof se uitsluitlike bevoegdheid om opsegging van die privilegie te gelas. Die hof kan dus die besware of toestemming van die staat en die verdediging, asook getuies, hoogstens gebruik as hulpmiddels om tot 'n beslissing in hierdie verband te kom.²⁷⁶

5 5 DIE TOEPASSING VAN DIE PRIVILEGIE BY BORGVERRIGTINGE

Borgverrigtinge, hoewel dit *sui generis* van aard is, is so nou verbonde aan die strafregtelike verrigtinge dat dit die hele bestaan van die reël sal ondermyn as die privilegie nie by borgverrigtinge van toepassing is nie. Borgverrigtinge is een van die eerste stappe in die regsproses wat lei tot die verhoor van 'n beskuldigde en daarom is die toepassing van die privilegie hier van kardinale belang. Dit is duidelik dat dit in die openbare belang is dat die identiteit van die aanbrengrer van die begin van die verrigtinge af beskerming moet geniet en dat daar ook by borgverrigtinge slegs van die reël afstand gedoen kan word indien die hof oortuig is dat dit in ooreenstemming met die regsdoortuiging van die gemeenskap billik is in 'n spesifieke geval.

In *S v Kantor*²⁷⁷ is aangevoer dat 'n beskuldigde wat op borgtog vrygelaat is, beplan het om te vlug en nie vir sy verhoor op te daag nie. Die polisie het oor inligting beskik vanuit drie bronne wat hulle as uiters betroubaar beskou het maar wie se identiteit hulle nie aan die hof wou openbaar nie. 'n Senior polisiebeampte het ook aan die hof die versekering gegee dat hy die bewerings ondersoek het en dat hy oortuig is daarvan dat die getuienis waar en wesenlik is en dat hy ook, soos die polisie, oortuig is daarvan dat die beskuldigde beplan om

²⁷⁴ *R v Van Schalkwyk* 1938 AH 543 554-555.

²⁷⁵ Sien ook in hierdie verband LH Hoffmann & DT Zeffertt *The South African Law of Evidence* 4e (1988) 276-277.

²⁷⁶ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 267.

²⁷⁷ 1964 (3) SA 377 (W).

te vlug ten einde sy verhoor vry te spring.

Die Assistent Prokureur-Generaal wat namens die Staat opgetree het, het ook aangevoer dat hy die bron van die inligting ondersoek het en dat hy bereid is om die hof die versekering te gee dat dit juis en betroubaar is. Hy het aangevoer dat die identiteit van die aanbrenner en die inhoud van die inligting nie bekend gemaak sal word nie al beteken dit dat die aansoek van die hand gewys kan word. Die hof het die gewig van die getuienis aan die hand hiervan beoordeel en daarop gewys dat dit moeilik is vir die respondent om in so 'n geval getuienis tot die teendeel aan te bied indien die aanbrenner en die inhoud van die getuienis teen hom nie bekend gemaak word nie. Cillié R gaan verder deur te sê:

“But where a Court must decide whether the ends of justice would be defeated if an accused person is allowed his freedom while awaiting or standing trial, the fact that the sources and particulars of information that he is so preparing to abscond are not disclosed in the interest of justice or public safety, cannot mean that the effect of that information must be ignored...The Court must therefore give all due weight to a statement by the Attorney-General, of the information that the accused is about to abscond, when that statement is made, as it was made here, with the full sense of responsibility, but at the same time to allow for the fact that the non-disclosure of particulars makes it difficult for the accused to refute the charge that he will not stand his trial.”

In *Maqungu v Assistant Magistrate, Whittlesea*²⁷⁸ is appél aangeteken teen die intrekking van die beskuldigde se borgtog deur die laer hof. Die beskuldigde se borgtog is ingetrek op grond van getuienis deur 'n onervare polisiebeampte dat hy oor inligting beskik het dat die beskuldigde van plan was om te vlug. Anders as in *S v Kantor*²⁷⁹ is die betroubaarheid van die bron nie bevestig nie en daar is ook geen getuienis tot die effek aangevoer nie. Die polisiebeampte het slegs getuig dat hy inligting ontvang het dat die beskuldigde van plan was om te vlug en dat hy gehoor het dat die beskuldigde van plan is om op 'n ander plek te gaan werk soek. Hy het ook vier dae geneem voor hy op grond van die inligting stappe gedoen het. Eksteen R het beslis dat die getuienis onvoldoende is om tot die gevolgtrekking te kom dat die belang van geregtigheid geskend sal word indien die

²⁷⁸ 1977 (2) SA 359 (E).

²⁷⁹ 1964 (3) SA 377 (W).

beskuldigde se borgtog nie ingetrek word nie.

In *S v Nqumashe*²⁸⁰ is 'n appél teen die intrekking van 'n beskuldigde se borgtog afgewys op grond daarvan dat getuienis waarop die hof a quo gesteun het om die borgtog in te trek, ook deur die hof van appél as betroubaar aanvaar is. Die appellant in die betrokke saak is op borgtog vrygelaat en een van die borgvoorwaardes was ondermeer dat hy nie met enige van die Staatsgetuies in kontak mag kom nie. Die appellant is daarna weer gearresteer en die Staat het daarna in die streekhof 'n aansoek vir die intrekking van die appellant se borgtog gebring. Na die aanhoor van getuienis van 'n ervare polisiebeampte namens die Staat, het die streeklanddros die aansoek toegestaan en die appellant se borgtog is ingetrek. Die polisiebeampte se getuienis kom daarop neer dat hy informasie ontvang het vanaf 'n aanbrengrer, wie se identiteit hy verkies het om nie te openbaar nie, dat die appellant en een van sy medebeskuldigdes besig was om saam te sweer om 'n Staatsgetuie te vermoor.

Ingevolge a 68 van die Strafproueswet²⁸¹ rus die bewyslas op die Staat om op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat daar gronde bestaan vir die intrekking van die beskuldigde se borgtog. Majiedt R wys daarop dat die kernvraag is of sodanige bewyslas gekwyt is deur aan te toon dat dit in belang van geregtigheid is om die appellant se borgtog in te trek. Hy erken ook die toepassing van die aanbrengrersprivilegie. Die hof wys daarop dat die polisiebeampte nie net die mededelings van sy kollega by wie hy van die berriggewer se inligting te hore gekom het, net aanvaar het nie, maar dat hy die moeite gedoen om ook self met die aanbrengrer 'n onderhoud te voer ter bevestiging van die inligting. Die hof het verder ook die relevantheid, die inhoud van die inligting en die flinke optrede van die polisiebeampte in ag geneem en beslis dat die landros nie verkeerdelik beslis het dat die borgtog ingetrek moet word nie.

²⁸⁰ 2001 (2) SASV 310 (NC).

²⁸¹ Wet 51 van 1977.

HOOFSTUK 6

DIE PRIVILEGIE TEEN SELFINKRIMINASIE BY BORGVERRIGTINGE

6 1 INLEIDING

Ingevolge die privilegie teen selfinkriminasie kan 'n beskuldigde of getuie nie gedwing word om enige getuienis te lewer wat selfinkriminerend van aard is nie.²⁸² Hierdie privilegie is deel van ons gemenerereg en word ook vervat in verskeie artikels van die Strafproseswet,²⁸³ en in a 14 van die Wet op Bewyslewing in Siviele Sake²⁸⁴. Dit is ook verskans in die Grondwet.²⁸⁵

Artikel 35(1)(c) van die Grondwet bepaal dat elke persoon wat weens 'n beweerde oortreding gearrester is, die reg het om nie verplig te word om 'n bekentenis of erkenning te maak wat later as getuienis teen hom of haar gebruik sal kan word nie. Die privilegie word ook verskans in a 35(3)(j) van die Grondwet wat bepaal dat elke aangehoudene met inbegrip elke gevonniste gevangene die reg het om nie verplig te word om enige selfinkriminerende getuienis af te lê nie. Ingevolge a 203 van die Strafproseswet is geen getuie in strafregtelike verrigtinge verplig om enige vrae te beantwoord wat hom of haar aan strafregtelike vervolging sal blootstel nie. Die strekking van die privilegie word egter deur a 200 van die Strafproseswet beperk wat bepaal dat 'n beskuldigde in strafregtelike verrigtinge nie mag weier om enige vrae te beantwoord wat relevant is tot die geskilpunte voor die hof bloot omdat dit tot privaatregtelike aanspreeklikheid kan lei nie. Artikel 14 van die Wet op Bewyslewing in Siviele Sake bevat 'n soortgelyke beperking.

Die privilegie teen selfinkriminasie is 'n natuurlike uitvloeiing van die vermoede van onskuld. 'n Beskuldigde word, in die afwesigheid van 'n skuldigbevinding deur 'n geregshof, grondwetlik vermoed onskuldig te wees.²⁸⁶ Die mees oortuigende rede vir die bestaan van die privilegie is dat getuies vrylik getuienis moet lewer voor die hof sonder vrees vir strafregtelike vervolging. Op so 'n wyse sal die waarheid ten beste na vore kom.

²⁸² *R v Camane* 1925 AD 570-575. Wat getuies betref, vergelyk egter ook a 204 van Wet 51 van 1977.

²⁸³ Wet 51 van 1977.

²⁸⁴ Wet 25 van 1965.

²⁸⁵ Wet 108 van 1996.

²⁸⁶ Artikel 35(3)(h) van die Grondwet, Wet 108 van 1996.

In *Miranda v Arizona*²⁸⁷ het Warren R die volgende uitlatings oor die privilegie gemaak:

“The constitutional foundation underlying the privilege is the respect a government...must accord to the dignity and integrity of its citizens...[T]o respect the inviolability of the human personality, our accusatory system of criminal justice demands that the government seeking to punish an individual produce the evidence against him by its own independent labours, rather than by the cruel simple expedient of compelling it from his own mouth.”

6 1 1 Die strekking van die privilegie teen selfinkriminasie

Alvorens 'n getuie kan steun op die privilegie teen selfinkriminasie, moet dit vir die hof duidelik wees op die feite van die besondere geval en die aard van die getuienis wat die getuie gevra word om te lewer, dat daar redelike gronde is om te glo dat die getuie 'n gevaar loop om homself of haarself te inkrimineer indien hy of sy gedwing word om die getuienis te lewer.²⁸⁸ Dit is nie nodig dat die getuienis direk inkriminerend van aard hoef te wees nie. Daar kan ook op die privilegie gesteun word indien die betrokke getuienis feite openbaar wat opsigself onskadelik is maar wat skakels vorm van 'n ketting van bewyse in 'n aanklag teen die betrokke getuie.²⁸⁹ 'n Getuie kan wel afstand doen van die privilegie teen selfinkriminasie. Maar indien die beskuldigde nie bewus is van die bestaan van die privilegie nie, is die hof huiwerig om sonder meer afstanddoening as rede vir die nie nakoming van die privilegie, te aanvaar. Die voorsittende beampte is verplig om die beskuldigde in te lig van enige beroep op 'n privilegie wat vir hom beskikbaar is.²⁹⁰

In hierdie hoofstuk sal die toepassing van die privilegie teen selfinkriminasie by borgverrigtinge ondersoek word met spesifieke verwysing na die toelaatbaarheid van die rekord van die borgverrigtinge by die beskuldigde se daaropvolgende verhoor en die verpligting wat ingevolge a 60(11B)(c) van die Strafproseswet op die voorsittende beampte rus.

²⁸⁷ 348 US 436 (1966).

²⁸⁸ Hoffmann en Zeffertt *The South African Law Of Evidence* 4e (1988) 241.

²⁸⁹ *S v Heyman* 1966 (4) SA 598 (A) 608C.

²⁹⁰ Sien in hierdie verband *Van Lill v S* 1969 (2) PH H219 (T); *S v Evans* 1981 (4) SA (K) en *S v Lwane* 1966 (2) SA 433 (A).

6 2 DIE BESKULDIGDE SE SWYGREG EN DIE REG OP 'N BILLIKE VERHOOR

Die beskuldigde se reg om te swyg en die reg op 'n billike verhoor geniet grondwetlike beskerming. Artikel 35(1)(a), (b) en (c) van die Grondwet bepaal:

“Elkeen wat weens 'n beweerde oortreding gearresteer word, het die reg om

- (a) te swyg
- (b) onverwyld verwittig te word-
 - (i) van die reg om te swyg en
 - (ii) van die gevolge indien daar nie geswyg word nie,
- (c) nie verplig te word om 'n bekentenis of erkenning te doen wat as getuienis teen daardie persoon gebruik sou kon word nie.”

Artikel 35(3)(h) en 35(3)(j) bepaal dat:

‘Elke beskuldigde persoon het die reg op 'n billike verhoor waarby inbegrepe is “die reg...

- (h) om onskuldig geag te word, te swyg en nie gedurende die verrigtinge te getuig nie;
- (j) om nie verplig te word om selfinkriminerende getuienis af te lê nie...”

Die vraag ontstaan of die reg op 'n billike verhoor soos vervat in a 35(3) ook van toepassing is by borgverrigtinge aangesien borgverrigtinge nie strafregtelik van aard is nie. Artikel 35(1) is wel van toepassing omrede die reg van die beskuldigde as gearresteerde ook die borgaansoeker insluit. Soos reeds in hoofstuk vier geargumenteer, is a 35(3) van die Grondwet nie van toepassing op borgverrigtinge nie. Borgverrigtinge moet, soos Van der Merwe²⁹¹ aantoon, beskou word uit die hoek van a 34 wat die volgende bepaal:

“Elkeen het die reg dat 'n geskil wat deur die toepassing van die reg besleg word, in 'n billike openbare verhoor beslis word, voor 'n hof of, waar dit gepas is, 'n ander onafhanklike tribunaal of forum.”

'n Borgapplikant het dus wel die reg op 'n billike beregting van sy borgaansoek wat vanselfsprekend die regte soos vervat in a 35(3)(h) en (j) insluit.

²⁹¹ Van der Merwe “Borgverrigtinge en toegang tot die Polisie-dossier: Het die staat 'n regsetiese beskikbaarstellingsverpligting?” (2001) 12 Stell LR 10.

6 3 DIE PRIVILEGIE TEEN SELFINKRIMINASIE BY BORGVERRIGTINGE EN DIE TOELAATBAARHEID VAN DIE REKORD VAN DIE BORGVERRIGTINGE BY DIE VERHOOR

6 3 1 Inleiding

Artikel 60(11B)(c) van die Strafproseswet bepaal dat die rekord van die borgverrigtinge – met uitsluiting van vorige veroordelings, hangende aanklagtes en vrylating op borg ten opsigte van sulke aanklagtes – deel van die rekord van die beskuldigde se verhoor vorm wat op sodanige verrigtinge volg.²⁹² Die verhoorhof sal dus in die reël toegang hê tot alle getuienis wat tydens die borgaansoek gelewer is. Artikel 60(11B)(c) bevat 'n voorbehoudsbepaling wat behels dat daar 'n plig op die hof rus om die beskuldigde in te lig van die feit dat enige getuienis wat hy tydens die borgverrigtinge mag lewer, toelaatbaar is in sy daaropvolgende verhoor en dus teen hom gebruik kan word. Alvorens die beskuldigde se getuienis wat tydens die borgverrigtinge gelewer is by die verhoor aangebied kan word, is dit dus noodsaaklik om te bepaal of die hof hom van hierdie plig gekwyd het.²⁹³ Hierdie verpligting rus op die voorsittende beampte en kan nie op die regsvertegenwoordiger van die beskuldigde afgeskuif word nie.²⁹⁴ Die rekord van die borgverrigtinge kan ook met behulp van a 235 van die Strafproses bewys word. Ontoelaatbare getuienis sal egter steeds nie by die verhoor toegelaat word nie.²⁹⁵

Die beskuldigde geniet dus beskerming van sy reg teen selfinkriminasie by borgverrigtinge. Hierdie reg word daagliks deur ons laer en hoër hofe erken. Van der Berg²⁹⁶ wys egter daarop dat die Hoër Hof voor die inwerkingtrede van a 60 (11B)(c) nie altyd genoë was om hierdie reg by borgverrigtinge te erken nie. Vervolgens sal daar gekyk word na die benadering van ons hofe ten opsigte van die toelaatbaarheid van getuienis wat tydens die borgverrigtinge gelewer is, by die daaropvolgende verhoor.

²⁹² Artikel 60(11B)(c) soos gelees met a 60(11B)(a).

²⁹³ *S v Cloete* 1999 (2) SASV 197 (K).

