

**DIE TOELAATBAARHEID  
VAN ONGRONDWETLIK-VERKREË  
GETUIENIS**

**Marthinus Jacobus Langenhoven**

“Proefskrif ingelewer vir die graad Doktor in die Regsgeleerdheid



aan die Universiteit van Stellenbosch

Promotor: Professor S E van der Merwe”

Desember 1999

## **VERKLARING**

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk in hierdie proefskrif vervat my eie oorspronklike werk is en dat ek dit nie tevore in die geheel of gedeeltelik by enige universiteit ter verkryging van 'n graad voorgelê het nie.

Datum: 10 November 1999

## OPSOMMING

Artikel 35(5) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 108 van 1996, bepaal dat getuienis wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend, uitgesluit moet word indien toelating daarvan die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees. Die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis is primêr daarop gemik om legaliteit te bevorder, grondwetlike regte teen owerheidskending te beskerm en die integriteit van die regspleging te handhaaf. Artikel 35(5) kan as 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël (“exclusionary rule”) beskryf word. Dit verskil radikaal van die Engelse gemene bewysreg se vroeë toelatingsbenadering wat in 1861 soos volg geformuleer is: “It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible in evidence.”

In hoofstuk 1 word verskeie breë twispunte rakende die toepassing van artikel 35(5) geïdentifiseer. Gegewe ons grondwetlike bedeling, is die legaliteitsbeginsel van die allergrootste belang. Maar enige bewysregtelike reël wat die vryspraak van feitlike skuldige persone bevorder, moet streng krities betrag en beoordeel word. Dit is 'n onbetwisbare feit dat daar – veral in die huidige tydsgewrig in Suid-Afrika – 'n dringende en geldige gemeenskapsbehoefte en -aanspraak is dat die materiële strafreg effektief afgedwing moet word. 'n Kompromie tussen oorwegings van “due process” en “crime control” word bepleit. Daar moet dus nie slegs na die regte, waardes en belange wat deur 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël soos vervat in artikel 35(5) beskerm word, gekyk word nie. Daar moet ook gekyk word na watter waardes en belange deur die *uitsluiting* van ongrondwetlik-verkreë getuienis aangetas (kan) word.

In hoofstuk 2 word die evolusie en beginsels van die Engelse gemenerereg se toelatingsbenadering

uiteengesit. Hierdie benadering is later deur 'n baie beperkte gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie ingekort. In 1984 het Engelse wetgewing aan die hof 'n diskresie verleen om getuienis uit te sluit indien toelating daarvan so 'n nadelige effek op die billikheid van die verhoor sal hê, dat die hof die getuienis nie behoort toe te laat nie. Die land wat die oorspronklike bron van die toelatingsbenadering was, het dus geleidelik tot ander insigte gekom. Die Engelse hof oefen hulle statutêre uitsluitingsdiskresie egter betreklik lukraak uit. Dit is derhalwe moeilik om beginsels te identifiseer.

Soos in hoofstuk 3 blyk, het die uitsluitingsreël in die VSA ontwikkel op grond van 'n sameloop van historiese gebeure, politiese oorwegings en grondwetlike bepalings. Die Amerikaanse Grondwet bevat nie 'n uitsluitingsreël nie. 'n Beperkte en tentatiewe uitsluitingsreël is in 1886 vir die eerste keer deur die Hooggeregshof van die VSA geskep. Grondwetlike bepalings is vir hierdie doel ingespan. Tot 1961 is hierdie uitsluitingsreël progressief verder ontwikkel. In 1961 is die ontwikkeling van 'n wye en rigiede uitsluitingsreël voltooi. Oor die afgelope drie dekades is weer geleidelik – en om goeie redes – sekere uitsonderings op die reël, soos byvoorbeeld die goeie-trou-uitsondering, geskep. Die Amerikaanse ervaring dui daarop dat die rigiede uitsluiting van alle ongrondwetlik-verkreë getuienis onrealisties is en die regspleging skaad. Suid-Afrika moet hiervan kennis neem.

In hoofstuk 4 word die regsvergelykende perspektief verder gevoer. Die meeste lande wat tot die Anglo-Amerikaanse “bewysreg-familie” behoort, het aanvanklik sterk op die Engelsregtelike toelatingsbenadering gesteun. Maar deur middel van regspraak – en in sommige gevalle wetgewing – is beweeg na 'n uitsluitingsdiskresie ten opsigte van getuienis wat onregmatig of

ongrondwetlik bekom is. Wat die kontinentale regstelsels betref, het 'n soortgelyke ontwikkeling plaasgevind: Selfs 'n inkwisitoriale prosedure en vrye bewysregstelsel kan nie op absolute waarheidsvasstelling aandring wanneer dit gaan om getuienis wat in stryd met fundamentele regte bekom is nie. Baie duidelik het die Amerikaanse uitsluitingsreël nie net 'n internasionale impak gehad nie, maar ook 'n supra-nasionale impak: Die reëls van hedendaagse *ad hoc* internasionale straftribunale maak byvoorbeeld voorsiening vir 'n uitsluitingsdiskresie ten opsigte van getuienis wat in stryd met fundamentele regte bekom is.

Hoofstuk 5 word benut om die Kanadese posisie te behandel. Soos Suid-Afrika, het Kanada ook die Engelse bewysreg as gemenereg. In Kanada, soos in Suid-Afrika, word die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis ook beheer deur 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël wat in 'n beregbare Handves van Regte vervat is. Artikel 24(2) van die Kanadese *Charter of Rights and Freedoms* van 1982 bepaal onder andere dat ongrondwetlik-verkreë getuienis uitgesluit moet word "if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute." Bondig gestel, gebruik die Kanadese howe drie kriteria by die uitleg van artikel 24(2). Sal toelating van die getuienis 'n effek op die billikheid van die verhoor hê? Hoe ernstig is die skending van die grondwetlike reg? Watter effek sal uitsluiting van die getuienis op die aansien van die regspleging hê? Die laaste twee kriteria is ook nuttig by die uitleg van ons artikel 35(5) wanneer dit gaan oor die vraag of toelating van die getuienis nadelig vir die regspleging sal wees.

In hoofstuk 6 word die regsposisie in Suid-Afrika vóór en sedert konstitusionalisering bespreek en word bevind dat die gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie, wat in die pre-konstitusionele era

ontwikkel het, 'n onsekere inhoud gehad het en inkonsekwent toegepas is. Die Oorgangsgrondwet (die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 200 van 1993) het geen uitsluitingsbepaling bevat nie. Die houe het hulle eie uitsluitingsreël ontwikkel – met botsende en verwarrende resultate. Artikel 35(5) van die Grondwet is in 'n groot mate 'n poging om helderheid te bring.

In die slothoofstuk word onder andere aanbeveel dat oorwegings van openbare beleid 'n rol by interpretasie van artikel 35(5) moet speel; dat 'n onbillike verhoor plaasvind wanneer die vervolging op selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis steun om sy saak te bewys; dat – anders as in die VSA en Kanada – skending van 'n derde se grondwetlike regte in sommige gevalle ook oorweging van die uitsluitingsreël aktiveer; dat die houe nie te kwistig moet wees met die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis nie; dat die polisie se goeie trou (wat ook redelik is) 'n rol behoort te speel; en, voorts, dat 'n statutêre remedie geskep moet word sodat *slagoffers* van misdaad vergoed kan word indien 'n beskuldigde as gevolg van die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis vrygespreek word.

## SUMMARY

Section 35(5) of the Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1996 provides that evidence obtained in a manner that violates any right in the Bill of Rights must be excluded if the admission of that evidence would render the trial unfair or otherwise be detrimental to the interests of justice. The exclusion of unconstitutionally obtained evidence promotes legality, protects fundamental rights and preserves the integrity of the administration of justice. Section 35(5) can be described as a “qualified exclusionary” rule. It differs markedly from the early common law inclusionary approach as formulated in England in 1861: “It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible.”

Various broad issues concerning the application of section 35(5) are identified in Chapter 1. Given our constitutional dispensation, the enforcement of legality is of the utmost importance. However, any evidential rule which promotes the acquittal of factually guilty accused, must be critically examined and assessed. It is an indisputable fact that there is a pressing and valid demand – especially at present in South Africa – that the rules of substantive criminal law should be enforced. It is necessary to strike a balance between due process and crime control. The rights, values and interests protected by section 35(5) should also be weighed against the rights, values and interests which are (or may be) affected by the *exclusion* of unconstitutionally obtained evidence.

The evolution and principles of the English common law inclusionary approach are examined in Chapter 2. This inclusionary approach was later curbed by an extremely limited discretionary

rule. In 1984 the English courts received a statutory discretion to exclude evidence if the admission of that evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the courts ought not to admit it. The country from which the inclusionary rule originated, therefore also took a different tack. But the English courts exercise their statutory discretion rather haphazardly – and it is therefore difficult to identify principles.

Chapter 3 deals with the exclusionary rule which developed in the USA on account of various historical incidents, political considerations and constitutional provisions. The American Constitution does not contain an exclusionary rule. In 1886 a limited and tentative exclusionary rule was created by the Supreme Court of the USA. This rule was linked to constitutional provisions. The exclusionary rule was progressively developed until 1961. In 1961 the Supreme Court created a wide and rigid exclusionary rule. However, over the past three decades various exceptions to the rule have been created, for example the “*bona fide* exception.” The American experience indicates that the rigid exclusion of all unconstitutionally obtained evidence is unrealistic and detrimental to the administration of justice. South Africa should take cognisance of this.

The comparative perspective is continued in Chapter 4. Most of the countries which belong to the Anglo-American “law of evidence family,” initially relied heavily on the English inclusionary approach. However, through case law – and in some instances legislation – they all accepted a discretion to exclude evidence procured unlawfully or unconstitutionally. A similar development took place in continental systems. Even in an inquisitorial procedure and free system of evidence, a court cannot have untrammelled access to evidence obtained in breach of fundamental rights.



The American exclusionary rule not only had an international impact, but also a supra-national impact. The rules of *ad hoc* international criminal tribunals provide for the exclusion of evidence obtained in breach of fundamental rights.

The Canadian position is dealt with in Chapter 5. The English law of evidence serves as the common law of Canada. But in Canada – as in South Africa – the admissibility of unconstitutionally obtained evidence is governed by a qualified exclusionary rule contained in a justiciable Bill of Rights. Section 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of 1982 determines, *inter alia*, that unconstitutionally obtained evidence must be excluded “if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.” The Canadian courts essentially rely on three criteria in interpreting section 24(2). Would admission of the evidence affect the fairness of the trial? How serious was the violation of the constitutional right? What impact would exclusion have on the repute of the administration of justice? The last two criteria would be useful in interpreting the requirement “detrimental to the administration of justice” as set in section 35(5).

Chapter 6 covers the South African position prior to and since constitutionalization. In the pre-constitutional period the common law discretion to exclude evidence, was applied in an erratic and inconsistent manner. The interim Constitution (the Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993) did not contain an exclusionary provision in respect of unconstitutionally obtained evidence. The courts developed their own exclusionary rule. Conflicting and confusing results were achieved. Section 35(5) of the present Constitution is to a large extent an attempt to

provide clarity.

In the final chapter it is recommended, *inter alia*, that considerations of public policy ought to play a role in the interpretation of section 35(5); that a trial is unfair where the prosecution relies on selfincriminating unconstitutionally obtained evidence in order to prove its case; that – in contradistinction to the position in the USA and Canada – the infringement of a third party’s constitutional right may in some instances, also activate consideration of the exclusionary rule; that the courts should be conservative in excluding unconstitutionally obtained evidence; that the good faith and reasonable conduct of the police should play a role; and, further, that a statutory form of compensation should be available to *victims* of crime in those instances where an accused is acquitted on account of the exclusion of unconstitutionally obtained evidence.

## BEDANKINGS

Allereers my grootste dank aan my Hemelse Vader vir die vermoë en die geleentheid wat Hy my gegee het om hierdie werk aan te pak en te voltooi.

Baie dankie aan my eggenote vir haar ondersteuning, begrip en aanmoediging. Daarsonder sou hierdie werk nooit tot stand gekom het nie. Marietjie baie dankie ook vir jou insette op taalgebied en jou hulp met die nasien. Baie dankie ook vir die ruimte wat jy my gegun het.

Ek bedank ook my seuns en skoondogter vir hulle aanmoediging en ondersteuning. Soms het hulle die vlammetjie weer aangeblaas wanneer nog net 'n rokie sigbaar was.

Baie dankie aan my kollegas en oudkollegas in die Kaapse Streekhof. Hulle het die wa deur die drif getrek terwyl ek met studieverlof was. 'n Besondere woord van dank aan familie, vriende en dié kollegas wat my ook moreel ondersteun, op die hande gedra en aangemoedig het. My hartlike dank aan almal verbonde aan die streekhof te Parow vir hulle lojaliteit en hulpvaardigheid ter totstandkoming van hierdie proefskrif.

Aan die administratiewe personeel van die J S Gericke-biblioteek wat met soveel oorgawe en ywer navorsingsmateriaal bestel het, my hartlike dank. 'n Besondere woord van dank en waardering aan Mev Melinda Heese vir die opsporing en beskikbaarstelling van navorsingsmateriaal waarvan ek soms net 'n enkele naam gehad het.

Aan mevrou Elra Smit wat die tegniese versorging gedoen het – aan die einde onder groot druk as gevolg van die min tyd tot haar beskikking – my opregte dank.

Laastens aan die persoon wat seer sekerlik die grootste rol gespeel het in die totstandkoming van hierdie dokument – Professor SE van der Merwe. Dankie vir u inspirasie, kwaliteit leiding en toeganklikheid. Hierdie paar woorde is egter maar 'n druppel aan my emmer van dank. U het my die swaarkry met lekkerkry laat klaarkry.

Marthinus Jacobus Langenhoven  
STELLENBOSCH, Desember 1999

## INHOUDSOPGAWE

<b>VERKLARING</b>	i
<b>OPSOMMING</b>	ii
<b>SUMMARY</b>	vi
<b>BEDANKINGS</b>	x
<b>HOOFSTUK 1</b>	<b>PROBLEEM- EN TAAKSTELLING EN BESTEK EN</b>
	<b>SISTEMATIEK VAN DIE STUDIE</b>
1.1	Inleiding 2
1.2	Probleem- en taakstelling 5
1.3	Bestek van die studie 10
1.4	Sistematiek 12
<b>HOOFSTUK 2</b>	<b>GRONDSLAE VAN DIE TOELATINGSBENADERING</b>
	<b>EN DIE ONTWIKKELING VAN 'N UITSLUITINGS-</b>
	<b>DISKRESIE (MET BESONDERE VERWYSING NA DIE</b>
	<b>ENGELSE BEWYSREG)</b>
2.1	Inleiding en grondslae 16
2.2	Die ontwikkeling van 'n uitsluitingsdiskresie 37
	2.2.1 Bekentnisse en erkennings 38
	2.2.2 Onregmatige visentering 41
	2.2.3 Ander getuienis as die genoem in 2.2.1 en 2.2.2 44
2.3	Die statutêre posisie in England 49
2.4	Voorlopige gevolgtrekking 66

### **HOOFSTUK 3      DIE UITSLUITING VAN ONGRONDWETLIK- VERKREË GETUIENIS (MET BESONDERE VER- WYSING NA DIE VSA)**

3.1	Oorsprong	68
3.2	Basis en teoretiese raamwerk	74
3.3	Visentering en beslaglegging (Die 4de Amendement): Die ontwikkeling van die uitsluitingsreël in die VSA	91
	3.3.1 Visentering van persele	92
	3.3.2 Stop en visentering van persone	108
	3.3.3 Stop en visentering van voertuie	111
	3.3.4 Visentering by 'n grenspos	113
3.4	Beskerming van “due process” wat die verhoor betref	114
	3.4.1 Polisieondervraging	114
	3.4.2 Uitkenningsparades	124
3.5	Uitbreiding van die uitsluitingsreël	129
	3.5.1 Die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel	129
	3.5.2 Uitsonderings op die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel	131
	3.5.2.1 Die onafhanklike-bron-beginsel	131
	3.5.2.2 Die noodwendige-ontdekking-beginsel	132
	3.5.2.3 Die swak-verbinding-beginsel	134
	3.5.3 Meeluistering	135
3.6	Uitsonderings wat op die uitsluitingsreël geskep is	136
	3.6.1 Die goeie-trou-uitsondering	136
	3.6.1.1 Gevalle waar die goeie-trou-uitsondering nie geld nie	137
	3.6.2 Die aanval-op-die-geloofwaardigheid-uitsondering	138
	3.6.3 Die openbare-veiligheid-uitsondering	141
3.7	Voorlopige gevolgtrekking	144

## HOOFSTUK 4      DIE UITSLUITINGSDISKRESIE (OF -REËL) IN ANGLO-AMERIKAANSE, KONTINENTALE EN SUPRA-NASIONALE BEWYSREGSTELS

4.1	Inleiding	146
4.2	Die Anglo-Amerikaanse bewysregstels	147
4.2.1	Die Skotse reg en die reg van die Republiek van Ierland	147
4.2.2	Asiatiese lande soos Indië, Sri Lanka en ander	157
4.2.3	Australië	158
4.2.3.1	Ingevolge die gemenerereg	158
4.2.3.2	Ingevolge die <i>Evidence Act</i>	162
4.2.3.3	Getuienis verkry as gevolg van 'n lokval	164
4.2.4	Nieu-Seeland	167
4.2.4.1	Ingevolge die gemenerereg	167
4.2.4.2	Ingevolge die <i>Bill of Rights Act</i>	170
4.2.4.3	Getuienis verkry as gevolg van 'n lokval	174
4.3	Die <i>civil law</i> lande	175
4.3.1	Frankryk	175
4.3.1.1	Die insameling van getuienis	175
4.3.1.2	Die uitsluiting van getuienis	177
4.3.2	Duitsland	182
4.3.3	Italië	190
4.4	Die supra-nasionale perspektief	192
4.4.1	Die Europese Konvensie vir Menseregte	192
4.4.2	Die Internasionale Strafhof	196
4.5	Voorlopige gevolgtrekking	197

## HOOFSTUK 5 DIE UITSLUITING VAN ONGRONDWETLIK- VERKREË GETUIENIS IN DIE KANADESE REG

5.1	Die regsposisie voor die inwerkingtreding van die <i>Charter of Rights and Freedoms</i>	199
5.2	Die regsposisie sedert die inwerkingtreding van die <i>Charter of Rights and Freedoms</i>	201
5.2.1	Sal toelating van die getuienis 'n effek op die billikheid van die verhoor hê?	217
5.2.1.1	Die ontwikkeling van die onderskeid tussen <i>conscriptive</i> en <i>non-conscriptive</i> -getuienis	219
5.2.1.2	Polisieondervraging	229
5.2.1.3	Die reg op regsverteenvoordinging	231
5.2.1.4	Weerstand teen die liberale uitleg	234
5.2.2	Die erns van die skending van die beskuldigde se grondwetlike regte	235
5.2.3	Die effek wat uitsluiting van die getuienis op die aansien van die regspleging sal hê	245
5.3	Is getuienis wat ingevolge artikel 24(2) uitgesluit is, vir alle doeleindes uitgesluit?	248
5.4	Is getuienis verkry deur skending van 'n derde party se grondwetlike regte ook onderhewig aan uitsluiting ingevolge artikel 24(2)?	249
5.5	Getuienis verkry as gevolg van 'n lokval	254
5.6	Voorlopige gevolgtrekking	256

## HOOFSTUK 6            DIE REGSPOSISIE IN SUID-AFRIKA VOOR EN SEDERT KONSTITUSIONALISERING

6.1	Die Pre-konstitusionele era	259
6.1.1	Getuienis afkomstig van 'n beskuldigde en wat deur die vervolging teen hom gebruik is maar wat nie op 'n bekentenis of erkenning neerkom nie	260
6.1.2	Reële getuienis	264
6.1.3	Latere ontwikkeling	266
6.1.4	Uitkenningsparades	272
6.1.5	Getuienis verkry as gevolg van 'n lokval	273
6.2	Die posisie ingevolge die Oorgangsgrondwet	273
6.2.1	Kriteria aangewend om te beslis of ongrondwetlik-verkreë getuienis toegelaat behoort te word	275
6.2.1.1	Die kriterium wat in die Kanadese reg gebruik word naamlik dat ongrondwetlik-verkreë getuienis toegelaat word tensy toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring	275
6.2.1.2	Die omgekeerde van die Kanadese kriterium naamlik of uitsluiting van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring	279
6.2.1.3	Die kriterium geformuleer in <i>People v O'Brien</i> dat 'n hof 'n diskresie het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit indien openbare beleid uitsluiting daarvan vereis	283
6.2.1.4	Die billike-verhoor-kriterium	286
6.2.1.4	Die beginsel dat ongrondwetlik-verkreë getuienis nie toegelaat kan word nie behalwe indien die beskuldigde se regte ingevolge artikel 33 beperk kan word	292
6.2.2	Uitkenningsparades	294
6.2.3	Getuienis verkry as gevolg van 'n lokval	296



6.3	Die posisie ingevolge artikel 35(5) van die Grondwet	297
6.3.1	Interpretasie van artikel 35(5) deur die howe	300
6.3.1.1	<i>S v Soci</i>	301
6.3.1.2	<i>S v Mphala</i>	305
6.3.1.3	<i>S v Naidoo</i>	306
6.3.1.4	<i>S v Madiba</i>	313
6.3.1.5	<i>S v Gumede</i>	316
6.3.2	Uitkenningsparades	318
6.3.3	Getuienis verkry as gevolg van 'n lokval	319
6.4	Voorlopige gevolgtrekking	323

## HOOFSTUK 7 GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

7.1	Is daar 'n behoefte aan 'n uitsluitingsreël of -diskresie?	326
7.2	Watter regstelsel is die mees gepaste een om te gebruik as model vir die interpretasie van artikel 35(5)?	330
7.3	Hoe behoort die howe artikel 35(5) te interpreteer?	331
7.3.1	Getuienis wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend	333
7.3.2	Moet uitgesluit word	337
7.3.3	Indien toelating van daardie getuienis die verhoor onbillik sou maak	339
7.3.4	Of andersins vir die regspleging nadelig sou wees	351
7.3.4.1	Die erns van die skending	362
7.3.4.2	Die effek wat uitsluiting van die getuienis op die aansien van die regspleging sal hê	368
7.4	Die beperkingsbepalings in artikel 36 en die interpretasie van artikel 35(5)	370
7.5	Kan artikel 35(5) geaktiveer word as gevolg van die skending van 'n derde party se grondwetlike regte?	371
7.6	Aanbevelings ten opsigte van uitkenningsparades	376
7.7	Aanbevelings ten opsigte van getuienis verkry as gevolg van 'n lokval	379

7.8	Aanbevelings met betrekking tot 'n remedie vir die slagoffers van misdaad wat "benadeel" word deur die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis	381
	<b>BIBLIOGRAFIE</b>	389
	<b>LYS VAN AFKORTINGS</b>	411

Behalwe waar spesifiek na die vroulike geslag verwys word, word die voornaamwoord in die proefskrif deurgaans in die manlike geslag gebruik. Dit is nie as gevolg van minagting van of diskriminasie teen die vroulike geslag of omdat die vroulike geslag uitgesluit word nie, maar om die teks so kort moontlik te hou.

**“Die mens se kapasiteit vir geregtigheid maak demokrasie moontlik, maar sy neiging tot ongeregtigheid maak demokrasie noodsaaklik”**

Reinhold Niebuhr

*The Children of Light and the Children of Darkness*

## HOOFSTUK 1

# PROBLEEM- EN TAAKSTELLING EN BESTEK EN SISTEMATIEK VAN DIE STUDIE

### 1.1 INLEIDING

Die bewysreg vorm deel van die formele (adjektiewe) reg.<sup>1</sup> Dit bestaan uit “regsreëls wat die bewys van feite in ‘n geregshof reguleer”<sup>2</sup> en is daarop gemik om afdwinging van die reëls van die materiële reg te verseker.<sup>3</sup>

Die materiële reg is “staties” maar kom in beweging en kry spierkrag met behulp van die formele reg – en meer spesifiek die siviele proses-, die strafproses- en die bewysreg.<sup>4</sup> Die meeste reëls van die bewysreg bestaan uit toelaatbaarheidsreëls,<sup>5</sup> dit wil sê reëls wat bepaal of getuienis regtens ontvang kan word. Die belangrikste toelaatbaarheidsreël is die relevantheidsgrondreël:

---

<sup>1</sup> Hahlo & Kahn *The South African Legal System and Its Background* (1979) 127; Nijboer *Strafrechtelijk Bewijsrecht* 2e uitg (1995) 35.

<sup>2</sup> *S v Sokoyi* 1984 3 SA 935 (NK) 939B. Sien ook Schmidt *Bewysreg* 3e uitg (1989) 1.

<sup>3</sup> Schwikkard et al *Principles of Evidence* (1997) 2: “The law of evidence governs the proof of facts in a court of law and therefore forms part of the procedural machinery that makes substantive law [‘materiële reg’] effective.”

<sup>4</sup> In hierdie verband verklaar Nokes *An Introduction to Evidence* 4e uitg (1967) 30 soos volg: “Substantive law is that which has an independent standing, and determines the rights and obligations of persons in particular circumstances. Adjective law is dependent or subsidiary, and prescribes the procedure for obtaining a decision according to substantive law. Procedural law is often regarded as including both procedure proper and evidence, for evidence is concerned with establishing the facts to which substantive law is applied.”

<sup>5</sup> Keane *The Modern Law of Evidence* 4e uitg (1996) 1-3.

“[A]ll facts relevant to the issue in legal proceedings may be proved.”<sup>6</sup> Maar die relevantheidsgrondreël geld nie ongekwalfiseerd nie: “The ... rule ... is that evidence which is relevant is admissible unless there is some other rule of evidence which excludes it.”<sup>7</sup> ‘n Goeie voorbeeld van ‘n geval waar relevante getuienis uitgesluit word ten spyte daarvan dat hierdie getuienis die hof sal kan help om die geskilpunte te bereg, is in die geval van privilegie. Daar is al gesê dat die toepassing van ‘n bewysregtelike privilegie “stellig die mees drastiese wyse is waarop bewyskragtige getuienis – en dikwels ook uiters betroubare getuienis – regmatig van ‘n geregshof weerhou kan word”.<sup>8</sup> Ongetwyfeld is dit so dat wanneer relevante en andersins toelaatbare getuienis uitgesluit word, daar ‘n mate van spanning in die regspleging ontstaan: Ten minste een party word die geleentheid ontnem om sekere relevante getuienis wat sy bewerings ondersteun, aan te bied.

Feit van die saak is egter dat daar sekere bewysregtelike uitsluitingsreëls is wat waarheidsvasstelling kan belemmer en selfs onmoontlik kan maak. Hierdie tipe reëls poog om sekere waardes, regte en belange te beskerm – selfs al moet sodanige beskerming ten koste van waarheidsbevindings geskied. Vir doeleindes van ‘n regsgeding, moet daar egter tussen die materiële waarheid en die formele waarheid onderskei word.<sup>9</sup> Die materiële waarheid het ‘n realiteitsbasis – dit gaan om bewys van die werklike gebeure en die “waarheid” wat sal uitkom

<sup>6</sup> *R v Trupedo* 1920 AD 58 62. Die howe is geneig om die relevantheidsgrondreël positief te stel. In *S v Gokool* 1965 3 SA 461 (N) 475G is bv gesê: “The law of evidence is foundationally based on the principle that evidence is admissible if it is relevant to an issue in the case.” Die wetgewer stel die reël in die negatief. Artikel 210 van die Strafproseswet 51 van 1977 lui: “Geen getuienis betreffende ‘n feit, aangeleentheid of saak is toelaatbaar wat irrelevant of van geen wesentliche 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.” Sien ook a 2 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965.

<sup>7</sup> *R v Schaube-Kuffler* 1969 2 SA 40 (RA) 50B.

<sup>8</sup> Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 4.

<sup>9</sup> Damaška “Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study” (1973) 121 *Univ of Pennsylvania L R* 506 581.

indien daar geen bewysregtelike versperrings sou wees om te verhoed dat alle relevante getuienis die hof bereik nie.<sup>10</sup> Die formele waarheid daarenteen is die waarheid wat binne die reëls en beginsels van die bewysreg haalbaar is.<sup>11</sup> Baie duidelik geniet die formele waarheid voorkeur bo die materiële waarheid wanneer relevante getuienis op grond van byvoorbeeld 'n private of openbare privilegie uitgesluit word.

'n Verdere tipiese voorbeeld van 'n geval waar 'n bewysregtelike reël relevante getuienis uitsluit en sodoende voorkeur aan die formele waarheid verleen, word gevind in artikel 35(5) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika.<sup>12</sup> Hierdie artikel lui:

“Getuienis wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend, moet uitgesluit word indien toelating van daardie getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees.”

Artikel 35(5) is in 'n groot mate die fokuspunt van hierdie studie. Daar sal egter ook gepoog word om die artikel in 'n historiese en regsvergelende perspektief te plaas en krities te evalueer.

Soos blyk uit sommige beslissings – byvoorbeeld *S v Naidoo*<sup>13</sup> en *S v Mphala*<sup>14</sup> – is die praktiese gevolge van artikel 35(5) verreikend: Relevante, inkriminerende, bewyskrachtige en nie-geprivilegieerde getuienis wat andersins toelaatbaar is, moet uitgesluit word as dit binne die raamwerk en vereistes van artikel 35(5) betrek word. Die gevolg is heel dikwels dat 'n persoon

---

<sup>10</sup>       Sien verder n 53 *infra*.

<sup>11</sup>       Daar sou aangevoer kan word dat die groot aantal uitsluitingsreëls wat in die Anglo-Amerikaanse bewysreg geld, nie noodwendig waarheidsbevindings bevorder nie.

<sup>12</sup>       Wet 108 van 1996 (hierna “die Grondwet” genoem).

<sup>13</sup>       1998 1 BCLR 46 (D) soos bespreek in par 6.3.1.3 *infra*.