²⁹⁴ *S v Nzima en ander* 2001(2) SASV 354 (K).

²⁹⁵ *S v Chavulla* 1999 (1) SASV 39 (K).

²⁹⁶ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 86.

6 3 2 Die uitgangspunt wat gevolg is in *S v Botha*²⁹⁷ en die kritiek daarteen in daaropvolgende uitsprake

Soos reeds aangedui mag 'n beskuldigde weier om enige selfinkriminerende vrae te beantwoord wat in die loop van die proses aan hom gestel word. Hy loop egter die risiko dat borgtog dan geweier kan word. Hy staan voor die keuse om te getuig, wat moontlik tot selfinkriminasie kan lei ten einde borgtog te verkry, of om sy swygreg uit te oefen en dalk borgtog geweier te word. In *S v Stephen*²⁹⁸ is daar gesê dat indien die beskuldigde nie getuig nie, of weier om vrae te beantwoord

“...he fails to that extent to debilitate such strength as the prosecution may have.

The consequence may be that he is refused bail for the time-being, at least until he is in a position to waive his privilege and to give to the crucial question, an answer which he is confident of being able to defend against cross-examination.”

Onder die Oorgangsgrondwet²⁹⁹ maar voor die inwerkingtrede van a 60(11B)(c)³⁰⁰ van die Strafproseswet, het die hof in *S v Botha*³⁰¹ tot die gevolgtrekking gekom dat die enigste manier om so 'n situasie te voorkom is om getuienis gelewer tydens borgverrigtinge op dieselfde basis te hanteer as by 'n binne-verhoor. Die Staat word sodoende verhoed om getuienis wat aangevoer is tydens die borgverrigtinge, in die hoof verhoor teen die beskuldigde aan te bied. So 'n bepaling sal dit vir die voorsittende beamppte moontlik maak om alle getuienis te bekom wat nodig is om 'n ingeligte besluit ten aansien van die toestaan al dan nie van borgtog te maak sonder dat die beskuldigde hoef te waak teen selfinkriminasie. Myburg R verwys in sy uitspraak na Nicholas Wnr AR se uitspraak in *S v De Vries*³⁰² waarin hy die volgende standpunt huldig:³⁰³

“The way to avoid burdening the accused with that choice is to follow the procedure adopted with the evidence of an accused given at a trial within a trial. When an accused places in issue the voluntariness of the confession made by him, the issue of voluntariness is kept distinct from the issue of guilt. This is achieved

²⁹⁷ 1995 (2) SASV 598 (W).

²⁹⁸ WLD saak nommer A1237/93 (ongerapporteur).

²⁹⁹ Wet 200 van 1993.

³⁰⁰ Artikel 60(11B)(c) van die Strafproseswet het op 1 Augustus 1998 in werking getree.

³⁰¹ 1995 (2) SASV 598 (W).

³⁰² 1989 (1) SA 228 (A) 233H – 234A.

³⁰³ 1995 (2) SASV 598 (W) 611j – 612i.

by insulating the enquiry into voluntariness in a compartment separate from the main trial...At such trial, the accused can go into the witness box on the issue of voluntariness without being exposed to general cross-examination on the issue of his guilt. The prosecution may not as part of its case on the main issue, lead evidence regarding the testimony given by the Defendant at the trial within the trial.”

Nienaber AR het 'n soortgelyke standpunt in *S v Sithebe*³⁰⁴ ingeneem en verklaar: “The principle which [*S v De Vries*] exemplifies is that an accused must be at liberty to challenge the admissibility of an incriminating document at a trial-within-a-trial without fear of inhibiting his election at the end of the day – irrespective of whether the document is admitted or not – of not testifying on the issue of his alleged guilt. Unless the trial-within-the-trial is treated as a watertight compartment, with no spill-over into the main trial, the danger will always exist: for if an accused person's evidence in the trial-within-a-trial can legitimately be held against him in the main trial, he might be obliged to testify again in order to regain lost ground; and if the evidence of a state witness, where the merits are at stake, can simply be transplanted into the main trial, the accused might be obliged not only to cross-examine fully on all such issues (lest he lose the opportunity of doing so later) but to testify himself in order to neutralize its effect.”

Die uitgangspunt wat in die *Botha*-saak gehuldig is, is in verskeie sake deur ons gekritiseer en verwerp. 'n Voorbeeld hiervan is Vahad Wnr AR se uitspraak in *S v Dlamini en ander*³⁰⁵ wat beslis is na die inwerkingtrede van die huidige Grondwet, waarin hy die volgende bevindings maak:³⁰⁶

“It would bring the administration of justice into disrepute if, for example, an accused person for some reason admits the commission of a certain offence at his bail application but nevertheless is in a fortunate position to be admitted to bail, but is allowed thereafter to be immune from that administration and deny the commission of the offence at his later trial and for some or other reason achieve an acquittal. It must be remembered that both proceedings are open ones at which the public are entitled to be present and, if such an occurrence had to take

³⁰⁴ 1992 (1) SASV 347 (A) 341a-c.

³⁰⁵ 1998 (5) BCLR 552 (N).

³⁰⁶ 1998 (5) BCLR 552 (N) 559.

place as in the last given example, the public would indeed be entitled to say that the law is an ass. If, however, I am wrong in that conclusion, it appears to me that, if the lawmakers intended isolating the bail application proceedings...they would have said so specifically in the legislation constituting either our Bill of Rights or some other Act of Parliament.”

Die Konstitusionele Hof in *S v Dlamini en ander*³⁰⁷ het verder gegaan deur te sê: “In any event, I disagree with the reasoning and conclusion in *Botha* that the record of the bail proceedings should be kept distinct from the evidence as to guilt, on the analogy of evidence in the trial-within-a-trial as to the voluntariness of a confession. It is true that the evidence given in a bail hearing may ultimately redound to the prejudice of the accused. It can therefore not be denied that there is a certain tension between the right of an arrested accused to make out an effective case for bail by adducing all the requisite supporting evidence, and the battery of rights under s 35(1) and (3) of the Constitution. But that kind of tension in by no means unique to applicants for bail. Nor does its mere existence sound constitutional alarm bells. Choices often have to be faced by people living in open-end democratic societies. Indeed, the right to make one's own choices is an indispensable quality of freedom. And often such choices are hard. [94] Litigation in general, and defending a criminal charge in particular, can present a minefield of hard choices. That is an inevitable consequence of the high degree of autonomy afforded the prosecution and the defence in our largely adversary system of criminal justice. An accused, ideally assisted by competent counsel, conducts the defence substantially independently and has to take many key decisions whether to speak or to keep silent: Does one volunteer a statement to the police or respond to police questions? If one applies for bail, does one adduce oral and/or written evidence and if so by whom? Does one for the purposes of bail disclose the defence (if any) and in what terms? Later at the trial, does one disclose the basis of the defence under s 115 of the CPA? Does one adduce evidence, one's own or that of others? Each and every one of those choices can have decisive consequences and therefore poses difficult decisions. As was pointed out in *Osman's* case [*Osman and another v The Attorney-General*,

³⁰⁷

1999 (2) SASV 51 (KH).

Transvaal 1988 (4) SA 1224 (CC) BCLR 1362 (CC)] ‘[t] he choice remains that of the accused. The important point is that the choice cannot be forced upon him or her.’ It goes without saying that an election cannot be a choice unless it is made with proper appreciation of what it entails. It is particularly important in this country to remember that an uninformed choice is indeed no choice. The responsibility resting upon judicial officers to ensure the requisite knowledge on the part of the unrepresented accused need hardly be repeated.”

Van der Berg³⁰⁸ gee toe dat bogenoemde 'n geldige argument is, maar is van mening dat die Konstitusionele Hof die erns van die kwessie afwater. Die beskuldigde staan voor 'n keuse tussen twee baie belangrike regte, naamlik sy reg op 'n billike verhoor aan die een kant en sy reg op vryheid aan die anderkant. Hy maak vervolgens die stelling:³⁰⁹

“It is difficult to express unqualified support for the reasoning in the aforequoted passage. While no one will deny that tactical decisions and choices have to be made constantly during the course of the trial (and frequently also at the pre-trial stage), the dismissal of the intricate problem under the discussion on the basis of ‘life is full of difficult choices’ is, with respect, somewhat glib and unconvincing.”

In *S v Chavulla*³¹⁰ wys Lategan tereg daarop dat waar daar in so geval bepaal moet word of iets regverdig of billik is, dit noodsaaklik is om die belange van albei partye gelyktydig en ewehandig in ag te neem. Daar kan dus nie slegs op die belange van die beskuldigde gefokus word nie. Die belange van die staat wat verteenwoordigend van die samelewing is, moet net so belangrik geag word as dié van die beskuldigde. Die hof het hierdie belangrike punt skynbaar in die *Botha*-saak misgekyk. 'n Beskuldigde moet nie toegelaat word om te steun op 'n dilemma wat hy self geskep het nie. Die beskuldigde is nie verplig om te getuig tydens sy borgaansoek nie. Hy of sy is slegs verplig tot die mate dat hy of sy ingevolge a 60 van die Strafproseswet getuienis moet aanbied wat hom of haar op borgtog geregtig sal maak, mits dit nie teen die belang van geregtigheid sal wees nie.³¹¹ Volgens Lategan R sal dit onbillik wees teenoor die staat indien getuienis uitgesluit word van wat 'n beskuldigde in 'n strafverhoor sou gesê het by 'n geleentheid buite die hof, as daar

³⁰⁸ Van der Berg *Bail—A Practitioner's Guide* 2e (2001) 89.

³⁰⁹ Van der Berg *Bail—a Practitioner's Guide* 2e (2001) 253.

³¹⁰ 1999 (1) SASV 39 (K).

³¹¹ *S v Chavulla* 1999 (1) SASV 39 (K) 46c.

bewys kan word dat hierdie getuienis vrywillig en met volle kennis van sy grondwetlike regte gegee is.³¹² Ter staving van hierdie standpunt verwys Lategan R na Kriegler R se uitspraak in *Key v Attorney-General Cape Provincial Division and another*³¹³ waar hy sê dat daar in enige demokratiese regstelsel, spanning bestaan tussen die openbare belang wat onder meer die belang om beskuldigdes voor die gereg te bring insluit en aan die ander kant, die ewe belangrike behoefte aan gelyke behandeling voor die reg. Kriegler R maak verder die volgende stellings:³¹⁴

“[N]one of that means sympathy for crime and its perpetrators. Nor does it mean a predilection for technical niceties and ingenious legal stratagems. What the Constitution demands is that the accused be given a fair trial. Ultimately, as was held in *Ferreira v Levin*, fairness is an issue which has to be decided upon the facts of each case, and the trial Judge is the person best placed to take that decision. At times fairness might require that evidence unconstitutionally obtained be excluded. But there will also be times when fairness will require that evidence, albeit obtained unconstitutionally, nevertheless be admitted.”

Lategan R haal Mohamed R aan waar hy in die *Shabalala*-saak³¹⁵ daarop wys dat die vereiste van ‘n billike verhoor fundamenteel is en dat die hof in elke geval die nodige diskresie moet uitoefen by die opweging van die beskuldigde se reg op ‘n billike verhoor en die belange van die Staat ter beskerming en bevordering van die regspleging. Lategan R maak verder die belangrike punt dat die beskuldigde sedert die inwerkingtrede van die Grondwet geregtig is op insae in die Staat se hele dossier van getuienis voordat die verhoor begin en dat staatsgetuies dan telkens gekonfronteer word tydens die verhoor met beweerde afwykings van die verklarings vervat in die saakdossier en hul mondelinge getuienis tydens die verhoor. Die beskuldigde word hierdeur in staat gestel om sy weergawe van die feite aan te pas by dié van die staatsgetuies. Aan die hand hiervan vra Lategan R die vraag of die beskuldigde dan nie ook ‘n ooreenstemmende verpligting het om in ‘n soortgelyke proses die Staat in staat te stel om verklarings wat hy buite die verhoor gemaak het, te toets nie.

³¹² 1999 (1) SASV 39 (K) 46c.

³¹³ 1996 (4) SA 187 (KH) 195F – 196B.

³¹⁴ 1996 (4) SA 187 (KH) 125.

³¹⁵ 1996 (1) SA 745 (KH) 749 D-E.

Die mees oortuigende kritiek wat na my mening teen die *Botha*-uitspraak gegee is, is te vinde in *S v Cloete en ander*.³¹⁶ Die advokaat wat in hierdie saak namens die Staat opgetree het, se kritiek teen die *Botha*-saak word in twee dele uiteengesit. Eerstens wys hy daarop dat die dilemma waarin die beskuldigde homself skynbaar bevind om 'n keuse te maak tussen die reg om op borgtog vrygelaat te word aan die een kant en sy swygreg aan die ander kant, meer oënskynlik as werklik is om die volgende redes:

- 1 Die beskuldigde het 'n swygreg ten tye van sy borgaansoek. Hy het ook die reg om te getuig.
- 2 Indien hy die keuse uitoefen om te getuig, gee hy vrywillig sy swygreg prys ten gunste van sy reg om te getuig.
- 3 Daar kan dus nie gesê word dat daar inbreuk gemaak word op sy swygreg nie aangesien hy die keuse vrywillig uitoefen.
- 4 Al oefen die beskuldigde die keuse uit om te getuig, is hy steeds by magte om te verkies om geen selfinkriminerende vrae te beantwoord nie. Hy word dus reeds 'n geleentheid gegun 'to have his cake and eat it'.
- 5 Die feit dat daar druk op hom is om te getuig en dat hy dan 'n beter kans staan om borgtog te verkry, is irrelevant. Die beskuldigde het die keuse om te getuig asook watter vrae om te beantwoord. Hy is ook by magte om getuies te roep sonder om self te getuig.

Die tweede deel van die staatsadvokaat se kritiek is gebaseer op die feit dat die *Botha*-beslissing is deur die Appèlhof in *S v Venter*³¹⁷ verwerp en ook nie in *S v Chavulla en ander*³¹⁸ deur die hoë hof nagevolg is nie.

Na aanleiding van bogenoemde uitsprake kan daar duidelik nie met die *Botha*-uitspraak saamgestem word nie. Dit blyk dat die hof in dié saak tot 'n oorhaastige gevolgtrekking gekom het deur hom vas te staar in die belange van die beskuldigde en die skynbare dilemma waarin die beskuldigde verkeer, verkeerd geïnterpreteer het. Dit is duidelik nie 'n inbreukmaking op die beskuldigde se swygreg of sy reg om te getuig indien hy die een bo die ander verkies nie. Die wetgewer het ook nie die aanbevelings wat in die *Botha*-saak gemaak is in ag geneem by die formulering van a 60(11B)(c) van die Strafproseswet nie.

³¹⁶ 1999 (2) SASV 137 (K).

³¹⁷ 1996 (1) SASV 664 (A).

³¹⁸ 1999 (1) SASV 39 (K).

In *S v Schietekat*³¹⁹ het die hof beslis dat die bepaling van a 60(11B)(c) van die Strafproseswet in stryd is met die Grondwet deurdat dit inbreuk maak op die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor. Die Konstitusionele Hof het egter hierdie uitspraak in *Dlamini*³²⁰ verwerp en beslis dat dit wel in lyn is met die bepaling van die Grondwet. In hierdie saak het die hof dit duidelik gestel dat die toelating van sodanige getuienis nie die billikheid van die verhoor in gedrang sal bring nie. Die hof moet egter bewus bly van hul verpligting om getuienis uit te sluit wat wel inbreuk op hierdie reg maak. Die Konstitusionele Hof wys ook daarop dat die hof onder sowel 'n statutêre as 'n konstitusionele verpligting staan om die billikheid van die verhoor te verseker. Getuienis wat dus gelewer is tydens borgverrigtinge, word toegelaat by die verhoor tensy dit uitgesluit word deur een van die reëls van die bewysreg. Dit moet verder ook die grondwetlike toets van 'n billike verhoor slaag alvorens dit aangebied kan word.

Vervolgens sal daar gefokus word op die verpligting wat op die voorsittende beampte rus om die beskuldigde van sy privilegie teen selfinkriminasie by borgverrigtinge in kennis te stel.