<sup>14</sup>       1998 4 BCLR 494; 1998 1 SACR 388 (W) soos bespreek in par 6.3.1.2 *infra*.

wat feitelik skuldig is, vrygespreek moet word. Die vryspraak berus egter nie werklik op die meriete van die saak nie, maar moet aan die impak van artikel 35(5) toegeskryf word. Die inkriminerende getuienis word – ongeag die relevantheid daarvan en ongeag die feit dat dit in alle ander opsigte toelaatbaar is – uitgesluit omdat dit gaan om ongrondwetlik-verkreë getuienis wat, gemeet aan die maatstawwe gestel in artikel 35(5), regtens nie ontvang kan word nie. Dit is gebruiklik om hierdie tipe reël doodeenvoudig “die uitsluitingsreël” (“the exclusionary rule”) te noem. Hierdie reël en terminologie kom uit die Amerikaanse regspraak en literatuur en het ook by ons en elders in die wêreld inslag gevind. Artikel 35(5) kan ook as ‘n gekwalifiseerde uitsluitingsreël beskryf word.<sup>15</sup>

## 1.2 PROBLEEM- EN TAAKSTELLING

Soos in die loop van hierdie proefskrif sal blyk, is daar goeie redes om artikel 35(5) streng krities te betrag. Wat is die oorsprong, prinsipiële basis, teoretiese raamwerk en praktiese gevolge van ‘n reël ingevolge waarvan relevante, inkriminerende, betroubare en nie-geprivilegieerde getuienis uitgesluit kan word?

Uit die staanspoor moet vermeld word dat artikel 35(5) in die konteks van die oppergesag van die Grondwet en die beregbare Handves van Regte soos vervat in die Grondwet, in beskouing geneem en evalueer moet word.<sup>16</sup> Dikwels word ook aangevoer dat ‘n uitsluitingsreël die integriteit van die regspleging beskerm<sup>17</sup> en dat “this integrity is directly connected to the Rule

---

<sup>15</sup> Sien oor die algemeen hfst 7 *infra*.

<sup>16</sup> Sien ook oor die algemeen Van der Merwe “Unconstitutionally Obtained Evidence: Towards a Compromise between the Common Law and the Exclusionary Rule” (1992) 2 *Stell LR* 173 175-176 en 184.

<sup>17</sup> Sien bv par 7.3.4 *infra*.



of Law.”<sup>18</sup> Eventueel gaan dit om behoud en afdwinging van legaliteit.<sup>19</sup>

“Evidential exclusion ... becomes a sanction against wrongful ... conduct; *it also (and, perhaps, more importantly)* vindicates the principle of legality or the Rule of Law, viz the principle that the ... processes of criminal justice should always conform to the requirements of the law and that the courts will not enforce this; and finally it ensures integrity in the criminal process: the courts will dirty their hands by becoming party to the illegal conduct of other functionaries of the criminal justice system.”

Ongetwyfeld is dit so dat die uitsluitingsreël – asook ‘n gekwalifiseerde uitsluitingsreël soos vervat in artikel 35(5) – uit die legaliteitsbeginsel spruit. Maar is die praktiese resultate aanvaarbaar?<sup>20</sup> Die meeste lede van die publiek en ‘n beduidende aantal juriste staan uiters skepties teenoor ‘n reël wat in beginsel uitsluiting van getuienis verg bloot omdat die getuienis in stryd met die beskuldigde of selfs ‘n derde<sup>21</sup> se grondwetlike regte bekom is.<sup>22</sup> Hierdie skeptisisme (wat ‘n mens ook geregverdigde besorgdheid sou kon noem) kan nie maar net geïgnoreer word nie. Enige bewysregtelike reël wat op óf ‘n direkte óf ‘n indirekte wyse die vrypraak van skuldige persone bevorder, moet fyn ontleed word. Die bewysreg moet in

<sup>18</sup> Mevis “The Integrity of the Criminal Process Requires the Exclusion of Illegally Obtained Evidence” in Nijboer & Reijntjes (reds) *Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence* (1997) 311-313. Die “rule of law” is ‘n versamelnaam wat aan sekere beginsels, instellings, tegnieke en prosedures gegee is en wat as noodsaaklike waarborge vir die handhawing, beskerming en afdwinging van fundamentele regte en vryhede beskou word. Die begrip “rule of law” word normaalweg aan Dicey toegeskryf, maar is reeds in 1876 deur Hearn gebruik. Sien Cosgrove *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist* (1980) 67 en 87 n 70. Wat wel waar is, is dat Dicey reeds in 1885 die “rule of law” ontwikkel het en in sy bekende werk *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* gestalte daaraan gegee het. Dit val te betwyfel of Dicey self ooit in gedagte gehad het dat die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis by die “rule of law” aangehaak sou word. Vir verdere belangrike besprekings van die “rule of law”, sien Matthews *Freedom, State Security and the Rule of Law – Dilemmas of the Apartheid Society* (1986) 1-30. Op 30 verklaar Matthews dat die “basic rights doctrine of the rule of law underlines the old truth that the ultimate guarantee of liberty is to be found in *meticulous adherence to due process.*” Beklemtoning bygevoeg. Sien ook oor die algemeen Sanders “Die ‘Rule of Law’ — ‘n Gemeenskaplike Westerse Gedragkode” (1971) 34 *THRHR* 164 en (1971) 34 *THRHR* 284.

<sup>19</sup> Joubert (red) *Criminal Procedure Handbook* 3e uitg (1998) 6. Beklemtoning bygevoeg.

<sup>20</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 176-177: “[I]t is necessary to be most careful not to accept such a controversial rule like the exclusionary rule unless one is satisfied that it has – against the immediate backdrop of a Bill of Rights – a sound jurisprudential basis *and, most importantly, that it can and does work in practice.*” Beklemtoning bygevoeg.

<sup>21</sup> Sien par 7.5 *infra* waar die sg “standing”-vraagstuk aangespreek word.

<sup>22</sup> Sien bv Wingo “Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule” (1971) 25 *Southwestern LJ* 573;

beginsel nie die afdwinging van die materiële reg frustreer nie. Maar dit is juis hier waar die kernprobleem ontstaan: Sommige juriste voer inderdaad aan dat die uitsluitingsreël primêr daarop gemik is om die gemeenskap teen ongrondwetlike owerheidsopptrede te beskerm.<sup>23</sup> Die argument lui dat indien die howe ‘n grondwetlike uitsluitingsbevoegdheid het ten aansien van getuienis wat in stryd met die grondwetlike regte van ‘n individu bekom is, sal die uitoefening van hierdie bevoegdheid – langtermyn gesproke – tot die groter beskerming van *almal* se grondwetlike regte bydra. Uitsluiting, so word daar geargumenteer, dissiplineer owerheidsamptenare soos die polisie, sodat hulle die publiek se grondwetlike regte sal respekteer.<sup>24</sup> Die essensie van hierdie betoog is dat die bewysreg, as deel van die formele reg, in ‘n negatiewe sin ingespan moet word om die materiële reg oor die langtermyn af te dwing, respek vir grondwetlike regte te bevorder en ‘n menseregte-kultuur aan te kweek. Die filosofiese vertrekpunt is eenvoudig: “[I]f the criminal goes free in order to serve a larger and more important end, then social justice is done, even if individual justice is not.”<sup>25</sup>

Maar dit is hier waar die verdere breekspul kom. Hou die filosofiese en ideologiese basis van die uitsluitingsreël met die werklikheid tred? Dui die werklikheid nie daarop dat daar *ook* ‘n dringende gemeenskapsbehoefte bestaan dat die materiële strafreg veral in die huidige

---

Burns “Mapp v Ohio: An All-American Mistake” (1961) *De Paul LR* 80.

<sup>23</sup> Hierdie standpunt en die betoë ter ondersteuning daarvan, word so volledig moontlik aangespreek in para 2.1 en 3.2 *infra*.

<sup>24</sup> Die sentrale gedagte is nie dat die uitsluitingsreël as’t ware ‘n straf vir owerheidsamptenare moet wees nie. Kamisar “‘Comparative Reprehensibility’ and the Fourth Amendment Exclusionary Rule” (1987) 86:1 *Michigan LR* 1 34-35 sien die uitsluitingsreël nie as ‘n afskrikmiddel nie maar as ‘n meganisme om insameling van getuienis op ‘n ongrondwetlike wyse te ontmoedig. Hy argumenteer (n 147) dat dit slegs as ‘n afskrikmiddel sal dien indien die ongrondwetlike insameling strafbaar is met ‘n straf soos die straf vir ‘n misdad. Uitsluiting van ongrondwetlik verkreeë getuienis, is egter nie so ‘n straf nie.

<sup>25</sup> Goldstein “The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure” (1960) *Yale L J* 1149.

tydsgewrig in Suid-Afrika, effektief afgedwing moet word nie?<sup>26</sup> Hierdie kwelvrae moet herlei word tot en in verband gebring word met Packer se analitiese modelle van die strafregspiegeling, te wete die “Due Process Model” en die “Crime Control Model”.<sup>27</sup> Beide modelle het geldige oogmerke en aansprake. Konstitusionalisering bevoordeel uiteraard die “Due Process” model. Maar dit beteken nie dat daar nie steeds na ‘n sinvolle balans (versoening, kompromie) tussen die twee uiteenlopende ideologiese basisse van hierdie twee modelle gestreef moet word nie.<sup>28</sup>

In *S v Cloete* het regter Davis ook die volgende insiggewende opmerkings gemaak:<sup>29</sup>

“This is a difficult case ... It is particularly problematic because the burden of the crime wave and the need for crime control weighs very heavily. It is wrong to conclude that an attempt to preserve the Constitution is necessarily a nod in the direction of criminals. The Constitution is not the cause of crime in this country. *The court’s task is to uphold the Constitution in such a manner that gives it its proper effect which I consider is to attempt to achieve some balance between the models of crime control and due process.*”

In die soeke na ‘n balans is dit belangrik om nie net te bepaal watter regte, waardes en belange deur artikel 35(5) beskerm word nie. Daar moet ook gekyk word na watter regte, waardes en

<sup>26</sup> Sien bv die opmerkings van Preller Wn R in *S v Shongwe* 1998 2 SASV 321; 1998 9 BCLR 1170 (T) 1193J-1194C.

<sup>27</sup> *The Limits of the Criminal Sanction* (1968) 153. Sien voorts para 2.1 en 3.2(c) *infra* vir ‘n omskrywing en bespreking van hierdie modelle, asook die mate waarin op hierdie modelle gesteun kan word wanneer die uitsluiting of toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis ter sprake kom. Voorlopig kan gelet word op die volgende uiteensetting en beskouing van Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 183-184: “It may be said – with reference to Packer’s distinction between crime control and due process models of criminal procedure – that the inclusionary rule is largely crime control orientated, whereas the exclusionary rule is largely due process orientated. It must, however, be appreciated that the crime control model and the due process model are not necessarily rival models. Both models seek to vindicate the goals of substantive criminal law. But they endeavour to do so along different routes. The inclusionary rule – rooted, as it is, in the philosophy of crime control – proceeds from the premiss that the exclusionary rule creates an unnecessary and improper evidential barrier to reliable fact-finding in the course of the criminal trial. But the exclusionary rule – fundamentally based in the philosophy of due process – proceeds from the premiss that reliable fact-finding is not the sole purpose of the criminal trial. The conflict is clear.”

<sup>28</sup> In *S v Hoho* 1999 2 SACR 159 (C) 168b het Davis R die volgende opmerking gemaak: “The achievement of a sustainable balance between crime control and due process might well require legislative reconsideration.” Alhoewel hierdie opmerking nie met spesifieke verwysing na a 35(5) van die Grondwet gemaak is nie, onderstreep dit wel die behoefte aan ‘n balans. Sien ook oor die algemeen Van Dijkhorst “The Criminal Justice System in Jeopardy – is the Constitution Our Bane? 1998 *Consultus* 136.

<sup>29</sup> 1999 2 SACR 137 (C) 150h. Beklemtoning bygevoeg.

belange deur die artikel aangetas (kan) word.<sup>30</sup> Daar kan ook tereg gevra word of dit hoegenaamd nodig was om artikel 35(5) in die Grondwet op te neem?<sup>31</sup> Soos later sal blyk is daar lande soos die VSA<sup>32</sup> en Nieu-Seeland<sup>33</sup> waar 'n beregbare Handves geld maar die Handves nie uitdruklik vir die uitsluiting van getuienis voorsiening maak nie. Dit is aan die howe oorgelaat om hul eie uitsluitingsreël te ontwikkel. Dit was inderdaad ook die posisie in Suid-Afrika tydens die geldingstydperk van die Oorgangsgrondwet.<sup>34</sup> Die Oorgangsgrondwet het niks oor die toelaatbaarheid of ontoelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis gesê nie.<sup>35</sup> Was dit dus werklik nodig dat die Grondwet 'n uitsluitingsbepaling moes bevat? Kon die vraagstuk rakende die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis nie maar doodeenvoudig aan die howe oorgelaat gewees het om dit aan die hand van gemeenregtelike reëls<sup>36</sup> in verband met die ontvangs van ongrondwetlik-verkreë getuienis, op te los nie?

Verdere probleme wat in hierdie proefskrif aangespreek word, hou verband met die interpretasie van die bewoording van artikel 35(5). Artikel 35(5) is relatief wyd bewoord. Opsigself is dit nie sleg nie omdat dit 'n noodsaaklike buigzaamheid aan artikel 35(5) verleen. Maar die relatief wye bewoording bring tog probleme. Een voorbeeld is die volgende: Watter faktore, omstandighede en oorwegings moet in die weegskaal gaan ter beantwoording van die vraag of toelating van die

---

<sup>30</sup> Sien bv par 7.3.4.2 *infra* waar ingegaan word op die vraag watter effek *uitsluiting* van ongrondwetlik-verkreë getuienis op die aansien van die regspleging sal hê.

<sup>31</sup> Sien verder par 7.1 *infra*.

<sup>32</sup> Sien par 3.1 *infra*.

<sup>33</sup> Sien par 4.2.4.2 *infra*.

<sup>34</sup> Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 200 van 1993. Na hierdie Grondwet word hierna deurlopend as "die Oorgangsgrondwet" verwys.

<sup>35</sup> Sien verder para 6.2 tot 6.2.1.5 *infra* vir 'n bespreking van die posisie ingevolge die Oorgangsgrondwet en die verskillende kriteria wat die howe gedurende die geldingstydperk van die Oorgangsgrondwet aangewend het om oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis te beslis.

<sup>36</sup> Sien par 2.2 tot 2.2.3 *infra*, asook par 6.1 tot 6.1.5 *infra*.

ongrondwetlik-verkreë getuienis, in die woorde van artikel 35(5), “vir die regspleging nadelig sou wees?”<sup>37</sup> Ons howe het reeds by herhaling gesê dat die vraag of ongrondwetlik-verkreë getuienis uitgesluit moet word, in die lig van die besondere feite van elke saak beantwoord moet word. In hierdie proefskrif word daar dus noodwendig heelwat feite verskaf by die bespreking van sommige gewysdes. Hierdie benadering is noodsaaklik wanneer – soos in die res van die proefskrif sal blyk – ‘n uiteenlopende aantal feite en ‘n opweging van feite en faktore die deurslag kan gee, byvoorbeeld die erns van die aanklag; die erns van die grondwetlike skending; die *bona fides* van die polisie; die aard van die getuienis wat bekom is; ensovoorts. Heel dikwels is uitsluiting (of toelating) van die gewraakte getuienis slegs verklaarbaar in die lig van die feitlike situasie wat ter sprake was. Deurlopend word daar egter in hierdie proefskrif probeer om die beginsels uit die gewysdes te ekstraheer.<sup>38</sup>

### 1.3 BESTEK VAN DIE STUDIE

Hierdie studie is tot die strafregspleging beperk.

Artikel 35(5) geld net vir strafsake.<sup>39</sup> Die artikel vorm deel van artikel 35 wat handel met die regte van gearresterdes, aangehoudenes en beskuldigdes. In siviele gedingvoering moet die toelaatbaarheid van getuienis wat onbehoorlik, onregmatig of ongrondwetlik<sup>40</sup> bekom is, aan die

---

<sup>37</sup> Sien par 7.3.4 tot 7.3.4.2 *infra*.

<sup>38</sup> Sien bv par 7.3.4.1 *infra* waar die verskillende faktore wat ‘n rol speel by beantwoording van die vraag of daar ‘n ernstige skending was, saamgevat en gekwalifiseer word nav regspraak.

<sup>39</sup> *S v Naidoo* 1998 1 BCLR 46 (D) 65I.

<sup>40</sup> Die onderskeid tussen getuienis wat “onbehoorlik”, “onregmatig” of “ongrondwetlik” bekom is, word in n 1 par 2.1 *infra* uiteengesit.

hand van die gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie beoordeel word.<sup>41</sup> Die feit dat 'n litigant (of die owerheid as litigant) gebruik wil maak van getuienis wat ongrondwetlik bekom is, beteken nie dat artikel 35(5) van toepassing is nie. Die hof sal die feit dat dit gaan om die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis, wel deeglik in ag moet neem by die uitoefening van sy gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie wat onafhanklik van artikel 35(5) bestaan.<sup>42</sup> Dit is heel voorsienbaar dat 'n hof sulke getuienis normaalweg in 'n siviele verhoor sal uitsluit. Daar is immers 'n grondwetlike reg op 'n billike siviele verhoor<sup>43</sup> en die waardes gevestig in die Grondwet, moet onvermydelik ook uitkring na die siviele bewysreg.<sup>44</sup> Daar moet ook vermeld word dat ons hoewe se beperkte en ietwat onsekere gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie<sup>45</sup> wat hulle reeds in die pre-konstitusionele tyd ten aansien van onbehoorlik- of onregmatig-verkreë getuienis kon uitgeoefen het, nie deur artikel 35(5) afgeskaf is nie.<sup>46</sup> Artikel 35(5) het spesifiek betrekking op getuienis wat bekom is op 'n wyse wat 'n reg in die Handves van Regte geskend het. Die volgende standpunt soos gestel deur De Waal et al<sup>47</sup> is geldig:

“We submit that in addition to s 35(5), the courts retain a discretion at common law, ... to exclude ‘unlawfully or illegally’ obtained evidence. In addition the courts may even have a discretion to exclude ‘improperly’ obtained evidence ... First, illegally or improperly obtained evidence may be excluded for reasons that have nothing to do with the violation of ... constitutional rights. Secondly, statutes may confer more extensive

<sup>41</sup> Sien by *Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W). Sien ook oor die algemeen *Shell SA (Edms) Bpk v Voorsitter, Dorperaad van die OVS* 1992 1 SA 906 (O); *Lenco Holdings Ltd v Ekstein* 1996 2 SA 693 (N) 704C; *Motor Industry Fund Administrators (Pty) Ltd v Janit* 1994 3 SA 56 (W); *Motor Industry Fund Administrators (Pty) Ltd v Janit* 1995 4 SA 293 (A) 307B.

<sup>42</sup> Sien by *Fedics (Pty) Ltd v Matus* 1997 9 BCLR 1199 (C).

<sup>43</sup> Sien a 34 van die Grondwet en Erasmus “n Billike Siviele Verhoor” 1996 *Obiter* 291 300-301.

<sup>44</sup> Sien oor die algemeen die volgende drie regstydskrifartikels deur De Vos: “Die Grondwetlike Beskerming van Siviele Prosesregtelike Waarborge in Suid-Afrika” (1991) 3 *TSAR* 353; “The Impact of the New Constitution upon Civil Procedural Law” (1995) 1 *Stell LR* 34 en “Civil Procedural Law and the Constitution of 1996: An Appraisal of Procedural Guarantees in Civil Proceedings” (1997) 3 *TSAR* 444.

<sup>45</sup> Sien para 6.1 tot 6.1.5 *infra*.

<sup>46</sup> Van der Merwe “The ‘Good Faith’ of the Police and the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence” (1998) 11 *SACJ* 462 n 3.

<sup>47</sup> *The Bill of Rights Handbook* 2e uitg (1999) 593.

rights on the accused than the standards laid down in the Constitution.”

Hierdie proefskrif gaan nie om die uitsluiting van onregmatig- of onbehoorlik-verkreë getuienis soos in die aangehaalde paragraaf geïdentifiseer nie. Dit gaan slegs om die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis wat binne die kader van artikel 35(5) betrek word. Daar word aan die reël rakende onregmatig- of onbehoorlik-verkreë getuienis aandag geskenk in soverre as wat hierdie reël in die gemenerereg<sup>48</sup> ontwikkel het en in Suid-Afrika in die pre-konstitusionele era toegepas is.<sup>49</sup>

#### 1.4 SISTEMATIEK

Die Engelse bewysreg is die gemenerereg van die Suid-Afrikaanse bewysreg.<sup>50</sup> Om hierdie rede word daar in hoofstuk 2 ingegaan op die grondslae van die vroeë toelatingsbenadering wat in die Engelse bewysreg gevolg is – ‘n benadering wat later deur ‘n statutêre uitsluitingsdiskresie vervang is.<sup>51</sup>

In hoofstuk 3 word die oorsprong, basis en teoretiese raamwerk van die uitsluitingsreël soos dit in die VSA ontwikkel het, nagespoor. Hierdie historiese en regsvergelijkende perspektief is belangrik omdat dit artikel 35(5) in die korrekte perspektief plaas: Een of ander meganisme is nodig om grondwetlike regte teen skendings deur die owerheid te beskerm. Alhoewel die uitsluitingsreël nie volmaak is nie, is ‘n beter meganisme as die uitsluitingsreël tot op die hede nog nie ontwikkel nie. Maar ‘n rigiede uitsluitingsreël is net so onaanvaarbaar as geen

---

<sup>48</sup> Sien par 2.1 tot 2.2.3 *infra*.

<sup>49</sup> Sien par 6.1 tot 6.1.5 *infra*.

<sup>50</sup> Sien bv aa 206 en 252 van die Strafproseswet.

<sup>51</sup> Sien par 2.3 *infra*.

uitsluitingsreël of -diskresie nie. 'n Studie van die uitsluitingsreël in die VSA is ook relevant omdat die VSA die eerste lid van die Anglo-Amerikaanse bewysreg-familie<sup>52</sup> is wie se howe die Engelse gemeenregtelike toelatingsbenadering verwerp het.

Hoofstuk 4 verskaf 'n perspektief op ontwikkelinge in die ander Anglo-Amerikaanse lande, met uitsondering van Kanada wat afsonderlik in hoofstuk 5 behandel word. In hoofstuk 4 word ook gekyk na die kontinentale en supra-nasionale bewysregstelsels. Selfs in die kontinentale stelsels waar die inkwisitoriale prosedure gevolg word en 'n vrye bewysregstelsel<sup>53</sup> geld, het daar ook groter sensitiwiteit ontstaan om getuienis wat op 'n onregmatige of ongrondwetlike wyse bekom is, uit te sluit. Ook hierdie kontinentale ontwikkeling kan nie by ons verbygaan nie – veral nie wanneer dit plaasvind in lande met 'n inkwisitoriale proses en vrye bewysregstelsels waar daar 'n hoë premie op die materiële waarheid geplaas word nie. 'n Ontleding van sommige “supra-nasionale stelsels” is ook van nut. Die feit dat die uitsluitingsreël ook al in die “supra-nasionale stelsels” wortel geskiet het, dui op die internasionale sentimente wat ten aansien van die uitsluitingsreël geld. Suid-Afrika behoort hierby aan te sluit.

Die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis in die Kanadese reg, word apart in hoofstuk 5 behandel. Die Kanadese bewysreg – wat ook die Engelse reg as gemene bewysreg het en dus ook tot die Anglo-Amerikaanse bewysreg-familie behoort – regverdig om verskeie redes 'n hoofstuk op sy eie. Net soos Suid-Afrika het Kanada ook 'n Anglo-Amerikaanse bewysregstelsel wat onderhewig staan aan 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël wat in 'n Grondwet vervat is.

---

<sup>52</sup> Van der Merwe “Die Evolusie van die Mondelinge Karakter en Uitsluitingsreëls van die Engelse Gemene Bewysreg” (1991) 3 *Stell LR* 281 n 2 verduidelik dat die “Anglo-Amerikaanse bewysreg is die breër ‘bewysreg-familie’ wat uit die Engelse gemene bewysreg gegroei het.”

<sup>53</sup> Dws, 'n stelsel waar die minimum aantal toelaatbaarheidsreëls bestaan. Sien oor die algemeen Van der Merwe (1991) 3 *Stell LR* 294 en De Vos en Van der Merwe “Hoorsê: Verlede, Hede en 'n Handves” (1993)1 *Stell LR* 7 32.



Artikel 24(2) van die Kanadese *Charter of Rights and Freedoms* van 1982 lui onder andere soos volg: “Where ... evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.” Daar is ooglopende ooreenkomste tussen artikel 24(2) van die *Charter* en artikel 35(5) van ons Grondwet. Ons howe het ook reeds aangedui dat Kanadese regspraak wat op artikel 24(2) betrekking het, van nut kan wees by die uitleg van artikel 35(5).<sup>54</sup> Hier het ons in ‘n groot mate met vergelykbare vreemde reg te doen en artikel 39(1)(c) van die Grondwet bepaal in elk geval dat ‘n hof by die interpretasie van die Handves van Regte, vreemde (buitelandse) reg mag oorweeg.

Hoofstuk 6 behels ‘n bespreking van die regsposisie in Suid-Afrika vóór en sedert konstitusionalisering. Tot dusver is daar maar net ‘n handjievol beslissings oor artikel 35(5) gerapporteer. Die belangrikste hiervan word in paragrawe 6.3.1.1 tot 6.3.1.5 *infra* bespreek ten einde riglyne met die oog op die slothoofstuk te identifiseer.

Hoofstuk 7 is die slothoofstuk en bestaan hoofsaaklik uit aanbevelings met betrekking tot hoe Suid-Afrikaanse howe artikel 35(5) moet interpreteer.

---

<sup>54</sup> Sien bv *S v Naidoo* 1998 1 BCLR 46 (D) 68B-C.

**“The discovery, vindication and establishment of truth are main purposes certainly of the existence of Courts of Justice; still, for the obtaining of these objects, which, however valuable and important, cannot be usefully pursued without moderation, cannot be either usefully or creditably pursued unfairly or gained by unfair means, not every channel is or ought to be open to them...Truth, like all other good things, may be loved unwisely, may be pursued too keenly, may cost too much.”**

Bruce V.C. in *Pearse v Pearse* (1846) 1 De G & Sm 12 63 ER 950 957

## HOOFSTUK 2

# GRONDSLAE VAN DIE TOELATINGSBENADERING EN DIE ONTWIKKELING VAN 'N UITSLUITINGSDISKRESIE (MET SPESIALE VERWYSING NA DIE ENGELSE BEWYSREG)

### 2.1 INLEIDING EN GRONDSLAE

Die toelatingsbenadering en uitsluitingsreël verteenwoordig elk 'n uiterste pool rakende die vraagstuk van getuienis wat onbehoorlik of onregmatig of ongrondwetlik verkry is.<sup>1</sup> Twee botsende beleidsoorwegings is ter sprake naamlik, die belang van die individu om teen onregmatige owerheidsinbreukmaking op sy regte en vryhede beskerm te word<sup>2</sup> teenoor die belang van die owerheid om te verseker dat getuienis wat die pleging van 'n misdaad bewys, nie

---

<sup>1</sup> Alhoewel hierdie proefskrif primêr op die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis betrekking het, is dit nodig om ongrondwetlik-verkreë getuienis ook in konteks te plaas van getuienis wat onbehoorlik (“improperly”) of onregmatig (“illegally”) bekom is. Ongrondwetlik-verkreë getuienis is getuienis wat bekom is in stryd met 'n persoon se regte soos vervat in 'n grondwet. Sien oor die algemeen *S v Naidoo* 1998 1 BCLR 46 (D) 68A; *S v Soci* 1998 3 BCLR 376 (E) 292E-F en die volgende sinsnede van a 35(5) van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte: “Getuienis wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend ...” Dit is egter moontlik dat getuienis wat nie ongrondwetlik bekom is nie, steeds as ‘onregmatig-verkreë getuienis’ aangemerkt kan word.” Sien Van der Merwe (1998) 11 *SACJ* 463 n 11 en Hogg *Constitutional Law of Canada* 4e uitg (1997) 957. In hierdie gevalle het 'n mens te doen met skending van gemeenregtelike of statutêre reëls wat nie binne die kader van 'n grondwet vasgelê is nie. Artikel 252A(3)(a) van die Strafproseswet 51 van 1977 verskaf 'n voorbeeld van 'n geval waar 'n mens te doen kan kry met die moontlikheid van uitsluiting van getuienis op grond van die feit dat daar in stryd met die voorskrifte van a 252A opgetree is maar sonder dat daar noodwendig 'n skending van 'n reg vervat in die Handves van Regte plaasgevind het. Sien verder par 7.7 *infra*. “Onbehoorlik-verkreë getuienis” daarenteen, is getuienis wat verkry is op 'n wyse wat nie noodwendig 'n grondwetlike, gemeenregtelike of statutêre reg skend nie, maar nogtans vatbaar is vir moontlike uitsluiting weens die onaanvaarbare wyse waarop dit bekom is, bv misleiding van die beskuldigde of ander onbillike optrede wat op grond van openbare beleid (“public policy”) uitgesluit behoort te word. In die breë betekenis van die woord “onbehoorlik”, kan natuurlik egter ook gesê word dat alle getuienis wat op 'n onregmatige of ongrondwetlike wyse bekom is, eintlik ook onbehoorlik bekom is. Sien voorts oor die algemeen Skeen “The Admissibility of Improperly Obtained Evidence in Criminal Trials” (1988) 3 *SACJ* 389.

<sup>2</sup> Peiris “The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis” (1981) 13:2 *Ottawa LR* 308. Sien ook die minderheidsuitspraak van Holmes R in *Olmstead v United States* 277 US 438 470 (1928).

as gevolg van formele of tegniese redes van howe weerhou word nie.<sup>3</sup>

Laasgenoemde oorweging vorm die grondslag van die toelatingsbenadering en vind uitdrukking in die uitsluitingsreël wat vir baie jare in die Engelse regspleging toegepas is. Reeds in 1861 het regter Crompton in *R v Leatham*<sup>4</sup> gesê: “It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible.”

Die toelatingsbenadering is misdaadvoorkomend georiënteerd. Dit vorm deel van wat Packer<sup>5</sup> die Misdaad Beheer Model (*Crime Control Model*) noem. Hierdie analitiese model gaan uit van die standpunt dat uitsluiting van relevante getuieis onnodige irriterende versperrings in die pad van betroubare feitebevinding plaas en `n hof ook ontnem van betroubare bewysmateriaal wat juis nodig is om `n korrekte feitebevinding te maak. Die Misdaad Beheer Model konsentreer op die materiële waarheid – en nie die formele of prosesregtelike waarheid nie.

Die toelatingsbenadering is hoofsaaklik op pragmatisme gegrond en berus op die volgende oorwegings, welke oorwegings ook as `n kritiese evaluering van die uitsluitingsreël beskou kan word:

- (a) Die uitsluitingsreël dra nie veel by om, deur middel van afskrikking, wangedrag deur owerheidsamptenare te bekamp nie.<sup>6</sup> Indien `n beskuldigde vrygespreek word as gevolg

---

<sup>3</sup> In *Olmstead v United States* supra 470 het Holmes R verklaar: “It is desirable that criminals should be detected, and to that end that all available evidence should be used”.

<sup>4</sup> 1861 8 Cox CC 498 501.

<sup>5</sup> *Limits of the Criminal Sanction* 149-172. Die uitsluitingsreël, daarenteen, vorm weer `n element van wat Packer die *Due Process Model* noem. Sien ook verder hfst 7.1 *infra*.

<sup>6</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice: The Problem of Illegally Obtained Evidence* (1977) 5-6 verklaar dat dit bewys is deur meer as `n dekade se ondervinding.

van die uitsluiting van getuienis weens skending van sy grondwetlike reg deur die polisie, is die dissiplinêre of opvoedkundige waarde van die vrypraak so indirek, dat dit die afskrikingswaarde<sup>7</sup> daarvan afstomp.<sup>8</sup> Schlesinger<sup>9</sup> is 'n stoere aanhanger van hierdie argument. Hy verwys na verskeie empiriese studies wat gedoen is om die impak van die uitsluitingsreël op polisiegedrag te bepaal en waarin bevind is dat die uitsluitingsreël geensins tot bekamping van sulke gedrag bydra nie. Die leidende studie is dié van Oaks.<sup>10</sup> Hy het bevind dat die reël minimale afskrikingswaarde het omdat skendings van grondwetlike regte sedert die vestiging van die reël in die VSA, nog steeds aan die orde van die dag is. Een van die belangrikste redes hiervoor is dat hoewel wat getuienis uitsluit, nie in verstaanbare uitsprake aan polisiebeamptes verduidelik waarom dit uitgesluit word en hoe hulle in die toekoms te werk moet gaan om herhaling van hulle foute te voorkom nie.<sup>11</sup> Heydon<sup>12</sup> beweer ook dat uitsprake soms só tegnies is dat polisiebeamptes nie kop of stert daarvan kan uitmaak nie en dat sommige uitsprake selfs teenstrydig is. Oaks<sup>13</sup> het ondervind dat polisiebeamptes by tye só in die war is oor die redes vir uitsluiting van getuienis, dat hulle die hof verbitterd en dronkgeslaan verlaat.

---

<sup>7</sup> Volgens Skeen (1988) 3 *SACJ* 391 het die dissiplineringsproses twee fasette, naamlik (i) om die persoon wat die getuienis ingesamel het, te straf; en (ii) om die polisie af te skrik van soortgelyke optrede in die toekoms.

<sup>8</sup> Peterson "Restrictions in the Law of Search and Seizure" (1958) 52 *Nw ULR* 46 55; Schlesinger *Exclusionary Injustice* 61.

<sup>9</sup> *Exclusionary Injustice* 50-56.

<sup>10</sup> Die uitslag daarvan is gerapporteer onder die titel "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure" (1970) 37 *U Chi LR* 665.

<sup>11</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 59. Sien ook Heydon en Ockelton *Evidence: Cases and Materials* 4e uitg (1996) 249.

<sup>12</sup> "Illegally Obtained Evidence" (2) (1973) *Crim LR* 690-692.

<sup>13</sup> (1970) 37 *U Chi LR* 731 n 193.

Die betoog dat uitsluiting van getuienis nie veel bydra om wangedrag deur owerheidsfunksionarisse af te skrik nie, vind egter nie by alle kundiges byval nie. In *Elkins v United States*<sup>14</sup> is verwys na die ondervinding van die staat California. In dié staat is jare lank vergeefse pogings aangewend om polisiebeamptes sover te kry om gearresterdes se grondwetlike regte te eerbiedig. Alle remedies behalwe die uitsluitingsreël, is onsuksesvol op die proef gestel. In *People v Cahan*<sup>15</sup> het die Hooggeregshof van California toe die uitsluitingsreël ingestel. Twee jaar later was die resultate uitstekend.

Stewart<sup>16</sup> kon nie voldoende bewys vind dat die uitsluitingsreël geen afskrikingswaarde het nie. Inteendeel, hy beweer dat die uitsluitingsreël bygedra het tot die verbetering in die opleiding van polisiebeamptes om grondwetlike regte te respekteer en dat die dramatiese toename in die aantal visenteringslasbriewe wat sedert die instelling van die uitsluitingsreël uitgereik is, as bewys dien dat die uitsluitingsreël wel 'n merkbare invloed op die polisie gehad het. Die feit dat skendings van fundamentele regte ten spyte van die uitsluitingsreël steeds voorkom, beteken nie dat die reël nie werk nie maar dat howe nooit hulle waaksaamheid om toe te sien dat grondwetlike regte eerbiedig word, mag verslap nie.<sup>17</sup>

Daar is al gesê dat voorstanders van die argument dat die uitsluitingsreël geen

---

<sup>14</sup> *Supra* 1679.

<sup>15</sup> 44 Cal 2d 434, 282 P2d 905, 50 ALR 2d 513.

<sup>16</sup> "The Road to *Mapp v Ohio* and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases" (1983) 83 *Columbia LR* 1365 1395.

<sup>17</sup> Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1396.

afskrikwaarde het nie, uit die oog verloor dat afskrikking nie die werklike rasionaal vir die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis is nie.<sup>18</sup> Die rasionaal is die handhawing van die legaliteitsbeginsel. Eerbiediging van grondwetlike regte as gevolg van 'n vrees vir uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, is slegs 'n positiewe neweproduk van die uitsluitingsreël.

- (b) Die uitsluitingsreël veroorsaak 'n drastiese toename in misdaad. Waite<sup>19</sup> skroom nie om die regbank vir die toename in misdaad te gésel nie. Hy stel dit soos volg:

“One does not happily charge the judiciary with responsibility for the country’s burden of crime, but the responsibility does in fact exist. Judges, though they may not encourage crime, interfere with its prevention in various ways. They deliberately restrict police efficiency in the discovery of criminals. They exempt from punishment many criminals who are discovered and whose guilt is evident. More seriously still, they so warp and alter the public’s attitude toward crime and criminals as gravely to weaken the country’s most effective crime prevention.”

Stewart<sup>20</sup> deel egter nie hierdie sentiment nie. Hy ontken nie dat daar sedert die skepping van die uitsluitingsreël 'n toename in misdaad in die VSA was nie, maar kon geen bewys vind dat dit aan die uitsluitingsreël toe te skryf is nie. Die huidige posisie in Suid-Afrika is stellig dieselfde: Daar is geen basis waarop gesê kan word dat die uitsluitingsreël soos vervat in a 35(5) van die Grondwet, verantwoordelik is vir die toename in misdaad nie.

- (c) Uitsluiting van getuienis skep nie vir 'n polisiebeampte wat 'n beskuldigde se grondwetlike regte geskend het, 'n direkte straf nie. Dit affekteer nie sy amptelike status nie en hy word ook nie deur óf sy mede-polisiebeamptes óf die hof gepenaliseer nie. Nóg

---

<sup>18</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 194.

<sup>19</sup> “Judges and the Crime Burden” (1955) 54 *Michigan LR* 169.

<sup>20</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1394.

sy salaris nóg sy posisie in sy werk word deur uitsluiting van getuienis wat hy in stryd met die Grondwet verkry het, geaffekteer. Uitsluiting het nie eers noodwendig dissiplinêre aksie teen hom tot gevolg nie. Eintlik doen dit weinig om hom te motiveer om sy gedrag te verander.<sup>21</sup>

Peiris<sup>22</sup> beskou die argument dat uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis op straf vir die betrokke polisiebeampte kan neerkom, as onlogies. As steun vir sy standpunt haal hy die voorbeeld aan van Titus en Flavius soos geskets deur Wigmore.<sup>23</sup> Titus het 'n lotery bedryf en Flavius het die Grondwet geskend: "But no! We shall let you both go free. We shall not punish Flavius directly, but shall do so by reversing Titus' conviction ... Our way of upholding the Constitution is not to strike at the man who breaks it, but to let off somebody else who broke something else." Hy voer aan dat regterlike kritiek wat wyd gepubliseer word en openbare misnoë ontlok, polisiegedrag meer effektief as uitsluiting van getuienis sal hokslaan. Indien nie, is daar só 'n diepgewortelde probleem met die polisie, dat dit in elk geval nie deur die bewysreg met behulp van 'n uitsluitingsreël herstel sal word nie.<sup>24</sup>

Inbau<sup>25</sup> maak selfs die stelling dat dit futiel is om polisie-wanpraktyke in die insameling van getuienis met 'n uitsluitingsreël te probeer bekamp. Hy voer aan dat polisieopleiding

---

<sup>21</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 57-58; *Irvine v California* 347 US 128, 136 (1954).

<sup>22</sup> (1981) 13:2 *Ottawa LR* 342.

<sup>23</sup> *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* 3de uitg (1940) par 2183-2184.

<sup>24</sup> Sien ook Heydon (2) (1973) *Crim LR* 692.

<sup>25</sup> "Restrictions in the Law of Interrogations and Confessions" (1958) 52 *Nw ULR* 77 78.



té gebrekkig is en dat die polisie ook nie sensitief genoeg is om die impak van hierdie grondwetlike afdwingingsmetode te verstaan nie. Hy doen aan die hand dat die oplossing van die probleem eerder in die beter keuring en opleiding van polisiebeamptes lê.

- (d) Die uitsluitingsreël het tot gevolg dat die vervolging en nie die polisiebeampte wat “gesondig” het nie, die ongrondwetlike verkryging van getuienis ontgeld.<sup>26</sup> Oaks<sup>27</sup> beskou die uitsluitingsreël as `n strafmaatreël om `n aanklaer te straf vir die ongrondwetlike verkryging van getuienis. Die aanklaer is egter nie die sondebok nie en dus nie die persoon wat die “slae” behoort te kry nie.
- (e) Die uitsluitingsreël het `n beperkte aanwendingsveld. Eerstens beskerm die reël nie onskuldige slagoffers van onwettige maar vrugtelose visenterings nie. Die reël maak nie voorsiening vir vergoeding of enige ander betekenisvolle remedie aan die onskuldige slagoffers van wangedrag deur owerheidfunksionarisse nie.<sup>28</sup> Ongrondwetlike optredes soos aanranding, onregmatige aanhouding of afpersing tydens polisieoptrede, wat nie op hofverrigtinge uitloop nie, sal nooit binne die bestek van die uitsluitingsreël tuisgebring kan word nie. Polisiebeamptes mag wel vir sulke dade aan die risiko van strafregtelike vervolging blootgestel wees, maar die aanklaer het hierdie beamptes se samewerking nodig om sý taak behoorlik te verrig en derhalwe kan daar kwalik op hóm staatgemaak word om in alle gevalle van polisiewangedrag te vervolg.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 59.

<sup>27</sup> (1970) 37 *U Chi LR* 726 n 1.

<sup>28</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 6.

<sup>29</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 56.

Tweedens word die aanwendingsveld van die uitsluitingsreël nog verder beperk indien 'n beskuldigde skuldig pleit aan die aanklag waarvan hy aangekla word, of aan 'n mindere aanklag en die aanklaer die pleit aanvaar.<sup>30</sup> Schlesinger<sup>31</sup> verwys na Burns<sup>32</sup> wat die vraag stel waarom uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis die polisie sal afskrik indien daar in negentig persent van die gevalle waarin hulle 'n persoon se grondwetlike regte skend, nie 'n verhoor sal wees nie. Stewart<sup>33</sup> antwoord hierop dat hierdie situasie nie die meriete van die uitsluitingsreël aantast nie maar bewys dat die uitsluitingsreël ontoereikend sal wees indien dít die enigste remedie is.<sup>34</sup>

- (f) Die uitsluitingsreël moedig sekere vorme van wangedrag deur die polisie aan.<sup>35</sup> Schlesinger<sup>36</sup> verwys na studies wat gedoen is deur Lafave<sup>37</sup> en Miller<sup>38</sup> en waarin bevind is dat die polisie ter bekamping van sekere misdade, gebruik maak van stappe soos teistering van daders en beslaglegging op smokkelware eerder as om daders aan te kla en hof toe te neem. Omdat sulke sake uit die hof gehou word, word onregmatige visenterings en beslagleggings op goedere wat as getuienis daarin moet dien, glad nie

---

<sup>30</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 59.

<sup>31</sup> 59.

<sup>32</sup> (1969) 19 *De Paul LR* 95-96.

<sup>33</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1396

<sup>34</sup> Sien ook Heydon (2) (1973) *Crim LR* 692.

<sup>35</sup> Heydon *supra* 694.

<sup>36</sup> *Exclusionary Injustice* 57.

<sup>37</sup> *Arrest: The Decision to Take a Suspect into Custody* (1965) chs 21-4.

<sup>38</sup> *Prosecution: The Decision to Charge a Suspect with a Crime* (1969) 246-50.

deur die uitsluitingsreël ontmoedig nie.<sup>39</sup> Hy verwys ook na 'n studie waarin bevind is dat sulke optredes ná die uitspraak in *Mapp v Ohio*<sup>40</sup> toegeneem het weens 'n vrees by die polisie dat uitsluiting van getuienis in die weg van suksesvolle vervolgings sal staan.<sup>41</sup>

- (g) (i) As gevolg van die irrasionele toepassing van die uitsluitingsreël bly skuldige persone dikwels ongestraf. Oaks<sup>42</sup> meld dat 'n studie van dobbel-, dwelm- en wapensake waarin aansoek gedoen is om getuienis uit te sluit, getoon het dat in die meerderheid sake waarin getuienis uitgesluit is, die vervolgings misluk het. Soms is dit moontlik om beskuldigdes weer van sekere andere misdrywe aan te kla op grond van ander getuienis as dié wat uitgesluit is, maar soms is dit onmoontlik. Die gevolg is dat selfs persone wat 'n gevaar vir die samelewing inhou, vry uitgaan.<sup>43</sup>
- (ii) Die vryspraak van sóveel beskuldigdes op tegniese gronde as gevolg van die uitsluitingsreël, ondermyn respek vir die reg en regstelsel.<sup>44</sup>
- (iii) Uitsluiting van getuienis beperk 'n hof se vermoë om agter die waarheid te kom en reg en geregtigheid op die mees effektiewe wyse te laat geskied.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Sien ook Heydon en Ockelton *Evidence: Cases and Materials* 249.

<sup>40</sup> 367 US 643 (1961).

<sup>41</sup> *Exclusionary Injustice* 57.

<sup>42</sup> (1970) 37 U Chi LR 746.

<sup>43</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 61.

<sup>44</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 61.

<sup>45</sup> Finlay HR in *People (Director of Public Prosecutions) v Kenny* 1990 2 IR 110 134.

- (h) Uitsluiting van getuienis straf en dissipleneer nóg die beskuldigde nóg die amptenaar wat hom gearresteer en sy grondwetlike regte geskend het.<sup>46</sup> Dié argument beteken dat niks of niemand enige baat vind wanneer die uitsluitingsreël toegepas word nie.
- (i) Schlesinger<sup>47</sup> betoog dat daar alternatiewe tot die uitsluitingsreël is en dat hierdie alternatiewe ook polisiewangedrag mag afskrik maar nie die onreg, tekortkominge en nuwe-effekte van uitsluiting tot gevolg het nie.<sup>48</sup> Die skrywer is egter ook nie ten gunste van 'n stelsel waarvolgens alle getuienis toelaatbaar is ongeag die wyse waarop dit verkry is nie. Hy voorspel dat blote afskaffing van die uitsluitingsreël sonder om 'n meganisme om polisiewangedrag te ontmoedig in die plek daarvan te stel, 'n oop seisoen op verdagtes tot gevolg sal hê.
- (j) Die doel heilig die middele.<sup>49</sup> Hierdie argument is in *Olmstead v United States*<sup>50</sup> in 'n afwykende uitspraak deur regter Brandeis verwerp. Hy sê onder andere dat die owerheid deur sy optrede 'n voorbeeld aan sy onderdane stel. Minag hy die grondwet, stel hy aan

---

<sup>46</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 6; Skeen (1988) 3 *SACJ* 391.

<sup>47</sup> *Exclusionary Injustice* 6.

<sup>48</sup> Die alternatiewe wat die skrywer voorstaan is afsonderlike regstappe om die polisiebeampte wat die beskuldigde se grondwetlike regte geskend het, te dissipleneer en 'n siviele remedie om hom te vergoed vir sy skade. Wanneer 'n regter bevind dat 'n polisiebeampte 'n beskuldigde se grondwetlike regte geskend het, moet hy dit rapporteer. Op hierdie wyse word die wiede van die dissiplineringsproses aan die rol gesit. Die dissiplinêre verhoor behoort gehou te word deur 'n onafhanklike "review board". Die "review board" moet die erns van die beampte se wangedrag bepaal en hom 'n gepaste straf oplê. 'n Gepaste straf kan wissel van 'n boete tot ontslag uit die polisie afhangende van sy morele verwytbaarheid. Hy kan selfs strafregtelik vervolgt word. Skadevergoeding behoort betaalbaar te wees ongeag of die slagoffer werklik skade gely het. Die blote bewys van skending van sy grondwetlike regte, behoort hom geregtig te maak op skadevergoeding. Die kwantum van die skadevergoeding, sal bepaal word deur die erns van die skending. Sien Schlesinger *Exclusionary Injustice* hfst 4.

<sup>49</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 180. Die skrywer ontsenu egter self hierdie verstokte argument met 'n beroep op die uitspraak van Brandeis R in *Olmstead v United States supra*.

<sup>50</sup> *Supra* 485.

sy onderdane die voorbeeld om dit ook te doen. Daardeur nooi die owerheid elke burger uit om sy eie regstelsel toe te pas. Dit moedig anargie aan. Om die owerheid toe te laat om misdaad te pleeg sodat ander misdadigers skuldig bevind kan word, sal verskriklike wraak tot gevolg hê.

Daar moet egter onthou word dat 'n rigiede uitsluitingsreël nadelig op 'n strafregspiegingsstelsel mag slaan. Soos in paragrawe 3.5.2 en 3.6 *infra* sal blyk, het daar selfs in die VSA, wat die argitek van die uitsluitingsreël is, 'n kentering plaasgevind en is 'n aantal uitsonderings op die rigiede uitsluitingsreël geskep.

- (k) In sake waarin aansoek gedoen word om uitsluiting van getuienis, fokus die verrigtinge meer op bewysregtelike kwessies betreffende toelaatbaarheid van getuienis as op die skuld of onskuld van die beskuldigde.<sup>51</sup> Die hof moet eers in kollaterale aangeleenthede delf en dááror 'n beslissing uitbring voordat aandag aan die werklike geskilpunte gegee kan word. Die gedrag van die polisie word ondersoek terwyl die gedrag van die beskuldigde die werklike geskilpunt is. Daardeur word die beregting van die werklike geskilpunte op die agtergrond geskuif<sup>52</sup> en die verhoor vertraag.<sup>53</sup>
- (l) Misdaad is 'n openbare aangeleentheid.<sup>54</sup> Die gemeenskap het 'n belang. Indien die

---

<sup>51</sup> Peiris (1981) 13.2 *Ottawa LR* 343-344.

<sup>52</sup> Schwikkard et al *Principles of Evidence* 141.

<sup>53</sup> Peiris (1981)13:2 *Ottawa LR* 343-344; Skeen (1988) 3 *SACJ* 391; Heydon en Ockelton *Evidence: Cases and Materials* 249.

<sup>54</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 48. Die skrywer betoog dat dié deel van die kriminele handeling wat die dader aangaan, privaat, en dié deel wat die slagoffer aangaan, openbaar is. Die deel wat die dader aangaan is die voorafgaande geskiedenis van die daad, die dader se motivering daarvoor, sy gevoelens, sy persepsie en begrip van die daad en die gevolge wat dit vir hom inhou (met ander woorde die dader se psige met betrekking tot die daad). Die slagoffer se psigiese ervaring, nadeel (of skade) en probleme ervaar

misdadiger ongestraf bly, kan dit hom aanmoedig om die misdaad te herhaal. Ander mag selfs daardeur aangespoor word om ook misdaad te pleeg.

- (m) Omdat misdaad 'n openbare aangeleentheid is, is 'n plek waar misdaad gepleeg of die vrugte daarvan verberg word, 'n plek van openbare belang en dus ook 'n openbare plek. Gevolglik behoort die polisie nie toegang daartoe geweier te word op grond van beskerming van privaatheid nie. Schlesinger<sup>55</sup> noem die voorbeeld van 'n polisiebeampte wat onwettig op 'n plek is en toevallig op 'n moord of rooftog of dwelmfabriek afkom. Hy voer aan dat daar tog nie betoog kan word dat die polisiebeampte sy oë moet sluit omdat die daad as privaat aangemerkt word nie. Misdaad het 'n beduidende openbare faset. Hoe anders kan die spandering van openbare geld in die hantering van misdadigers dan verklaar word? Omdat misdaad by uitstek 'n openbare aangeleentheid is, word 'n persoon se reg op privaatheid ook nie geskend wanneer goedere wat met misdaad verband hou en deur die polisie regmatig of onregmatig gevind is, in 'n vervolging teen hom gebruik word nie. Daar kan nie 'n reg tot privaatheid bestaan ten opsigte van 'n aktiwiteit wat nie privaat is nie.<sup>56</sup>
- (n) In *R v Mabuya*<sup>57</sup> is gesê dat openbare beleid nie 'n verbod plaas op die gebruik van

---

as gevolg van die misdaad, val weer binne sy domein en is vir hom privaat. Dit is egter nie vir die dader privaat nie. Hierdie twee oorwegings kanselleer mekaar uit. Omdat misdaad die openbare orde skend, verleen die belang van die gemeenskap 'n meer publieke as private karakter aan misdaad. Die skrywer verklaar op bl 48 n 6 dat die vrees waarin die gemeenskap of lede van die gemeenskap leef omdat hulle glo dat misdaad van so 'n omvang is dat dit 'n wesentlike gevaar skep, misdaad in die kader van 'n openbare probleem plaas. Word 'n misdadiger nie gestraf of gerehabiliteer nie, kan hy of sy voortgaan om misdaad te pleeg en dit mag ander persone aanspoor om dit ook te doen.

<sup>55</sup> *Exclusionary Injustice* 48.

<sup>56</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 49.

<sup>57</sup> 1927 CPD 181. Beklemtoning bygevoeg.

getuienis wat deur die vervolging op onregmatige wyse verkry is nie. Die regter het verklaar:

“This is evidence of something that the police found, not upon the accused, but in his house, and I cannot see that the fact that the police may have been trespassers can render this evidence inadmissible, any more than if a burglar in the course of his entry upon a house saw a murder committed his evidence of what he had seen would be inadmissible. *I cannot see any public policy which prevents this evidence being admitted.* Naturally, it is carefully scrutinised because if the police had done an illegal thing – I do not say they had in this case – then of course [*sic*] one is inclined to look with great caution at their evidence, because if they did a wrong thing once in the case they may be capable of doing another, but I cannot see on what grounds this evidence can be excluded. The only authority for this exclusion comes from the American Courts. There are certain decisions based on the American Constitution which goes to exclude evidence of this nature, but one must bear in mind the sanctity which the Americans attach to their Constitution. We have not that Constitution here, and that authority is not applicable.”<sup>58</sup>

Hierdie argument word geheel en al deur artikel 35(5) van die Grondwet ontsenu. Suid-Afrika het nou `n beregbare Handves. Die probleem móét aangespreek word.

- (o) Die uitsluitingsreël skep geleenthede vir die polisie om in die volgende opsigte op bedekte wyse korrupsie te pleeg:
- (i) `n Polisiebeampte mag die risiko neem om meened te pleeg ten einde die uitsluiting van getuienis te verhoed en sodoende `n skuldigbevinding te verseker. Schlesinger<sup>59</sup> beweer dat daar sterk aanduidings is dat valse getuienis in hierdie verband inderdaad deur polisiebeamptes gelewer word.
  - (ii) `n Polisiebeampte wat simpatiek staan teenoor `n beskuldigde en graag wil sien dat hy vrygespreek word, mag so optree dat deurslaggewende getuienis teen die beskuldigde op `n ongrondwetlike wyse verkry word ten einde sy vrypraak te

<sup>58</sup> 181-182. Hierdie beslissing dateer natuurlik uit die pre-konstitusionele era.

<sup>59</sup> *Exclusionary Injustice* 57.

bewerkstellig.<sup>60</sup> Schlesinger<sup>61</sup> verwys na 'n studie wat aangetoon het dat dieselfde polisiebeamptes keer op keer betrokke is in klopjagte wat op ongrondwetlike wyse uitgevoer is. Visenteringslasbriewe om hul klopjagte grondwetlik uit te voer, kon maklik verkry gewees het. Die gevolgtrekking word gemaak dat sommige klopjagte opsetlik teenstrydig met visenterings- en beslagleggingsinstruksies uitgevoer word ten einde te verhoed dat die dobbelaars skuldig bevind word, maar ook om terselfdertyd by die publiek die indruk te laat dat dobbelaars se bedrywighede nie deur die polisie oor die hoof gesien word nie.

- (p) Die uitsluitingsreël stel 'n polisiebeampte in staat om die verloop van 'n verhoor te manipuleer, omdat hy deur sy optrede kan veroorsaak dat belangrike getuienis nie deur die hof toegelaat sal word nie.<sup>62</sup> In *People v Defore*<sup>63</sup> het regter Cardozo dit betreur dat die mees junior polisiebeampte deur oorywerige of ondeurdagte optrede in staat is om vir 'n beskuldigde vrypraak in die mees ernstige misdaad te bewerkstellig.

Volgens Van der Merwe<sup>64</sup> bevat hierdie argument 'n wesenlike mistasting omdat enige polisiebeampte sonder die hulp van 'n uitsluitingsreël waardevolle getuienis as gevolg van korrupsie of onkundigheid kan laat verlore gaan of nie voor 'n hof bring nie. Sy argument is suiwer ten opsigte van getuienis wat verlore raak as gevolg van vernietiging daarvan. Daar is egter 'n verskil tussen getuienis wat nog bestaan maar nie voor 'n hof

---

<sup>60</sup> Heydon (2) (1973) *Crim LR* 694.

<sup>61</sup> *Exclusionary Injustice* 57.

<sup>62</sup> Heydon (2) (1973) *Crim LR* 694.

<sup>63</sup> 150 NE 585 588 (1926).

<sup>64</sup> (1992) 2 *Stell LR* 181-182.



geplaas word nie en getuienis wat nog bestaan maar uitgesluit is as gevolg van die uitsluitingsreël. Eersgenoemde kan steeds deur die vervolging gebruik word indien dit opgespoor word<sup>65</sup> maar laasgenoemde is geheel en al onbruikbaar.

- (q) Die feit dat 'n beskuldigde vrygespreek word, is nie vir die polisie 'n belangrike doeltreffendheidsmaatstaf nie: Hulle meet nie hul doeltreffendheid aan die hand van die aantal beskuldigdes wat skuldig bevind word nie, maar aan die aantal sake wat opgelos word.<sup>66</sup>
- (r) Die uitsluitingsreël skep die indruk dat die howe uitgaan van die standpunt dat twee verkeerde dinge een regte ding maak.<sup>67</sup> Wigmore<sup>68</sup> noem die uitsluitingsreël 'n indirekte en onnatuurlike metode om 'n grondwet te eerbiedig.<sup>69</sup> Die metode is “onnatuurlik” omdat 'n persoon wat feitelik gesproke skuldig is, vrygespreek word weens die toepassing van die uitsluitingsreël. Hierdie argument moet egter opgeweeg word teen die leerstuk van juridiese skuld wat in paragraaf 3.2(c) *infra* bespreek word.
- (s) Omdat getuienis wat tydens visenterings en beslagleggings verkry is nie vir hofdoeleindes voorberei is nie, is dit, selfs al is dit ongrondwetlik verkry, gewoonlik die mees betroubare getuienis wat aangebied kan word om 'n geskil te besleg. Dít is dikwels meer

---

<sup>65</sup> Mits die saak natuurlik nog nie afgehandel is nie. Indien die beskuldigde reeds vrygespreek is van (a) dieselfde misdaad; (b) deur 'n bevoegde hof; en (c) op die meriete, kan hy natuurlik *autrefois acquit* pleit. Sien Joubert (red) *Strafprosesreg* 3e uitg (1998) 214-215; a 35(3)(m) van die Grondwet.

<sup>66</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 59; Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1395.

<sup>67</sup> Schwikkard et al *Principles of Evidence* 141.

<sup>68</sup> *Evidence* par 2184.

<sup>69</sup> Sien ook Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 342.

betroubaar as 'n bekentenis, 'n uitwysing op 'n uitkenningsparade of selfs 'n uitkenning deur 'n ooggetuie. Laasgenoemde hou dikwels 'n wesenlike gevaar van onbetroubaarheid in. Die uitsluitingsreël het dus tot gevolg dat die mees betroubare getuienis uitgesluit word.<sup>70</sup> Stewart<sup>71</sup> beskou dit as een van die grondige redes vir kritiek teen die uitsluitingsreël. Die eerbiediging van fundamentele regte stel egter sulke hoë vereistes aan die regspleging, dat 'n hof soms genoodsaak is om die mees verdoemende getuienis uit te sluit selfs al word iemand aangekla van 'n misdaad wat so ernstig is dat dit die gemeenskap skok en met afgryse vervul.

Schwikkard et al<sup>72</sup> wys op die betoog dat die bewyswaarde van die getuienis nie verminder word as gevolg van die feit dat dit ongrondwetlik verkry is nie. Heydon en Ockelton<sup>73</sup> stem egter nie saam dat reële getuienis noodwendig altyd betroubaar is nie. Met 'n beroep op *Kuruma, Son of Kaniu v R*<sup>74</sup> verklaar hulle dat daar soms twyfel sal wees of die beskuldigde met die getuienis verbind kan word.

Uitsluiting van uiters relevante getuienis veroorsaak dikwels nie 'n werklike verlies vir die vervolging nie, omdat die polisie in elk geval nie altyd in staat sou gewees het om die getuienis te kon bekom het indien hulle die beskuldigde se grondwetlike regte deurgaans eerbiedig het nie.<sup>75</sup>

---

<sup>70</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 62; Heydon en Ockelton *Evidence: Cases and Materials* 248.

<sup>71</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1392.

<sup>72</sup> *Principles of Evidence* 141.

<sup>73</sup> *Evidence: Cases and Materials* 248.

<sup>74</sup> 1955 AC 236.