6 3 3 Artikel 60(11B)(c) en die rol van die voorsittende beampte by die borgverrigtinge

Soos reeds genoem, bevat a 60(11B)(c) 'n voorbehoudsbepaling tot die effek dat die rekord van die borgverrigtinge slegs by die verhoor toegelaat sal word as daar bewys kan word dat die beskuldigde ten tye van die verrigtinge behoorlik van sy reg teen selfinkriminasie asook sy reg om te swyg, in kennis gestel is.³²¹ Die inhoud van die betrokke verpligting asook die vraag of die hof ooit daarvan kwytgeskeld kan word, is sedert die inwerkingtrede van a 60(11B)(c) deur ons hof bevestig.

Hierdie verpligting is egter nie nuut in ons reg nie. In *S v Maquabasi*³²² wat beslis is voor die inwerkingtrede van a 60(11B)(c), het die hof by monde van Jansen R beslis dat die voorsittende beampte se versuim om die onvertegenwoordigde beskuldigde na behore van hul reg teen selfinkriminasie in te lig, neerkom op 'n onreëlmatigheid en dat die borgrekord om hierdie rede nie as getuienis teen die beskuldigde gebruik kan word in die daaropvolgende

³¹⁹ 1998 (2) SASV (K).

³²⁰ *S v Dlamini*; *S v Dladla en ander*; *S v Joubert*; *S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH).

³²¹ *S v Cloete* 1999 (2) SASV 137 (K).

³²² 1993 (1) SASV 198 (SOK).

verhoor nie. In sy uitspraak verwys Jansen R na *S v Lwane*³²³ waarin die bepalings van die vorige Strafproseswet 56 van 1955 wat soortgelyk is aan die huidige a 203 van die Strafproseswet 51 van 1977, bespreek is. Die Appèlhof het in die saak bevind dat die versuim van 'n hof om 'n getuie te waarsku teen selfinkriminasie neerkom op 'n onreëlmatigheid. Jansen R is van mening dat die benadering wat in die *Lwane*-saak neergelê is, steeds deur ons howe gevolg word. Hy verwys in hierdie verband na *S v Mabaso en ander*³²⁴ waar Hoexter AR te 204C-G beslis het dat waar daar 'n verpligting op die voorsittende beampte rus om die onvertegenwoordigde beskuldigde van sy regte in te lig, 'n versuim in die verband nie altyd op 'n onreëlmatigheid neerkom nie. Dit sal afhang van die feite van elke besondere saak. Hoexter AR sê ook verder:

“*S v Lwane*...dealt with the duty of a judicial officer to explain to a witness his privilege in relation to self-incrimination. Bearing in mind that distinction, the following observations of Ogilvie Thompson JA (at 440G-H) are nevertheless pertinent also to the duty of the judicial officer to inform an unrepresented accused of his right to representation. Having stressed that the practice of warning a witness against self-incrimination was a well established one, the learned Judge of Appeal expressed the view that the duty so resting upon a judicial officer was not an absolute duty in the sense that its nonobservance will always and inevitably render the witnesses' incriminating statement inadmissible against him in subsequent proceedings. For example, a trained lawyer giving evidence could hardly legitimately explain that he has received no caution, even though a conscientious judicial officer might nevertheless elect to administer a caution even to such a witness.”³²⁵

In *S v Nomzanza*³²⁶ het Vivier AR die volgende antwoord gegee op die vraag of die verhoorhof korrek was in sy beslissing om die getuienis wat deur die twee respondente by die borgeansoek gegee is uit te sluit omdat die voorsittende beampte nie die respondente van hul regte in die geval ingelig het nie:

“In die veronderstelling dat die respondente die beskerming teen selfinkriminasie geniet het, meen ek dat hulle daarvan afstand gedoen het toe hulle in hul

³²³ 1966 (2) SA 433 (A).

³²⁴ 1990 (3) SA 185 (A).

³²⁵ 1990 (3) SA 185 (A) 204 C-G.

³²⁶ 1996 (2) SASV 14 (A).

hoofgetuienis doelbewus, ten einde borg te kry, verklaar het dat hulle skuldig pleit. Hulle was, soos reeds genoem, regsverteenvoerdig en alle aanduidings is dat hulle bewus was van die bewyslas en die algemene privilegie teen selfinkriminasie. In al die omstandighede was die landdros nie verplig om die respondente oor hulle regte in te lig nie en is die antwoord op die voorbehoude vraag dat die Verhoorregter se gemelde beslissing nie korrek was nie.”

In die bogenoemde twee uitsprake is die siening dus gehuldig dat die verpligting wat op die voorsittende beampte rus, beoordeel moet word aan die hand van die feite van elke geval. Waar die beskuldigde dus onverteenvoerdig is, sal daar ingevolge hierdie twee beslissings, ’n swaarder verpligting op die voorsittende beampte rus om die beskuldigde van sy regte in kennis te stel. Hierdie benadering is ook duidelik gevolg in *S v Venter*.³²⁷ In hierdie saak het die beskuldigde appèl aangeteken teen sy skuldigbevinding en die kwessie van die toelaatbaarheid van die borgrekord by die verhoor is onder meer geopper. Nestadt AR het bevind dat die betrokke getuienis wel toelaatbaar was. Hy het ook sy onsekerheid uitgespreek oor die vraag of die privilegie teen selfinkriminasie op hierdie tipe situasie van toepassing is. Hy het ook verder gesê dat indien die privilegie wel van toepassing is, die getuienis steeds toelaatbaar is. Ten tye van die borgaansoek is daar beswaar aangeteken teen die kruisondervraging van die beskuldigde. Die voorsittende beampte het die beskuldigde verkeerdlik verseker dat die getuienis waaroor hy uitgevra sou word nie teen hom in die daaropvolgende verhoor gebruik kan word nie. Die Appèlhof was ten spyte hiervan steeds van mening dat die versuim van die voorsittende beampte nie op ’n onreëlmatigheid neerkom nie aangesien die beskuldigde se regsverteenvoerdiger nie met die mening van die voorsittende beampte saamgestem het nie en dat niemand dus deur sy verkeerde advies mislei is nie. Die hof was van mening dat die beskuldigde wat ten tye van die borgaansoek verteenwoordig was, geag moet word afstand gedoen het van die privilegie teen selfinkriminasie. So ’n benadering sal duidelik nie aanvaarbaar wees onder a 60 (11B)(c) van die Strafproseswet nie.

In *S v Aimes*³²⁸ wat ook beslis is voor die inwerkingtrede van a 60(11B)(c) van die Strafproseswet, maar na die inwerkingtrede van die finale Grondwet, stel die hof voor dat die vraag of getuienis wat gedurende die borgverrigtinge gelewer is, toelaatbaar is by die verhoor

³²⁷ 1996 (1) SASV 664 (A).

³²⁸ 1998 (1) SASV 343 (K).

van die beskuldigde, nie beoordeel moet word aan die hand van onwrikbare regsnorme nie maar aan die hand van die vraag of die toelating van sodanige getuienis die verhoor onbillik sal maak. Die verhoorhof moet hierdie diskresie uitoefen met verwysing na die bepalings van a 35(3) van die Grondwet. Die hof stel voor dat die probleem op 'n *ad hoc* basis hanteer moet word. So 'n benadering gee baie meer aandag aan die regte van die beskuldigde asook die van die Staat, wat dit 'n baie meer regverdigde aanslag maak as die een wat in die voorafgaande uitsprake gevolg is.

Met die inwerkingtrede van a 60(11B)(c) van die Strafproseswet op 1 Augustus 1998, is die verpligting wat op die voorsittende beampte rus by borgverrigtinge, duidelik in die Strafproseswet erken. In *S v Sejaphale*³²⁹ wou die staat ook die notule van die borgverrigtinge as getuienis by die verhoor van die beskuldigde aanbied. Tydens die borgaansoek is die beskuldigde se regte wel aan hom verduidelik. Dit is egter deur sy regsverteenvoerder gedoen en nie deur die voorsittende beampte nie. Jordaan R het tereg beslis dat hy nie oor die diskresie beskik om die rekord van die borgverrigtinge by die verhoor toe te laat nie. Volgens hom bevat a 60(11B)(c) nie 'n uitsonderingsbepaling wat die hof magtig om van die betrokke plig afstand te doen nie. Hierdie verpligting bestaan ongeag die feit of die beskuldigde regsverteenvoerdig geniet al dan nie. Hierdie uitgangspunt is ook in *S v Nzima en ander*³³⁰ deur Jali R bevestig:

“...[I]t is clear that the Legislature had placed the obligation on the court to advise the accused of the fact that evidence might subsequently be used against him: whether the accused was represented by an experienced legal practitioner or an inexperienced one, the court still has a duty to establish that the accused's rights has been properly explained to him.”

Die voorsittende beampte kan dus ook nie sonder meer aanvaar dat die beskuldigde van sy regte in hierdie verband ingelig is bloot op grond daarvan dat hy deur 'n ervare regsverteenvoerder verteenwoordig word nie. Die plig lê by die voorsittende beampte en kan nie op die beskuldigde se regsverteenvoerder afgeskuif word nie.

Die voorsittende beampte moet nie net die beskuldigde van sy regte in kennis stel nie, maar ook seker maak dat hy die aard en omvang van hierdie regte na behore verstaan. Ten einde dit te bepaal moet die hof die verstandelike vermoëns van die beskuldigde in ag neem.

³²⁹ 2000 (1) SASV 630 (T).

³³⁰ 2001 (2) SASV 354 (K).

Die hof moet ook waak daarteen om dit nie te beoordeel uit die oogpunt van die redelike man wat geletterd en bevoeg is om onder die stresvolle atmosfeer van 'n hof die implikasies van wat die voorsittende beampte aan hom sê, te verstaan nie.³³¹

Artikel 60(11B)(c) van die Strafproseswet plaas dus die voorsittende beampte onder 'n verpligting om die beskuldigde na behore van sy reg teen selfinkriminasie en sy reg om te swyg in te lig. Indien hierdie verpligting nie nagekom is nie, is dit duidelik uit bogenoemde uitsprake dat die rekord van die beskuldigde se borgverrigtinge onder geen omstandighede by sy daaropvolgende verhoor toegelaat sal word as getuienis teen hom nie. Hierdie bepaling is spesifiek geformuleer om getuienis wat tydens die borgverrigtinge verkry is op 'n wyse wat in stryd is met die grondwetlike regte van die beskuldigde, uit te sluit by sy daaropvolgende verhoor.

6 4 GEVOLGTREKKING

Die beskuldigde geniet die reg teen selfinkriminasie by borgverrigtinge ten spyte van die feit dat dit nie strafregtelike verrigtinge is nie.³³² Die wetgewer het voorsiening gemaak vir die bevordering en beskerming van hierdie reg van die beskuldigde deur a 60 (11B)(c) in die Strafproseswet in te voeg. Indien daar na die bepalings van a 60(11B)(c) van die Strafproseswet gekyk word, is dit duidelik dat die voorstelle ten opsigte van die toelaatbaarheid van die borgrekord by die verhoor in die *Botha*³³³-saak, min of geen impak op die wetgewer gehad het nie. Hierdie voorstelle is ook, soos in hierdie hoofstuk aangedui, by vele geleenthede deur ons howe verwerp.³³⁴ Artikel 60(11B)(c) het ook die grondwetlike toets deurstaan. Die borgrekord sal egter nie toegelaat word by die verhoor indien die hof nie oortuig is dat die voorsittende beampte die verpligting soos opgelê deur die bepaalde artikel, nagekom het nie. Die verpligting wat in hierdie verband op die voorsittende beampte rus, is volledig deur ons howe in die genoemde sake uiteengesit.³³⁵ Daar is dus 'n meganisme in die betrokke artikel ingebou om te verseker dat die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor na behore beskerm word. Borgverrigtinge is *sui generis* van aard, dus kan dit nie dieselfde as 'n binne-verhoor hanteer word nie.

³³¹ *S v Cloete en andere* 1999 (2) SASV 137 (K).

³³² Sien 6 3 1 hierbo.

³³³ 1995 (2) SASV 598 (W).

³³⁴ Sien 6 3 2 hierbo.

³³⁵ Sien 6 3 3 hierbo.

HOOFSTUK 7

DIE BEWYSLAS BY BORGVERRIGTINGE

7 1 INLEIDING

By die beoordeling van ‘n borgaansoek moet daar ‘n balans gehandhaaf word tussen die openbare belang en die beskuldigde se belange wat onder meer sy reg op vryheid en die vermoede van onskuld insluit.³³⁶ Die vermoede van onskuld is grondliggend aan die Suid-Afrikaanse regspleging en word ook in a 35(3)(h) van die Grondwet verskans. Hoewel a 35(3) nie op borgverrigtinge van toepassing is nie, geld die vermoede van onskuld wel uit hoofde van a 34 by borgverrigtinge (soos reeds in hoofstuk 6 betoog).

In terme van hierdie vermoede word ‘n beskuldigde onskuldig geag totdat hy deur ‘n geregshof skuldig bevind is.³³⁷ In die Kanadese beslissing *R v Oakes*³³⁸ het die hof die belang van die vermoede van onskuld soos volg opgesom:

“The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subject to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economical harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused’s guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.”

De Villiers³³⁹ beaam hierdie uitgangspunt deur te sê:

“The presumption of innocence is therefore an active principle throughout the criminal justice process...The starting point of any proposed deprivation of life,

³³⁶ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 4e (2001) 602.

³³⁷ *S v Visser* 1975 (2) SA 342 (K).

³³⁸ (1986) 26 DLR (4e) 200.

³³⁹ De Villiers W “ The operation of the presumption of innocence and its role in bail proceedings under Canadian and South African Law (1)” 2002 *De Jure* 92 96.

liberty or security of the person of anyone charged with or suspected of any offence must be that the person is innocent.”

Die doel van die betrokke vermoede is om die risiko dat ‘n onskuldige persoon skuldig bevind kan word, te minimaliseer. Dit word gedoen deurdat die onus op die vervolging geplaas word om al die elemente van die misdaad bo redelike twyfel te bewys.³⁴⁰ De Villiers³⁴¹ wys daarop dat die vermoede van onskuld ingevolge die gemenerereg, ook wyer as die blote beskerming teen skuldigbevinding in die aanwesigheid van enige twyfel strek. Ingevolge die gemenerereg het die vermoede van onskuld tot gevolg dat strafregtelike verrigtinge ten minste aan die volgende reëls moet voldoen:

Die staat moet die verrigtinge teen die beskuldigde inisier en eerste sy saak teen die beskuldigde stel alvorens die beskuldigde daarop hoef te reageer.

Die bewyslas rus op die staat om die hof van die beskuldigde se skuld te oortuig.

Die vereiste bewys maatstaf is die bewys bo redelike twyfel.

De Villiers som dit soos volg op:

“Any provision which requires the accused to adduce evidence first, which burdens him with the onus of proof, or which lowers the standard of proof required, offends the presumption of innocence and would have to be justified in terms of the general limitation provision.”

By borgverrigtinge geld die siviele bewys maatstaf, naamlik bewys op 'n oorwig van waarskynlikheid. Die strengere strafbewysmaatstaf van bewys bo redelike twyfel, is nie nodig omrede skuld of onskuld ten opsigte van die aanklag nie in geskil is nie.³⁴²

Sedert die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet³⁴³ het daar verskeie ontwikkelinge in die Suid-afrikaanse reg ten opsigte van die ligging van die bewyslas by borgverrigtinge plaasgevind. Alvorens daar op hierdie veranderinge gefokus kan word, is dit eers nodig om na die posisie voor die Oorgangsgrondwet te gaan kyk.

³⁴⁰ *S v Manamela* 2000 (3) SA 1 (K).

³⁴¹ De Villiers W “The operation of the presumption of innocence and its role in bail proceedings under Canadian and South African Law (2)” 2002 *De Jure* 195 196.

³⁴² Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 5e (2001) 164.

³⁴³ Wet 200 van 1993.