<sup>75</sup> Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1392. Sien ook n 66 in par 3.2(e) *infra* waar die wisselwerking tussen

- (t) Ernstige misdaad word eietyds dikwels goed georganiseer en met militêre presisie en deur middel van gesofistikeerde metodes gepleeg. Dit is dwaas om die polisie te kniehalter deur buitensporige beperkings te plaas op die metodes wat hulle mag gebruik om dit te bekamp.<sup>76</sup> Peiris<sup>77</sup> meld dat in England bevind is dat daar groepe professionele misdadigers bestaan “who are not only highly skilful in organizing their crimes and in steps they take to avoid detection but are well aware of their legal rights and use every possible means to avoid conviction if caught”.
- (u) Misdadigers kies nie speelgoedwapens wanneer hulle met die polisie slaags raak nie. Die polisie moet derhalwe in staat wees om hulle op gelyke voet aan te durf. Kamisar<sup>78</sup> verklaar egter dat hy koue rillings gekry het toe hy `n polisiebeampte hoor sê het dat hulle (die polisie) verplig is om volgens die *Marquis of Queensberry*-reëls op te tree terwyl kriminele alles tot hulle beskikking teen die polisie gebruik. Kamisar raai die polisiebeampte aan om in gedagte te hou dat die misdadiger `n misdadiger is op grond van sy kriminele gedrag terwyl hý `n polisiebeampte is omdat sy gedrag anders is as die van `n misdadiger.<sup>79</sup> Die polisiebeampte móét ooreenkomstig regsvoorskrifte optree.
- (v) `n Rigiede uitsluitingsreël onderskei nie tussen `n opsetlike en flagrante skending van `n persoon se fundamentele regte en `n *bona fide* oordeelsfout, gemaak met suiwer motiewe

---

die sg “primêre reëls” en die “sekondêre reël” (die uitsluitingsreël) geïllustreer word.

<sup>76</sup> Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 344.

<sup>77</sup> *Supra* 344.

<sup>78</sup> (1987) 86:1 *Michigan LR* 143.

<sup>79</sup> Sien ook Heydon (2) (1973) *Crim LR* 694.

onder buitengewone druk nie. Schlesinger<sup>80</sup> wys daarop dat selfs regters op appèl dikwels verdeeld is oor die vraag of getuienis toegelaat of uitgesluit moes gewees het. Alhoewel hulle oor die voordeel van 'n getikte oorkonde beskik, neem dit hulle soms ure en vele beraadslagings om tot 'n beslissing te kom. Dikwels is daar nog 'n verdeling van stemme wanneer hulle wél tot 'n beslissing kom. Die arme polisiebeampte moet egter heel dikwels sy beslissing in 'n breukdeel van 'n sekonde maak. Die polisiebeampte se lewe – asook dié van onskuldige omstanders – mag op die spel wees as die polisiebeampte huiwer.

In *Bivens v Six Unknown Named Agents*<sup>81</sup> het hoofregter Burger toegegee dat *bona fide* oordeelsfoute wat nie growwe onreg veroorsaak nie, begaan word wanneer die polisie onder druk werk maar dat die howe hierdie foute in die verlede oor dieselfde kam geskeer het as opsetlike en flagrante skendings van fundamentele regte. Die gemeenskap betaal die prys daarvoor. Wanneer die polisie 'n fout begaan met die insameling van getuienis, het die gemeenskap die reg om rasonale optrede en nie “universal ‘capital punishment’” nie, van regters te verwag. Die hoofregter se sentiment word gedeel deur regter Powell waar hy in *Stone v Powell*<sup>82</sup> gesê het:

“The disparity in particular cases between the error committed by the police officer and the windfall afforded a guilty defendant by application of the rule is contrary to the idea of proportionality that is essential to the concept of justice.”

Stewart<sup>83</sup> laat hom egter nie deur hierdie argument koudsit nie. Hy antwoord dat die

---

<sup>80</sup> *Exclusionary Injustice* 62. Sien ook Van der Merwe (1998) 11 *SACJ* 473.

<sup>81</sup> 403 US 388 (1971).

<sup>82</sup> 428 US 465 490 (1976).

<sup>83</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1396.

proporsionaliteitsbeginsel slegs belangrik sou gewees het indien die uitsluitingsreël as vergoeding vir die slagoffer bedoel is. Dit is egter nie as sulks bedoel nie maar as 'n meganisme om fundamentele regte af te dwing.

(w) Kriminele kom dikwels vry omdat getuienis uitgesluit word bloot as gevolg van die polisie se tegniese skendings van hipertegniese reëls. Stewart,<sup>84</sup> 'n afgetrede regter van die Hooggeregshof van die VSA en wat bekend was as een van die eksponente van die uitsluitingsreël, probeer onmiddellik verdediging in aanval omskep deur te betoog dat die probleem nie by die uitsluitingsreël lê nie maar by die regters wat dit toepas. Hulle moet 'n beginsel wat ontwerp is vir 'n wye verskeidenheid omstandighede, projekteer op die feite van die saak wat voor hulle dien, ten einde reg te laat geskied. Wat Stewart uit die oog verloor, is dat elke mensgemaakte stelsel tot 'n mindere of meerdere mate afhanklik is van die mens met sy inkonsekwentheid en beperkinge. 'n Regsbeginsel wat die sterk potensiaal het om as gevolg van die onvolmaaktheid van die toepasser te wanfunksioneer, kan nie met entoesiasme verdedig word nie. Daar moet duidelike riglyne gestel word ten aansien van die toepassing van so 'n beginsel.

(x) Die uitsluitingsreël dwarsboom die polisie in die uitvoering van hulle pligte. Stewart<sup>85</sup> sê egter die probleem is nie die uitsluitingsreël nie want dit plaas nie beperkings op die optrede van die polisie nie. Volgens Stewart spruit die beperkings uit die Vierde Amendement van die Grondwet. Dit is hierdie amendement wat landsburgers teen onredelike visenterings en beslagleggings beskerm. Dit het wel tot gevolg dat polisiebeamptes wat die bepalinge van die Grondwet nougeset nakom, minder

---

<sup>84</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1393.

<sup>85</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1393.

misdadigers sal arresteer. Maar aan die ander kant beskerm die Vierde Amendement die persoon, sy huis en sy eiendom teen ongebreidelde magsuitoefening deur die regering. Selfs al word die uitsluitingsreël afgeskaf, sal die grondwetlike beperkings nog bly staan.

- (y) Die polisie behoort nie gekniehalter te word in hulle ondersoek van misdaad nie.<sup>86</sup>
- (z) Polisiëring is 'n diens wat aan die gemeenskap gelewer word vir sy eie beskerming. Die gemeenskap moet gevolglik bereid wees om ongrondwetlike polisieoptrede te duld.<sup>87</sup>
- (aa) Die bewysreg was nooit bedoel om 'n persoon (byvoorbeeld 'n polisiebeampte) toevallig en op indirekte wyse te straf nie.<sup>88</sup>
- (bb) 'n Beskuldigde word reeds in watter toedraai as gevolg van 'n magdom prosedurele en bewysregtelike reëls wat hom bevoordeel. Om nog 'n uitsluitingsreël óók daarby te voeg, laat die skaal darem te veel in sy guns oorhel.<sup>89</sup>
- (cc) In uiters ernstige sake mag regters as gevolg van druk om sterk inkriminerende getuienis toegelaat te kry, twyfelagtige visenterings en beslagleggings sanksioneer sodat die getuienis toegelaat kan word. As gevolg daarvan mag die uitsluitingsreël deur middel van die presedenteleer selfs 'n inkorting van fundamentele regte tot gevolg hê.<sup>90</sup> Die hof

---

<sup>86</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 180.

<sup>87</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 180.

<sup>88</sup> Wigmore *Evidence* 2183.

<sup>89</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 181.

<sup>90</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 63.

kort die fundamentele reg in sodat daar bevind kan word dat daar geen skending was nie en die uitsluitingsreël dus nie geaktiveer word nie.

Hierdie beswaar is niks anders as 'n drogredenasie nie. Indien 'n hof 'n twyfelagtige visentering en beslaglegging sanksioneer sodat getuienis wat uitgesluit moes gewees het toegelaat word, sal 'n beskuldigde niks swakker af wees as wat hy sonder 'n uitsluitingsreël sou gewees het nie.

- (dd) Deur ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit, kondoneer die hof onregmatige optrede van 'n beskuldigde of skeep die hof minstens die indruk in die oë van die gemeenskap dat hy dit kondoneer.<sup>91</sup> Die uitsluitingsreël skeep dus by die gemeenskap die indruk dat ernstige misdade nie deur die howe as ernstig beskou word nie.
- (ee) Die uitsluitingsreël moedig pleitbedinging (“plea bargaining”) aan in omstandighede waar aanvaarding van 'n pleit op 'n mindere aanklag, nie in die beste belang van die regspleging is nie. Indien 'n aanklaer bang is sy saak sal skipbreuk ly weens uitsluiting van getuienis, sal hy geneig wees om eerder 'n pleit van skuldig op 'n mindere aanklag te aanvaar as om die risiko te loop dat die beskuldigde op alle aanklagtes vrygespreek word.<sup>92</sup>
- (ff) Die ongrondwetlikheid van die polisie se optrede belet die hof nie om 'n billike en onpartydige uitspraak te gee nie.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 182.

<sup>92</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 63.

<sup>93</sup> Heydon (2) (1973) *Crim LR* 692.

(gg) Die uitsluitingsreël kan polisiebevelvoerders ontmoedig om alternatiewe maatreëls te implimenteer om polisie binne die perke van die Grondwet te laat optree.<sup>94</sup>

Baie van die argumente uiteengesit in (a) tot (gg) *supra*, is hoogs weselik vir `n stelsel wat van `n rigiede uitsluitingsreël gebruik maak, maar hou nie water in `n stelsel soos dié van Kanada en Suid-Afrika waar `n gekwalifiseerde uitsluitingsreël bestaan nie.

In die res van hierdie hoofstuk word aandag geskenk aan die ontwikkeling van `n gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie in die Engelse reg, `n ontwikkeling wat - soos in paragraaf 2.3 *infra* sal blyk – in Engeland in wetgewing gekulmineer het.

## 2.2 DIE ONTWIKKELING VAN `n UITSLUITINGSDISKRESIE<sup>95</sup>

Doelmatigheidsonthalwe sal die ontwikkeling van `n uitsluitingsdiskresie in die vroeë “common law” onder drie hoofde bespreek word, naamlik: (a) bekentenisse en erkennings; (b) getuienis verkry deur onregmatige visentering; en (c) ander getuienis as (a) en (b).

---

<sup>94</sup> Heydon en Ockelton *Evidence: Cases and Materials* 249.

<sup>95</sup> Omdat England nie `n formeel beregbare Handves soos Suid-Afrika, Kanada, Amerika of baie ander lande het nie, kan daar nie sprake van *ongrondwetlik*-verkreë getuienis in die Engelse reg wees nie. Die regsposisie in England is dus beperk tot onbillik- en onregmatig-verkreë getuienis en word tans gereël deur wetgewing. Sien par 2.3 *infra*. Die mate waarin die Engelse reg deur die Europese Konvensie vir die Regte van die mens beïnvloed word, word in par 4.3 bespreek.



## 2.2.1 BEKENTENISSE EN ERKENNING

In *Ibrahim v R*<sup>96</sup> het die hof die gemeenregtelike posisie met betrekking tot die toelaatbaarheid van bekentnisse en erkennings kristalhelder in die volgende woorde uiteengesit:

“It has long been established as a positive rule of English criminal law that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shown by the prosecution to have been a voluntary statement in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority. The principle is as old as Hale.”<sup>97</sup>

’n Hof het nie ’n diskresie om ’n bekentenis wat onvrywillig afgelê is, toe te laat nie - dit is ontoelaatbaar.<sup>98</sup> ’n Bekentenis verkry na verontagsaming van die regsreëls kon uitgesluit word selfs al is aan die vereiste van vrywilligheid voldoen.<sup>99</sup> ’n Diskresie is later geskep om ’n bekentenis uit te sluit selfs al is geen regsreël tydens die verkryging daarvan geskend of die bekentenis deur onbehoorlike beïnvloeding verkry nie. Sodanige uitsluiting kan geskied “considering the fairness of the use made by the police of their position in relation to the accused”.<sup>100</sup>

Reële getuienis ontdek as gevolg van ’n ontoelaatbare bekentenis of erkenning, is egter ’n perd van ’n ander kleur. Volgens Gotlieb<sup>101</sup> is die toelaatbaarheid van sulke getuienis in die gemenerereg uiters inkonsekwent behandel. Die skrywer lig vyf verskillende scenario’s uit waarin sulke

---

<sup>96</sup> 1914 AC 599 609.

<sup>97</sup> Sien ook Gotlieb “Confirmation by Subsequent Facts” (1956) 72 *Law QR* 209.

<sup>98</sup> Gotlieb (1956) 72 *Law QR* 209.

<sup>99</sup> Gotlieb (1956) 72 *Law QR* 224.

<sup>100</sup> Gotlieb (1956) 72 *Law QR* 224.

<sup>101</sup> (1956) 72 *Law QR* 217-223.

getuienis taamlik onsamehangend hanteer is, naamlik: (a) feitê ontdek as gevolg van 'n ontoelaatbare bekentenis was toelaatbaar mits geen getuienis in verband met die bekentenis aangebied is nie; (b) die feite en die feit dat hierdie feite ontdek is as gevolg van die ontoelaatbare bekentenis, is toelaatbaar; (c) sowel die feite as soveel van die bekentenis as wat verband hou met die feite, is toelaatbaar; (d) die feite en die hele bekentenis wat tot die ontdekking daarvan aanleiding gegee het, is toelaatbaar; en (e) die feite is net soos die bekentenis ontoelaatbaar.

In *R v Barker*<sup>102</sup> het die hof laasgenoemde reël gevolg. Barker het op belastingbedrog tereggestaan. 'n Verklaring in *Hansard* waarin die Minister van Finansies vrywaring van vervolging aangebied het aan persone wat in die verlede belasting ontduik het maar dan alle vorige belastingontduikings openbaar, is aan hom voorgehou. As gevolg daarvan het Barker vorige belastingontduikings openbaar. Hy is egter aangekla en skuldig bevind op grond van die inligting wat hy openbaar het. Op appèl het die hof met goedkeuring verwys na 'n passasie in *Archbold*<sup>103</sup> waarin verklaar word dat getuienis van enigiets wat ontdek of gevind is as gevolg van 'n ontoelaatbare bekentenis, toelaatbaar is. Die regter het dit egter nie as 'n Wet van die Mede en Perse beskou nie. Sy siening was dat daar wel sake mag wees waar sulke getuienis deur die howe toegelaat mag word, maar Barker het die inligting verskaf as gevolg van 'n belofte of onderneming wat aan hom gemaak is, naamlik dat openbaarmaking van belastingbedrog van die verlede, sy lei sal skoonmaak. Dit is analoog aan 'n bekentenis wat as gevolg van 'n belofte, misleiding of 'n dreigement gemaak is en is derhalwe ontoelaatbaar as getuienis teen hom.

---

<sup>102</sup> 1941 2 KB 381, 1941 3 All ER 33 CCA. Die beslissing in *Barker* is later deur a 105 van die *Taxes Management Act* ongedaan gemaak.

<sup>103</sup> *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (tans) 30e uitg (1997) 402.

Die kern van die beslissing is dat 'n regter 'n diskresie het om getuienis analoog aan 'n bekentenis, uit te sluit, indien die beskuldigde dit verskaf het as gevolg van 'n belofte, misleiding of dreigement.<sup>104</sup>

Gotlieb<sup>105</sup> se interpretasie van die *Barker*-beslissing is dat die hof 'n spesiale ontoelaatbaarheidsbeginsel geskep het vir gevalle waar toelating van die getuienis onder die omstandighede só onbillik teenoor die beskuldigde sal wees dat dit uitgesluit behoort te word. Gotlieb stel voor dat baie waarde aan die *Barker*-beslissing geheg word omdat dit (toe sy artikel geskryf is) die jongste beslissing oor die onderwerp was en omdat dit 'n uitspraak van die *Criminal Court of Appeal* is.<sup>106</sup>

In *R v Payne*<sup>107</sup> het die hof voortgebou op die *Barker*-beslissing en sy diskresie uitgeoefen. Getuienis analoog aan 'n bekentenis en verkry op grond van 'n slenter, is uitgesluit. Die beskuldigde was gearrester op 'n aanklag van bestuur van 'n voertuig terwyl hy onder die invloed van drank was. Hy wou nie toestem dat 'n dokter hom ondersoek om vas te stel of hy onder die invloed van drank was nie. Die polisie het hom egter die versekering gegee dat hy nie daarvoor ondersoek sou word nie, maar slegs om vas te stel of hy nie beseer was of aan 'n siekte ly nie. Daarvoor het hy toestemming gegee. Die dokter het hom toe ondersoek en by die verhoor getuig dat hy as gevolg van die beskuldigde se gedrag en ander waarnemings wat hy tydens die ondersoek gemaak het, tot die gevolgtrekking gekom het dat hy onbevoeg was om 'n voertuig te bestuur. Hy is skuldig bevind maar op appèl het die hof beslis dat die mediese getuienis

---

<sup>104</sup> *R v Barker supra*.

<sup>105</sup> (1956) 72 *Law QR* 222-223.

<sup>106</sup> 222.

<sup>107</sup> 1963 1 All ER 848, 1963 1 WLR 637.

verkry is op 'n wyse analoog aan 'n bekentenis verkry deur bedrog. As gevolg daarvan moes die regter sy uitsluitingsdiskresie uitgeoefen en die dokter se getuienis uitgesluit het.<sup>108</sup>

Samevattend kan dus gesê word dat 'n hof nie 'n diskresie gehad het om 'n bekentenis of erkenning wat onvrywillig gemaak is, toe te laat nie maar wel 'n diskresie om dit in sommige gevalle uit te sluit selfs al was daar aan die vereistes vir 'n toelaatbare bekentenis voldoen.

### 2.2.2 ONREGMATIGE VISENTERING

Die reël geformuleer in *R v Leatham*<sup>109</sup> was vir baie jare die alfa en die omega rakende die toelaatbaarheid van getuienis verkry as gevolg van 'n onregmatige of onbehoorlike visentering. Die eerste werklike aanslag daarteen het gekom in *Kuruma, Son of Kaniu v R*.<sup>110</sup> Kuruma het in Kenia (indertyd 'n Britse kolonie) tereggestaan op oortreding van regulasie 8A(1)(b) van Noodregulasies van 1952 deurdat hy onwettig twee rondtes ammunisie in sy besit gehad het. Die regulasies het bepaal dat 'n polisiebeampte met die rang van assistent-inspekteur of hoër, 'n persoon kon stop en visenteer indien hy vermoed het dat so 'n persoon moontlik getuienis wat die pleging van 'n misdryf ingevolge die regulasies kon bewys, op sy persoon kon hê. Kuruma is deur twee polisiebeamptes met laer range as assistent-inspekteur gevisenteer. Hulle het twee rondtes ammunisie in sy sak gevind. Hy is skuldig bevind en ter dood veroordeel. Hy het appèl na die Geheime Raad aangeteken. Voor die Geheime Raad is betoog dat die visentering onregmatig was omdat nie een van die twee polisiebeamptes bevoeg was om die beskuldigde te

---

<sup>108</sup> Sien ook *R v Court* 1962 *Crim LR* 697 CA.

<sup>109</sup> *Supra*.

<sup>110</sup> *Supra*.

visenteer nie. Die reële getuienis moes dus uitgesluit gewees het. Lord Goddard het beslis dat die toets vir toelaatbaarheid van getuienis, relevantheid is. Indien dit relevant is, is dit toelaatbaar en is dit nie die hof se saak hoe die getuienis verkry is nie. `n Regter het egter altyd `n diskresie om getuienis uit te sluit “if the strict rules of admissibility would operate unfairly against an accused.”<sup>111</sup> Hy het egter nie `n ope uitsluitingsreël geskep nie maar net die bestaande reël gekwalifiseer deur by te voeg dat getuienis ongetwyfeld ook uitgesluit mag word indien dit as gevolg van `n slenter verkry is.

Heydon<sup>112</sup> se interpretasie van die *Kuruma*-uitspraak is dat dit tot gevolg gehad het dat `n mens jouself kwalik `n situasie kan indink waar onregmatig-verkreë getuienis ooit uitgesluit sou kon word.

In *R v Sang*<sup>113</sup> het Lord Diplock die reeds eng interpretasie wat Lord Goddard in *Kuruma* aan die regterlike uitsluitingsdiskresie gegee het, nog verder ingekort deur te beslis dat sy diskresie beperk is tot slegs twee kategorieë getuienis, naamlik:

- (a) *toelaatbare getuienis waarvan die potensieel nadelige effek vir die beskuldigde swaarder weeg as die bewyswaarde daarvan.* Lord Scarman het egter bevind dat dit nie die volle omvang van die diskresie weerspieël nie. Die diskresie is beperk tot onbillike gebruik van getuienis tydens die verhoor, maar dit verleen nie aan die regter `n reg om die vervolging te belet om onregmatig-verkreë getuienis aan te bied nie;
- (b) *getuienis waarin die beskuldigde homself inkrimineer, verkry na die pleging van die*

---

<sup>111</sup> 239E.

<sup>112</sup> “Illegally Obtained Evidence” (1) (1973) *Crim LR* 603 607.

<sup>113</sup> 1979 2 All ER 1222 1228-1229. Sien ook Uglow *Evidence: Text and Materials* (1997) 96.

*misdaad en wat van so 'n aard is dat 'n hof dit sou kon uitgesluit het indien dit 'n bekentenis was.*

Die *Kuruma*-beginsel is in *Jeffrey v Black* gevolg.<sup>114</sup> Die beskuldigde was gearresteer op 'n aanklag van diefstal. Twee polisiebeamptes het hom na sy kamer geneem om dit vir gesteelde goedere te deursoek. Met hulle aankoms by die kamer, het hulle hom versoek om die deur oop te sluit. Hy het dit gedoen en hulle het die kamer binnegegaan en deursoek. In die kamer het hulle op dwelms afgekom. Die beskuldigde is toe ook van onwettige besit van die dwelms aangekla. Die verhoorhof het bevind dat die dwelms onregmatig verkry was en het die getuienis van die verkryging daarvan uitgesluit. Die vervolging het egter teen die beslissing geappelleer na die *Queen's Bench Division*. Die *Queen's Bench Division* het bevestig dat relevante getuienis nie vir 'n hof verbode is bloot omdat dit op 'n onreëlmatige wyse verkry is nie. Die hof het beklemtoon dat die toets vir toelaatbaarheid relevantheid is, maar dat alle regters wat strafsake in England verhoor, 'n algemene diskresie het om getuienis uit te sluit indien toelating daarvan vir die beskuldigde onbillik en onderdrukkend ("oppressive") sal wees. Hierdie beginsel geld egter net vir uiters buitengewone omstandighede. Die verhoorregter sou sy uitsluitingsdiskresie kon uitgeoefen en die getuienis uitgesluit het indien die polisie sonder toestemming van die bewoner op die perseel was toe hulle die goedere gevind het en hulle boonop óók nog aan swendelary skuldig gemaak het, iemand mislei het of die goedere verkry het as gevolg van druk, onbillikheid of moreel laakbare gedrag. Hulle betreding van die perseel sonder 'n visenteringslasbrief en sonder die beskuldigde se toestemming, was nie op sigself genoegsame gronde vir die hof *a quo* om sy uitsluitingsdiskresie te kon uitoefen nie. Die uitsluiting van die getuienis was dus onreëlmatig.

---

<sup>114</sup> 1978 1 All ER 555.

Met die *Sang*-beslissing en die beslissing in *Jeffrey v Black* het die *Queen's Bench* 'n regter se diskresie om getuienis uit te sluit, dus aansienlik ingekort.

### 2.2.3 ANDER GETUIENIS AS DIE GENOEM IN 2.2.1 EN 2.2.2

Getuienis wat veral onder hierdie hoof ter sprake kom, is soortgelyke feite, getuienis in verband met die beskuldigde se swak karakter en getuienis van lokvinke.

Oorspronklik het die gemenerereg nie 'n reël bevat dat onbehoorlik- of onregmatig-verkreë getuienis anders as bekentenisse en erkennings, uitgesluit moet word nie. 'n Regspreker het ook nie 'n diskresie gehad om sulke getuienis uit te sluit nie<sup>115</sup> – selfs nie eers indien dit verkry was op 'n wyse wat die verhoor onbillik sou maak of wat die regspleging in diskrediet sou bring nie.<sup>116</sup>

Na die *Leatham*-uitspraak het die Engelse reg vir 'n hele paar dekades gevolg gegee aan die beginsel dat relevante getuienis anders as bekentenisse en erkennings toelaatbaar is op welke wyse dit ookal bekom was. Volgens Mirfield<sup>117</sup> het twee ontwikkelinge egter dié uitspraak se lig laat verflou. Die eerste was die veranderde siening in verband met die rasionaal vir die ontoelaatbaarheid van bekentenisse wat onvrywillig gemaak is; en die tweede was die uitspraak in *R v Christie*.<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Sheppard *Evidence* (1988) par 965; Mirfield *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* (1997) 109.

<sup>116</sup> *R v Leatham supra* 501.

<sup>117</sup> "The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1988) 30 *Crim LQ* 434 435.

<sup>118</sup> 1914 AC 545.

Aanvanklik is die standpunt gehuldig dat 'n bekentenis wat onvrywillig gemaak is, ontoelaatbaar is as gevolg van moontlike onbetroubaarheid. Die besef het egter mettertyd by regsfilosowe en regslui posgevat dat onbetroubaarheid nie die werklike rasionaal is nie, maar wel die feit dat die bekentenis afgelê is as gevolg van die skending van 'n beskuldigde se swygreg.

Mirfield se verwysing na *R v Christie* as die tweede rede, is aanvegbaar. Die aanvaarding van die *Criminal Evidence Act* van 1898 is 'n sterker moontlikheid, want *Christie* is eers sestien jaar nadat die *Criminal Evidence Act* uitgevaardig is, beslis. Reeds in 1913 is in *R v Watson*<sup>119</sup> bevind dat 'n hof 'n diskresie<sup>120</sup> het om selfs toelaatbare getuienis van die beskuldigde se swak karakter uit te sluit, indien die nadeel daarvan vir die beskuldigde waarskynlik groter sal wees as die bewyswaarde vir die vervolging. In *Selvey v Director of Public Prosecutions*<sup>121</sup> het al vyf regters die howe se uitsluitingsbevoegdheid basies gegooi oor die boeg van 'n hof se inherente bevoegdheid om te verseker dat 'n beskuldigde 'n billike verhoor kry. Lord Pearce het onder andere gesteun op 'n passasie in die uitspraak van Lord Simon in *Harris v Director of Public Prosecutions*<sup>122</sup> waarin dit as 'n vereiste gestel is dat 'n regter wat 'n strafsak verhoor, moet toesien dat reg en geregtigheid geskied eerder as om hom blind te staar teen tegniese reëls indien die streng toepassing daarvan onbillikheid vir die beskuldigde tot gevolg sal hê.<sup>123</sup> Lord Guest was egter van mening dat die bevoegdheid uit die *Criminal Evidence Act* van 1898 ontstaan het

<sup>119</sup> (1913) 8 Cr App R 249. (Die beslissing is dus die jaar voor *R v Christie* gerapporteer.)

<sup>120</sup> In *R v Therens* [1985] 13 CRR 193 224 18 CCC (3d) 481; 18 DLR (4<sup>th</sup>) 655; 45 C R (3d) 97 (SCC) is 'n diskresie soos volg gedefinieer: "A discretion exists where there is a choice to do one thing or another, not merely because what is involved is the application of a flexible standard."

<sup>121</sup> 1968 2 All ER 497. Die saak het nie oor die toelaatbaarheid van getuienis wat die vervolging wou aanbied, gehandel nie, maar oor die toelaatbaarheid van kruisverhoor van die beskuldigde op grond van sy vorige veroordelings omdat hy die klaer se karakter aangeval het.

<sup>122</sup> 1952 1 All ER 1044 1048; [1952] AC 694 707.

<sup>123</sup> 527H-528A.



en die eerste keer in *R v Watson*<sup>124</sup> uitgeoefen is.<sup>125</sup>

Vanaf ongeveer die middel van die sewentiende eeu was 'n beskuldigde as onbevoeg beskou om in sy eie verdediging te getuig. Artikel 1 van die *Criminal Evidence Act* van 1898 het egter vir hom die reg geskep om na keuse in sy eie verdediging te getuig.<sup>126</sup> Daarbenewens het artikel (1)(f) van hierdie Wet bepaal:

“A person charged and called as a witness in pursuance of this Act shall not be asked, and if asked shall not be required to answer, any question tending to show that he has committed or been convicted of or been charged with any offence other than that wherewith he is then charged, or is of bad character, unless

- (i) the proof that he has committed or been convicted of such other offence is admissible evidence to show that he is guilty of the offence wherewith he is then charged; or
- (ii) he has personally or by his advocate asked questions of the witnesses for the prosecution with a view to establish his own good character, or has given evidence of his good character, or the nature or conduct of the defence is such as to involve imputations on the character of the prosecutor or the witnesses for the prosecution; or
- (iii) he has given evidence against any other person charged with the same offence.”

In *R v Christie*<sup>127</sup> het Lord Moulton daarop gewys dat in die praktyk 'n gesonde gebruik ontwikkel het, wat so konstant gevolg word dat dit amper al die vorm van 'n regsreël aangeneem het, naamlik dat getuienis wat relevant is maar waarvan die nadeel vir die beskuldigde die bewyswaarde oortref, nie toegelaat word nie. Dié gebruik het ontstaan uit die beginsel dat 'n beskuldigde geregtig is op 'n billike verhoor.

---

<sup>124</sup> *Supra.*

<sup>125</sup> 519H-520A.

<sup>126</sup> Easton *The Right to Silence* (1991) 6.

<sup>127</sup> *Supra.*

Ook in *Harris v Director of Public Prosecutions*<sup>128</sup> is 'n hof se diskresie om getuienis uit te sluit, erken maar beperk tot gevalle waar die nadeel vir die beskuldigde as gevolg van toelating van die getuienis, buite verhouding tot die bewyswaarde sou wees. In *Callis v Gunn*<sup>129</sup> is die diskresie so effens gerek deurdat beslis is dat getuienis ook uitgesluit kan word indien dit verkry was as gevolg van 'n valse voorstelling, dreigemente of omkoperij.