7 2 DIE PRE-KONSTITUSIONELE POSISIE TEN OPSIGTE VAN DIE LIGGING VAN DIE BEWYSLAS BY BORGVERRIGTINGE

Voor die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet is dit algemeen deur ons howe aanvaar dat die beskuldigde die onus dra om op 'n oorwig van waarskynlikheid aan te toon dat die belange van geregtigheid nie deur sy of haar vrylating benadeel sal word nie, in die sin dat hy of sy waarskynlik sy of haar verhoor sal bywoon en nie sal inmeng met staatsgetuies of andersins die regsproses sal verydel nie.³⁴⁴

Die rede vir hierdie uitgangspunt is skynbaar geleë in die feit dat 'n borgaansoek dieselfde as enige ander aansoek voor die hof gesien is en dat die onus dus op die beskuldigde in sy hoedanigheid van applikant rus om die aansoek uit eie beweging te inisieer en om op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat die hof sy diskresie ten gunste van die verlening van borgtog moet uitoefen.³⁴⁵

Wat nodig is om hierdie onus te weerlê, is deur die hof in *R v Mtatsala en ander*³⁴⁶ uiteengesit. Die hof het in die betrokke saak daarop gewys dat die algemene uitgangspunt wat by borgaansoeke gevolg moet word, is dat die beskuldigde die bewyslas dra om op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat dit nie die belang van geregtigheid sal skend indien borgtog toegestaan word nie. Volgens hierdie uitspraak kan hy dit doen deur 'n beëdigde verklaring aan te bied waarin hy onderneem dat hy nie van plan is om staatsgetuies te intimideer of met die ondersoek van die polisie in te meng nie. Dit moet egter 'n verklaring wees wat deur die beskuldigde self gemaak is en nie deur sy regsverteenvoerder nie. In *S v Nichas en ander*³⁴⁷ het die hof bevind dat die blote verklaring deur die beskuldigdes se regsverteenvoerder dat hulle die verhoor sal bywoon, dat hulle die direkteure van 'n besigheid is en dat hulle daar benodig word, dat hulle verder hulle gesinne moet onderhou en aan die polisie sal rapporteer indien nodig, nie genoegsaam is om die bewyslas te weerlê nie.

Nel³⁴⁸ het reeds 'n dekade voor die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet³⁴⁹ die volgende punte van kritiek teen die plasing van die bewyslas op die beskuldigde geopper,

³⁴⁴ *De Jager v Attorney-General, Natal and others* 1967 (4) SA 143 (D) 149G-H. Sien ook in hierdie verband *S v Hlongwa* 1979 (4) SA 112 (D).

³⁴⁵ Cowling M G "The incidence and nature of an onus in bail applications" 2002 15 SACJ 176 177.

³⁴⁶ 1948 (2) SA 585 (E).

³⁴⁷ 1977 (1) SA 257 (K).

³⁴⁸ Nel *Borgtoghandleiding* (1987) 48.

naamlik dat daar geen rede is waarom daar by die borgaansoek afgewyk moet word van die normale beginsel wat by die strafverhoor geld dat die bewyslas op die staat rus nie. Die blote feit dat die beskuldigde die aansoeker is, behoort volgens hom geen effek op die normale beginsels te hê nie. Nel wys ook in hierdie verband op die kernreël dat 'wie beweer moet bewys'. Die ligging van die bewyslas op die beskuldigde kan egter wel geregverdig word aan die hand van dieselfde reël aangesien hy beweer dat sy vrylating nie nadelig vir die regspleging kan wees nie en dit dus moet bewys. Net so wys hy daarop kan daar geargumenteer kan word dat die staat beweer dat die beskuldigde se vrylating nie in belang van geregtigheid is nie en dus die bewyslas op die staat regverdig. Hierdie reël kan dus tot nuttelose sirkelargumente lei. Net so is die riglyne wat bepaal dat die bewyslas op die party moet rus wat die *status quo* wil verander, nutteloos in hierdie verband. Nel sê die volgende hieroor:

"n Verdere riglyn wat bepaal dat die bewyslas rus op die party wat verandering in die *status quo* wil bewerkstellig, is ewe onbruikbaar by borgaansoeke. Word geredeneer dat die *status quo* die beskuldigde se aanhouding in hegtenis is, en dat hy deur sy borgaansoek poog om dit te verander, volg dit dat die bewyslas op hom moet rus. Maar daar kan ook tot die teendeel geredeneer word dat die *status quo* die gebruikelike vryheid van die individu is. Tesame met die vermoede van onskuld plaas hierdie redenasie dan weer die bewyslas op die staat."

Sy tweede punt van kritiek is gebaseer op die prosedurele probleem met betrekking tot die praktyk oor die volgorde van bewyslewering. Hierdie probleem is volgens hom direk gekoppel aan die plasing van die bewyslas op die beskuldigde by borgverrigtinge. Die bewyslas op die beskuldigde is dus om regsistematieke redes ook onaanvaarbaar. 'n Derde punt van kritiek is dat die onvertegenwoordigde beskuldigde ernstig deur die betrokke bewyslas benadeel word. Hy of sy sal meestal weens 'n gebrek aan kennis nie daarin kan slaag om aan die bewyslas te voldoen nie. Die staat is volgens Nel uiteraard ook die party wat oor besondere kennis met betrekking tot die potensiaal van ontvlugting of regsverdeling beskik. Dit sal dus net regverdig wees indien die bewyslas op die staat rus. Ten einde hierdie probleme aan te spreek, stel Nel voor dat die bewyslas op die staat geplaas moet word deur middel van die invoering van 'n vermoede ten gunste van borgtog.

Volgens Cowling³⁵⁰ is die uitgangspunt dat die onus op die beskuldigde rus omrede 'n borgaansoek net soos enige ander aansoek voor die hof hanteer moet word, onderworpe aan ernstige kritiek. Hy wys daarop dat so 'n benadering nie ag slaan op die *sui generis* aard van borgverrigtinge nie, wat duidelik nie in dieselfde kategorie as 'n gewone aansoek wat adversatief van aard is val nie. 'n Volgende punt van kritiek wat hy terreg opper is dat 'n baie swaar bewyslas op die beskuldigde geplaas word. Die beskuldigde moet nie net die borgaansoek uit eie beweging inisieer nie, maar hy moet ook die hof daarvan oortuig dat sy vrylating op borgtog nie die belange van geregtigheid sal skend nie. Hy wys daarop dat die nadelige uitwerking wat die onus op die beskuldigde kan hê, veral as hy onverteengewoondig of ongeletterd is, moontlik aanleiding gegee het daartoe dat die howe 'n ander stel beginsels begin navolg het wat gebaseer is op die vermoede van onskuld en die fundamentele reg op vryheid, tesame met die feit dat borgtog 'n baie belangrike wyse is om uiting aan hierdie regte in die voorverhoor fase te gee. Cowling verwys na die uitspraak in *S v Hlongwa*³⁵¹ waarin die uitgangspunt gehuldig is dat die hof die vryheid van die individu voorop moet stel en dus ten gunste van die verlening van borgtog moet wees, tensy daar 'n moontlikheid bestaan dat die belange van geregtigheid daardeur benadeel kan word.

In *S v Hlopane*³⁵² het die hof hierdie benadering verder gevoer deur te beslis dat dit die funksie van die voorsittende beampte is om die moontlikheid van borgtog in elke geval te ondersoek. Dit was 'n baie belangrike ontwikkeling aangesien dit 'n aanduiding was dat daar 'n verpligting op die voorsittende beampte rus om borgverrigtinge uit eie beweging te inisieer. Hier is duidelik wegbeweeg van die tradisionele benadering dat borgverrigtinge net soos 'n gewone aansoek voor die hof te hanteer moet word.

In lyn met hierdie benadering het Froneman R in *S v Maki*³⁵³ die bewyslas op die beskuldigde by borgverrigtinge ook streng gekritiseer. Hy wys daarop dat dit selfs onder die pre-grondwetlike bestel nie regverdigbaar was nie. Die benadering hou volgens hom glad nie rekening met die ontwikkeling in die regspraak met betrekking tot die ontneming van die vryheid van 'n persoon nie. Hy verwys in hierdie verband na *Minister van Justisie en ander v*

³⁵⁰ Cowling MG "The incidence and nature of an onus in bail applications" 2002 15 SACJ 176 178.

³⁵¹ 1979 (4) SA 122 (O).

³⁵² 1990 (1) SA 329 (O).

³⁵³ 1994 (2) SASV 630 (OK).

*Hurley en ander*³⁵⁴ waarin die beginsel bevestig is dat die bewyslas op die persoon rus wat deur middel van arrestasie 'n persoon van sy vryheid ontnem om aan te toon dat die arrestasie in belang van geregtigheid is. Die trefkrag van hierdie beginsel strek wyer as die blote arrestasie van 'n persoon. Ten einde dit te illustreer haal Froneman R, Hefer AR in *During NO v Boesak en andere*³⁵⁵ aan waar hy sê:

“Wat ek hier veral wil beklemtoon is die beginselstandpunt dat, as 'n saak van beleid, dit reg en billik is dat 'n persoon wat inbreuk maak op die vryheid van die individu die bewyslas behoort te dra om te bewys dat sy optrede regmatig is. Aangesien die ligging van die bewyslas tot groot hoogte deur beleidsoorwegings bepaal word...is *Hurley* se saak sterk gesag daarvoor dat ook by inbreuke op ander fundamentele regte, dit wil sê op die vryheid van die individu in 'n breër sin, die bewyslas om die regmatigheid van sy optrede te bewys behoort te rus op die persoon wat die inbreuk maak.”

Daar bestaan dus geen rede waarom hierdie beginsel nie ook moet geld by die borgeansoek nie. Hierdie benadering word ook versterk deur die vermoede van onskuld³⁵⁶ en is ook duidelik gehuldig deur die opstellers van die Oorgangsgrondwet³⁵⁷ soos uit die interpretasie van a 25 sal blyk.

7 3 DIE INVLOED VAN DIE OORGANGSGRONDWET OP DIE BEWYSLAS BY BORGVERRIGTINGE

Ingevolge a 25(2)(d) van die Oorgangsgrondwet,³⁵⁸ het elke gearresterde persoon die reg om vrygelaat te word met of sonder borgtog tensy die belang van geregtigheid anders vereis. Hierdie voormalige grondwetlike bepaling word ook gedeeltelik gereflekteer in a 60(1)(a) van die Strafproseswet.³⁵⁹

Hierdie artikel het gelei tot konflikterende uitsprake deur die howe oor die vraag of die idee van ‘n onus in die ware sin van pas is by borgverrigtinge en tweedens of die onus op die beskuldigde rus om aan te toon dat hy ‘n geskikte persoon is om op bortog vrygelaat te word

³⁵⁴ 1986 (3) SA 568 (A) 586I-589I.

³⁵⁵ 1990 (3) SA 661 (A) 673 G-H.

³⁵⁶ *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) 641f.

³⁵⁷ Wet 200 van 1993.

³⁵⁸ Wet 200 van 1993.

³⁵⁹ Wet 51 van 1977.

en of die Staat die onus dra om te bewys dat die beskuldigde nie op borgtog vrygelaat moet word nie.³⁶⁰

In *Magano v District Magistrate, Johannesburg*,³⁶¹ asook in die minderheidsuitspraak van die *Ellish*-saak,³⁶² is die standpunt gehuldig dat a 25 nou die onus by die borgaansoek wat voorheen op die beskuldigde gerus het, verskuif na die staat. Die staat moet dus bewys dat dit in belang van geregtigheid is dat borgtog geweier moet word. Dit blyk duidelik uit die bewoording van die betrokke artikel dat 'n beskuldigde geregtig is om op borgtog vrygelaat te word indien daar geen bewys gelewer is dat geregtigheid anders vereis nie, wat beteken dat die bewyslas hier slegs op die staat kan rus. In teenstelling hiermee is daar in verskeie ander uitsprake bevind dat daar by borgverrigtinge glad nie sprake van 'n bewyslas kan wees nie.³⁶³ In die *Ellish*-saak het die meerderheid van die regters hierdie standpunt gehuldig en beslis dat daar geen bewyslas by die staat rus nie omrede die prosedure by 'n borgaansoek ondersoekend of inkwisitoriaal van aard is en voer ook die volgende rede aan vir so 'n gevolgtrekking:

“...verder dat die redenasie proses wat die voorsittende beampte moes toepas geslaan het op toekomstige optrede van die beskuldigde wat bepaal moet word aan die hand van sekere gegewens wat betrekking het op die hede en die verlede: wat besleg moes word was nie 'n feit of 'n stel feite nie maar bloot 'n toekomstige vooruitsig wat spekulatief van aard was al word dit op bewese feite gegrond.”

Die uitgangspunt is gevolg dat die staat wel moet begin met die voorlegging van die getuienis en indien daar aan die einde van die ondersoek 'n ewewig tussen die belange van die beskuldigde en dié van geregtigheid is, sal die beskuldigde op borgtog geregtig wees. Daar kan egter nie met hierdie uitgangspunt saamgestem word nie want hoewel die prosedure inkwisitoriale elemente bevat, is dit nie suiwer slegs 'n ondersoek deur die voorsittende beampte nie en die argument met betrekking tot toekomstige feite dra nie werklik enige gewig nie.

³⁶⁰ De Villiers W “The onus of proof in bail proceedings under South African and Canadian law” (1) 2002 65 THRHR 321 333.

³⁶¹ 1994 (4) SA 172 (W).

³⁶² *Ellish v Prokureur-Generaal Witwatersrand* 1994 (4) SA 835 (W).

³⁶³ Sien in hierdie verband *S v Njadayi* 1994 (5) BCLR 90 (E), *S v Mabaza* 1994 (5) BCLR 42 (W) asook die meerderheidsuitspraak in *Ellish v Prokureur-Generaal Witwatersrand* 1994 (4) SA 835 (W).

Ten spyte van die feit dat die *Ellish*-uitspraak onderworpe is aan kritiek, het dit steeds die praktyk beïnvloed. Dit het gelei tot optrede deur die wetgewer. Die howe, veral die wat van mening was dat a 25 van die Oorgangsgrondwet die onus op die staat plaas, het meer geredelik borg toegestaan as in die verlede. Hierdie tendens het tot groot openbare ontevredenheid gelei wat dié wetgewer genoop het om opnuut 'n aanvaarbare balans tussen die belange van die gemeenskap en die van die individu te bewerkstellig. Die Tweede Strafproseswysigingswet³⁶⁴ is dienooreenkomstig ingevoer. In *S v Dlamini*³⁶⁵ het Kriegler R die volgende aanmerkings oor hierdie wysigings gemaak:

“The 1995 amendment substituted a brand-new and radically different section for the principal provisions relating to bail, namely s 60 of the CPA. That section which has stood unamended since its adoption in 1977, used to be a simple and prosaic companion to ss 58 and 59. As we have seen above, the three sections formed the introduction to chapter 9 of the CPA, and between them governed the effect of bail generally; police bail; and bail for an accused in custody at or after the first appearance in a lower court. Section 60 did no more than to state the principle that such an accused could apply for bail and to prescribe the requisite procedure. By contrast the new section contained no less than 11 subsections in considerable detail with both substantive and procedural matters. In the main the 1995 amendment brought about three important changes in s 60.”

Die veranderinge waarna Kriegler R hier verwys, is die volgende: a 60(1) van die Strafproseswet, soos in 1995 gewysig, erken steeds die reg van 'n gearresteerde persoon om op borgtog vrygelaat te word. Hierteenoor bepaal die gewysigde a 60(11) dat in die geval van sekere ernstige oortredings die bewyslas op die beskuldigde rus om die hof te oortuig dat borgtog toegestaan moet word. Dit is gevalle waar hy of sy tereg staan op 'n aanklag van 'n misdaad vervat in bylae 5 of waar hy 'n bylae 1 misdaad gepleeg het terwyl hy op borgtog vir 'n ander misdaad vervat in bylae 1 vrygelaat is. Die oorkoepelende maatstaf hier is steeds of die vrylating aldan nie van die beskuldigde in die belang van geregtigheid is.

Die bepalings van a 25 van die Oorgangsgrondwet is in *S v Mbele*³⁶⁶ eng geïnterpreteer. Stegman R was van mening dat a 25 glad nie ingevoer is om die reg ten opsigte van borgverrigtinge te verander nie. Hy baseer hierdie siening op die feit dat die betrokke

³⁶⁴ Wet 75 van 1995.

³⁶⁵ 1999 (2) SASV 51 (KH) 46.

³⁶⁶ 1996 (1) SASV 212 (W).

bepaling oorspronklik ingevoer is om te verseker dat die wetgewer of die uitvoerende gesag nie met die funksies van die regsprekende gesag moet inmeng nie. Die hof het verder beslis dat daar om hierdie rede geen konflik bestaan tussen die bepalings van die Oorgangsgrondwet met betrekking tot borg en a 60(11) van die Strafproseswet nie. Hoewel dit waarskynlik wel die doel van die betrokke artikel was, wys Van der Merwe³⁶⁷ ook daarop dat 'n wyer interpretasie van a 25, soos deur die hof in *Prokureur-Generaal, Vrystaat v Ramokhosi*³⁶⁸ gevolg is, meer wesenlik is.

Die hof het in *Prokureur-Generaal, Vrystaat v Ramokhosi*³⁶⁹ beslis dat die beginpunt by die beoordeling van enige borgaansoek is dat die beskuldigde geregtig is om vrygelaat te word op borgtog ingevolge a 60(1) van die Strafproseswet soos saam gelees met a 25(2)(d) van die Oorgangsgrondwet. Borg kan slegs geweier word as die belang van geregtigheid dit vereis. Die hof het verder gesê dat indien getuienis nie deur die staat aangebied kan word wat aantoon dat die voortgesette aanhouding in belang van geregtigheid is nie, sal die beskuldigde vrygelaat word. Daar is dus in hierdie sin wel 'n onus op die staat. Die hof het daarop gewys dat die hof 'n aktiewe rol moet vertolk by die beoordeling van 'n borgaansoek en verder gesê:

"Daar moet dus...inderdaad in alle aansoeke vir borgstelling bepaal word watter effek vrylating op die belange van geregtigheid sal hê. Dit kan egter nie net gefingeer of vermoed word nie. Die voorsittende beampte kan ook nie sommer met sy arms gevou sit indien geeneen van die partye enige inligting in hierdie verband voor hom plaas nie. By die bepaling van die belange van geregtigheid rus daar 'n aantal pligte op die voorsittende beampte wat daarop neerkom dat sy of haar rol fundamenteel verskil van die van 'n voorsittende beampte in gewone aansoeke en verhoor. Die voorsittende beampte in 'n borgaansoek is nie slegs 'n onpartydige beoordelaar tussen die partye nie. Hy of sy het intendeel 'n plig om indien nodig self die aangeleentheid behoorlik te ondersoek."³⁷⁰

Om hierdie redes het Edeling R tot die gevolgtrekking gekom dat dit nie heeltemal korrek is om van 'n onus by borgverrigtinge te praat nie. Hy het egter nie die idee van 'n onus duidelik verwerp nie. Die hof het ook op die bepalings van a 60(11) gefokus en twyfel oor die grondwetlikheid van die betrokke bepaling uitgespreek. Die hof het in hierdie verband beslis

³⁶⁷ Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1987) 9-34G.

³⁶⁸ 1996 (11) BCLR 1514 (O).

³⁶⁹ 1996 (11) BCLR 1514 (O).

³⁷⁰ 1996 (11) BCLR 1514 (O) 1526F-H.

dat 'n hof by die implementering van die betrokke artikel ook 'n inkwisitoriale benadering tot die proses moet volg al plaas die artikel 'n bewyslas op die beskuldigde. Indien die onus wat op die beskuldigde rus só hanteer word is daar skynbaar geen botsing tussen die bepalings van die artikel en die beginsels van die vermoede van onskuld nie.

Daar word dus aan die hand van bogenoemde aanvaar dat die onus, behalwe vir die uitsonderings gevalle vervat in a 60(11) van die Strafproseswet, wat voorheen op die beskuldigde gerus het, nou op die staat rus om aan te toon dat dit in belang van geregtigheid is dat die beskuldigde nie op borgtog vrygelaat moet word nie.³⁷¹

7 4 1 Die posisie onder die Finale Grondwet

Artikel 25(2)(d) van die Oorgangsgrondwet,³⁷² is deur a 35(1)(f) van die 1996 Grondwet³⁷³ vervang wat bepaal dat:

“Elkeen wat weens 'n beweerde oortreding gearresteer word, het die reg om—
(f) behoudens redelike voorwaardes, uit aanhouding vrygelaat te word indien die belang van geregtigheid dit toelaat.”

Hoewel hierdie artikel nie uitdruklik na die instelling van borgtog verwys nie, erken dit tog die reg van 'n gearresteerde om vrygelaat te word. De Waal³⁷⁴ wys daarop dat die vervanging van die woord “as” met “tensy”, die grondwetlike bepaling met betrekking tot borg baie afwater uit die oogpunt van die beskuldigde se belange. Ingevolge die betrokke artikel sal die beskuldigde dan, tensy daar genoegsame getuienis is wat daarop dui dat dit in belang van geregtigheid is dat hy of sy vrygelaat moet word, nie sonder meer vrygelaat word nie. Van der Merwe is egter van mening dat die huidige Grondwet niks aan die posisie onder die Oorgangsgrondwet verander het nie. Daar moet dus nie te veel in die verandering van die bogenoemde woorde geles word nie.³⁷⁵

³⁷¹ *S v Tshabalala* 1998 (2) SASV 259 (K).

³⁷² Wet 200 van 1993.

³⁷³ Wet 108 van 1996.

³⁷⁴ De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 4e (2001) 602.

³⁷⁵ Sien ook in hierdie verband De Villiers W “The onus of proof in bail proceedings under South African and Canadian law (2)” 2002 65 THRHR 497 502 waarin hy die verskillende sienings rondom die invloed van a 35(1)(f) van die Finale Grondwet op die onus by borgverrigtinge bespreek.

Ten spyte van die 1995 Wysigingswet³⁷⁶ waarmee gepoog is om die posisie betreffende borgtog meer effektief te reguleer, was daar steeds in verskeie oorde ontevredenheid oor die maklike wyse waarop borgtog bekom kon word. In die praktyk het geharde misdadigers soms maklik borgtog gekry en dan net voortgegaan om misdade te pleeg.³⁷⁷ Die wetgewer het gevolglik weer ingegryp en 'n strenger bedeling daargestel met die invoering van die Strafproseswysigingswet, Wet 85 van 1997. Hierdie maatreëls het verskeie aspekte met betrekking tot borgtog gewysig. Daar is onder meer twee nuwe bylaes geskep, Bylae 5 en Bylae 6; en a 60(11) is gewysig om die posisie rondom die bewyslas met inagneming van hierdie bylaes te reguleer. Daar is ook 'n verdere grond vir die weiering van borgtog geskep. Reëls met betrekking tot die toelaatbaarheid van die rekord van die borgverrigtinge by die verhoor asook 'n verbod op die toegang deur die beskuldigde tot inligting vervat in die polisdossier, is ook ingevoer. Hieronder sal gefokus word op die bepalings van a 60(11)(a) en 60(11)(b) met spesifieke verwysing na die ligging van die bewyslas.

7 4 2 Die bepalings van a 60(11)(a) en a 60 (11)(b) van die Strafproseswet

Soos reeds aangetoon is die bepalings van a 60(11) van die Strafproseswet deur Wet 85 van 1997 gewysig. Artikel 60(11)(a) en 60(11)(b) van die Strafproseswet bepaal nou dat:

“Ondanks enige bepaling van hierdie Wet, waar ‘n beskuldigde aangekla word van ‘n misdryf bedoel–

- (a) in Bylae 6, moet die hof gelas dat die beskuldigde in bewaring aangehou word totdat daar met hom of haar ooreenkomstig die reg gehandel is, tensy die beskuldigde, nadat hy of sy ‘n redelike geleentheid daartoe

³⁷⁶ Wet 75 van 1995.

³⁷⁷ Sien in hierdie verband *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 (1) SA 489 (SCA) waarin die staat aangevoer het dat na die inwerkingtrede van artikel 25(2)(d) van die Oorgangsgrondwet en die daaropvolgende wysiging van die Strafproseswet, verhoorafwagende beskuldigdes baie meer gereedlik op borgtog vrygelaat is as voorheen. ‘n Eis om skadevergoeding is in die gemelde saak teen die Minister van Verdediging deur ‘n verkragting slagoffer ingestel wat deur ‘n persoon verkrag is wat op soortgelyke aanklagtes op borgtog vrygelaat is. Die hof wat die beskuldigde vrygelaat het op borgtog het aangeneem dat a 25 van die Oorgangsgrondwet die onus op die staat plaas om aan te toon dat dit in belang van geregtigheid is dat die beskuldigde nie op borgtog vrygelaat moet word nie. Die moontlike risiko’s wat die verlening van borgtog in hierdie geval ingehou het is nie behoorlik ondersoek nie en aangesien die onus op die Staat gerus het, is die beskuldigde ten spyte van die bestaan van ernstige risikos vrygelaat.

gebied is om dit te doen, getuienis aanbied wat die hof oortuig dat daar buitengewone omstandighede bestaan wat sy of haar vrylating in die belang van geregtigheid veroorloof;

- (b) in Bylae 5, maar nie in Bylae 6 nie, moet die hof gelas dat die beskuldigde in bewaring gehou word totdat daar met hom of haar ooreenkomstig die reg gehandel is, nadat hy of sy 'n redelike geleentheid daartoe gebied is om dit te doen, getuienis aan te bied wat die hof oortuig dat dit in belang van geregtigheid sy of haar vrylating veroorloof³⁷⁸

Die bewysmaatstaf wat die beskuldigde moet bevredig waar hy die bewyslas ingevolge a 60(11)(a) en 60(11)(b) dra, is die siviele maatstaf, naamlik die bewys op 'n oorwig van waarskynlikheid. In *S v Dlamini*,³⁷⁹ waar die grondwetlikheid van a 60(11)(a) ter sprake was, het die hof die uitwerking van en verskille tussen die twee artikels soos volg uiteengesit:

“[S 60(11)(a)] stipulates that an accused must satisfy a magistrate that the 'interests of justice' permit his or her release. It clearly places an onus upon the accused to adduce evidence. However apart from that, the exercise to determine whether bail should be granted is no different to that provided for in subsections 60(4)-(9) or required by section 35(1)(f). It is clear that an accused on a Schedule 5 offence will be granted bail if he or she can show, merely that the interest of justice permit such grant. The additional requirement of 'exceptional circumstances' imposed by section 60(11)(a) is absent. A bail application under section 60(11)(a) is more gravely invasive of the accused person's liberty right than that under section 60(11)(b). To that extent, therefore, that the test for bail established by section 60(11)(a) is more rigorous than that contemplated by section 35(1)(f) of the Constitution, it limits the constitutional right.”

Die hof het ook in die *Dlamini*-uitspraak³⁸⁰ tereg daarop gewys dat die hof kan gelas dat die vervolging sekere inligting, ten spyte van die bepalings van a 60(14), tot die beskikking van die beskuldigde moet stel ten einde hom of haar te help om die bewys ingevolge a 60(11)(a) en a 60(11)(b) te vergemaklik. Volgens die hof blyk hierdie

³⁷⁸ Sien in hierdie verband Bylae A tot hierdie tesis waarin die bepalings van Bylae 5 en Bylae 6 wat ingevoer is deur die Strafproseswysigingswet, Wet 85 van 1997, vervat is.

³⁷⁹ 1999 (2) SASV 51 (KH) par [65].

³⁸⁰ 1999 (2) SASV 51 (KH) [80] en [84].

bevoegdheid duidelik uit die woorde vervat in albei hierdie artikels, naamlik: "...nadat hy of sy 'n redelike geleentheid daartoe gebied is om dit te doen..."

Die grondwetlikheid van a 60(11)(a) sal in 7 4 4 aangeraak word. In gevalle waar a 60(11) van die Strafproseswet dus van toepassing is, rus die onus op die borgaansoeker om die hof te oortuig dat dit in die belang van geregtigheid is dat hy nie aangehou word nie, met ander woorde dat dit onwaarskynlik is dat sy of haar vrylating een of meer van die risiko's vervat in a 60(4)(a)-(d) sal inhou. In alle ander gevalle rus die bewyslas op die staat om op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat die vrylating van die beskuldigde nie in belang van geregtigheid is nie. Dit is dus gevolglik nodig om na die betekenis van die begrip "buitengewone omstandighede" soos vervat in a 60(11)(a), te kyk.

7 4 3 Die betekenis van die begrip "buitengewone omstandighede"

'n Beskuldigde moet, soos reeds aangetoon, ingevolge a 60(11)(a) op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys dat daar buitengewone omstandighede teenwoordig is wat sy vrylating op borgtog in die belang van geregtigheid regverdig. Die term 'buitengewone omstandighede' is nie in die Strafproseswet gedefinieer nie. Daar moet dus na die interpretasie van die howe gaan kyk word ten einde inhoud aan die betrokke bepaling te gee.

In *Mohammed v S*³⁸¹ het die hof tereg daarop gewys dat die betrokke bepaling geïnterpreteer moet word teen die agtergrond van die feit dat die vrylating van 'n beskuldigde in die belang van geregtigheid moet wees alvorens borg toegestaan sal word. In *S v Jonas*³⁸² het Horn AR daarop gewys dat verskeie omstandighede as buitengewoon gesien kan word en noem die volgende as voorbeelde: 'n dringende mediese operasie, 'n terminale siekte of 'n waterdigte alibi. In *S v Botha en ander*³⁸³ wys Vivier Wnr AR daarop dat die bewys deur 'n beskuldigde dat hy waarskynlik onskuldig bevind sal word, wel as buitengewone omstandighede gesien kan word. Die hof in *S v Jonas* wys tereg daarop dat die doel van a 60(11)(a) is om die verkryging van borgtog vir persone wat aangekla word van sekere ernstige oortredings, moeiliker maar tog nie onmoontlik te maak nie. Horn AR sê verder:

"Thus if the accused's evidence, denying his guilt on a charge of having committed a Schedule 6 offence, remains unchallenged by the State, the suggestion that the State's case is non-existent or doubtful becomes almost a

³⁸¹ 1999 (4) All SA 519 (C).

³⁸² 1998 (2) SASV 677 (SOK).

³⁸³ 2002 (1) SASV 222 (HHA) 230.

foregone conclusion, and it is difficult to see how it can be said that the accused has not succeeded in discharging the onus upon him.”

Hierdie standpunt word ook gehuldig deur Snyders R in *S v Mauk*³⁸⁴ waarin hy ook verder gaan deur daarop te wys dat ‘n beskuldigde daarin slaag om “buitengewone omstandighede” te bewys indien hy daarin slaag om deur middel van aanvaarbare getuienis aan te toon dat die Staat geen saak het nie, of ‘n baie twyfelagtige saak teen hom het en dat waar die beskuldigde se getuienis boonop alleen staan, is die suggestie dat die Staat se saak nie-bestaande is of baie twyfelagtig is, amper ‘n onafwendbare gevolgtrekking.³⁸⁵ Dit is dus volgens Snyders R ‘n mistasting om ‘n buitengewone swak Staatsaak gelyk te stel aan “buitengewone omstandighede”.

In *S v C*³⁸⁶ benader Conradie R die vraag na die betekenis van “buitengewone omstandighede” deur te fokus op die bepaling van a 60(4). Hy wys daarop dat dit ‘n natuurlike uitvloeisel van die vermoede van onskuld is dat ‘n verhoorafwagende slegs aangehou sal word as die aanhouding ‘n doel dien. So ‘n doel word gedien as daar rede bestaan om te dink dat die beskuldigde sy verhoor sal ontduik, die regspleging sal verydel of verdere misdrywe sal pleeg. Hy verwys na hierdie elemente as die ‘gewone omstandighede’ vervat in a 60(4)(a)-(d) van die Strafproseswet en wys daarop dat hierdie beproefde rede is waarom ‘n beskuldigde niteenstaande die moontlikheid dat hy dalk onskuldig kan wees, in belang van geregtigheid aangehou kan word. Conradie R kom tot die gevolgtrekking dat a 60(11) in die gees van die gemenereg en die Grondwet nie geles kan word om iets meer van die verhoorafwagende te eis as om die gewone omstandighede te bewys nie. Sodra daar iets meer van die beskuldigde vereis word, het die onus ‘n bestraffende effek. Daar word bloot van die hof verwag om buitengewone sorg aan die dag te lê by die beoordeling van die gewone omstandighede. Hy verwys na Traverso R se uitspraak in *S v H*³⁸⁷ waarin sy sê:

“Die maatstaf wat toegepas moet word, is wat die belang van geregtigheid vereis. Of die beskuldigde hom van die bewyslas soos neergelê in a 60(11) gekwyt het, moet dus beoordeel word aan die hand van al die getuienis voor die hof...Dit volg uit wat ek tot dusver gesê het dat a 60(11) na my mening nie ‘n swaarder bewyslas op die beskuldigde plaas as wat hy gehad het voor die inwerkingstelling

³⁸⁴ 1992 (2) SASV 479 (W).

³⁸⁵ 1992 (2) SASV 479 (W) 480.

³⁸⁶ 1998 (2) SASV 721 (K).