*Selvey v Director of Public Prosecutions*<sup>130</sup> het ook oor die toelaatbaarheid van getuienis in verband met die beskuldigde se swak karakter gegaan. Al vyf regters was *ad idem* dat 'n hof wel 'n diskresie het om getuienis uit te sluit en al vyf het hulle beslissing in 'n mindere of meerdere mate op billikheid teenoor die beskuldigde gegrond. Met 'n beroep op *R v Jenkins*<sup>131</sup> het Viscount Dilhorne die diskresie oor die boeg van 'n billike verhoor gegooi. Lord Hodson het dit weer oor die boeg van "fairness" gegooi. Volgens Lord Guest het die diskresie ontstaan uit 'n regter se inherente bevoegdheid om die verrigtinge te beheer en toe te sien dat reg en billikheid teenoor die beskuldigde geskied. Volgens beide Lord Wilberforce en Lord Pearce het die diskresie ontstaan as gevolg van 'n hof se inherente bevoegdheid om toe te sien dat 'n beskuldigde 'n billike verhoor kry.

In *R v Sang*<sup>132</sup> het die beskuldigde tereg gestaan op 'n aanklag van sameswering om vervalste Amerikaanse banknote te verhandel. Hy het onskuldig gepleit. Sy verweer was dat hy deur 'n lokvink, wat in opdrag van die polisie opgetree het, oorgehaal was om die misdryf te pleeg. Hy

---

<sup>128</sup> *Supra.*

<sup>129</sup> 1963 3 All ER 677 681.

<sup>130</sup> *Supra.*

<sup>131</sup> 1945 31 Cr App Rep 1 15.

<sup>132</sup> *Supra.*

het betoog dat 'n regter 'n wye diskresie het om getuienis wat op 'n onbillike wyse verkry is, uit te sluit. Omdat hy deur die lokvink, wat 'n verteenwoordiger van die owerheid is, aangehits was om die misdryf te pleeg, is daar betoog dat die getuienis op 'n onbillike wyse verkry was. Die verdediging het die hof versoek om sy diskresie uit te oefen en die getuienis van die lokvink uit te sluit omdat die beskuldigde nie die misdaad sou gepleeg het indien hy nie deur die lokvink oorgehaal was om dit te doen nie.

Die verhoorhof het bevind dat hy nie 'n diskresie het om die getuienis uit te sluit nie en het Sang skuldig bevind. Sang het teen dié bevinding geappelleer na die *Court of Appeal, Criminal Division*. Maar sy appèl is van die hand gewys. Daarna het hy na die *House of Lords* geappelleer, maar ook dáár is die appèl van die hand gewys. Lord Diplock het beslis dat 'n regter 'n diskresie het om getuienis, anders as 'n bekentenis, uit te sluit indien die bewyswaarde daarvan oorskadu word deur die nadelige effek wat toelating daarvan vir die beskuldigde mag inhou. Lord Diplock het daarop gewys dat 'n regter 'n diskresie het om getuienis uit te sluit indien dit op 'n onbillike wyse verkry is of verkry is as gevolg van 'n slenter of druk wat op die beskuldigde geplaas is. Geeneen daarvan brei egter die uitsluitingsdiskresie verder uit as die twee gronde vermeld in *Kuruma* nie, naamlik (1) indien die nadeel vir die beskuldigde die bewyswaarde oortref; en (2) indien die getuienis gelykstaande is aan 'n verklaring wat 'n beskuldigde ná die pleging van die misdaad afgelê het en waarin hy homself inkrimineer en wat deur die regter uitgesluit sou gewees het indien dit 'n bekentenis was. Alhoewel 'n regter moet toesien dat 'n beskuldigde 'n billike verhoor kry, is dit nie sy plig om die polisie in die bek te ruk oor die wyse waarop hulle getuienis verkry het nie. Hy mag dit nie uitsluit bloot omdat hy nie hou van die wyse waarop dit verkry is nie.

Lord Diplock het die kern van die uitsluitingsdiskresie soos volg saamgevat:

“What the judge at the trial is concerned with is not how the evidence sought to be adduced by the prosecution has been obtained but with how it is used by the prosecution at the trial.”<sup>133</sup>

Die feit dat polisiebeamptes persoonlik aanspreeklik gehou kan word en dat hulle as betreders (“trespassers”) gestraf kan word of intern deur hulle seniors gedissiplineer kan word vir onregmatige optrede tydens uitvoering van hulle pligte, is as afdoende teenvoeter vir onregmatige polisieoptrede beskou. `n Polisiebeampte wat skuldig bevind word, kan gestraf word met `n boete, salarisvermindering, verplasing of ontslag uit die polisiemag.<sup>134</sup>

### 2.3 DIE STATUTÊRE POSISIE IN ENGLAND

As gevolg van kommer oor magismisbruik deur die polisie teenoor gearresterdes onder hulle beheer, is die *Royal Commission on Criminal Procedure*<sup>135</sup> in 1978 aangestel om die wenslikheid van veranderings aan die strafproses- en bewysreg te ondersoek. Die kommissie se verslag is in 1981 beskikbaar gestel. Dit het aanleiding gegee tot die aanvaarding van die *Police and Criminal Evidence Act* van 1984<sup>136</sup> waarin heelwat van die kommissie se aanbevelings opgeneem is.<sup>137</sup> Artikels 78 en 82(3) van PACE verleen aan die howe `n statutêre uitsluitingsdiskresie.

Artikel 78 van PACE bepaal:

“(1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an

<sup>133</sup> Sien ook die uitspraak van Viscount Dilhorne op 1234f en dié van Lord Scarman op 1243g.

<sup>134</sup> Shanks “Comment: Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and Its Alternatives” (1983) *Tulane LR* 648 663.

<sup>135</sup> Die “Philips Royal Commission” genoem.

<sup>136</sup> Algemeen na verwys as “PACE” (en hierna ook so genoem).

<sup>137</sup> Easton *The Right to Silence* 22-23.

adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.

- (2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requiring a court to exclude evidence.”

Artikel 82(3) van PACE bepaal:

“Nothing in this Part of this Act shall prejudice any power of a court to exclude evidence (whether by preventing questions from being put or otherwise) at its discretion.”

Met `n beroep op Feldman<sup>138</sup> verklaar Bradley<sup>139</sup> dat artikel 82(3) `n hof se gemeenregtelike diskresie om getuienis uit te sluit indien die bewyswaarde daarvan oorskadu word deur die nadelige effek wat dit vir die beskuldigde kan inhou, behou het.

Die Engelse howe het aanvanklik van mekaar verskil oor die effek van artikel 78 op die howe se gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie. In *R v Mason*<sup>140</sup> is dit beskryf as slegs `n bevestiging van `n regter se gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie<sup>141</sup> terwyl dit in *R v Fulling*<sup>142</sup> beskryf is as kodifiserende wetgewing. In laasgenoemde saak is dit duidelik gestel dat `n hof homself nie by die uitleg van die artikel moet blindstaar teen beginsels wat voor “kodifikasie” gegeld het nie.

Artikel 78 plaas nie `n verpligting op `n hof om getuienis, ingesamel ná verontagsaming van voorgeskrewe prosedures, uit te sluit nie. Dit verleen aan die hof `n diskresie om dit óf uit te

---

<sup>138</sup> “Regulating Treatment of Suspects in Police Stations: Judicial Interpretation of Detention Provisions in the Police and Criminal Evidence Act 1984” (1990) *Crim LR* 452 463.

<sup>139</sup> “The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules” (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 171 187.

<sup>140</sup> 1987 3 All ER 481 484f.

<sup>141</sup> Zander *The Police & Criminal Evidence Act, 1984* 3e uitg (1995) 235 bevraagteken egter dié stelling. Sien ook Grevling “Fairness and the Exclusion of Evidence Under Section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act” (1997) 113 *Law QR* 667 672.

<sup>142</sup> 1987 2 All ER 65 69c.

sluit óf toe te laat.<sup>143</sup> Die diskresie is minstens net so wyd as die gemeenregtelike diskresie.<sup>144</sup> Die artikel plaas ook nie 'n bewyslas op óf die beskuldigde óf die vervolging nie. Die verdediging hoef nie te bewys dat toelating van die getuienis 'n nadelige effek op die regspleging sal hê nie maar hoef slegs die moontlikheid te opper. Insgelyks hoef die vervolging ook nie te bewys dat die verrigtinge nie onbillik is nie. Die aangeleentheid is geheel en al in die hof se diskresie.<sup>145</sup> Die hof kan selfs *mero moto* besluit om die getuienis uit te sluit. Indien die verdediging beswaar teen toelating van die getuienis wil opper, moet dit gedoen word voordat die getuie getuig.<sup>146</sup>

Die regter se diskresie om getuienis ingevolge artikel 78 uit te sluit, is nie meer beperk tot omstandighede rondom die verhoor self nie. In *R v King's Lynn Magistrates, ex p Holland*<sup>147</sup> is beslis dat die regter al die omstandighede, insluitende dié waaronder die getuienis ingesamel is,<sup>148</sup> in aanmerking moet neem wanneer hy besluit of hy sy uitsluitingsdiskresie behoort uit te oefen.

---

<sup>143</sup> Grevling (1997) 113 *Law QR* 680. Sien ook *R v Walsh* 1990 91 Cr App R 161 163 waar die posisie soos volg uiteengesit is: "This does not mean, of course, that in every case of a significant or substantial breach of section 58 or the Codes of Practice the evidence concerned will automatically be excluded. Section 78 does not so provide. The task of the court is not merely to consider whether there would be an adverse effect on the fairness of the proceedings but such an adverse effect that justice requires the evidence to be excluded." Sien ook oor die algemeen die volgende: Tapper *Cross & Tapper on Evidence* 8e uitg (1995) 536-540; Uglow *Evidence: Text and Materials* 101-110; Zuckerman *The Principles of Criminal Evidence* (1989) 352-354; Smith *Criminal Evidence* (1995) 191-196; Murphy *Murphy on Evidence* 6e uitg (1997) 88-90; Keane *The Modern Law of Evidence* 41-42; Templeman (red) *Evidence Textbook* (1997) 265-277; Allen *Practical Guide to Evidence* (1998) 218-220.

<sup>144</sup> *R v Khan* 1996 3 All ER 289 298f.

<sup>145</sup> *Vel v Owen* 1987 *Crim LR* 496; May *Criminal Evidence* 2e uitg (1990) 231.

<sup>146</sup> May "Fair Play at Trial: an Interim Assessment of Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act" (1988) *Crim LR* 722 724; *R v Sat-Bhambra* 1989 88 Cr App R 55. May *Criminal Evidence* 241 verklaar soos volg: "Accordingly, once the evidence has been given, it is too late: section 78(1) ceases to have effect. However, no such limitations applies at common law. It would therefore appear that in an appropriate case the court may in its discretion preserved by section 78(2) and section 82(3), rule that evidence already given should be disregarded and direct the jury accordingly; or discharge them if that is the only way to prevent injustice."

<sup>147</sup> 1993 2 All ER 377 379j.

<sup>148</sup> Sien *R v Smurthwaite* 1994 1 All ER 898 902h.

Hy moet ook oorweeg of toelating van die getuienis 'n effek op die billikheid van die verrigtinge as 'n geheel sal hê.<sup>149</sup> 'n Belangrike oorweging in hierdie verband, is die bewyswaarde van die getuienis teenoor die nadelige effek wat toelating daarvan op die beskuldigde kan hê. 'n Skending van 'n regsreël tydens insameling van die getuienis, mag in aanmerking geneem word om te bepaal of toelating van die getuienis 'n effek op die billikheid van die verrigtinge sal hê maar dit sal nie *per se* tot onbillikheid van die verrigtinge lei nie.<sup>150</sup> Getuienis ontdek as gevolg van 'n onregmatige visentering sal nie outomaties uitgesluit word nie. Die uitgangspunt is dat getuienis *prima facie* toelaatbaar is onderhewig aan die hof se algemene uitsluitingsdiskresie ingevolge artikel 78.<sup>151</sup>

Grevling<sup>152</sup> identifiseer drie kategorieë van onregmatig-verkreë getuienis wat onbillikheid kan veroorsaak indien toegelaat, naamlik:

- (a) *Getuienis wat nie sou bestaan het indien dit nie vir die onregmatige of onbehoorlike optrede van die polisie was nie.* Bekentnisse en erkennings is voorbeelde hiervan. Indien dit waarskynlik nie sou bestaan het as dit nie vir die onregmatige of onbehoorlike optrede van die polisie was nie, sal dit in die reël uitgesluit word. Getuienis verkry deur meeluistering, is 'n uitsondering op hierdie reël.
- (b) *Getuienis verkry onder omstandighede wat sal veroorsaak dat die beskuldigde in sy*

---

<sup>149</sup> Volgens Grevling (1997) 113 *Law QR* 680 behels die toets dat vasgestel moet word of toelating van die getuienis 'n nadelige effek op die billikheid van die verhoor sal hê.

<sup>150</sup> *R v Kahn supra* 301h-j; Grevling (1997) 113 *Law QR* 675.

<sup>151</sup> Dennis "Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege Against Self-Incrimination" (1995) *Cambridge LJ* 342 359-360.

<sup>152</sup> (1997) 113 *Law QR* 677-679.

*verdediging benadeel word indien dit toegelaat word.* `n Voorbeeld hiervan is indien `n polisiebeampte versuim om tydens `n onderhoud wat hy met `n beskuldigde voer, `n lopende aantekening van die onderhoud te maak soos vereis deur die Praktykskode wat aanvullend tot PACE geld. Die versuim om die aantekening te hou, het tot gevolg dat die verdediging nie die korrektheid van `n verklaring wat die polisie aan die beskuldigde toedig, kan verifieer nie. In *R v Keenan*<sup>153</sup> is betoog dat die beskuldigde in so `n geval nog steeds `n remedie het want hy kan getuienis aflê en die polisiebeampte se getuienis betwis. Die hof het egter beslis dat dit kan inbreuk maak op sy swygreg want hy word daardeur verplig om getuienis af te lê.

- (c) *Getuienis verkry onder omstandighede wat `n vraagteken agter die betroubaarheid daarvan kan plaas.* Grevling<sup>154</sup> noem weer die voorbeeld van `n polisiebeampte wat versuim om ingevolge die Praktykskode `n akkurate aantekening van `n onderhoud wat hy met die beskuldigde gevoer het, te maak. `n Hof behoort `n vraagteken te plaas agter die betroubaarheid van die aantekening en dit uit te sluit.

Die kriterium vir onbillikheid ingevolge PACE is dieselfde as onder die gemenerereg.<sup>155</sup> May<sup>156</sup> beveel aan dat die hof sy beslissing of hy sy diskresie om getuienis toe te laat of uit te sluit, gaan uitoefen, in twee stadia moet oorweeg, naamlik: (i) die hof oorweeg eers alle tersaaklike omstandighede, insluitende dié waaronder die getuienis verkry is; (ii) daarna besluit die hof of toelating van die getuienis so `n nadelige uitwerking op die billikheid van die verhoor sal hê, dat

---

<sup>153</sup> 1989 3 All ER 598 606f-g.

<sup>154</sup> (1997) 113 *Law QR* 679.

<sup>155</sup> *R v Christou* 1992 4 All ER 559 564e.

<sup>156</sup> (1988) *Crim LR* 725.



dit uitgesluit behoort te word.<sup>157</sup>

Indien toelating van die getuienis die verhoor onbillik sal maak, behoort die hof dit uit te sluit. Die regter moet besluit watter faktore hy in aanmerking gaan neem en of dit voldoende is om uitsluiting van die getuienis te regverdig. May identifiseer twee kategorieë van faktore wat in hierdie verband in aanmerking geneem behoort te word, naamlik:

- (a) *faktore in die prosedure wat aanleiding gee tot onbillikheid.* `n Voorbeeld hiervan is getuienis waarvan die bewyswaarde gering is in verhouding tot die nadelige effek wat dit vir die beskuldigde mag inhou, soos getuienis van sy swak karakter, verlede of inbors. Dit mag toelaatbaar wees maar kan ook onbillik teenoor hom wees. Getuienis dat `n beskuldigde by `n polisiestasie was, kan `n jurie byvoorbeeld die afleiding laat maak dat hy van swak karakter is. Die wyse waarop die getuienis verkry is, speel in hierdie kategorie glad nie `n rol in die regspreker se beslissing nie. Hy moet op die getuienis *per se* beslis of toelating daarvan só `n nadelige invloed op die billikheid van die verhoor sal hê, dat dit uitgesluit behoort te word.
- (b) *faktore wat `n rol gespeel het by die insameling van die getuienis en onbillikheid tot gevolg mag hê indien dit toegelaat sou word.* Die skrywer haal die volgende voorbeelde aan:
- (i) *Getuienis in verband met die behandeling wat die beskuldigde van die polisie ontvang het terwyl hy onder hulle beheer was.* `n Faktor wat in hierdie verband `n rol sal speel, is besondere eienskappe van die beskuldigde soos sy jeug,

---

<sup>157</sup> Die skrywer steun op *R v O'Leary* "The Times" 18 Mei 1988.

geestestoestand, psigiese gestremdheid en ondervinding van polisie-ondervraging;

- (ii) *Die optrede en gedrag van die polisie.* `n Faktor van wesenlike belang, is of hulle *bona fide* of *mala fide* opgetree het. *Bona fide* optrede sal `n belangrike faktor ten gunste van toelating wees en *mala fide* optrede sal `n belangrike grond vir uitoefening van die hof se uitsluitingsdiskresie wees.<sup>158</sup>

Daar bestaan `n hele reeks nuttige beslissings oor die uitleg van artikel 78 van PACE. Die beslissings wat in die res van hierdie hoofstuk bespreek word, verteenwoordig `n seleksie van die mees rigtinggewende beslissings:

- (1) In *Williams v Director of Public Prosecutions*<sup>159</sup> het die polisie in `n misdaadvoorkomingsoperasie `n ongemerkte voertuig vol leë sigaretkartonne in `n straat parkeer en dit onder observasie gehou. Inbrake in voertuie en diefstal van goedere uit voertuie het in daardie omgewing hoogty gevier. Die bedoeling was dat potensiële dieewe moet dink dat dit kartonne vol sigarette is en dan daarvan steel. Die beskuldigdes het die voertuig genader en van die kartonne verwyder om dit te “steel.” Hulle is egter gearresteer en aangekla. By die verhoor het die verdediging betoog dat die getuienis van die polisie óf ingevolge artikel 78 óf ingevolge die gemenerereg uitgesluit moes word omdat die beskuldigdes onbillik uitgelok was om die misdryf te pleeg. Die *Queen's Bench Division* was egter nie te vinde vir so `n argument nie. Die hof het bevind dat die

<sup>158</sup> 726-727. Sien Van der Merwe (1998) 11 *SACJ* 462 vir `n bespreking van die rol wat die polisie se *bona fides* of *mala fides* behoort te speel in die interpretasie van a 35(5) van die Suid-Afrikaanse Grondwet.

<sup>159</sup> 1993 3 All ER 365.

polisie die beskuldigdes nie gedwing, aangemoedig, aangespoor of oorgehaal het om die misdryf te pleeg nie. Hulle het nie die misdryf as gevolg van 'n slenter van die polisie gepleeg nie, maar omdat hulle wou steel. Toelating van die getuienis sou dus nie 'n nadelige effek op die billikheid van die verrigtinge hê nie.

- (2) In *R v Christou*<sup>160</sup> het die polisie, in 'n poging om dieve en inbrekers te vang, 'n besigheid oopgemaak wat tweedehandse goedere koop. Die besigheid was beman deur twee polisiebeamptes. Wanneer verkopers opgedaag het om hulle produkte te verkoop, het die twee "kopers" die vrae wat 'n koper van gesteelde goedere sou vra, aan hulle gestel ten einde genoeg inligting in verband met die herkoms van die goedere te kon bekom. Alle transaksies was op kamera en op band opgeneem. Die verhoorhof het die "kopers" se getuienis toegelaat. Hierdie bevinding is op appèl bevestig. Die hof van appèl se standpunt was dat die verkopers nie in hegtenis was nie en hoewel die getuienis deur middel van 'n slenter verkry is, was die verkopers nie mislei om iets te doen wat hulle sonder die misleiding nie sou gedoen het nie. Die hof het die beskuldigdes se posisie besonder treffend opgesom in die volgende woorde:

"[T]he trick was not applied to the appellants; they voluntarily applied themselves to the trick."<sup>161</sup>

Volgens Dennis<sup>162</sup> lê die verskil tussen hierdie soort polisieoptrede en 'n lokval wat 'n onbillike verhoor tot gevolg sal hê, in die kousale verband. Getuienis van 'n lokval sal uitgesluit word indien die polisie iemand uitlok om 'n misdaad te pleeg wat hy nie sou gepleeg het indien dit nie vir hulle optrede was nie. Indien die polisie se optrede egter

---

<sup>160</sup> *Supra*.

<sup>161</sup> 564*h*.

<sup>162</sup> (1995) *Cambridge LJ* 365.

maar net 'n skakel is in 'n veel wyer netwerk, sal dit nie die verrigtinge onbillik maak nie al het die polisie die skakel verskaf.

- (3) In *R v Bailey*<sup>163</sup> het die beskuldigdes na hulle arrestasie op 'n aanklag van roof, besluit om hulle swygreg uit te oefen. Hulle is toe hof toe geneem waar die saak vir die hou van 'n uitkenningsparade uitgestel is. Terwyl hulle by die hof was, was 'n meeluisterapparaat geplaas in 'n sel waarin hulle aangehou sou word. Die doel daarvan was om hulle gesprekke te monitor met die oog op moontlike erkennings. Die beskuldigdes was toe in die betrokke sel geplaas onder die voorwendsel dat dit 'n opdrag van 'n offisier was. In die sel het hulle die rooftog met mekaar bespreek en hulleself tydens die bespreking geïnkrimineer. Die hele gesprek was op band opgeneem. Tydens hulle verhoor het die verdediging betoog dat die getuienis van die opgeneemde gesprek ingevolge artikel 78 uitgesluit moes word. Dié betoog is egter verwerp. Op appèl is die verhoorhof se beslissing goedgekeur. Die *Court of Appeals, Criminal Division*, het beslis dat die polisie nie vals inligting aan die beskuldigdes gegee en die getuienis as gevolg van 'n truuk verkry het nie. Dit is ook nie deur druk verkry nie en die bekentnisse is nie ontoelaatbaar nie. Daar was ook nie 'n plig op die polisie om die beskuldigdes oor die meeluisterapparaat in te lig nie. Die hof het onderskei tussen verkryging van getuienis deur ondervraging en verkryging daarvan deur 'n geheime operasie. Omdat dit verkry is deur 'n geheime operasie, is toelating daarvan nie onbillik nie.<sup>164</sup>

- (4) In *Director of Public Prosecutions v Marshall*<sup>165</sup> het die verhoorhof getuienis van

---

<sup>163</sup> 1993 3 All ER 513.

<sup>164</sup> Sien ook *R v Christou supra*; *R v Khan supra*.

<sup>165</sup> 1988 3 All ER 683.

polisiebeamptes wat as lokvinke drank van die beskuldigde, 'n dranksmokkelaar, gekoop het, uitgesluit. Op appèl (deur die vervolging) is ten behoeve van die beskuldigde betoog dat die polisie die beskuldigde mislei het deur nie aan hom te openbaar dat hulle polisiebeamptes was nie. Die hof het egter beslis dat hulle versuim om hom in te lig dat hulle polisiebeamptes is, nie op misleiding neerkom nie en dat toelating van die getuienis nie 'n invloed op die billikheid van die verhoor kon hê nie.

- (5) In *R v Alladice*<sup>166</sup> het die polisie die beskuldigde toegang tot sy regsverteenvoerder ontsê. Hy wou sy regsverteenvoerder egter nie teenwoordig gehad het om hom van advies te bedien nie want hy het sy regte geken. Die beskuldigde wou slegs dat sy regsverteenvoerder die optrede van die polisie monitor. Terwyl hy in aanhouding was, het hy 'n verklaring aan die polisie gemaak. Die hof het die verklaring toegelaat omdat dit onder die omstandighede nie die billikheid van die verrigtinge nadelig kon beïnvloed het nie. Daar was afstanddoening.
- (6) Video- en bandopnames gemaak tydens lokvalle word geredelik deur die howe as getuienis toegelaat. Die howe se standpunt is dat getuienis om ernstige misdade (soos handel in dwelms en poging om kontrakmoord te pleeg) te bewys, nie deur normale ondersoekmetodes ingesamel kan word nie. Omdat hierdie tipe misdade ernstige probleme in die gemeenskap veroorsaak, het die gemeenskap 'n besondere belang daarin dat hierdie oortreders skuldig bevind en gestraf word. Die howe is ook geneig om meer simpatiek te staan teenoor die polisie wanneer hulle hulle skuldig maak aan wangedrag as teenoor persone wat misdaad pleeg.<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> "The Times" 11 Mei 1988 soos aangehaal deur May (1988) *Crim LR* 728 n 28.

<sup>167</sup> Grevling (1997) 113 *Law QR* 681-682.

- (7) Die verskaffing van reële getuienis afkomstig van 'n beskuldigde se liggaam (soos liggaamsvloeistowwe, hare of 'n artikel wat aan of in die liggaam versteek is) word nie as 'n bekentenis beskou nie.<sup>168</sup> In *R v Apicella*<sup>169</sup> was die beskuldigde aangekla van drie aanklagtes van ontvoering en verkragting. Al drie slagoffers was na die verkragting met 'n rare vorm van gonoree besmet. Na die beskuldigde se arrestasie het hy op advies van sy regsvertegenwoordiger geweier om hom medies te laat ondersoek. Terwyl hy verhoorafwagting in aanhouding was, is hy deur 'n beampte van die gevangenis meegedeel dat hy verplig was om hom medies te laat ondersoek. Tydens die ondersoek het 'n konsultant-geneesheer, op versoek van die gevangenis dokter, 'n monster liggaamsvloeistof van die beskuldigde geneem. 'n Ontleding daarvan het aangedui dat hy aan dieselfde vorm van gonoree as die drie slagoffers ly. Op appél is beslis dat getuienis aangaande die beskuldigde se siekte soos vasgestel deur middel van die liggaamsmonster, om twee redes toelaatbaar is: (a) die reëls van toepassing op die toelaatbaarheid van bekentnisse is nie van toepassing op reële getuienis nie; en (b) daar is geen regsreël wat bepaal dat getuienis aangaande enigiets wat van 'n beskuldigde geneem is sonder sy toestemming (soos liggaamsvloeistowwe, hare, of enigiets wat in die liggaam versteek is) nie deur 'n hof toegelaat mag word nie.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Gelowitz "Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984: Middle Ground or No Man's Land" (1990) 106 *Law QR* 327 338.

<sup>169</sup> 1985 82 Cr App R 295.

<sup>170</sup> Die *Apicella*-beslissing is oënskynlik teenstrydig met die *Payne*-beslissing *supra*. Volgens Gelowitz (1990) 106 *Law QR* 338 kan die teenstrydigheid op twee moontlike gronde verklaar word nl (1) *Apicella* het nie, soos *Payne*, die liggaamsstowwe as gevolg van 'n wanvoorstelling verskaf nie. (Dit skep egter weer 'n ander probleem nl dat die verskaffing daarvan dan deur dwang gemotiveer is); en (2) die polisie het *Payne* verseker dat die dokter hom nie sal ondersoek met die oog op verkryging van getuienis vir doeleindes van sy verhoor nie. Deur estoppel was die vervolging dus verhoed om die getuienis van die dokter teen hom te gebruik.

- (8) Die feit dat die polisie sonder bese motiewe opgetree het, sal nie noodwendig toelating van die getuienis tot gevolg hê nie. In *R v Samuel*<sup>171</sup> het die polisie die beskuldigde se regsverteenvoorder toegang tot sy kliënt ontsê. Die beskuldigde het daarna 'n bekentenis afgelê. Die hof het die standpunt ingeneem dat hy waarskynlik nie 'n inkriminerende verklaring sou afgelê het indien hy eers die geleentheid gehad om met sy regsverteenvoorder te kon beraadslaag het nie. Om hierdie rede het die hof die bekentenis ingevolge artikel 78 uitgesluit. Die hof het die vervolging se submissie dat 'n hof nie sy uitsluitingsdiskresie behoort uit te oefen nie tensy die polisie met bese motiewe opgetree het, verwerp.<sup>172</sup>

*Mala fides* aan die kant van die polisie sal feitlik verseker uitsluiting van getuienis tot gevolg hê.<sup>173</sup> Die volgende vier beslissings bevestig hierdie standpunt:

- (i) In *Jit Singh Matto v Director of Public Prosecutions*<sup>174</sup> het die polisie hul bevoegdhede oorskry en die beskuldigde *mala fide* versoek om hom aan 'n asemtoets te onderwerp. Die hof het sy diskresie uitgeoefen en die getuienis uitgesluit.
- (ii) In *R v Mason*<sup>175</sup> het die beskuldigde tereggestaan op 'n aanklag van brandstigting. Die polisie het valslik aan hom en sy prokureur vertel dat sy vingerafdrukke op 'n bottel, wat gebruik is om die brand te stig, gevind is. As gevolg daarvan het hy op advies van sy

---

<sup>171</sup> 1988 2 All ER 135.

<sup>172</sup> Sien ook Grevling (1997) 113 *Law QR* 676.

<sup>173</sup> *R v Mason supra*. Sien ook Keane *The Modern Law of Evidence* 54.

<sup>174</sup> 1987 *Crim LR* 641.

<sup>175</sup> *Supra*.

prokureur, afstand gedoen van sy swygreg en vrae van die polisie beantwoord. In die proses het hy 'n bekentenis gemaak. Die verhoorhof het die bekentenis toegelaat en hy is skuldig bevind. Op appèl is beslis dat die polisie die beskuldigde en sy prokureur bedrieg het en dat die bekentenis gevolglik uitgesluit moes gewees het. Die hof het dit as so 'n laakbare optrede beskou dat die regter daaromtrent gesê het:

“We hope never again to hear of a deceit such as this being practised on an accused person and more particularly possibly on a solicitor whose duty it is to advise him.”<sup>176</sup>

- (iii) In *R v H*<sup>177</sup> het die beskuldigde op 'n aanklag van verkragting tereggestaan. Sy verweer was dat hy met die klaagster se toestemming met haar geslagsgemeenskap gehad het. Met die klaagster se toestemming het die polisie 'n bandopnemer aan haar telefoon gekonnekteer sodat sy die beskuldigde kon skakel en uitlok om oor die voorval te praat om moontlike erkennings op band op te neem. Sy het hom geskakel en hy het feite wat tydens sy verhoor teen hom gebruik kon word, openbaar. Die hof het beslis dat toelating van die opnames bevattende die gesprekke, 'n nadelige effek op die verrigtinge sal hê omdat dit as gevolg van 'n lokval verkry is. Dit is gevolglik ingevolge artikel 78 uitgesluit.
- (iv) In *R v Bryce*<sup>178</sup> was die beskuldigde aangekla van diefstal van 'n motor. Die verhoorhof het getuienis van 'n polisiebeampte, wat as lokvink gesprekke met die beskuldigde gevoer het en waarin laasgenoemde homself geïnkrimineer het, toegelaat om opset om te steel te bewys. Op appèl is egter beslis dat die getuienis uitgesluit moes gewees het

---

<sup>176</sup> 485a.