³⁸⁷ 1997 (1) SASV 221 (KH).

van a 60(11) nie. Al wat hy moet aantoon is dat sy vrylating nie strydig is met die belang van geregtigheid nie, en by die oorweging van hierdie vraag moet die hof dan oorweging daaraan skenk of die getuienis een of meer van die faktore genoem in a 60(4) van die Wet vasgestel het. Om hierdie artikel anders te interpreteer sal myns insiens tot gevolg hê dat hierdie bepaling strydig is met die beskuldigde se fundamentele reg soos verskans in a 25(2)(d) van die Grondwet, want dit sal 'n haas onmoontlike bewyslas op die beskuldigde plaas...”

Ingevolge die gemenerereg moet 'n statuut wat 'n beperking of las op 'n individu plaas, vertolk word om die persoon op wie dit betrekking het so min moontlik te beswaar. So ook word die beskuldigde se reg op vryheid asook die vermoede van onskuld in die Grondwet verskans.³⁸⁸ Artikel 39 van die Grondwet bepaal ook verder dat die hof by die uitleg van wetgewing die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte moet bevorder.

Van Zyl R in *S v Yanta*³⁸⁹ steun ook die standpunt wat in die bogemelde sake gehuldig is en verklaar dat

“...the words ‘exceptional circumstances’ must *not* be construed as requiring an accused to place before the court factors or circumstances in addition to those provided for in s 60 (9) and s 60 (10) of the Act (i.e factors bearing upon the right of the accused to his or her personal freedom, and in particular the prejudice he or she is likely to suffer if he or she were to be detained in custody). The enquiry remains the same, namely a weighing up of the aforesaid factors and circumstances, and those referred to in s 60(4) (i.e factors demonstrating that the refusal to grant bail and the detention of an accused in custody shall be in the interests of justice), and then to exercise a value judgment, according to all the relevant criteria, on the facts placed before the court. At the end of the day the court has to decide if those factors which have been found to exist and which favour the release of an accused from detention are such, weighed against the interests of justice, as to constitute ‘exceptional circumstances’ for the purposes of s 60(11)(a). There can be as many circumstances which are exceptional as the term in essence implies.”

Hierdie uitgangspunt is ook in *S v Botha*³⁹⁰ gehuldig waarin Vivier Wnr AR tereg opmerk dat die bewoording van die betrokke subartikel duidelik en ondubbelsinnig is en net

³⁸⁸ Sien in hierdie verband aa 12(1), 12(1)(b), 35(3)(h) en 35(1)(f) van die Grondwet.

³⁸⁹ 2000 (1) SASV (TkH) 237 238-239.

vir een uitleg vatbaar is. Hy gaan verder deur te sê dat ‘buitengewone omstandighede’ nie verskillend van aard of andersoortig moet wees as die omstandighede gelys in subartikels (4)–(9) nie en dat dit gewoonlik, maar nie noodwendig nie, omstandighede is wat daarop gemik is om die onwaarskynlikheid van gebeure genoem in a 60(4)(a)-(e) te bewys. Hy wys ook daarop dat dit vir die hof is om in elke saak, in die besondere omstandighede van die geval, ‘n waarde-oordeel te vel of die bewese omstandighede van so ‘n aard is dat dit as buitengewoon kwalifiseer.³⁹¹

In *S v H*³⁹² het die hof by monde van Labe R die standpunt gehuldig dat die woorde “buitengewone omstandighede” geïnterpreteer moet word aan die hand van hul gewone betekenis. Buitengewone omstandighede dui op omstandighede wat nie in die gewone borgaansoek teenwoordig is nie maar wat teenwoordig is in die beskuldigde se spesifieke geval. Die hof moet al die relevante omstandighede as ‘n geheel oorweeg te einde te bepaal of die beskuldigde hom van die betrokke bewyslas gekwyt het. Ten einde te besluit of die betrokke omstandighede in ‘n geval as buitengewoon kwalifiseer moet die hof ook die belang van geregtigheid in ag neem.³⁹³ So ook wys Steenkamp R in *S v Mokgoje*³⁹⁴ daarop dat buitengewone omstandighede nie spesifiek gedefinieer kan word nie, maar afhang van elke besondere geval. Hy is egter van mening dat die konsep verwys na omstandighede wat uniek, ongewoon en raar is en dat alledaagse of algemene omstandighede nooit as buitengewoon beskryf kan word nie.³⁹⁵ Hy neem die standpunt in dat die afwesigheid van faktore genoem in a 60(4)(a)-(e) nouliks ter sprake kan wees by die ondersoek na buitengewone omstandighede. Daardie faktore kom ter sprake eers nadat daar bevind is dat buitengewone omstandighede bestaan, en dat die hof dan eers die diskresie het om borg te verleen. Aan die hand van vorige uitsprake kan daar duidelik nie met hierdie standpunt saamgestem word nie. Dit sal beteken dat daar 'n bewyslas op die beskuldigde geplaas word wat hy baie moeilik indien enigsins sal kan weerlê. Dit sal ook, soos in *S v C*³⁹⁶ aangetoon, 'n bestraffende uitwerking op die

³⁹⁰ 2002 (1) SASV 222 (HHA) 229.

³⁹¹ 2002 (1) SASV 222 (HHA) 230.

³⁹² 1999 (1) SASV 72 (W).

³⁹³ *S v Jonas* 1998 (2) SASV 677 (SOK).

³⁹⁴ 1999 (1) SASV 233 (NC).

³⁹⁵ 234d van die uitspraak.

³⁹⁶ 1998 (2) SASV 721 (K).

beskuldigde hê. Dit is duidelik nie die uitwerking wat die wetgewer in gedagte gehad het by die formulering van die betrokke artikel nie.

Aan die hand van bogenoemde is die mees aanvaarbare interpretasie van die betrokke frase dat daar hier niks meer as die bewys van die gewone faktore soos vervat in a 60(4)(a)-(e) van die beskuldigde verwag kan word nie. Die hof moet bloot buitengewone sorg aan die dag lê by die beoordeling van die betrokke borgaansoeke.

7 4 4 Die grondwetlikheid van a 60(11)(a)

Die grondwetlikheid van a 60(11)(a) is in verskeie uitsprake obiter bevraagteken.³⁹⁷ Ten spyte van die feit dat a 60(11)(a) 'n bewyslas op die beskuldigde plaas om op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat daar buitengewone omstandighede bestaan wat sy of haar vrylating op borgtog regverdig, is dit deur die Konstitusionele Hof in *S v Dlamini*³⁹⁸ grondwetlik bevind.

Die hof het daarop gewys dat die vereistes wat deur a 60(11)(a) gestel word, naamlik die bewys van 'buitengewone omstandighede', wel 'n beperking op die grondwetlike reg soos vervat in a 35(1)(f) van die Grondwet plaas. Die betrokke artikel stel 'n situasie daar waar die openbare belang wat vereis dat borg nie gereedelik toegestaan moet word nie, swaarder sal weeg as die belange van die beskuldigde tensy die beskuldigde daarin slaag om buitengewone omstandighede te bewys wat aantoon dat dit tog in die belang van geregtigheid is dat hy vrygelaat moet word. Dit wyk duidelik af van die standaard wat deur a 35(1)(f) van die Grondwet gestel word.³⁹⁹ Ten einde te bepaal of hierdie beperking op die beskuldigde se regte, nieteenstaande die feit dat dit indruis teen a 35(1)(f), grondwetlik is het die hof na die bepaling van die beperkingsklousule, a 36 van die Grondwet wat soos volg lees, gaan kyk:

“(1) Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid met inagneming van alle tersaaklike faktore met inbegrip van—

(a) die aard van die reg;

³⁹⁷ Sien in hierdie verband *S v C* 1998 (2) SASV 721 (K) en *S v Schietekat* 1999(1) SASV 100 (K).

³⁹⁸ 1999 (2) SASV 51 (KH).

³⁹⁹ *S v Dlamini*; *S v Dladla en ander*; *S v Joubert*; *S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) 53i-j.

- (b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
 - (c) die aard en omvang van die beperking; en
 - (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan en 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.
- (2) Behalwe soos in subartikel (1) of enige ander bepaling van die Grondwet bepaal, mag geen regsvoorskrif enige reg wat in die Handves van Regte is, beperk nie.”

Kriegler R wys daarop dat die vraag beoordeel moet word teen die agtergrond van die stygende misdaadsyfer veral met betrekking tot ernstige geweldsmisdade asook die invloed wat misdaad op die gemeenskap as 'n geheel het. Die Konstitusionele Hof het gaan kyk na die bepalings van ander regstelsels dat borgtog wel beperk is in 'n oop en demokratiese samelewing maar dat a 60(11)(a) 'n ongewone ernstige beperking op borgtog plaas. Die hof het egter daarop gewys dat die artikel slegs betrekking het op 'n klein kategorie misdade en dat dit ook nie 'n algehele verbod op borgtog in sodanige omstandighede daarstel nie. Volgens Kriegler R is die argumente wat geopper is in vorige uitsprake dat die term “buitengewone omstandighede” te vaag en onoortuigend is. Die onus wat deur die betrokke artikel geskep is, is ook nie volgens die hof gebrekkig nie. Daar bestaan nie 'n risiko van 'n verkeerde skuldigbevinding nie. Kriegler R sê die volgende hieroor:

“All that the subsection did was to place on an accused, in whose knowledge the relevant factors lay, an onus to establish them in a special kind of interlocutory proceeding not geared to arriving at factual conclusions but designed to make informed prognoses. The *onus* was not impossibly difficult to discharge given the qualification in the subsection that the accused had to be given a reasonable opportunity to establish what the subsection required.”⁴⁰⁰

Die Konstitusionele Hof was dus van mening dat die bepalings van a 60(11)(a) redelik en regverdigbaar is in terme van a 36 van die Grondwet.

7.5 GEVOLGTREKKING

Die veranderinge wat oor die afgelope dekade ten opsigte van die bewyslas by borgverrigtinge plaasgevind het, het opnuut die vraag na die aard van borgverrigtinge laat ontstaan. Soos in hierdie hoofstuk aangetoon, is die standpunt in verskeie uitsprake gehuldig

⁴⁰⁰ *S v Dlamini; S v Dladla en ander; S v Joubert; S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) 54c-d.

dat weens die inkwisitoriale aard van die verrigtinge daar by borgverrigtinge geen sprake kan wees van 'n bewyslas nie. Dit is duidelik nie 'n akkurate siening nie. Hoewel borgverrigtinge 'n inkwisitoriale element bevat, is daar wel 'n bewyslas ter sprake. Dit is ook duidelik vanuit die bogenoemde bepalings van die Strafproseswet dat die wetgewer ook hierdie onus erken en doelbewus die ligging daarvan wil reguleer. Dit is dus ook duidelik uit hierdie hoofstuk dat borgverrigtinge nie strafregtelik of siviëlregtelik van aard is nie aangesien die reëls met betrekking tot die ligging van die bewyslas sowel as die standaard daarvan by borgverrigtinge nie onder een van die twee tuisgebring kan word nie.

HOOFSTUK 8

SAMEVATTING EN AANBEVELINGS

By die beoordeling van 'n borgaansoek moet die hof die belange van die beskuldigde en die belange van die samelewing teen mekaar opweeg. Die doel van die betrokke verrigtinge is om 'n balans tussen hierdie belange te vind. Omdat borgtog ter sprake kom op 'n tydstip waar daar nog geen skuldigbevinding is nie, is dit van kardinale belang dat die hof ten alle tye moet waak teen die onregverdigte inbreukmaking op die beskuldigde se fundamentele regte wat onder andere die reg op individuele vryheid en die vermoede van onskuld insluit.

Ten einde die regte van die borgaansoeker na behore te beskerm sonder om die behoorlike funksionering van die regstelsel te beperk, is dit belangrik om vas te stel wat die aard van borgverrigtinge is. Soos in hierdie tesis aangetoon is borgverrigtinge *sui generis* van aard wat beteken dat daar 'n aparte stel reëls van die bewysreg bestaan wat op hierdie verrigtinge van toepassing is. In hierdie tesis is daar gepoog om die reëls van die bewysreg wat op borgverrigting van toepassing is te identifiseer en om die afwykings van die gewone reëls van die bewysreg wat op die verhoor van toepassing is, te verklaar.

In hoofstuk een is aangetoon dat daar by borgverrigtinge van die kenmerkende akkusatoriale aard van die Suid-Afrikaanse prosesreg afgewyk word ten gunste van 'n proses wat inkwisitoriale karaktertrekke toon. Dit is ook duidelik uit die Strafproseswet⁴⁰¹ dat die hof by die beoordeling van 'n borgaansoek nie maar net as passiewe skeidsregter moet optree nie.⁴⁰² Die onduidelikheid oor die aard van borgverrigtinge en die verskillende sienings in hierdie verband, is ook in die eerste hoofstuk aangeraak. Hierdie konflik is duidelik te bespeur in *S v Maki en andere*⁴⁰³ waarin Froneman R beslis het dat borgverrigtinge geregtelike verrigtinge is en dat dit vir doeleindes van die toelaatbaarheid van hoorsêgetuïenis, sivilregtelik eerder as strafregtelik van aard is. Schmidt steun die siening van Froneman R in *S v Maki*⁴⁰⁴ dat borgverrigtinge geregtelik van aard is en hy kom tot die gevolgtrekking dat borgverrigtinge nie strafregtelik van aard is nie en hoewel dit

⁴⁰¹ Sien in hierdie verband aa 60, 60(2)(b) en 60(2)(d) van Wet 51 van 1977.

⁴⁰² Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 5e (2001) 160.

⁴⁰³ 1994 (2) SASV 630 (OK) 634.

⁴⁰⁴ *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) 635d-g.

wesenskenmerke van siviele verrigtinge bevat, dit eerder as 'n eiesoortige tipe geregtelike verrigting beskou moet word.⁴⁰⁵

Van der Berg⁴⁰⁶ is van mening dat borgverrigtinge eerder strafregtelik van aard is en dat die reëls van die bewysreg dienooreenkomstig toegepas moet word. Dennis⁴⁰⁷ wys daarop dat daar nie een universele stel reëls van die bewysreg bestaan wat op alle prosedures van toepassing is nie, maar eerder 'n aantal verskillende stelle reëls. Die inhoud van die reëls verskil aan die hand van die spesifieke prosedure waarop dit van toepassing is asook die doel van die prosedure. Indien daar dus na die aard en die doel van borgverrigtinge gekyk word, is dit duidelik dat dit 'n *sui generis* proses is met 'n eie stel reëls van die bewysreg wat daarop van toepassing is.

In hoofstuk twee is die relevantheidsgrondreëls asook die toelaatbaarheid van getuienis oor 'n borgapplikant se vorige veroordelings, opiniegetuienis en die toelaatbaarheid van karaktergetuienis aangespreek. Ten einde te bepaal watter getuienis relevant is by die beoordeling van 'n borgaansoek is dit nodig om te gaan kyk na wat die geskilpunte voor die hof is by sodanige verrigtinge. Met oorweging van die doel en aard van borgverrigtinge en die delikate balans wat gehandhaaf moet word tussen individuele vryheid van die beskuldigde en die handhawing van die regsorde, is dit duidelik dat die enigste kwessie wat die hof moet oorweeg is of die weiering van borgtog onregverdig sal wees omdat so 'n weiering onnodig is en aan die ander kant of so 'n weiering nodig sal wees ten einde die regsorde te beskerm ongeag die invloed daarvan op die individuele vryheid van die beskuldigde.⁴⁰⁸ Ten einde hierdie kwessie te beoordeel moet die hof die risiko's oorweeg wat in a 60(4)(a)-(e) van die Strafproseswet uiteengesit is. Hierdie risiko's en die faktore wat die hof ingevolge aa 60(5)-60(9) in ag moet neem, word volledig in hoofstuk twee bespreek.

Die reëls met betrekking tot hoorsêgetuienis is verslap vir doeleindes van borgverrigtinge. In hoofstuk drie word daar op die verskillende verklarings vir die toelaatbaarheid van hoorsêgetuienis by borgverrigtinge gefokus. Artikel 3 van die Wysigingswet op die Bewysreg⁴⁰⁹ maak voorsiening vir die diskresionêre toelating van

⁴⁰⁵ Schmidt *Bewysreg* 4e (2000) 88.

⁴⁰⁶ Froneman R verwys in *S v Maki en andere* (1) 1994 (2) SASV 630 (OK) na Van der Berg se stelling in *Bail-A Practitioner's Guide* 1e (1986) 86-88.

⁴⁰⁷ Dennis *The Law of Evidence* (1999) 13.

⁴⁰⁸ Van der Berg *Bail-A Practitioner's Guide* 2e (2001) 95.

⁴⁰⁹ Wet 45 van 1988.

hoorsêgetuienis by siviele en strafregtelike verrigtinge. Die ses faktore wat die hof in gedagte moet hou by die uitoefening van hierdie diskresie word kortliks in die betrokke hoofstuk uiteengesit. Die feit dat die wetgewer reeds bepalinge daargestel het om hoorsêgetuienis onder sekere omstandighede by siviele en strafregtelike verrigtinge toe te laat, regverdig des te meer so 'n soepel benadering by borgverrigtinge.

Daar word 'n duidelike onderskeid getref tussen borgverrigtinge en strafregtelike verrigtinge vir doeleindes van insae in die saakdossier. Na die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet⁴¹⁰ het die Konstitusionele Hof in *Shabalala v Attorney-General of Transvaal*⁴¹¹ beslis dat die staat se allesomvattende dossierprivilegie strydig is met die reg op 'n billike verhoor. Hierdie privilegie het die algemene gemeenregtelike privilegie met betrekking tot die inhoud van die saakdossier ingevolge waarvan die verdediging nie geregtig was op enige inligting vervat in die saakdossier nie, asook die praktyksreël wat konsultasie deur die verdediging met staatsgetuies sonder toestemming verbied, ingesluit. Soos in hoofstuk vier aangetoon word, het die *Shabalala*⁴¹²-beslissing tot verskeie probleme in die praktyk gelei. In daaropvolgende borgaansoeke is daar aansprake deur die verdediging gemaak op insae in die polisie-dossier vir doeleindes van voorbereiding vir die borgaansoek.⁴¹³ Watney⁴¹⁴ wys op die gevare van so 'n situasie naamlik dat die borgaansoek gewoonlik gebring word kort na die arrestasie van die beskuldigde. Die ondersoek is dan nog in die begin stadium en die risiko ontstaan dan dat die ondersoek deur sodanige insae belemmer kan word.

Om die probleme wat as gevolg van die *Shabalala*-beslissing ontstaan het aan te spreek, het die wetgewer a 60(14) van die Strafproseswet ingevoer wat die posisie tans soos volg reël:

“[O]ndanks andersluidende regsbepalings het geen beskuldigde, vir doeleindes van borgtogverrigtinge, toegang tot enige inligting, rekord of dokument met betrekking tot die betrokke misdryf wat vervat word in of deel uitmaak van 'n

⁴¹⁰ Wet 200 van 1993.

⁴¹¹ 1995 (2) SASV 761 (KH).

⁴¹² 1995 (2) SASV 761 (KH).

⁴¹³ M Watney *Borgaansoeke: Die rol van die Voorsittende Beampte en Insae in die Saakdossier* 2000 TSAR 369 374.

⁴¹⁴ M Watney *Borgaansoeke: Die rol van die Voorsittende Beampte en Insae in die Saakdossier* 2000 TSAR 369 374.

polisiedossier met inbegrip van enige inligting, rekord of dokument wat deur enige polisiebeampte belas met die betrokke ondersoek gehou word nie, tensy die aanklaer anders gelas: Met dien verstande dat hierdie subartikel nie sodanig uitgelê word nie dat dit ‘n beskuldigde toegang weier tot enig inligting, rekord of dokument waarop hy of sy vir die doeleindes van sy of haar verhoor geregtig mag wees.”

Die grondwetlikheid van die betrokke artikel is in die *Schietekat*⁴¹⁵-beslissing aangespreek. Die hof het by monde van Kriegler R het beslis dat a 60(14):

“does no more than make plain that, whatever access to the police docket an accused may have to be afforded in order to protect the right to a fair trial guaranteed by the Constitution, there is no correspondingly general right at the bail stage. And in order to make that intention completely plain, the proviso to the subsection expressly excludes access required for trial purposes from its prohibitory ambit. It follows that there is no constitutional fault to be found with the subsection.”⁴¹⁶

Die toepassing van die aanbrengersprivilegie by borgverrigtinge word in hoofstuk vyf aangespreek. Die reël met betrekking tot die betrokke privilegie kan soos volg omskryf word: geen vraag mag normaalweg in ‘n geregshof aan ‘n getuie gestel word indien die antwoord daarop die identiteit van die aanbrengrer of die inhoud van die aanbrengrer se verklaring kan openbaar nie.⁴¹⁷ Die reël is dus nie net op die identiteit van die aanbrengrer van toepassing nie, maar ook op die inhoud van sy verklaring aangesien dit in baie gevalle maklik is om die aanbrengrer se identiteit uit die aard en inhoud van sy verklaring af te lei.⁴¹⁸

Nie elke persoon wat inligting aan die polisie verskaf kan aanspraak maak op die beskerming van die privilegie nie. Die kenmerke wat Stratford HR in *R v Van Schalkwyk*⁴¹⁹ identifiseer wat aanwesig moet wees alvorens ‘n persoon as ‘n aanbrengrer beskou sal word is dat die inligting wat verskaf word nadelig vir ander persone moet wees, dat die inligting aan ‘n regsamptenaar verstrekk moet word en dat die inligting sodanig moet wees dat dit

⁴¹⁵ *S v Dlamini; S v Dladla en ander; S v Joubert; S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) 881.

⁴¹⁶ *S v Dlamini; S v Dladla en ander; S v Joubert; S v Schietekat* 1999 (2) SASV 51 (KH) par 84.

⁴¹⁷ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 259-260.

⁴¹⁸ *Tranter v Attorney-General and the First Criminal Magistrate of Johannesburg* 1907 TS 415 423.

⁴¹⁹ 1938 AH 543 548.

strafregtelike vervolging tot gevolg kan hê. In *Suliman v Hansa*⁴²⁰ het Fannin R die vereistes wat Wigmore⁴²¹ neergelê het alvorens daar op die privilegie aanspraak gemaak kan word as deel van die Suid-Afrikaanse reg aanvaar en dit dienooreenkomstig toegepas. Die vier vereistes is:

- 1) Die mededeling moes berus het op die *vertroue* dat dit nie geopenbaar sou word nie.
- 2) Die element van vertroulikheid moet noodsaaklik wees vir die volle en bevredigende *handhawing van die verhouding* tussen die partye.
- 3) Die verhouding moet een wees wat ter wille van die gemeenskapsbelang ywerig *bevorder* behoort te word.
- 4) Die *skade* aan die verhouding wat aangerig sou word deur die openbaarmaking van die inligting moet *groter as die voordeel* wees wat vir die regspleging uit die verhouding behaal kan word.⁴²²

Die hof moet as bewaker van die openbare belang optree en in elke geval bepaal of dit billik is in ooreenstemming met die regsoortuigings van die gemeenskap om die identiteit van die aanbrenner bekend te maak.⁴²³ Omrede die openbare belang eerste prioriteit by die toepassing van die privilegie geniet, kan daar ook in siviele gedinge wat voortspruit uit strafregtelike gedinge daarop aanspraak gemaak word. Die staat sal in die meeste gevalle op die privilegie aanspraak maak weens die aard van die betrokke privilegie wat op die beskerming van die staat se belange en die openbare belang gemik is.⁴²⁴

Die vraag of die staat of die aanbrenner self van die privilegie kan afstand doen en of die hof uit eie beweging die privilegie kan handhaaf is telkens in regspraak aangespreek.⁴²⁵ In ooreenstemming met die beginsel dat die hof as bewaker van die openbare belang telkens moet bepaal wat in 'n bepaalde geval billik is in ooreenstemming met die regsoortuiging van die gemeenskap is dit dan ook die hof se plig om indien dit nodig is die privilegie uit eie beweging te handhaaf. In ooreenstemming met hierdie beginsel is dit ook die hof se uitsluitlike bevoegdheid om afstand van die beskerming onder die privilegie te gelas.

⁴²⁰ 1971 (4) SA 69 (D).

⁴²¹ Wigmore *Evidence* 3e Volume VIII par 2285.

⁴²² Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 261.

⁴²³ Sien in hierdie verband *S v Rossouw* 1973 (4) SA 608 (SWA).

⁴²⁴ Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 264.

⁴²⁵ Sien in hierdie verband *S v Rossouw en ander* 1973 (4) SA 608 (SWA); *R v Harris* 1927 48 NLR 330 345; asook *R v Olifant* 1937 (2) PH H 191 (T).

Die aanbrengersprivilegie is duidelik ook by borgverrigtinge van toepassing. Borgverrigtinge, hoewel dit *sui generis* van aard is, is so nou verbonde aan die strafregtelike proses dat dit die hele bestaan van die reël sal ondermyn as die privilegie nie by sodanige verrigtinge van toepassing is nie.

In hoofstuk ses is daar gefokus op die vraag of die privilegie teen selfinkriminasie by borgverrigtinge van toepassing is. Hierdie privilegie is deel van die Suid-Afrikaanse gemeneereg en word in verskeie artikels van die Strafproseswet vervat en is ook in die Grondwet verskans.⁴²⁶ Artikel 60(11B)(c) van die Strafproseswet bepaal dat die rekord van borgverrigtinge, met insluiting van vorige veroordelings, hangende aanklagtes en vrylating van borgtog ten opsigte van sulke aanklagtes, deel van die rekord van die beskuldigde se verhoor vorm wat op sodanige verrigtinge volg. Die verhoorhof sal dus toegang hê tot alle getuienis wat tydens die borgaanzoek gelewer is. Artikel 60(11B)(c) bevat 'n voorbehoudsbepaling wat behels dat daar 'n plig op die hof rus om die beskuldigde in te lig van die feit dat enige getuienis wat hy tydens die borgverrigtinge lewer, toelaatbaar is in sy daaropvolgende verhoor en dus teen hom gebruik kan word. Alvorens die beskuldigde se getuienis wat tydens die borgverrigtinge gelewer is aangebied kan word by die verhoor, is dit dus noodsaaklik om te bepaal of die hof hom van hierdie plig gekwyd het.⁴²⁷ Die rekord van die borgverrigtinge kan ook met behulp van a 235 van die Strafproseswet bewys word. Ontoelaatbare getuienis sal egter steeds nie by die verhoor toegelaat word nie.⁴²⁸

Die privilegie teen selfinkriminasie geld by borgverrigtinge uit hoofde van a 34 van die Grondwet aangesien a 35(3) slegs op strafregtelike verrigtinge van toepassing is. Van der Berg wys daarop dat die Hoë Hof voor die inwerkingtrede van a 60(11B)(c) egter nie altyd geneë was om hierdie reg by borgverrigtinge te erken nie. Die benadering van ons howe tot die toelaatbaarheid van getuienis gelewer tydens borgverrigtinge in die daaropvolgende verhoor asook die rol van die voorsittende beampte is breedvoerig in hoofstuk ses bespreek. Die bepalings van a 60(11B)(c) het ook die grondwetlike toets deurstaan. In *S v Dlamini*⁴²⁹ het die hof beslis dat die betrokke bepaling wel in lyn is met die bepalings van die Grondwet. In hierdie saak het die hof dit duidelik gestel dat die toelating van sodanige getuienis nie die

⁴²⁶ Sien in hierdie verband aa 203 en 200 van die Strafproseswet, a 14 van Wet 25 van 1965 en a 35(1)(c) en a 35(3)(j) van die Grondwet.

⁴²⁷ *S v Cloete* 1999 (2) SASV 197 (K).

⁴²⁸ *S v Chavulla* 1999 (1) SASV 39 (K).

⁴²⁹ 1998 (5) BCLR 552 (N).

billikheid van die verhoor in gedrang sal bring nie. Die howe moet egter bewus bly van hul verpligting om getuienis uit te sluit wat wel op die regte van die beskuldigde inbreuk maak. Die Konstitusionele Hof wys daarop dat die hof onder 'n statutêre sowel as 'n konstitusionele verpligting staan om die billikheid van die verhoor te verseker. Getuienis wat dus gelewer is tydens borgverrigtinge word toegelaat by die verhoor tensy dit uitgesluit word deur een van die reëls van die bewysreg of indien dit die billikheid van die verhoor in gedrang kan bring.

Die laaste kwessie wat in hierdie tesis aangespreek word is die ligging van die bewyslas by borgverrigtinge. Ten einde uiting te gee aan die vermoede van onskuld, word die bewyslas by strafregtelike verrigtinge op die vervolging geplaas om al die elemente van die misdaad waarvan die beskuldigde aangekla is bo redelike twyfel te bewys.⁴³⁰ Die siviele bewysmaatstaf, die bewys op 'n oorwig van waarskynlikheid, geld by borgverrigtinge. Die rede hiervoor is skynbaar geleë in die feit dat die skuld of onskuld van die beskuldigde nie by borgverrigtinge in geskil is nie.

Sedert die inwerkingtrede van die Oorgangsgrondwet, het daar verskeie ontwikkelinge in die Suid-Afrikaanse reg ten opsigte van die ligging van die bewyslas by borgverrigtinge plaasgevind. Hierdie ontwikkelinge en die impak daarvan op die regte van die beskuldigde, word volledig in hoofstuk sewe uiteengesit. Hierdie veranderinge het opnuut die vraag na die aard van borgverrigtinge laat ontstaan. Soos in hoofstuk sewe aangetoon, is die standpunt in verskeie uitsprake gehuldig dat weens die inkwisitoriale aard van die verrigtinge daar by borgverrigtinge geen sprake van 'n bewyslas is nie. Daar kan egter nie met hierdie siening saamgestem word nie. Hoewel borgverrigtinge inkwisitoriaal van aard is, is daar wel 'n bewyslas ter sprake.

Uit hierdie tesis is dit duidelik dat borgverrigtinge *sui generis* van aard is. My submissie is dat die reëls van die bewysreg wat van toepassing is op borgverrigtinge nie gesien moet word as 'n blote afwyking van die normale reëls van die bewysreg wat ten opsigte van die verhoor geld nie. Die reëls en beginsels wat van toepassing is by borgverrigtinge het wel uit hierdie reëls ontwikkel maar daar bestaan tans 'n aparte stel reëls wat borgverrigtinge reël.

Ten einde die praktiese en teoretiese probleme rondom die hele kwessie van borgtog aan te spreek, moet die wetgewer die reëls en beginsels wat van toepassing is op borgverrigtinge identifiseer en meer breedvoerig in die Strafproseswet uiteensit.

⁴³⁰ *S v Manamela* 2000 (3) SA 1 (K).

Bylae A

Bylae 5, wat ingevoeg is deur a 14 van Wet No. 75 van 1995 en vervang is deur a 9 van Wet No. 85 van 1997 en gewysig is deur a 8 van Wet No. 34 van 1998, sluit die volgende misdade in:

"Hoogverraad. Moord. Poging tot moord waarby toediening van ernstige liggaamlike leed betrokke is. Verkragting. 'n Misdryf bedoel in artikel 13(f) van die Wet op Dwelmmiddels en Dwelmsmokkelary, 1998 (Wet No. 140 van 1992), indien beweer word dat—

- a) die waarde van die betrokke afhanklikheidsvormende stof meer as R 50 000,00 is; of
- b) die waarde van die betrokke afhanklikheidsvormende stof meer as R10 000,00 is en dat die misdryf deur 'n persoon, groep persone, sindikaat of 'n onderneming handelende in die uitvoering of ter bevordering van 'n gemeenskaplike doel of sameswering gepleeg is; of
- c) die misdryf gepleeg is deur 'n wetstoepassingsbeampte.

'n Misdryf wat verband hou met die handel in of smokkel met ammunisie, vuurwapens, plofstowwe of wapentuig, of die besit van 'n outomatiese of semi-automatiese vuurwapen, plofstowwe of wapentuig.

'n Oortreding van artikel 36 van die Wet op Wapens en Ammunisie, 1996 (Wet No. 75 van 1969), weens besit van meer as 1 000 ammunisiepatrone wat bestem is om afgeskiet te word uit 'n wapen wat in artikel 39 (2)(a)(i) van daardie Wet, beoog word.

'n Misdryf wat verband hou met deviese beheer, korrupsie, afpersing, bedrog, vervalsing, uitgifte of diefstal—

- a) waarby bedrae van meer as R500 000,00 betrokke is ;of

- b) waarby bedrae van meer as R100 000,00 betrokke is, indien beweer word dat die misdryf deur 'n persoon, groep persone, sindikaat of onderneming handelende in die uitvoering of ter bevordering van 'n gemeenskaplike doel of sameswering gepleeg is; of
- c) indien beweer word dat die misdryf gepleeg is deur 'n wetstoepassingsbeampte—
 - i) waarby bedrae van meer as R10 000,00 betrokke is:of
 - ii) as 'n lid van 'n groep persone, sindikaat of onderneming handelende in die uitvoering of ter bevordering van 'n gemeenskaplike doel of sameswering.