<sup>177</sup> 1987 Crim LR 47.

<sup>178</sup> 1992 4 All ER 567.



omdat die lokvink, synde 'n polisiebeampte, ingevolge PACE verplig was om die beskuldigde van sy reg tot regsverteenvoording te waarsku en dit nie gedoen het nie. Sy gesprek met die beskuldigde het ook in effek neergekom op ondervraging en ingevolge PACE is 'n polisiebeampte verplig om tydens ondervraging 'n lopende aantekening van die "ondervraging" te hou. Hy het dit ook nie gehou nie. In effek het hy die praktykskode gestel deur PACE omseil.<sup>179</sup> Nie-nakoming van die praktykskode het nie outomaties uitsluiting van getuienis tot gevolg nie, maar die polisiebeampte se optrede het in so 'n mate afgewyk van die vereiste standaard dat die beskuldigde nie 'n billike verhoor gehad het nie.<sup>180</sup>

Die howe in England was tot dusver heel geneë om reële getuienis, verkry selfs na 'n growwe skending van 'n regsvoorskrif, toe te laat. In *R v Cooke*<sup>181</sup> was die beskuldigde op aanklagtes van ontvoering en verkragting gearresteer. Die polisie het hom versoek om 'n haarmonster vir doeleindes van DNA-toetse aan hulle te verskaf, maar hy het geweier. Hulle het hom toe meegedeel dat hulle dit met geweld sal neem indien nodig. Om hom duidelik te laat verstaan dat hulle nie grappies maak nie, het hulle drie polisiebeamptes geklee in onluste-uniforms na sy sel gestuur. Dit het die beskuldigde se weerstand laat verkrummel. Hy het besluit om hom nie teë te sit nie en die polisie toe te laat om die hare uit sy kop te trek. Hulle het die haarmonsters geneem en dit laat ontleed. Die DNA-toetse het die vervolging se saak teen hom baie versterk. Op appèl is verklaar dat die neem van die haarmonsters inderdaad deur artikels 63 en 65 van PACE gemagtig word, maar selfs al was dit nie gemagtig nie en al sou die uittrek van die hare dus op aanranding neergekom het, sou die hof die getuienis nog steeds toegelaat het omdat die

---

<sup>179</sup> 325.

<sup>180</sup> Vir verdere voorbeelde sien Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 187-190.

<sup>181</sup> 1995 1 Cr App R 456.

betroubaarheid van die getuienis nie geaffekteer word deur die feit dat dit deur 'n aanranding verkry is nie. Getuienis verkry as gevolg van 'n wanvoorstelling, word egter nog steeds uitgesluit.<sup>182</sup>

Artikel 78(1) verwys nie na billikheid teenoor die beskuldigde nie, maar na billikheid van die verrigtinge. Die toets is dus nie of toelating van die getuienis billik teenoor die beskuldigde sal wees nie, maar of dit billik teenoor beide die vervolging en die beskuldigde sal wees.<sup>183</sup> “Fairness of the proceedings involves a consideration not only of fairness to the accused but also, as has been said before, of fairness to the public.”<sup>184</sup>

Archbold<sup>185</sup> sien die beginsel van billikheid egter nie deur dieselfde bril as die howe nie. Die skrywer betoog dat slegs billikheid teenoor die beskuldigde in aanmerking geneem behoort te word omdat dit uit die bewoording van artikel 78 duidelik is dat die artikel slegs tot die beskikking van die beskuldigde is. Die belang van die gemeenskap behoort nie 'n rol te speel by die beslissing of getuienis uitgesluit dan wel toegelaat behoort te word nie. Grevling<sup>186</sup> vereenselwig haar met hierdie standpunt. Sy betoog dat dit die neiging van die Engelse howe om 'n beskuldigde makliker skuldig te bevind wanneer hy aangekla word van 'n ernstige misdaad as wanneer hy aangekla word van 'n geringer misdaad, aan bande sal lê.

---

<sup>182</sup> *R v Nathanie* 1995 2 Cr App R 565. Skynbaar was die hof in die *Cooke*-beslissing tevrede dat daar geen wanvoorstelling gemaak was nie.

<sup>183</sup> Die vervolging word betrek omdat hy die verteenwoordiger van die gemeenskap is en die belange van die beskuldigde en dié van die gemeenskap teen mekaar gebalanseer moet word – *R v O'Loughlin* 1988 3 All ER 431 436e.

<sup>184</sup> *R v Smurthwaite supra* 902-903.

<sup>185</sup> *Criminal Pleading, Evidence and Practice* par 15-430 tot 15-431.

<sup>186</sup> (1997) 113 *Law QR* 681.

PACE plaas die klem op billikheid. Die hof se oogmerk moet dus nie wees om die polisie te dissiplineer deur uitsluiting van getuienis nie, maar om toe te sien dat die verhoor billik is.

Volgens Grevling<sup>187</sup> fokus die hof slegs op die spesifieke saak voor die hof wanneer oor die toelating dan wel uitsluiting van getuienis beslis word. Die langtermyn gevolge van toelating of uitsluiting daarvan, speel nie 'n rol in die hof se beslissing nie. Die skryfster betoog dat die hof meer moet konsentreer op die langtermyn gevolge van gereelde toelating of uitsluiting van getuienis omdat dit 'n groter impak op die gemeenskap se vertroue in die regspleging sal hê. Soms mag toelating van getuienis in 'n bepaalde verhoor nie die billikheid van die verhoor affekteer nie, maar uitsluiting daarvan sal bydra tot vertroue in die regspleging op die langtermyn.

Artikel 78 vereis dat “fair play in action” uit die verhoor moet blyk. Die toets is of 'n objektiewe buitestaander sal voel dat die beskuldigde onbillik behandel is indien die getuienis toegelaat word.<sup>188</sup>

Die toelaatbaarheid van bekennisse word nou deur artikel 76 van PACE gereël. Artikel 76(1) bepaal dat 'n bekennis toelaatbaar is indien dit relevant is en nie ingevolge hierdie artikel deur die hof uitgesluit behoort te word nie. Artikel 76 (2) bepaal dat dit ontoelaatbaar is indien verkry as gevolg van:

- (a) druk (“oppression”); of
- (b) enigiets gesê of gedoen deur enige persoon, wat tot gevolg kan hê dat dit moontlik onbetroubaar mag wees.

---

<sup>187</sup> (1997) 113 *Law QR* 684.

<sup>188</sup> May (1988) *Crim LR* 729.

Indien 'n bekentenis verkry is as gevolg van omstandighede vermeld in artikel 76(2)(a), het die regter nie 'n diskresie nie – hy is verplig om dit uit te sluit.<sup>189</sup> Artikel 76(2)(b) het die gemeenregtelike vereiste dat 'n bekentenis vrywillig afgelê moes gewees het om dit toelaatbaar te maak, gewysig: Ingevolge die gemenerereg was 'n bekentenis ontoelaatbaar indien dit nie vrywillig afgelê is nie terwyl dit ingevolge artikel 76(2)(b) ontoelaatbaar is indien dit verkry is as gevolg van iets wat gesê of gedoen is wat dit onbetroubaar mag maak. Die vervolging moet bewys dat dit nie verkry is as gevolg van iets wat gesê of gedoen is wat dit onbetroubaar mag maak nie.<sup>190</sup> Reële getuienis ontdek as gevolg van 'n ontoelaatbare bekentenis, is steeds toelaatbaar maar die vervolging mag nie getuienis aanbied om die ontoelaatbare bekentenis met die ontdekking daarvan te verbind nie.<sup>191</sup> Artikel 78 plaas bekentnisse egter ook binne die uitsluitingsdiskresie van die regter in dié sin dat hy 'n toelaatbare bekentenis kan uitsluit indien toelating daarvan 'n nadelige effek op die billikheid van die verrigtinge sal hê.<sup>192</sup> Sharpe<sup>193</sup> beweer inderdaad dat meer bekentnisse ingevolge artikel 78 as ingevolge artikel 76 uitgesluit word.<sup>194</sup>

---

<sup>189</sup> Zander *The Police & Criminal Evidence Act* 251.

<sup>190</sup> Zander *The Police & Criminal Evidence Act* 251. 'n Objektiewe toets word toegepas ten einde oor onbetroubaarheid te beslis. Sien *R v Barry* 1991 95 CR App Rep 384.

<sup>191</sup> Dennis (1995) *Cambridge LJ* 359-360. Volgens die skrywer sal die reële getuienis waarskynlik betroubaar wees en bydra tot 'n akkurate feitebevinding.

<sup>192</sup> Zander *The Police & Criminal Evidence Act* 252; *R v Mason supra*; May (1988) *Crim LR* 724.

<sup>193</sup> *Judicial Discretion and Criminal Investigation* (1998) 110. Sien ook Grevling (1997) 113 *Law QR* 667.

<sup>194</sup> Sien ook Gelowitz (1990) 106 *Law QR* 328.

## 2.4 VOORLOPIGE GEVOLGTREKKING

Die gevolg van PACE is dat alhoewel die gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie bly voortbestaan het,<sup>195</sup> dit in 'n groot mate irrelevant geword het as gevolg van die beperkte aanwendingsveld daarvan.

Artikel 78 van PACE het wel die hoewe se diskresie om getuieis uit te sluit, uitgebrei, maar dit is nog steeds uiters beperk as gevolg van die konserwatiewe uitleg wat die hoewe tot dusver daaraan gegee het. Zuckerman meld ook met verwysing na artikel 78 van PACE dat die Engelse hoewe “[have shown] little inclination to elucidate the principles which should govern the exercise of this discretion.”<sup>196</sup> Hierdie stelling was gemaak vyf jaar nadat PACE op die wetboek verskyn het, maar alle aanduidings is dat die posisie tot op hede nie veel verbeter het nie. Miskien moet hierdie toedrag van sake toegeskryf word aan die feit dat die Engelse hoewe

“are inclined to reason pragmatically, rather than by reference to theory or principle [and so] it is hardly surprising that the judges have been reluctant to articulate what principle or principles lie behind the various rules and discretionary powers governing confessions, unlawfully and unfairly obtained evidence, or the right to silence in the police station.”<sup>197</sup>

Na aanleiding van die Engelse regspraak se ietwat verwarrende uitsprake rakende die statutêre diskresie wat in PACE vervat is, word aan die hand gedoen dat ons hoewe by die interpretasie van artikel 35(5) van die Grondwet 'n besliste poging sal moet aanwend om 'n beginselmatige interpretasie te probeer vestig. 'n Lukrake benadering kan alle belanghebbendes – en veral die gemeenskap – verwar en benadeel.

---

<sup>195</sup> May (1988) *Crim LR* 723.

<sup>196</sup> *The Principles of Criminal Evidence* 352.

<sup>197</sup> *Mirfield Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* 6.

**“One does not happily charge the judiciary with responsibility for the country’s burden of crime, but the responsibility does in fact exist. Judges, though they may not encourage crime, interfere with its prevention in various ways. They deliberately restrict police efficiency in the discovery of criminals. They exempt from punishment many criminals who are discovered and whose guilt is evident. More seriously still, they so warp and alter the public’s attitude toward crime and criminals as gravely to weaken the country’s most effective crime preventive”**

per John Barker Waite (1955) 54 Michigan Law Review 169.

## HOOFSTUK 3

### DIE UITSLUITING VAN ONGRONDWETLIK-VERKREË GETUIENIS (MET SPESIALE VERWYSING NA DIE VSA)

#### 3.1 OORSPRONG

Die redes wat aanleiding gegee het tot die ontstaan van die uitsluitingsreël, kan tot die verre verlede van die Engelse reg teruggevoer word.

Gedurende die sestiende eeu het die Engelse owerheid van die “general warrant”<sup>1</sup> gebruik gemaak om kritici van die regering se monde te snoer en hulle publikasies te stuit. Die owerheid het elke publikasie waarin die regering gekritiseer is, as lasterlik beskou. Die algemene lasbrief was gebruik om persele waar sulke publikasies gedruk is, te deursoek. Hierdie lasbrief het beslaglegging op en vernietiging van sowel drukkersapparaat as publikasies wat die regering nie goedgesind was nie, gemagtig. Om opsporing van kritici van die regering te vergemaklik, is dit gedurende die termyn van Hendrik VIII verpligtend gemaak dat alle drukperse gelisensieer moes word. ’n Private gilde, *The Stationers’ Company*, was gemagtig om alle ongelisensieerde drukkers uit te snuffel, beslag te lê op hulle drukkersapparaat en -materiaal en dit te vernietig. Die deursoeking van persele en beslaglegging op apparaat en materiaal, het kragtens ’n algemene lasbrief geskied. Die algemene lasbrief was uitgereik sonder dat daar eers ’n suspisie bestaan het dat ’n misdaad gepleeg is. Dit het nie eers die naam van die “oortreder” bevat nie en niemand is voor ’n hof gedaag nie. Die algemene lasbrief was geldig vanaf uitreiking tot ses maande ná die

---

<sup>1</sup> Hierna die “algemene lasbrief” genoem.

dood van die monarg in wie se naam dit uitgereik is.<sup>2</sup>

Vir *The Stationers' Company* was die opdrag uiters gerieflik want daardeur kon hy sy eie posisie ten koste van sy opposisie versterk.<sup>3</sup>

In 1762 het ene John Wilkes 'n reeks pamflette, getiteld *North Briton* en waarin hy die regering skerp gekritiseer het, gepubliseer. In die vyf-en-veertigste uitgawe het hy 'n besonder hewige aanval op die regering gedoen. Dit het hom die regering se gramskap op die hals gehaal. Die Minister van Binnelandse Sake, Lord Halifax, het persoonlik gesorg vir die uitreiking van 'n algemene lasbrief vir die arrestasie van almal wat met die publikasie gemoeid was en beslaglegging op alle verbandhoudende apparaat en dokumente. Op grond van die enkele lasbrief is nege en veertig persone, onder wie die drukker en uitgewer, gearresteer. Die drukker en die uitgewer het verklap dat Wilkes die outeur was. Die geregsbode het hom ook genader met die lasbrief om hom te arresteer. Wilkes het die lasbrief beskryf as 'n onsinnige lasbrief teen die ganse Engelse bevolking. Hy het dit verontagsaam omdat sy naam nie eers daarop verskyn het nie. Hy is gearresteer maar het geweier om die geregsbode te vergesel. Die geregsbode en sy helpers moes hom dra om hom op te sluit. Terwyl Wilkes in aanhouding was, is sy kantoor geplunder en op al sy privaat dokumente beslag gelê. Ná sy ontslag het hy en die ander persone wat ook gearresteer was 'n aksie om skadevergoeding op grond van onregmatige opsluiting, ingestel teen die geregsbodes wat hulle gearresteer het. Tydens die verhoor het hoofregter Pratt die jurie soos volg adviseer:

---

<sup>2</sup> Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1369.

<sup>3</sup> Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court: A Study in Constitutional Interpretation* (1966) 21.



“[T]o enter a man’s house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the *Spanish* Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour.”<sup>4</sup>

Die hoofregter het in die guns van die gearresterdes beslis en driehonderd pond skadevergoeding aan elkeen van hulle toegestaan. In sy uitspraak het die Hoofregter verklaar:

“If such a power is truly invested in a secretary of state, and he can delegate this power, it certainly may affect the person and property of every man in this kingdom, and is totally subversive of the liberty of the subject.”<sup>5</sup>

Ses maande vóór die Wilkes-gebeure was die persele van ene Entick ook op sterkte van ’n algemene lasbrief deursoek en op al sy dokumente beslag gelê. Entick was die uitgewer van ’n publikasie met die naam van *Monitor*, wat bekend was vir sy kritiese kommentaar op die regering. Aanvanklik het Entick in die visentering en beslaglegging berus, maar aangespoor deur Wilkes se sukses het hy ook ’n aksie om skadevergoeding op grond van betreding ingestel teen die geregsbode wat sy perseel deursoek het. Aan Entick is ook driehonderd pond skadevergoeding toegestaan. Hoofregter Pratt het in sy uitspraak<sup>6</sup> verklaar dat indien ’n geregsbode die bevoegdheid het om, sonder enige verdenking dat ’n misdaad gepleeg is, ’n perseel te betree en op iemand se dokumente beslag te lê op grond van ’n algemene lasbrief, sal die private kantore en kabinette van elke burger onderhewig wees aan deursoeking en inspeksie van ’n geregsbode wanneer die Minister van Binnelandse Sake dit goeddink om iemand aan te kla of bloot verdink dat hy die outeur, drukker of uitgewer van ’n anti-regeringspublikasie is.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> *Wilkes v Wood* 98 Eng Rep 489 KB (1763) soos aangehaal deur Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 28. Sien ook Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* (1970) 44.

<sup>5</sup> Sien Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1370; Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* 45.

<sup>6</sup> Gerapporteer as *Entick v Carrington* 19 Howell’s State Trials 1002 (1765) (aangehaal deur Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 29).

<sup>7</sup> Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 29. Sien ook Lasson *The History and Development*

Die uitsprake in *Wilkes* en *Entick* het die doodsklok gelui vir die algemene lasbrief in England.

Aan die anderkant van die Atlantiese Oseaan, het die Britse Kolonies in Noord-Amerika insgelyks geworstel om hulle van die juk van Engelse “slawerny” te bevry. Die Britse regering het deur wetgewing belasting, betaalbaar aan homself, aan koloniste in die kolonies opgelê. Hierdie stap het die koloniste nog verder die harnas teen die Britse regering ingejaag. Hulle was woedend en wou die belasting nie betaal nie. Hulle het hulle in die smokkelhandel begeef ten einde die owerheid te uitoorlê. Die Britse regering het egter met die sogenaamde “writ of assistance” teruggeslaan. Hulle was immers vertrouwd met die algemene lasbrief. Die “writ of assistance” was ’n spesiale soort algemene lasbrief wat ontwerp was om doeanebeamptes in die kolonies in staat te stel om belastings te in. Dit het aan hulle onbeperkte mag verleen om persele te deursoek met die oog op invordering van belastings. Soos die algemene lasbrief, was dit ook geldig vir die leeftyd van die monarg in wie se naam dit uitgereik was.

Met die dood van koning George II in 1760, het alle bestaande “writs of assistance” verval. James Otis, advokaat-generaal van die admiraliteitshof, het die opdrag ontvang om die Britse regering se aansoek om nuwe “writs of assistance” in die Hooggeregshof van Massachusetts te hanteer. Hy het egter nie kans gesien om die “writ of assistance” te verdedig nie. Hy het uit sy pos bedank sodat hy die koloniste se beswaar teen die aansoek kon behartig. Otis het betoog dat die koloniale howe die statuut wat “writs of assistance” magtig, verkeerd interpreteer en dat dit slegs spesiale lasbriewe magtig. Sy alternatiewe betoog was dat die bepaling in elk geval nietig is omdat dit bots met die *Magna Charta*. Hy het die gehoor so opgesweep met sy betoog dat ene Adams wat in die hof was, later daarvan gesê het:

“Mr Otis’ oration ... breathed into this nation the breath of life ... He was a flame of fire. Every man of a crowded audience appeared to me to go away, as I did, ready to take arms against writs of assistance ... Then and there the Child Independence was born.”<sup>8</sup>

Otis het sy saak verloor. Maar verset teen die “writs of assistance” het dwarsdeur die kolonies só toegeneem dat al die howe toenemend onwillig geword het om dit uit te reik. Verskeie state het ook wetgewing aanvaar wat die gebruik van algemene lasbriewe en onredelike visenterings en beslagleggings verbied het.<sup>9</sup> Die Britse Goewerneur het dit egter geveto. As gevolg van die hewige weerstand teen die “writs of assistance”, het die Goewerneur `n komitee aangestel om die geldigheid daarvan te ondersoek. `n Week nadat die komitee met sy ondersoek begin het, het hy terug gerapporteer dat dit regsgeldig is. As gevolg daarvan is die gebruik van die “writs of assistance” voortgesit. Ongeveer `n maand later is `n nuwe wet, die Seëlregtewet, uitgevaardig. Dit het aanleiding gegee tot ernstige onluste. Die doeanebeamptes kon nie meer deursoekings uitvoer nie want sodra hulle op die toneel verskyn het, het skares burgers opgedaag om hulle te verhinder om dit te doen.<sup>10</sup>

Hierna het die wiede vir onafhanklikheid stadig in beweging begin kom. Daar is begin voorbrand maak vir `n Handves van Regte in `n toekomstige grondwet, waarin ook spesifiek vir `n verbod op onbillike visentering en beslaglegging voorsiening gemaak moes word. Daar sou egter nog eers heelwat water in die see moes loop voordat onafhanklikheid `n werklikheid sou word.

In 1787 het die *Constitutional Convention* plaasgevind. `n Konsepsgrondwet, sonder `n Handves van Regte, is aanvaar. In sy inhuldigingstoespraak het President Washington modifikasies

<sup>8</sup> Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 37; Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1371; Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* 59.

<sup>9</sup> Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1369-1371. Sien ook Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* 60-78.

<sup>10</sup> Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 36. Sien ook Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* 68-69.

voorgestel om “characteristic rights of freemen” te waarborg.<sup>11</sup> Daar is toe begin werk aan ’n amendement om vir ’n verbod op onredelike visentering en beslaglegging voorsiening te maak. In 1789 is die finale produk deur die Kongres vir goedkeuring aan die state voorgelê. In 1791 is dit deur die negende staat goedgekeur. Dié goedkeuring het dit deel van die Grondwet laat word. Dit het bekend gestaan as die Vierde Amendement.<sup>12</sup> Sedert 1791 geld hierdie amendement onveranderd. Dit lui soos volg:

“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

Die Vierde Amendement skep nie ’n uitsluitingsreël nie. Die uitsluitingsreël het ook nie as gevolg van ’n regterlike kongres of debat in Amerikaanse raadsale tot stand gekom nie. Dit is die gevolg van ’n evolusionêre ontwikkeling wat oor dekades stap vir stap deur die Hooggeregshof gelei is.<sup>13</sup> In die proses is die Vyfde Amendement gebruik as voertuig om Vierde Amendement-regte af te dwing. Die uitsluitingsreël het beslag gekry deur te verklaar dat die Vierde Amendement in die Vyfde Amendement inloop. Vierde Amendement-regte is dan *via* Vyfde Amendement remedies afgedwing.<sup>14</sup> Die reël is progressief opgebou in uitsprake van die Hooggeregshof wat begin het met *Boyd v United States*<sup>15</sup> en in *Mapp v Ohio*<sup>16</sup> gekulmineer het. Die feite van hierdie sake en hulle invloed op die ontwikkeling van die uitsluitingsreël sal in paragraaf 3.3.1 *infra* bespreek word.

---

<sup>11</sup> Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 41.

<sup>12</sup> Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 42. Sien ook Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* 79-105.

<sup>13</sup> Sien *S v Minnies* 1991 SACR 335 (Nm) 370g; Waite (1955) 54 *Michigan LR* 171.

<sup>14</sup> Die Vyfde Amendement bepaal: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself nor be deprived of liberty or property without due process of law”.

<sup>15</sup> 116 US 616 (1886).

<sup>16</sup> *Supra*.

### 3.2 BASIS EN TEORETIESE RAAMWERK

Net soos die insluitingsreël, het die uitsluitingsreël<sup>17</sup> ook die bevrediging van die oogmerk van die materiële strafreg, te wete die bestrawwing van die misdadiger, ten doel.<sup>18</sup> Die uitsluitingsmodel probeer om die einddoel egter langs 'n ander weg as die insluitingsmodel te bereik. Die uitsluitingsmodel vereis dat die proses wat gevolg word om die einddoel te bereik, regsbeginselmatig moet wees.<sup>19</sup> Alhoewel die uitsluitingsmodel struikelblokke in die weg van ondersoek na die feite veroorsaak, gaan dit uit van die standpunt dat 'n akkurate feitebevinding nie die enigste oogmerk van 'n strafverhoor is nie. Dié model vereis dat die beskuldigde deur die hele proses, vanaf arrestasie tot die afhandeling van sy saak, billik behandel moet word. Die grondslag van die uitsluitingsreël is legaliteit – 'n aspek wat reeds in paragraaf 1.2 *supra* aangeroei is.

Die grondslae van die toelatingsreël – asook die kritiese perspektiewe daarop – is reeds in paragraaf 2.1 *supra* behandel. Gegewe die Amerikaanse ervaring soos geskets in paragraaf 3.1 *supra*, moet die debat oor die meriete van 'n uitsluitingsreël nou aan die beurt kom.

Net soos die toelatingsbenadering sy voor- en teenstanders het, het die uitsluitingsbenadering ook sy voor- en teenstanders. Die hoofargumente wat voor- en teenstanders van die uitsluitingsbenadering aanvoer om hulle onderskeie standpunte te verdedig, word in paragrawe (a) tot (j) hieronder identifiseer en bespreek:

---

<sup>17</sup> Die insluitingsmodel en die uitsluitingsmodel staan teenoor mekaar. Die insluitingsreël is verteenwoordigend van die insluitingsmodel en die uitsluitingsreël verteenwoordigend van die uitsluitingsmodel.

<sup>18</sup> Damaška (1973) 121 *Univ of Pennsylvania LR* 585 verklaar egter dat die besef posgevat het dat die strafproses gebruik kan word om die materiële strafreg af te dwing sowel as om dit te verydel. 'n Strafverhoor is nie meer bloot 'n middel om die materiële strafreg te aktiveer nie.

(a) Uitsluiting is gebaseer op regterlike integriteit.<sup>20</sup> Volgens Van der Merwe<sup>21</sup> het hierdie argument vier fasette, naamlik:

(i) 'n Hof wat ongrondwetlik-verkreë getuienis toelaat, skend self die Grondwet. Regter Brandeis het die skending van die reg deur die owerheid in so 'n ernstige lig beskou dat hy gewaarsku het dat die voortbestaan van die regering in gevaar gestel word indien die owerheid self die reg minag.<sup>22</sup> Regter Holmes se standpunt was weer dat vryspraak van sommige misdadigers as gevolg van uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, te verkies is bo hulle skuldigbevinding op grond van getuienis ingesamel deur die owerheid se veragtelike optrede.<sup>23</sup> Die howe moet hulle eie hande skoon hou deur nie getuienis wat met vuil hande ingesamel is, te aanvaar nie.<sup>24</sup>

In *McNabb v United States*<sup>25</sup> is die standpunt ingeneem dat 'n skuldigbevinding op grond van getuienis verkry deur 'n growwe skending van die Grondwet, die howe self medepligtig maak aan ongehoorsaamheid aan die reg.

(ii) 'n Hof wat ongrondwetlik-verkreë getuienis toelaat, handel in stryd met sy

<sup>19</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 184.

<sup>20</sup> Sien *Janis v United States* 428 US 433 458 (1966) waar gesê is dat "the courts must not commit or encourage violations of the Constitution". Sien ook Shanks (1983) 57 *Tulane LR* 653.

<sup>21</sup> (1992) 2 *Stell LR* 191.

<sup>22</sup> *Olmstead v United States supra* 485.

<sup>23</sup> *Olmstead v United States supra* 470.

<sup>24</sup> Shanks (1983) 57 *Tulane LR* 653. Sien voorts die bespreking van *S v Ebrahim* 1991 2 SA 553 (A) in par 6.1.3 *infra*.

<sup>25</sup> 318 US 332 345 (1943).

grondwetlike eed om die Grondwet te handhaaf. In *Elkins v United States*<sup>26</sup> het regter Stewart gewaarsku dat die hofe hulle self nie medepligtig moet maak aan opsetlike skending van die Grondwet wat hulle met 'n eed beloof het om te handhaaf nie.<sup>27</sup>

- (iii) Misdadig is aansteeklik. Deur ongrondwetlik-verkreë getuigenis toe te laat, moedig 'n hof indirek skending van die Grondwet aan want indien die owerheid misdadig pleeg, skep hy daardeur minagting vir die Grondwet en die reg. Hy nooi elke persoon uit om sy eie stel regsreëls te skep. Daardeur skep hy die teelaarde vir anargie.<sup>28</sup>
- (iv) Indien 'n hof ongrondwetlik-verkreë getuigenis toelaat, skep hy by die gemeenskap die indruk dat hy ongrondwetlike optrede deur amptenare van die owerheid sanksioneer.<sup>29</sup>

Met 'n beroep op *Olmstead v United States*<sup>30</sup> doen Stewart aan die hand dat 'n hof 'n keuse het tussen vryspreek van 'n misdadiger en sanksionering van die owerheid se eie misdadig. Hy doen aan die hand dat "it is less evil that some criminals should escape than that the Government should play an ignoble part."<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> *Supra* 1681.

<sup>27</sup> Sien ook Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1382.

<sup>28</sup> *Elkins v United States supra* 1681; *Olmstead v United States supra* 485.

<sup>29</sup> Holmes R in *Olmstead v United States supra* 470.

<sup>30</sup> *Supra* 470.

<sup>31</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1383.

Shanks<sup>32</sup> kritiseer die regterlike integriteit argument. Sy ondervinding is dat die gemeenskap se siening van regterlike integriteit aansienlik verskil van dié van die howe. Die gemeenskap skryf uitsluiting van getuienis toe aan regters se abdikasië van hulle verantwoordelikheid om misdade te straf. Die regters vertolk weer die gemeenskap se houding as onkunde in verband met die doel van die uitsluitingsreël. Shanks steun ook op Kaplan<sup>33</sup> wat die stelling maak dat die uitsluitingsreël eerder regterlike integriteit aftakel as bevorder. Die beskerming-van-regterlike-integriteit-benadering sal taan totdat 'n stelsel ontwikkel is wat die werklike skender van Vierde Amendement-regte straf.

- (b) Die uitsluitingsreël dien as afskrikmiddel teen skending van fundamentele regte.<sup>34</sup> In *Elkins v United States*<sup>35</sup> is die doel van die uitsluitingsreël beskryf as “calculated to prevent, not to repair. Its purpose is to deter – to compel respect for the constitutional guaranty in the only effective available way – by removing the incentive to disregard it.”<sup>36</sup> Die argument word aangevoer dat dit nutteloos is vir 'n polisiebeampte om getuienis in te samel indien dit nie in 'n beskuldigde se verhoor teen hom gebruik kan word nie.<sup>37</sup> Soos in die meeste ander beroepe is 'n polisiebeampte wat 'n misdade ondersoek, se tyd ook kosbaar. Sommige polisiebeamptes werk lang ure en onder groot druk. Soms ondersoek hulle sake in haglike en gevaarlike omstandighede. In Suid-Afrika word in

---

<sup>32</sup> (1983) 57 *Tulane LR* 654.