Onsedelike aanranding van 'n kind onder die ouderdom van 16 jaar.

'n Misdryf bedoel in bylae 1—

- a) en die beskuldigde is voorheen skuldig bevind aan 'n misdryf bedoel in Bylae 1; of
- b) wat na bewering gepleeg is terwyl hy of sy op borgtog ten opsigte van 'n misdryf bedoel in Bylae 1 vrygelaat was."

Bylae 6 wat ingevoeg is deur a 10 van Wet No. 85 van 1997 en gewysig is deur a 9 van Wet no.34 van 1998, bevat die volgende misdade:

"Moord, waar—

- a) dit beplan of met voorbedagte rade gepleeg is;
- b) die slagoffer —
 - i) 'n wetstoepassingsbeampte was wat in sy of haar werksaamhede as sodanig verrig het, hetsy op diens al dan nie, of 'n wetstoepassingsbeampte wat dood gemaak is weens die feit dat hy of sy so 'n posisie bekleed het; of
 - ii) 'n persoon was wat getuienis afgelê het of waarskynlik wesenlike getuienis met betrekking tot 'n in Bylae 1 bedoelde misdryf sou aflê;

c) Die dood van die slagoffer deur die beskuldigde veroorsaak is by die pleging van een van die volgende misdrywe of die poging om dit te pleeg of nadat hy of sy dit gepleeg of beoog het om dit te pleeg;

i) Verkragting; of

ii) roof met verswarende omstandighede;of

d) die misdryf deur 'n persoon, groep persone, sindikaat of onderneming handelende in die uitvoering of ter bevordering van 'n gemeenskaplike doel of sameswering gepleeg is

Verkragting—

a) wanneer gepleeg—

(i) in omstandighede waar die slagoffer meer as een keer 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 aangekla word van die pleging van twee of meer misdrywe van verkragting; of

(iv) deur 'n persoon wetende dat hy die verworweimmunitetsgebreksindroom of menslike imminogebreksvirus het;

c) waar die slagoffer—

i) 'n meisie onder die ouderdom van 16 jaar is;

ii) 'n liggaamlike gestremde vrou is wat weens liggaamlike gestremtheid veral trefbaar is; of

iii) 'n geestesongestelde vrou is soos in artikel 1 van die Wet op Geestesongesteldheid, 1973 (Wet No. 18 van 1973), beoog ;of

d) waarby die toediening van ernstige liggaamlike leed betrokke is.

Roof—

a) waarby die gebruik van 'n vuurwapen deur die beskuldigde of enige mededaders of medepligtiges betrokke is;

b) waarby die toediening van ernstige liggaamlike leed deur die beskuldigde of enige mededaders of medepligtiges betrokke is;of

c) van 'n motorvoertuig.

Onsedelike aanranding van 'n kind onder die ouderdom van 16 jaar waarby die toediening van ernstige liggaamlike leed betrokke is.

'n Misdryf bedoel in Bylae 5—

- a) en die beskuldigde is voorheen skuldig bevind aan 'n misdryf bedoel in Bylae 5 of hierdie Bylae; of
- b) wat na bewering gepleeg is terwyl hy of sy op borgtog ten opsigte van 'n misdryf bedoel in Bylae 5 of hierdie Bylae vrygelaat was."

BIBLIOGRAFIE

Boeke

- De Waal, Currie en Erasmus *The Bill of Rights Handbook* 4e (Juta, Kaapstad 2001).
- Dennis *The Law of Evidence* (Sweet & Maxwell, London 1999).
- Du Toit, De Jager, Paizes, Skeen, Van der Merwe *Commentary on the Criminal Procedure Act* (Juta, Kaapstad 1987).
- Ferreira *Strafprosesreg in die Laer Howe* 2e (Juta, Kaapstad 1979).
- Hiemstra *Inleiding tot die Strafprosesreg* (Butterworths, Durban 1977).
- Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (Butterworths, Durban 1981).
- Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (Butterworths, Durban 1987).
- Hoffmann en Zeffertt *The South African Law Of Evidence* 4e (Butterworths, Durban 1988).
- Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 4e (Juta, Kaapstad 1999).
- Joubert (Red) *Strafprosesreg Handboek* 5e (Juta, Lansdowne 2001).
- May *Criminal Evidence* 3e (Sweet & Maxwell, London 1990).
- McEwan *Evidence and the Adversarial Process: The Modern Law* 2e (Hart, London 1998).
- Morgan *Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation* (Columbia University Press, New York 1956).
- Murphy *A Practical Approach to Evidence* 4e (Financial Training, London 1992).
- Nel *Borgtog in die Suid-Afrikaanse Strafprosesreg* (Ongepubliseerde Tesis LLM, Universiteit van Stellenbosch 1985).
- Nel *Borgtoghandleiding* (Butterworths, Durban 1987).
- Schmidt *Bewysreg* 2e (Butterworths, Durban 1982).
- Schmidt *Bewysreg* 3e (Butterworths, Durban 1989).
- Schmidt *Bewysreg* 4e (Butterworths, Durban 2000).
- Schmidt *Werkboek vir Bewysreg* (Digma, Pretoria 1991).
- Schwikkard, Skeen, Van der Merwe, De Vos, Terblanche, Van der Berg *Principles of Evidence* (Juta, Kaapstad 1997).
- Schwikkard, Van der Merwe, Collier, De Vos, Skeen, Van der Berg *Principles of Evidence* (Juta, Kaapstad 2002).
- Stephen *A Digest of the Law of Evidence* 12e (Macmillan, London 1914).

Tapper *Cross and Tapper on Evidence* 9e (Butterworths, London 1999).

Taylor *A Treatise on the Law of Evidence* 12e (Sweet & Maxwell, London 1931).

Thayer *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1969).

Van der Berg *Bail – A Practitioner's Guide* 1e (Juta, Kaapstad 1986).

Van der Berg *Bail – A Practitioner's Guide* 2e (Juta, Lansdowne 2001).

Van Niekerk, Van der Merwe en Van Wyk *Privileges in die Bewysreg* (Butterworths, Durban 1984).

Wigmore *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common law* (1940) en die hersiende uitgawe (1961).

Wigmore *Evidence* 3e Volume VIII.

Tydskrifartikels

Cowling “The incidence and nature of an onus in bail applications” 2002 15 SACJ 176.

De Villiers “The operation of the presumption of innocence and its role in bail proceedings under Canadian and South African Law (1)” 2002 De Jure 92.

De Villiers “The operation of the presumption of innocence and its role in bail proceedings under Canadian and South African Law (2)” 2002 De Jure 195.

De Villiers “The onus of proof in bail proceedings under South African and Canadian law (1)” 2002 65 THRHR 321.

De Villiers “The onus of proof in bail proceedings under South African and Canadian law (2)” 2002 65 THRHR 497.

Kötz “The role of the judge in the court-room: the common law and civil law compared” 1987 TSAR 35.

Van der Merwe “Borgverrigtinge en toegang tot die Polisie-dossier: Het die staat 'n regsetiese beskikbaarstellingsverpligting?” 2001 12 Stell LR 3.

Van Wyk “Juridiese relevantheid en toelaatbaarheid” 1978 THRHR 175.

Watney “Borgaansoeke: Die rol van die Voorsittende Beampte en Insae in die Saakdossier” 2000 TSAR 369.

Wette

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996.

Die Oorgangsgrondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 200 van 1993.

Die Strafproseswet, Wet 51 van 1977.

Die Wet op Bewyslewing in Siviele Sake, Wet 25 van 1965.

Die Wet op Howe vir Kleinese, Wet 61 van 1984.

Die Wysigingswet op die Bewysreg, Wet 45 van 1988.

Die Wysigingswet van die Strafproseswet, Wet 75 van 1995.

SAKELYS

Association of Amusement and Novelty Machine Operators and another v Minister of Justice and another 1980 (2) SA 636 (A).

Attorney-General v Bryant 15 M & W 169.

Attorney-General Zimbabwe v Phiri 1988 (2) SA 696 (ZHC).

Bearmans Ltd v Metropolitan Police District Receiver [1961] 1 All ER 384.

Carmichele v Minister of Safety and Security 2001 (1) SA 489 (SCA).

Chunilal v Attorney-General (Natal) 1979 (1) SA 236 (D).

Conway v Rimmer 1968 1 All ER 874.

Dawids and Others v Attorney-General, Cape Province 1943 (1) PH H 46.

During NO v Boesak en andere 1990 (3) SA 661 (A).

De Jager v Attorney-General, Natal and Others 1967 (4) SA 143 (D).

Ellish v Prokureur-Generaal Witwatersrand 1994 (4) SA 835 (W).

Estate De Wet v De Wet 1924 KPA 341.

Ex parte Minister of Justice: in re R v Pillay 1945 AH 653.

Ex parte Nkete 1937 EDL 231.

Ex parte Qutani 1946 ODP 173.

Hafferjee v Rex 1932 NPD 518.

Jones v National Coal Board 1957 (2) QB 55 (CA).

Key v Attorney-General Cape Provincial Division and another 1996 (4) SA 187 (KH).

Kok v Rex 1927 NPA 267.

Lloyd v Powel Duffryn Steam Coal Co Ltd 1914 AC 733.

Magano v District Magistrate, Johannesburg 1994 (4) SA 172 (W).

Makin v Attorney-General for New South Wales 1894 AC 57 (PC).

Marks v Beyfus 1890 25 QBD 494.

Maserow v Attorney-General and another 1941 WPA 43.

Maqungu v Assistant Magistrate, Whittlesea 1977 (2) SA 359 (E).

McCarthy v R 1906 TS 657.

Metadat v National Employer's general Insurance Co Ltd 1992 (1) SA 494 (W).

Minister van Justisie en ander v Hurley en ander 1986 (3) SA 568 (A).

Minister van Wet en Orde en andere v Dipper 1993 (2) SASV 221 (A); 1993 (3) SA 591 (A).

Miranda v Arizona 348 US 436 (1966).

Mnyama v Gxalaba 1990 (1) SA 650 (C).
Mohammed v S 1999 (4) All SA 519 (C).
Natal Fertilizers Ltd v Van Dam 1922 NPD 157.
Naylor v Wheeler 1947 (2) SA 681 (D).
Prokureur - Generaal, Vrystaat v Ramokhosi 1996 (11) BCLR 1514 (O).
Prokureur-Generaal Vrystaat v Ramokhosi 1997 (1) SASV 127 (O).
Queen v Botha 1899 EDC 109.
R v Bond 1906 2 KB 389.
R v Camane 1925 AD 570.
R v Conradie 1907 TS 455.
R v David 1962 (3) SA 305 (SR).
R v Davis 1925 AA 30.
R v H 1952 (4) SA 344 (T).
R v Harris 1927 48 NLR 330.
R v Kok 1927 NPD 267.
R v Mpanza 1915 AD 348.
R v Mtatsala 1948 (2) SA 585 (OK).
R v Oakes (1986) 26 DLR (4e) 200.
R v Olifant 1937 (2) PH H191 (T).
R v Salzwedel 1933 (2) PH H187 (E).
R v Schaube-Kuffler 1969 (2) SA 40 (RA).
R v Shaw 1922 TPD 203.
R v Steyn 1954 (1) SA 324 (A).
R v Van Schalkwyk 1938 AH 543.
S v Cloete 1999 (2) SASV 197 (K).
S v Acheson 1999 (2) SA 805 (Nm).
S v Aimes 1998 (1) SASV 343 (K).
S v Barber 1979 (4) SA 215 (D).
S v Bennett 1976 (3) SA 652 (C).
S v Berg 1962 (4) SA 111 (O).
S v Botha 1995 (2) SASV 598 (W).
S v Botha 2000 (2) SASV 201 (T).
S v Botha en ander 2002 (1) SASV 222 (HHA).
S v Budlender 1973 (1) SA 264 (K).

- S v C* 1998 (2) SASV 721 (K).
S v Chavulla 1999 (1) SASV 39 (K).
S v Cloete 1999 (2) SASV 137 (K).
S v De Abreu 1980 (4) SA 94 (W).
S v De Kock 1995 (1) SASV 299 (T).
S v De Vries 1989 (1) SA 228 (A).
S v Dlamini en ander 1998 (5) BCLR 552 (N).
S v Dlamini; S v Dladla en ander; S v Joubert; S v Schietekat 1999 (2) SASV 51 (KH).
S v Dyimbane en ander 1999 (2) SASV 502 (SE).
S v Essack 1965 (2) SA 161 (D).
S v Evans 1981 (4) SA (K).
S v Fourie 1973 (1) SA 100 (D).
S v Gillham 1967 (2) PH H298 (D).
S v H 1997 (1) SASV 221 (KH).
S v H 1999 (1) SASV 72 (W).
S v Hendriks 1993 (1) SASV 660 (Nm).
S v Heyman 1966 (4) SA 598 (A).
S v Hlongwa 1979 (4) SA 112 (D).
S v H lopane 1990 (1) SA 329 (O).
S v Ho 1979 (3) SA 734 (W).
S v Human 1990(2) SASV 155 (NC).
S v Jonas 1998 (2) SASV 677 (SOK).
S v Kantor 1964 (3) SA 377 (W).
S v Kaplan 1967 (1) SA 634 (T).
S v Khan 1966 (2) SA 658 (8).
S v Le Roux en andere 1995 (2) SASV 613 (W).
S v Lwane 1966 (2) SA 433 (A).
S v Mabaso en ander 1990 (3) SA 185 (A).
S v Mabaza 1994 (5) BCLR 42 (W).
S v Maharaj and another 1976 (3) SA 205 (D).
S v Maki en andere (1) 1994 (2) SASV 630 (OK).
S v Manamela 2000 (3) SA 1 (K).
S v Maquabasi 1993 (1) SASV 198 (SOK).
S v Mataboge en andere 1991 (1) SASV 539 (B).

- S v Mauk* 1992 (2) SASV 479 (W).
- S v Mbele en ander* 1996 (1) SASV 212 (W).
- S v Mokgoje* 1999 (1) SASV 233 (NC).
- S v Mpofu* 1993 (2) SASV 109 (N).
- S v Nel* 1990 (2) SASV 136 (K).
- S v Nichas en andere* 1977 (1) SA 257 (K)
- S v Njadayi* 1994 (5) BCLR 90 (E).
- S v Nkosi en andere* 1987 (1) SA 581 (T).
- S v Nomzanza* 1996 (2) SASV 14 (A).
- S v Nqumashe* 2001 (2) SASV 310 (NC)
- S v Ntuli* 1959 (2) PH H294 (N).
- S v Nzima* 2001 (2) SASV 354 (K).
- S v Patel* 1970 (3) SA 565 (W).
- S v Petersen* 1992 (2) SASV 52 (K).
- S v Phasoane* 1933 TPD 405.
- S v Pienaar* 1992 (1) SASV 179 (W).
- S v Price* 1973 (2) PH H29 (C).
- S v Ramavhale* 1996 (1) SASV 639 (A).
- S v Rossouw* 1973 (4) SA 608 (SWA).
- S v Russel* 1978 (1) SA 233 (K).
- S v Schietekat* 1999 (1) SASV 100 (K).
- S v Sejaphale* 2000 (1) SASV 630 (T).
- S v Shabalala* 1996 (1) SA 745 (KH).
- S v Sithebe* 1992 (1) SASV 347 (A).
- S v Smith en ander* 1969 (4) SA 175 (N).
- S v Stephen* WLD saak nommer A1237/93 (ongerapporteur).
- S v Tshabalala* 1998 (2) SASV 259 (K).
- S v Venter* 1996 (1) SASV 664 (A).
- S v Vermaas* 1996 (1) SASV 528 (T).
- S v Visser* 1975 (2) SA 342 (K).
- S v Yanta* 2000 (1) SASV 237 (TK).
- Schutte v Attorney – General* 1941 (1) PH H82 (T).
- Sesedi and others v Attorney-General, Cape Province* 1962 (2) PH H 175.
- Shabalala v Attorney-General of Transvaal* 1995 (2) SASV 761 (KH).

Suliman v Hansa 1971 (4) SA 69 (D).

Teper v R 1952 AC 480.

Tranter v Attorney-General and the First Criminal Magistrate of Johannesburg 1907 TS 415.

Van Lill v S 1969 (2) PH H219 (T).