<sup>33</sup> “The Limits of the Exclusionary Rule” (1974) 26 *Stan LR* 1027 1036 n 53.

<sup>34</sup> In *Mapp v Ohio supra* 1086 het Clark R daarna verwys as 'n “deterrent safeguard” teen skending van Vierde Amendement-regte. Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 189 verwys daarna as die “preventive effect argument”.

<sup>35</sup> *Supra* 217.

<sup>36</sup> Met goedkeuring aangehaal in *Mapp v Ohio supra* 1090.

<sup>37</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 47.



sommige areas tans nie veel van 'n polisiebeampte se lewe gedink nie. Min polisiebeamptes, indien enige, sal die moeite doen en die risiko loop om onder hierdie omstandighede getuienis, wat hulle besef nie toegelaat sal word nie, in te samel.<sup>38</sup> Die moontlikheid dat hy lang en indringende kruisverhoor in 'n binneverhoor, waar oor die lot van die getuienis beslis sal word, sal moet deurgaans met die wete dat die getuienis uiteindelik nie toegelaat sal word nie, is 'n verdere faktor wat 'n polisiebeampte sal ontmoedig om getuienis op 'n ongrondwetlike wyse te bekom.

Shanks<sup>39</sup> stem nie saam dat die uitsluitingsreël die polisie afskrik om ongrondwetlik op te tree nie.<sup>40</sup> Hy voer die volgende redes aan vir sy standpunt:

- (i) Die afskrikkingsteorie kan net geld in gevalle waar die polisie beoog om die persoon teenoor wie ongrondwetlik opgetree is, aan te kla. Vele ongrondwetlike betredings van persele en visenterings word egter net gedoen om persone te teister. Die uitsluitingsreël kan nie as afskrikking vir sulke optrede dien nie. In sommige gevalle word persone wel gearresteer, maar nie met die oog daarop om hulle voor 'n hof te bring nie. Die arrestasie is net 'n subtile manier om misdadigers te intimideer ten einde misdaad te voorkom. Dikwels word by sekere tipes oortreders, met hulle medewete, gebruik gemaak van 'n "arrest-for-purposes-other-than-conviction"-metode. Die doel is voorkoming van misdaad. Om dit te bereik, word die uitsluitingsreël gesystap.<sup>41</sup> Volgens Shanks het die

---

<sup>38</sup> Sien ook Oaks (1970) 37 *Univ Chi LR* 668.

<sup>39</sup> (1983) 57 *Tulane LR* 654.

<sup>40</sup> Die debat oor die afskrikkingseffek van die uitsluitingsreël, is ook in paragraaf 2.1(a) *supra* bespreek.

<sup>41</sup> Die skrywer word gesteun deur Schlesinger *Exclusionary Injustice* 56.

uitsluitingsreël ook nie die morele ondersteuning van die polisie nie omdat hulle dit as ongeldig beskou. Sonder hulle morele ondersteuning, dra dit nie by as afskrikmiddel vir ongrondwetlike handeling nie.

- (ii) Die swaarste “straf” wat kan volg op ongrondwetlike verkryging van getuienis, is uitsluiting van daardie getuienis gevolg deur vryspraak van die beskuldigde. Dit is so `n indirekte “straf”, dat dit geen trefkrag bevat nie. Shanks steun op Wolf<sup>42</sup> wat die stelling maak dat bitter min oortredings van die reg op so `n indirekte wyse met straf bedreig word.
- (iii) Die polisie moet dikwels optree in situasies waar konfrontasie dreig. Wanneer hulle `n besluit moet neem in verband met die strategie wat hulle moet volg, is die omstandighede selde so kalm dat hulle `n weloorwoë besluit kan neem. Hulle optrede is dikwels gegrond op hulle subjektiewe siening van die situasie.<sup>43</sup>
- (iv) Selfs in gevalle waar die uitsluitingsreël wel as afskrikmiddel dien, is dit in `n negatiewe sin omdat polisiebeamptes as gevolg van `n gebrekkige grondwetlike kennis, eerder `n persoon sal vrylaat sonder om hom te visenteer as om die risiko te loop dat hulle hom visenteer en die getuienis word later uitgesluit op grond daarvan dat dit op ongrondwetlike wyse verkry is.
- (v) `n Studie wat in Chicago gedoen is en `n periode van twintig jaar dek, het aangetoon dat die aantal mosie-aansoeke om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit

---

<sup>42</sup> “A Survey of the Expanded Exclusionary Rule” (1963) 32 *Geo Wash LR* 193 214.

<sup>43</sup> (1983) 57 *Tulane LR* 656. Sien bv die bespreking van *S v Madiba* 1998 1 BCLR 38; 1998 1 SACR 127 (D) in par 6.3.1.4 *infra*.

te sluit, met verloop van tyd aansienlik toegeneem het.

- (vi) Polisiebeamptes wat betrokke was in voorvalle wat uitsluiting van getuienis tot gevolg het, kan dikwels nie uit die hof se uitspraak agterkom waar hulle fouteer het en hoe hulle hulle werksmetodes kan verbeter ten einde hulle optrede grondwetlik te maak nie.<sup>44</sup>
- (vii) Polisiebeamptes se werksprestasie word nie gemeet aan die aantal skuldigbevindings wat voortspruit uit arrestasies wat hulle uitvoer nie, maar aan die aantal arrestasies self.

Shanks sluit af met 'n aanhaling uit Oaks<sup>45</sup> waarin laasgenoemde aanvoer dat dit logies is om te verwag dat die uitsluitingsreël die polisie sal inhibeer om ongrondwetlik op te tree maar dat dit 'n teorie is wat nog nie getoets is nie. Daar is nog geen konkrete bewys dat die uitsluitingsreël wel afskrikwaarde het nie, en indien dit wel het, om die omvang daarvan aan te toon nie.

Van der Merwe<sup>46</sup> voer aan dat opponente van die afskrikkingsteorie drie belangrike punte ignoreer. In die *eerste* plek moet afskrikking nie in 'n eng perspektief gesien word nie, maar in 'n toekomsgerigte perspektief: Dit is 'n langtermyn strategie waarin die klem val op opvoeding wat op voorkoming van

---

<sup>44</sup> Hierdie aspek is ook reeds volledig in paragraaf 2.1(a) *supra* behandel.

<sup>45</sup> (1970) 37 *Univ Chi LR* 671-672.

<sup>46</sup> (1992) 2 *Stell LR* 189.

ongrondwetlike optrede sal uitloop. Die skrywer steun Kamisar<sup>47</sup> dat daar liever van 'n "systemic deterrence" of, nog beter, 'n "disincentive" as van "deterrence" gepraat moet word. In die *tweede* plek beïnvloed die uitsluitingsreël wetstoepassers tog om hulle pligte in ooreenstemming met grondwetlike beginsels uit te voer, selfs al sou dit nie beskryf kan word as 'n sistemiese werktuig of meganisme om nakoming van grondwetlike bepalings te verseker nie. In die *derde* plek gaan dit nie om afskrikking nie, maar om 'n veel hoër doel, naamlik legaliteit. Die uitsluitingsreël is maar net een van die strukture wat legaliteit beskerm en afskrikking is maar een van die oogmerke van die uitsluitingsreël. Die skrywer verwys met goedkeuring na Van Rooyen<sup>48</sup> wat die beginsel van legaliteit en die leerstuk van juridiese skuld as baie belangriker as afskrikking beskou.

- (c) Die uitsluitingsreël gee uiting aan die leerstuk van juridiese skuld. Packer<sup>49</sup> beskou die leerstuk van juridiese skuld (*doctrine of legal guilt*) as die mees beskeie maar terselfdertyd ook die verreikendste meganisme waarmee die Billike Verhoor Model (*Due Process Model*) anti-outrêre waardes teweegbring. Die leerstuk behels dat 'n persoon nie aan 'n misdadig skuldig bevind kan word bloot omdat daar betroubare getuïenis bestaan dat hy gedoen het wat hom ten laste gelê word nie. Dit is 'n voorvereiste vir 'n skuldigbevinding dat die ondersoek na die meriete op 'n prosedureel-reëlmatige wyse moet geskied, dat organe en persone binne hulle bevoegdhede optree en dat die reëls wat ontwerp is ter beskerming van die individu en die integriteit van die proses, nagekom

---

<sup>47</sup> (1987) *Michigan LR* 34 n147.

<sup>48</sup> "The Investigation and Prosecution of Crime: Lead-in Paper" (1975) *Acta Juridica* 59 70 te 78.

<sup>49</sup> *Limits of the Criminal Sanction* 166.

word.

Die leerstuk van juridiese skuld vorm reeds vir baie jare 'n integrale deel van die Suid-Afrikaanse reg. In *S v Lwane*<sup>50</sup>, wat dateer uit die pre-konstitusionele era, het die beskuldigde vroeër in die hoedanigheid van staatsgetuie in 'n voorlopige ondersoek getuie afgelê. In sy getuie het hy homself op die misdryf geïnkrimineer. Hy was egter nie vooraf van sy privilegie teen selfinkriminasie verwittig nie. Op grond van sy selfinkriminerende getuie het die prokureur-generaal besluit om hom aan te kla. Tydens sy verhoor het die aanklaer die oorkonde van die voorlopige ondersoek ingehandig om die bekentenis te bewys. Die hof het dit toegelaat. Op appèl is egter beslis dat dit uitgesluit moes gewees het op grond daarvan dat toelating daarvan inbreuk gemaak het op die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor. Appèlregter Holmes het verklaar:<sup>51</sup>

“The ... question is whether such evidence given in the absence of judicial warning is admissible on the prosecution of the witness. As to that, the pragmatist may say that the guilty should be punished and that if the accused has previously confessed as a witness it is in the interests of society that he be convicted. The answer is that between the individual and the day of judicial reckoning there are interposed certain checks and balances in the interests of a fair trial and the due administration of justice. The rule of practice to which I have referred is one of them, and it is important that it be not eroded. According to the high judicial traditions of this country it is not in the interests of society that an accused should be convicted unless he has had a fair trial in accordance with accepted tenets of adjudication.”

Vir die oningeligte sou dit voorgekom het asof daar niks in die pad van 'n skuldigbevinding staan nie want die beskuldigde het sy skuld onder eed in 'n ope hof erken. Dit word egter oorskadu deur die feit dat die verhoor nie volgens voorgeskrewe regsreëls geskied het nie. Een van die basiese regte van 'n beskuldigde naamlik sy reg om

---

<sup>50</sup> 1966 2 SA 433 (A).

<sup>51</sup> 444C-E.

te swyg, is indirek geskend want hy is verplig om by die voorlopige ondersoek te getuig en toe hy verhoor is, is dit wat hy gesê het teen hom gehou. Die billike-verhoor-proses het egter in die pad van skuldigbevinding gestaan en terselfdertyd legaliteit aan die proses verleen.

- (d) Onafskeidbaar verbonde aan die uitsluitingsreël, is die Billike Verhoor Model (*Due Process Model*) van Packer waarna reeds in paragraaf 2.1 *supra* verwys is: Daar word betoog dat billikheid in die proses voorrang bo misdaadbeheer behoort te geniet. Billikheid is egter nie beperk tot die verrigtinge in die hof nie, maar moet ook teenwoordig wees in elke stadium van die proses, vanaf arrestasie van die beskuldigde tot na afhandeling van 'n moontlike finale appèl.<sup>52</sup> Indien die polisie en vervolgingsgesag toegelaat word om na willekeur inbreuk te maak op 'n beskuldigde se grondwetlike regte en die howe dit boonop sanksioneer, sal 'n Handves van Regte waardeloos vir die landsburger wees.<sup>53</sup> Regter Day het hierdie realiteit reeds in *Weeks v United States*<sup>54</sup> beklemtoon toe hy gewaarsku het dat indien die owerheid geregtig sou wees om na willekeur op private dokumente van 'n landsburger beslag te lê en hierdie dokumente in 'n vervolging teen hom te gebruik, die Vierde Amendement wat hom teen onredelike visenterings en beslagleggings behoort te beskerm, van nul en gener waarde sal wees en vir alle praktiese doeleindes uit die Handves verwyder kan word. Oaks<sup>55</sup> beaam dit. Hy betoog dat indien grondwetlike regte enigsins meer inhou as blote lippetaal, daar waarneembare gevolge aan die skending daarvan verbonde moet wees. 'n Grondwet wat

---

<sup>52</sup> Dit is presies wat in aa 35(1) tot (3) van die Grondwet van die RSA aan ieder en elke beskuldigde gewaarborg word.

<sup>53</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 184.

<sup>54</sup> 232 US 383 (1914) 393.

<sup>55</sup> (1970) 37 *Univ Chi LR* 756.

’n waarborg teen onredelike visentering en beslaglegging bevat, maar funksioneer in ’n stelsel waar dié waarborg geskend kan word sonder enige gevolge vir die skender, is nutteloos. Dit is gevolglik noodsaaklik dat daar ’n meganisme moet bestaan waardeur die houe die skending van grondwetlike regte kan monitor. Toepassing van die uitsluitingsreël het ’n waarneembare gevolg. Die waarde van die uitsluitingsreël is dat dit aan die houe ’n geleentheid bied vir “hersiening” van elke grondwetlike skending wat in die loop van die verhoor onder hulle aandag gebring word.

Van der Merwe<sup>56</sup> wys daarop dat die argument geopper kan word dat die gesamentlike effek van selfdissipline en die moontlikheid van departementele en geregtelike stappe teen die beampte wat ’n persoon se grondwetlike regte skend, op die lange duur moontlik genoegsame gronde mag wees om te verseker dat daardie regte gehandhaaf word. Hy beskou dit egter as ’n illusie, want siviele sake waarin skending van grondwetlike regte tydens misdaadondersoek die skuldoorsaak is, beland baie selde in geregshoue. Redes daarvoor is onder andere die risiko van gedingkoste, onkunde van grondwetlike regte onder die bevolking en vrees vir publisiteit.

Toelating van onregmatig- of ongrondwetlik-verkreë getuienis dring deur na die kern van ’n regsstelsel. Dit rismier die Grondwet, en vernietig sodoende die waardes geskep deur ’n Handves van Regte.<sup>57</sup>

Die uitsluitingsreël is nie bedoel om ’n metode te wees waarvolgens ’n benadeelde “vergoed” word nie. Dit is ook nie ’n persoonlike remedie weens skending van sy of haar

---

<sup>56</sup> (1992) 2 *Stell LR* 185.

<sup>57</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 186.

grondwetlike regte nie. Uitsluiting van getuienis is `n beslissing waarin die hof uiting gee aan sy grondwetlike plig om die Grondwet te handhaaf. Daardeur dra die hof sý deel by om vir die beskuldigde `n billike verhoor te verseker.

Die uitsluitingsreël dien as versterking van die “rule of law” in die strafproses<sup>58</sup> en beskerm `n regsbeginselmatige waardesisteem.<sup>59</sup>

- (e) Soms word gesê dat die uitsluitingsreël gemeenskapsgeregtigheid tot gevolg het: Die vrypraak van `n skuldige enkeling weens ongrondwetlike polisieoptrede, beskerm die gemeenskap oor die lang termyn teen soortgelyke optrede. Die meerderheid van persone baat by die vrypraak. Die vraag kan tereg gevra word hoe ooit selfs gesuggereer kan word dat `n reël wat soms veroorsaak dat skuldige persone vry uitgaan ten koste van slagoffers van misdaad en hul naasbestaandes, geregtigheid tot gevolg kan hê? Van Rooyen<sup>60</sup> verskaf die antwoord. Hy voer aan dat geregtigheid teenoor die gemeenskap soms vereis dat die gemeenskap hom nie teen die resultaat van `n enkele saak voor `n hof moet blindstaar nie maar dat gelet moet word op die groter belang, die openbare belang. Indien die groter en meer belangrike doel daardeur gedien word, moet individuele geregtigheid (die eng belang) soms voor sogenaamde “social justice” (die breë belang) wyk.<sup>61</sup>

`n Beskuldigde mag die feit dat hy vrygespreek word as gevolg van die uitsluitingsreël,

<sup>58</sup> Die beskuldigde “is to be held guilty if and only if these factual determinations are made in a procedurally regular fashion and by authorities acting within competences duly allocated to them”. Sien Packer *Limits of the Criminal Sanction* 166 en par 1.2 *supra*.

<sup>59</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 188.

<sup>60</sup> (1975) *Acta Juridica* 79.

<sup>61</sup> Sien ook Goldstein (1960) 69 *Yale LJ* 1149.



miskien as 'n *quid pro quo* vir die skending van sy grondwetlike regte sien. Maar die gemeenskap moet daarvoor begrip hê. Indien die beskuldigde straf vryspring as gevolg van die uitsluitingsreël, word 'n meer sigbare resultaat bereik, naamlik dat die hof aan die gemeenskap demonstreer dat hy nie sal toelaat dat die owerheid sy burgery se grondwetlike regte skend en daarmee wegkom nie. Goldstein<sup>62</sup> voer aan dat die voordeel wat 'n beskuldigde as gevolg van die uitsluitingsreël verkry, nie soseer medelye met hom of kommer oor die waarheid is nie. Dit gaan eerder om 'n geleentheid vir die howe om aandag te skenk aan die skending van die beskuldigde se grondwetlike regte. Die verhoor maak van 'n hof 'n ideale vertoonvenster. Volgens die skrywer vereis geregtigheid in gemeenskapsverband soms dat verby die saak wat voor die hof dien, gekyk moet word om die aandag te vestig op die meer omvattende belang van die gemeenskap.<sup>63</sup>

Van Rooyen<sup>64</sup> onderskei tussen die sogenaamde primêre reëls en die sekondêre reël (die uitsluitingsreël) en illustreer die wisselwerking of interaksie tussen hierdie twee reëls soos volg:

“It is usually said against the exclusionary rule that exclusion of illegally obtained evidence infringes the principle that all relevant and credible evidence should be admitted at an accused’s trial. However, upon close analysis it is clear that the policy decision that certain relevant and credible evidence may not be obtained unless certain prerequisites are met, ie that relevant and credible evidence should not be gathered at all costs, has already been taken by the rules regulating pre-trial police powers (which I shall call ‘primary rules’) and is not newly imposed by the exclusionary rule (the ‘secondary rule’). The secondary rule merely ‘enforces’ the primary rules: if, for example, the police in a given case voluntarily obey the primary rules, the result may well be that certain evidence is lost and will accordingly not be used at the trial, a calculated risk that we must run if we are to have legal limits on police powers to infringe individual interests; if, on the other hand, the police flout the primary rules, the secondary rule simply achieves the same result.”

---

<sup>62</sup> (1960) *Yale LJ* 1149.

<sup>63</sup> Sien ook Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 188.

<sup>64</sup> 1975 *Acta Juridica* 79.

Van der Merwe<sup>65</sup> beskou Van Rooyen se onderskeid tussen primêre en sekondêre reëls as baie handig omdat dit bewys dat die uitsluitingsreël in gesonde regs wetenskaplike ontleding setel. Die verlies van getuienis as gevolg van die uitsluitingsreël is nie fataal nie omdat getuienis in enige beskaafde regstelsel soms verlore gaan juis omdat die primêre reëls nagekom word.<sup>66</sup> Of getuienis uitgesluit word omdat dit ongrondwetlik of onregmatig verkry is en of die polisie dit nie kon insamel nie as gevolg van hul nakoming van grondwetlike en ander regsvoorskrifte, die resultaat bly min of meer dieselfde.<sup>67</sup>

Van der Merwe<sup>68</sup> beskryf die uitsluitingsreël as 'n vorm van "afstandbeheer" wat die howe oor owerheidsamptenare uitoefen om hulle op hulle tone te hou sodat hulle, wanneer hulle uit die openbare oog en regterlike toesig is, nie moet dink dat hulle ongrondwetlike optrede geen regsgevolge sal hê nie.

- (f) Die uitsluitingsreël is 'n meganisme wat die inherente vermoë besit om skendings van die Grondwet deur amptenare van die owerheid, binne die grense van die strafproses te herstel. Packer wat 'n voorstander van hierdie argument is, verdedig sy standpunt soos volg:<sup>69</sup> "The possibility of legal innocence is expanded enormously when the criminal process is viewed as the appropriate forum for correcting its own abuses." Die skrywer

---

<sup>65</sup> (1992) 2 *Stell LR* 194.

<sup>66</sup> Sien ook Kamisar (1987) *Michigan LR* 47-48. 'n Goeie voorbeeld van 'n primêre reël word gevind in a 37(1)(c) van die Strafproseswet. Hierdie artikel verbied 'n polisiebeampte om 'n bloedmonster te neem. As die polisiebeampte nie 'n distriksgeneesheer of ander gemagtigde persoon in die hande kan kry om 'n bloedmonster van 'n vermoedelik dronk bestuurder te neem nie en die polisiebeampte het a 37(1)(c) eerbiedig, sal hierdie "getuienis" doodeenvoudig verlore wees. As die polisiebeampte egter a 37(1)(c) ignoreer en self die bloedmonster neem, tree die uitsluitingsreël in werking – en is die "getuienis" ook verlore.

<sup>67</sup> Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1392.

<sup>68</sup> (1992) 2 *Stell LR* 187.

<sup>69</sup> *Limits of the Criminal Sanction* 167.

slaan die Billike Proses Model baie hoër aan as die Misdaad Beheer Model. Alhoewel laasgenoemde model teoreties in staat is om onregmatige arrestasies, visenterings, ondervragings en ander onregmatige optredes te akkommodeer, bevat dit nie 'n inherente meganisme om onregmatige verkryging van getuienis te inhibeer nie. Eersgenoemde model, daarenteen, maak voorsiening vir maatreëls wat die vryspraak van 'n persoon tot gevolg het, selfs indien 'n regspreker op grond van die feite oortuig is dat hy skuldig is. Die enigste wyse waarop volgehoue druk op polisiebeamptes en aanklaers geplaas kan word om hulle te dwing om burgers se grondwetlike regte te eerbiedig, is deur 'n sanksie in die strafproses self te vestig.<sup>70</sup> Die stelsel moet homself ook kan korrigeer en 'n onmiddellike respons is dus wenslik. Skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte, moet aandag kry sodra die skending aan die lig kom. Die uitsluitingsreël is in hierdie verband absoluut perfek geplaas want bewerings dat 'n beskuldigde se grondwetlike regte deur amptenare van die owerheid geskend is, kom gewoonlik tydens sy verhoor vir die eerste keer aan die lig.<sup>71</sup>

Hierdie beginsel van selfkorreksie mag die indruk skep dat dit bots met een van die grondbeginsels van die bewysreg, naamlik dat alle relevante feite voor die hof geplaas moet word. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die bewysreg deel vorm van die reg as geheel en dus self ook die waardes wat ander vertakkinge van die reg ten grondslag lê, moet weerspieël. Die bewysreg vorm 'n integrale deel van die regsorde. Die werklike funksie van die uitsluitingsreël is dus om as 'n interne instrument vir die behoud en beskerming van die waardesisteem as 'n geheel te dien.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Packer *Limits of the Criminal Sanction* 167-168.

<sup>71</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 193.

<sup>72</sup> Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 193.

- (g) `n Argument wat ten nouste saamhang met die beginsel van selfkorreksie is dat die persoon wie se grondwetlike regte geskend is, nie `n aparte geding hoof in te stel om die waardesisteem te herstel nie. Uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis herstel die waardesisteem sonder onnodige vertraging of onkoste voortspruitende uit `n aparte aksie.<sup>73</sup>

Van der Merwe<sup>74</sup> beskou die argument dat die benadeelde sy geskonde regte deur middel van `n aparte aksie soos `n kriminele vervolging of siviele geding kan afdwing, as `n stilswyende erkenning dat die strafregstelsel:

- (i) nie `n ware billike-verhoor-stelsel is nie;<sup>75</sup>
- (ii) vir die behoud van sy status as `n billike en regverdige stelsel, afhanklik is van die instelling, deur `n individu, van `n siviele of kriminele aksie teen die dader; en
- (iii) nie kan funksioneer nie tensy skendings van grondwetlike regte op `n interne vlak akkommodeer of absorbeer word, iets wat totaal onversoenbaar is met konstitusionalisme.

---

<sup>73</sup> Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 344.

<sup>74</sup> (1992) 2 *Stell LR* 193.

<sup>75</sup> Dit laat toe dat regte wat andersins as noodsaaklik vir `n billike proses beskou word, geskend word.

- (h) Alle ander remedies is beproef maar geen ander een kon verseker dat die polisie beskuldigdes se grondwetlike regte eerbiedig nie.<sup>76</sup> Ingevolge die stelsel wat voor die instelling van die uitsluitingsreël gegeld het, moes die howe telkens in effek die polisie se onregmatige aktiwiteite kondoneer. In *Wolf v Colorado*<sup>77</sup> het regter Murphy in 'n afwykende uitspraak sover gegaan as om te sê dat die enigste alternatief vir die uitsluitingsreël is dat geen sanksie hoegenaamd toegepas word nie. Wigmore<sup>78</sup> haal *People v Mayen*<sup>79</sup> aan waarin die stelling gemaak is dat daar oor 'n periode van dertig jaar talle uitsprake waarin melding gemaak is van skendings van persone se grondwetlike regte, in die hofverslae gerapporteer is. Gerapporteerde uitsprake van siviele sake wat ontstaan het uit skending van persone se grondwetlike regte, was egter uiters skaars. In dieselfde periode was daar geen gerapporteerde sake waarin polisiebeamptes suksesvol vir skending van persone se grondwetlike regte vervolgt is nie. Dit dui daarop dat die gewone strafregtelike en sivilregtelike remedies nie 'n lewensvatbare meganisme is om skendings van die Grondwet deur owerheidsorgane aan bande te lê nie.
- (i) Indien howe weier om ongrondwetlik-verkreë getuienis te ontvang en misdadigers as gevolg daarvan vrygespreek word, sal die publiek se aandag gevestig word op die ongrondwetlike optrede van polisiebeamptes. Dit kan geregverdigde kritiek van die publiek ontlok en verdere druk op polisiebeamptes plaas om beskuldigdes se grondwetlike regte te eerbiedig.

---

<sup>76</sup> *People v Cahan supra.*

<sup>77</sup> 338 US 25.

<sup>78</sup> *Evidence* Vol 8 35.

<sup>79</sup> 188 Cal 237.

- (j) Daar kan moontlik gesê word dat die uitsluitingsreël vir polisiebeamptes en aanklaers 'n aansporingsbonus skep of bied om binne die grense van die Grondwet op te tree. Van der Merwe<sup>80</sup> se antwoord hierop is dat in 'n stelsel waar die Grondwet 'n persoon 'n billike verhoor waarborg, dit nie nodig behoort te wees om die uitsluitingsreël as aansporingsbonus voor iemand se neus te hou om hom te oorreed om grondwetlike regte te eerbiedig nie. Die doel van die uitsluitingsreël is immers om die legaliteit van die proses, wat by arrestasie begin en by appèl of hersiening eindig, te verseker.<sup>81</sup> Die feit dat 'n hof getuienis verkry na eerbiediging van 'n beskuldige se grondwetlike regte, toelaat, dien net as 'n ekstra motiverig om persone se grondwetlike regte te eerbiedig.

Baie van die argumente vir en teen beide die insluitingsreël en die uitsluitingsreël, sal ondervang word deur 'n uitsluitingsdiskresie. Die geskiedenis leer egter dat in die VSA, waar die uitsluitingsreël sy beslag gekry het, dinge anders verloop het. In die res van hierdie hoofstuk word aangetoon dat 'n rigiede uitsluitingsreël in die VSA ontstaan het en dat daar metteraan spesifieke uitsonderings geskep is ten einde die impak van die rigiede reël te temper.

### **3.3 VISEENTERING EN BESLAGLEGGING (DIE 4DE AMENDEMENT): DIE ONTWIKKELING VAN DIE UITSLUITINGSREËL IN DIE VSA**

Die geskiedkundige agtergrond van die Vierde Amendement tot die Grondwet van die VSA, is in paragraaf 3.1 *supra* bespreek. Dit is hierdie amendement wat, saam met sy emosie-belaaide geskiedenis, aan die Hooggeregshof van die VSA 'n vertrekpunt vir die ontwikkeling en vestiging van 'n uitsluitingsreël verskaf het.

---

<sup>80</sup> (1992) 2 *Stell LR* 185.

<sup>81</sup> Van Rooyen (1975) *Acta Juridica* 78; Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 185.

Die kern van die Vierde Amendement is die waarborg teen “unreasonable searches and seizures” (onredelike deursoekings en beslagleggings). Vir doeleindes van die bespreking in paragrawe 3.3.1 tot 3.3.4 *infra*, word die begrip “visentering” bondigheidshalwe gebruik maar sluit, waar toepaslik, deursoekings en beslagleggings in.

Visentering kan hoofsaaklik in vier breë kategorieë ingedeel word, naamlik: (i) visentering van persele; (ii) visentering van persone; (iii) visentering van voertuie; en (iv) visentering by 'n grenspos. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die vier kategorieë nie altyd waterdig van mekaar geskei kan word nie. Visentering van persone kan byvoorbeeld soms saam met visentering van óf persele óf voertuie plaasvind.

### 3.3.1 VISENTERING VAN PERSELE

Alhoewel die uitsluitingsreël rondom die Vierde Amendement-waarborg teen onredelike deursoeking en beslaglegging opgebou is, was die Vierde Amendement aanvanklik nie geskik geag om op sy eie as basis vir die uitsluitingsreël te dien nie.

'n Wet van 1874 het die wiele aan die rol gesit. Dié wet het bepaal dat 'n invoerder van goedere 'n misdaad pleeg en by skuldigbevinding tot 'n boete of gevangenisstraf gevonniss kan word indien hy 'n handeling verrig as gevolg waarvan die federale owerheid belasting verloor. Benewens die straf, kon die ingevoerde goedere ook aan die staat verbeurd verklaar word. Die wet het 'n regter gemagtig om in belastingsake, op versoek van die staatsprokureur, 'n kennisgewing aan die verweerder te laat bestel waarin hy aangesê word om sy private boeke, fakture en dokumente aan die hof voor te lê. Indien hy dit nie voorlê nie, sou ingevolge die

wetgewing geag word dat hy die bewerings in die kennisgewing erken. In *Boyd v United States*<sup>82</sup> het federale doeanbeamptes beslag gelê op vyf-en-dertig kiste spieëlglas wat na bewering deur Boyd ingevoer is en waarop nie invoerbelasting betaal is nie. 'n Aksie vir verbeurdverklaring van die spieëlglas is toe op die basis van voormelde wetgewing, deur die staatsprokureur teen Boyd se firma ingestel. Vóór die verhoor was 'n kennisgewing, gemagtig deur 'n distriksregter, aan Boyd bestel waarin hy beveel was om alle fakture en boeke wat op die kiste glas betrekking gehad het, tydens die verhoor aan die hof voor te lê. Die subpoena het 'n endossement bevat dat indien die fakture en boeke nie voorgelê sou word nie, "the allegations which it is affirmed they will prove shall be taken as confessed".

Boyd het die betrokke dokumentasie voorgelê maar die grondwetlikheid van die artikel wat die owerheid magtig om hom te verplig om dit voor te lê en in geval van sy versuim, die beweerde inhoud as bewese geag sou word, aangeval. Hy het betoog dat sy Vierde Amendement-reg teen onredelike visentering en beslaglegging en sy Vyfde Amendement-reg om nie 'n verpligte getuie teen homself te wees nie, daardeur geskend word. Die beswaar is egter van die hand gewys. Die vyf-en-dertig kiste spieëlglas is deur die hof aan die federale owerheid verbeurd verklaar. Boyd het appèl teen die uitspraak aangeteken. Sy appèl is egter van die hand gewys. Hy het daarop na die Hooggeregshof van die VSA geappelleer.

Die Hooggeregshof het voor vier oënskynlik onoorkomelike versperrings te staan gekom, naamlik: (a) Die feite het nie 'n visentering en beslaglegging om getuienis in 'n strafsak in te win, openbaar nie en in *Murray v Hoboken Land Co*<sup>83</sup> was pertinent beslis dat die beskerming van die Vierde Amendement nie vir siviele sake geld nie; (b) die optrede van die federale

---

<sup>82</sup> *Supra.*

<sup>83</sup> 18 Howard 272 (1855).



amptenare het nie 'n fisiese visentering en beslaglegging uitgemaak nie; (c) die Vierde Amendement verbied slegs onredelike visenterings en beslagleggings, en die wyse van verkryging van die dokumente kon kwalik as onredelik aangemerkt word; en (d) die gemeenregtelike reël dat relevante getuienis toelaatbaar is ongeag op welke wyse dit verkry is<sup>84</sup> het ook destyds in die VSA gegeld. Die hof was dus op die oog af nie bevoeg om die wyse waarop die getuienis verkry is, te bevraagteken nie en kon nie die toelaatbaarheid daarvan onderhewig maak aan die wyse waarop dit verkry is nie.

Regter Bradley wat die uitspraak van die hof gelewer het, het die Grondwet liberaal uitgelê en 'n wye interpretasie aan die aard van 'n verbeurdverklaring gegee. Hy het beslis dat verbeurdverklaring van eiendom na pleging van 'n misdryf, alhoewel tegnies siviel van aard, in wese strafregtelik is. Dit moet dus as kwasi-strafregtelik van aard geklassifiseer word. Op hierdie wyse het hy die verbeurdverklaringsaksie binne die trefwydte van die Vierde Amendement gebring. Daarna het hy die beginsel van visentering op 'n verbeeldingryke wyse geïnterpreteer. Hy het geargumenteer dat betreding van iemand se perseel en 'n gevroetel in sy dokumente, 'n element van walglikheid bevat. Alhoewel dié element op die feite ontbreek, bewerkstellig die gewraakte artikel wat die verpligte voorlegging van die dokumente magtig, op 'n indirekte wyse presies dieselfde gevolge as 'n visentering en beslaglegging: Dit verplig 'n party om getuienis teen homself te verskaf sodat 'n misdryf teen hom bewys kan word of sy eiendom verbeurd verklaar kan word.

Volgens regter Bradley kom die verpligte voorlegging van die dokumente ten einde dit as getuienis teen die eienaar te gebruik, inderdaad neer op 'n visentering en beslaglegging ingevolge die Vierde Amendement. Die Vierde Amendement beskerm 'n burger nie net teen fisiese

---

<sup>84</sup> *R v Leatham supra*. Sien voorts par 2.1 *supra*.

ongrondwetlike visentering en beslaglegging nie, maar ook teen nie-fisiese “handelinge” wat indirek dieselfde doel as visentering en beslaglegging het.

Nadat regter Bradley bevind het dat die verkryging van die dokumente wel op `n visentering neerkom, was alle probleme nog nie uit die weg geruim nie aangesien die Vierde Amendement burgers slegs teen onredelike visentering beskerm. Hierdie hekkie het hy oorkom deur te onderskei tussen goedere wat regmatig deur `n persoon besit mag word en goedere wat nie regmatig deur hom besit mag word nie, soos vervalste geld en dwelms. Die owerheid mag nie beslag lê op goedere wat iemand regmatig in sy besit mag hê en in sy besit hou nie. Beslaglegging op goedere wat `n persoon glad nie mag besit nie, soos vervalste geld, loterykaartjies en dobbelimplimente, is wel geldig. Gesteelde goedere mag in besit van die owerheid bly totdat dit aan die regmatige eienaar oorhandig word. Goedere waarop belasting betaalbaar is, mag in beslag geneem en deur die owerheid gehou word totdat die belasting betaal is. Die dokumente van Boyd val egter nie in die kategorie van goedere wat `n persoon nie in sy besit mag hê nie.

Die regter het ook geredeneer dat die betrokke wet `n persoon verplig om getuienis wat hy nie wil openbaar nie, te openbaar. Hy het verwys na die uitspraak van Lord Camden in *Entick v Carrington*<sup>85</sup> en verklaar:<sup>86</sup>

“[A]ny forcible and compulsory extortion of a man’s own testimony or of his private papers to be used as evidence to convict him of crime or to forfeit his goods is within the condemnation of that judgement.”

Omdat die subpoena gelui het dat indien die dokumente nie voorgelê word nie, aanvaar sal word dat die bewerings vervat in die subpoena die waarheid is, het die subpoena in effek gedwonge

---

<sup>85</sup> *Supra* 1029. Sien ook par 3.1 *supra* vir `n bespreking van hierdie saak.

<sup>86</sup> 630.

voorlegging van die dokumente tot gevolg gehad. Dit mag perfek inpas by despotisme maar is totaal strydig met politieke onafhanklikheid en persoonlike vryheid. Die “visentering” was onredelik want dit het nie die opsporing van onwettige goedere soos wapens of gesteelde goedere beoog nie. Dit was gemik op die verkryging van private dokumente. Daarop kon nie eers deur middel van die gehate “writs of assistance” beslag gelê word nie.

Hiermee het die regter egter nog nie by die punt gekom waar hy die getuienis vervat in die dokumente kon uitsluit nie, want *R v Leatham*<sup>87</sup> het nog breed in sy pad gestaan. Hierdie probleem het hy gesystap deur te argumenteer dat daar 'n baie intieme verband tussen die Vierde en die Vyfde Amendement is. Volgens hom vloei die twee ineen. Visenterings en beslagleggings word feitlik deurgaans aangewend om te bereik wat in die Vyfde Amendement verbied word, naamlik om 'n persoon te verplig om 'n getuie teen homself te wees. Die gedwonge voorlegging van die dokumente as gevolg van die endossement op die subpoena, het tot gevolg gehad dat die eienaar verplig was om inligting wat teen hom gebruik kon word, te verskaf. Die regter het derhalwe bevind dat die bepaling in die wet wat Boyd verplig het om sy dokumente voor te lê, asook die toelating van die inligting vervat in die dokumente as getuienis, ongrondwetlik is.

Die regter het die Vyfde Amendement gebruik om getuienis wat ná skending van Vierde Amendement-regte verkry is, uit te sluit. Hy het die appèl gehandhaaf.

Min regsgeleerdes staan heeltmaal neutraal teenoor die *Boyd*-uitspraak. Die uitspraak word óf geloof óf skerp gekritiseer, afhangende van die persoon se sentiment ten opsigte van die

---

<sup>87</sup>

*Supra*. Sien ook par 2.1 *supra* vir 'n bespreking van hierdie saak.

uitsluitingsreël.<sup>88</sup> Landynski<sup>89</sup> self verwys daarna as “the wrong reason for the right decision.” In oorweging word gegee dat die *Boyd*-beslissing ’n uitstekende voorbeeld bied van ’n innoverende uitleg van grondwetlike bepalings om “subtiele” outoritêre wetsbepalings in te kort.

In *Adams v New York*<sup>90</sup> het die jong uitsluitingsreël egter die wind van voor gekry. Adams was deur amptenare van die staat New York vir onwettige dubbel gearresteer. Na sy arrestasie het die polisie, toegerus met ’n visenteringslasbrief, sy perseel vir reële getuienis gevisenteer. Hulle het beslag op sowel dobbellyste as privaat dokumente gelê. Die beslaglegging op die dobbellyste was deur die visenteringslasbrief gedek. Maar die beslaglegging op die privaat dokumente was nie deur die lasbrief gedek nie. Die doel van die beslaglegging op die privaat dokumente was om te bewys dat die handtekening wat op die dobbellyste voorkom, die van die beskuldigde was want sy handtekening het ook op die privaat dokumente voorgekom. Tydens sy verhoor was beide stelle dokumente deur die vervolging as getuienis aangebied en is hy skuldig bevind. Op appèl het hy aangevoer, met ’n beroep op *Boyd v United States*<sup>91</sup>, dat die beslaglegging sy Vierde Amendement-regte geskend het en dat die gebruikmaking van die dokumente tydens sy verhoor, sy Vyfde Amendement-regte geskend het. Die appèl is egter van die hand gewys. Die hof het die gemenerereg gevolg en beklemtoon dat ’n hof nie moet afdwaal op sypore en betrokke raak in die ondersoek van ’n kollaterale aangeleentheid soos die metode waarvolgens die getuienis bekom is nie. Die hof het bevind dat Vierde en Vyfde Amendement-regte geensins ter sprake is nie want getuienis is toelaatbaar ongeag die wyse waarop dit bekom is. Die vraag is slegs of die

---

<sup>88</sup> Sien Landynski *Search and Seizure and the Supreme Court* 57-61.

<sup>89</sup> *Search and Seizure and the Supreme Court* 60. Die impak van die *Boyd*-beslissing op die uitsluitingsreël wat op Vierde Amendement-skendings betrekking het, moet egter nie onderskat word nie. Cleary (red) *McCormick on Evidence* 4e uitg (1984) 446 n 3 wys bv daarop dat die Hooggeregshof in *Stone v Powell supra* 483 n 19 na die *Boyd*-beslissing verwys het as die “roots” van die beslissing wat in *Weeks v United States supra* gevolg het.

<sup>90</sup> 192 US 585 (1904).

<sup>91</sup> *Supra*.

vervolging hom van sy bewyslas gekwyt het. Dié vraag word nie beantwoord deur die wyse waarop die getuienis bekom is nie, maar deur die meriete van die getuienis. Die *Boyd*-beslissing is glad nie van toepassing nie omdat die hof daarin slegs beslis het dat verpligte verskaffing van dokumente in stryd met die Vierde en Vyfde Amendemente, ongrondwetlik is. Die regter het egter bygevoeg dat die visentering in elk geval deur die visenteringslasbrief gemagtig was. Hy het die feite onderskei van dié van die *Boyd*-saak en bevind dat terwyl Boyd vir praktiese doeleindes verplig was om 'n getuie teen homself te wees, dit geensins die geval met Adams was nie. Dié uitspraak het oënskynlik die ontwikkeling van die uitsluitingsreël tydelik tot stilstand gedwing.

In *Weeks v United States*<sup>92</sup> het die hof egter deur middel van 'n slim maneuver 'n U-draai gemaak.

Weeks se huis was in sy afwesigheid deur die polisie sonder 'n visenteringslasbrief en sonder sy toestemming gevisenteer. Hulle het beslag gelê op verskeie artikels en dit aan die federale balju oorhandig. Die balju het nog meer getuienis teen Weeks gesoek en is later die dag saam met die polisie terug na sy huis waar hulle, nog steeds sonder 'n lasbrief, op nog artikels beslag gelê het. Sommige van die artikels is later aan Weeks teruggegee. Weeks is daarna aangekla dat hy loterykaartjies deur middel van die federale posdiens vervoer het. Voor sy verhoor 'n aanvang geneem het, het hy by die distriks-hof aansoek gedoen om 'n bevel dat al sy goedere aan hom terugbesorg moet word. Die hof het die owerheid egter gelas om slegs dié wat nie vir sy verhoor benodig word nie, terug te besorg. Die artikels wat vir sy verhoor benodig was, is gevolglik nie terugbesorg nie.

---

<sup>92</sup> 232 US 383 (1914).

Om die saak teen Weeks te bewys, het die vervolging in sy verhoor gebruik gemaak van die dokumente waarop beslag gelê is tydens die visentering. Hy is skuldig bevind maar het teen sy skuldigbevinding geappelleer op grond daarvan dat die dokumente strydig met die bepalings van die Vierde Amendement bekom is. Op grond van die *Adams*-uitspraak het die verteenwoordiger van die vervolging betoog dat die getuienis toelaatbaar is ongeag hoe dit verkry is. Die Hooggeregshof het die feite in Weeks met slim voetwerk onderskei van dié van *Adams*. Regter Day, wat soos in *Adams* die uitspraak van die hof gelewer het, het beslis dat indien getuienis op 'n onregmatige wyse verkry is, moet die hof die owerheid gelas om dit terug te gee mits dit voor die verhoor deur die eenaar teruggevra is. Indien 'n hof sou toelaat dat daar in stryd met die Vierde Amendement op private dokumentasie van 'n burger beslag gelê kan word en dit ook nog tydens sy verhoor teen hom gebruik mag word, sal die Vierde Amendement waardeloos wees en kan dit netsowel uit die Grondwet geskrap word. 'n Hof wat weier om ondersoek in te stel na die wyse van verkryging van getuienis en die owerheid toelaat om gebruik te maak van die vrugte van ongrondwetlike visenterings, word self medepligtig aan die wandade van die polisie. Die hof het bevind dat Weeks se dokumente reeds voor die verhoor teruggegee moes gewees het omdat die owerheid strydig met die bepalings van die Vierde Amendement daarop beslag gelê het. Indien dit teruggegee was, sou die vervolging dit nie as getuienis teen hom kon gebruik het nie en sou die vervolging nie in staat gewees het om sy saak teen hom te bewys nie. Sonder die gewraakte getuienis, was daar nie voldoende getuienis waarop die beskuldigde skuldig bevind kon word nie. Die appèl het dus geslaag en die skuldigbevinding is ter syde gestel.

Nadat die *Adams*-beslissing oënskynlik 'n terugkeer na die ou orde teweeggebring het, het die *Weeks*-uitspraak nuwe lewe in die ontwikkeling van die uitsluitingsreël geblaas.<sup>93</sup> Die uitsluitingsreël was egter nog nie op die Vierde Amendement *per se* gebaseer nie maar op die

---

<sup>93</sup> Sien Cleary (red) *McCormick on Evidence* 446-477 vir 'n vergelyking van die beslissings in *Adams* en

Vyfde Amendement *via* die Vierde Amendement: Die Vierde Amendement was net gebruik as 'n meganisme om die ongrondwetlik-verkreë dokumente by die Vyfde Amendement-remedies aan te klamp.

In beide *Boyd* en *Weeks* het die goedere wat die onderwerp van die geskil gevorm het, betrekking gehad op dokumente wat die eienaars regmatig kon besit het. Tot op daardie stadium het goedere waarvan die besit op sigself onwettig was, nog nie die aandag van die hof geverg nie.

In *Silverthorne Lumber Co v United States*<sup>94</sup> het die hof verdere gestalte gegee aan die uitsluitingsreël. Amptenare van die federale owerheid het 'n onwettige klopjag op die kantore van die eiser uitgevoer en op sy boeke en dokumente beslag gelê. Hulle het afskrifte van alles gemaak en die oorspronklike dokumente aan hom terugbesorg. 'n Amptenaar van die federale regering het toe aan die Silverthornes 'n dagvaarding uitgereik waarin hulle gelas was om die oorspronklike dokumente by hom in te handig sodat dit tydens hulle verhoor as getuienis gebruik kon word. Hulle het die opdrag egter verontagsaam. Die jónger Silverthorne is toe vir minagting van die hof gevangenisstraf opgelê terwyl die maatskappy beboet is.

Op appél na die Hooggeregshof het die verteenwoordiger van die owerheid betoog dat die Vierde Amendement slegs tot gevolg het dat goedere wat onwettig van iemand geneem is, teruggegee moet word en dat inligting wat as gevolg van 'n onwettige visentering verkry is, steeds in 'n vervolging teen die eenaar gebruik kon word. Die Hooggeregshof het hierdie betoog verwerp op die basis dat 'n verbod op die verkryging van getuienis noodwendig beteken dat nóg die oorspronklike getuienis nóg enige reproduksie daarvan as getuienis gebruik mag word.

---

*Weeks*.

<sup>94</sup> 251 US 385 (1920).

Teen 1921 was dit reeds 'n gevestigde gebruik dat die howe met taamlik kritiese oë na die wyse waarop getuienis verkry is, gekyk het.

*Gouled v United States*<sup>95</sup> het verdere beslag aan die uitsluitingsreël gegee. Gouled was van bedrog teenoor die weermag verdink. 'n Werknemer van die weermag, wat hy goed geken het, het hom besoek onder die dekmantel van 'n vriendskaplike besoek. Maar in werklikheid was die doel van die besoek om te snuffel vir bewyse van die vermoedelike bedrog en indien hy enige sou vind, in die geheim daarop beslag te lê. Sonder Gouled se wete, het die werknemer op verskeie dokumente "beslag gelê". Sommige daarvan was tydens Gouled se verhoor teen hom gebruik. Gouled het op daárdie tydstip eers van die "diefstal" van sy dokumente bewus geword. Hy het dadelik 'n beswaar teen die gebruik daarvan geopper. Sy beswaar is egter van die hand gewys omdat hy die dokumente nie voor die verhoor teruggevra het nie. Hy is skuldig bevind.

Op appél het die Hooggeregshof beslis dat getuienis wat heimlik verkry is, net so min toelaatbaar is as getuienis wat deur geweld of dwang verkry is. Die bepalende faktor is nie hoe dit verkry is nie maar of dit teen die wil van die reghebbende verkry is. Hoewel die beginsel geskep in *Adams v New York*<sup>96</sup> behels dat die benadeelde sy dokumente moes teruggevra het voordat die verhoor begin het, is dit nie in die onderhawige geval van toepassing nie omdat Gouled sy dokumente onmiddelik toe hy van die beslaglegging te hore gekom het, teruggevra het. Die hof het verklaar:

"It is plain that the trial court acted upon the rule, widely adopted, that courts in criminal trials will not pause to determine how the possession of evidence tendered has been obtained. While this is a rule of great practical importance, yet, after all, it is only a rule of procedure, and therefore it is not to be applied as a hard and fast formula to every case, regardless of its special circumstances ... A rule of practice must not be allowed for any technical reason to prevail over a constitutional right."<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> 255 US 298 (1921).

<sup>96</sup> *Supra*.

<sup>97</sup> 312-313.



Die beslissings in *Silverthorne* en *Gouled* het die uitsluitingsreël inderdaad vër gevoer, maar die taak was nog nie voltooi nie. Die uitsluitingsreël was nog mank aan die volgende gebreke: (a) die reël was nog beperk tot visenterings en beslagleggings deur federale amptenare; (b) onregmatige visentering en beslaglegging op goedere wat onwettig in besit van 'n persoon was, was nog nie deur die uitsluitingsreël aangespreek nie; en (c) getuienis was ook nog steeds uitgesluit ingevolge die Vyfde Amendement.

In *Burdeau v McDowell*<sup>98</sup> was die Hooggeregshof gekonfronteer met die vraag of die uitsluitingsreël van toepassing is op goedere wat deur privaat persone in “beslag” geneem is na 'n onwettige visentering en waaraan die owerheid geen aandeel gehad het nie. McDowell was deur sy werkgewer ontslaan weens bedrog. Na sy ontslag het sy geslote privaat brandkas en lessenaar waarvan die laaie gesluit was, in sy kantoor agtergebly. Sy opvolger het 'n privaat speurder gehuur om die brandkas en lessenaarlaaie oop te breek. Nadat dit oopgebreek is, is beslag gelê op 'n hele aantal dokumente wat McDowell se aandadigheid aan bedrog gestaaf het. Hierdie dokumentasie is aan die departement van justisie oorhandig vir gebruik in 'n moontlike vervolging teen McDowell. McDowell het egter 'n hofbevel wat die owerheid verbied om die dokumente in sy verhoor te gebruik, in die distrikshof aangevra. Op appèl het die Hooggeregshof beslis dat die Vierde Amendement hom nie beskerm nie: Die visentering en beslaglegging was uitgevoer deur privaat persone, terwyl die Vierde Amendement 'n beperking plaas op visentering en beslaglegging deur amptenare van die owerheid. Geen amptenaar van die owerheid was in die visentering en beslaglegging betrokke nie. Die hof het dus beslis dat getuienis ingesamel deur privaat persone, nie onder die uitsluitingsreël val nie. Indien owerheidsamptenare egter die privaat persone se onregmatige visentering voortsit of daaraan deelneem, moet uitsluiting wel

---

<sup>98</sup>

256 US 465 (1921).

plaasvind.<sup>99</sup>

In *Agnello v United States*<sup>100</sup> het die hof geleentheid gekry om uitspraak te lewer oor die toelaatbaarheid van getuienis verkry deur onregmatige beslaglegging op goedere wat onwettig in besit van die beskuldigde was. Agnello was aangekla van onregmatige besit van dwelms. Tydens sy verhoor het amptenare van die federale regering getuig dat hulle in sy huis op 'n kan kokaïen beslag gelê het. Die visentering en beslaglegging was egter onregmatig. Hy is skuldig bevind en het teen sy skuldigbevinding geappelleer. Een van die gronde van appèl was dat die vervolging gebruik gemaak het van onregmatig-verkreë getuienis om die saak teen hom te bewys. Die vervolging het egter gesteun op die beslissings in *Adams* en *Weeks* en betoog dat die beskuldigde voor die verhoor aansoek moes gedoen het om teruggawe van die kokaïen ten einde uitsluiting daarvan te kon bewerkstellig. Weens sy versuim om voor die verhoor daarom aansoek te doen, kon die hof nie ondersoek doen na die wyse waarop dit bekom is nie.

Die hof het beslis indien 'n visentering en beslaglegging strydig met die Vierde Amendement plaasgevind het, kan enigeen wie se regte geskend is en wat bedreig word deur inkriminerende getuienis wat as gevolg van die skending bekom is, hom op die beskerming van die Vyfde Amendement beroep sonder om eers aansoek te doen om teruggawe van die goedere waarop beslag gelê was. Agnello kon egter nie aansoek gedoen het om teruggawe van die dwelms nie want sy verweer was dat hy nie die kokaïen besit het nie. Deur dit terug te eis, sou hy homself gekompromitteer en sy Vyfde Amendement privilegie teen selfinkriminasie verbeur het. Vyfde Amendement-regte geniet egter voorkeur bo 'n reël van die praktyk soos die een geformuleer in *Adams*. Die hof het gevolglik beslis dat die getuienis uitgesluit moet word.

---

<sup>99</sup> Sien ook *Walter v United States* 447 US 649 (1980).

<sup>100</sup> 269 US 20 (1925).

Met hierdie uitspraak het die hof die uitspraak in *Adams* dat die eienaar eers sy goedere moet terugeis voordat hy hom op sy Vierde Amendement-regte kan beroep, omvergewerp.

Stewart<sup>101</sup> maak die stelling dat die uitsluitingsreël soos van toepassing op getuienis verkry as gevolg van 'n skending van Vierde Amendement-regte, teen 1925 voltooi was. Die breë raamwerk was miskien voltooi, maar daar was nog heelwat ruimte vir ontwikkeling. Die uitsluitingsreël was nog beperk tot visenterings en beslagleggings deur amptenare van die federale regering. In *Byars v United States*<sup>102</sup> is die uitsluitingsreël uitgebrei na getuienis wat onregmatig ingesamel was vir gebruik in federale howe deur federale amptenare wat beamptes van 'n staat tydens visentering behulpsaam was. In *Lustig v United States*<sup>103</sup> het die hof soos volg onderskei tussen getuienis verkry deur 'n amptenaar van die federale owerheid en dié verkry deur 'n amptenaar van 'n staat:

“[A] search is a search by a federal official if he had a hand in it; it is not a search by a federal official if evidence secured by state authorities is turned over to the federal authorities on a silver platter.”<sup>104</sup>

In *Gambino v United States*<sup>105</sup> is die uitsluitingsreël uitgebrei na getuienis wat verkry is as gevolg van onregmatige visentering deur amptenare van 'n staat indien dit ingesamel is om 'n federale vervolging te bevorder.

In *Wolf v Colorado*<sup>106</sup> het die uitsluitingsreël weer die wind van voor gekry. Wolf was 'n mediese

---

<sup>101</sup> (1983) 83 *Columbia LR* 1377.

<sup>102</sup> 273 US 28 (1927).

<sup>103</sup> 338 US 74 78-79 (1949).

<sup>104</sup> Hierdie leerstuk wat algemeen bekend geword het as die “silver platter”-leerstuk, is in *Elkins v United States supra* verwerp.

<sup>105</sup> 275 US 310 (1927).

<sup>106</sup> *Supra*.

dokter. Hy het in die staat Colorado tereggestaan op 'n aanklag van sameswering om 'n aborsie te bewerkstellig. Om sy skuld te bewys, het die vervolging gebruik gemaak van boeke wat in sy kantoor gevind was. Hy is skuldig bevind maar het na die Hooggeregshof van Colorado appèl aangeteken. Die appèl is egter van die hand gewys. Daarop het hy appèl aangeteken na die Hooggeregshof van die VSA. Regter Frankfurter wat die meerderheidsuitspraak gelewer het, het die regspraak waarop die hof 'n antwoord moes verskaf, soos volg geformuleer:

“Does a conviction by a State court for a State offense deny ‘due process of law’ required by the Fourteenth Amendment, solely because evidence that was admitted at the trial was obtained under circumstances which would have rendered it inadmissible in a prosecution for violation of a federal law in a court of the United States because there [was] deemed to be an infraction of the Fourth Amendment as applied in *Weeks v United States*, 232 US 383?”

Met 'n meerderheid van vyf regters teenoor vier, is beslis dat 'n hof van 'n staat nie verplig is om getuienis wat onregmatig deur beamptes van 'n staat verkry is, uit te sluit nie. Regter Frankfurter wat die meerderheidsuitspraak gelewer het, het verklaar dat 'n persoon se reg op privaatheid 'n fundamentele reg in 'n vrye gemeenskap is en *via* die Veertiende Amendement op sowel die federale owerheid as die state van toepassing is. Geen staat mag dus onredelike visenterings en beslagleggings toelaat nie. Uitsluiting van onregmatig-verkreë getuienis is egter nie die enigste remedie vir skending van 'n persoon se Vierde Amendement-regte nie, dit is maar een van die remedies. Ander remedies mag miskien net so doeltreffend wees om polisie-wanpraktyke te bekamp.

In *Elkins v United States*<sup>107</sup> het die Hooggeregshof die insluitingsbenadering nog verder “beleër”. Elkins en Clark het in 'n federale distrikshof tereggestaan op 'n statutêre misdryf van onderskepping en openbaarmaking van telefoongesprekke. Die vervolging het gebruik gemaak van reële getuienis waarop amptenare van die staat Oregon by die huis van Clark, beslag gelê

---

<sup>107</sup> 364 US 206 (1960).

het. Dit het onder andere bestaan uit bandopnames en `n bandopnamemasjien. Dit was gemene saak dat die visentering en beslaglegging onregmatig geskied het.

In die federale distrikshof het die verdediging `n beswaar teen die getuienis geopper op grond daarvan dat dit onregmatig bekom was. Die beswaar is egter van die hand gewys. Die hof het bevind dat daar nie getuienis was dat enige amptenaar van die federale owerheid bygedra het tot of deelgeneem het aan die visentering of beslaglegging nie. Die beskuldigdes is skuldig bevind. `n Appèl na die *court of appeals for the ninth circuit* is van die hand gewys. Die beskuldigdes het daarop na die Hooggeregshof appèl aangeteken. Die Hooggeregshof het beslis indien getuienis deur amptenare van `n staat verkry was op `n wyse wat inbreuk gemaak het op `n beskuldigde se Vierde Amendement-regte, en die getuienis nie toelaatbaar sou gewees het indien die amptenare wat dit ingesamel het, amptenare van die federale regering was nie, dit nie in `n federale hof toelaatbaar is nie indien die beskuldigde betyds daarteen beswaar geopper het in die federale hof.

Die beslissing in *Mapp v Ohio*<sup>108</sup> verteenwoordig die laaste hoofstuk in die *opbou* van die uitsluitingsreël. Drie polisiebeamptes van die staat Ohio, het by Mapp se huis aangekom en toestemming gevra om haar huis te deursoek. Hulle was op soek na `n man wat hulle verdink het van die plant van `n bom. Op advies van haar prokureur het Mapp geweier om hulle binne te laat tensy hulle `n visenteringslasbrief kon toon. Hulle het egter nie een gehad nie en is toe weer weg. Na ongeveer drie ure het hulle teruggekom, vergesel van nog polisiebeamptes. Hulle het weer geklop. Toe Mapp nie onmiddelik nadat hulle geklop het die deur oopmaak nie, het hulle

---

<sup>108</sup> *Supra*. Mirfield *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* 320 beskryf die impak van *Mapp v Ohio supra* op die uitsluitingsreël soos volg: "As formulated in *Mapp*, the exclusionary rule is both simple and straightforward. However venial, however lacking in bad faith may be the breach by the investigating authority, typically the police, of the Fourth Amendment rights of the citizen, evidence thereby acquired will be excluded at any later trial of that person for a criminal offence. It is the *fact* that his rights have been breached which results in *automatic* exclusion". Beklemtone in die oorspronklike.

een van die deure met geweld oopgestamp en die huis binnegegaan. Mapp was nog in aantog na die deur toe hulle dit oopstamp. Toe sy by hulle kom, het sy hulle versoek om die visenteringslasbrief te toon. Een van hulle het 'n papier omhoog gehou. Sy het dit gegryp en by haar bors ingedruk. Die polisie wou die lasbrief terughê. 'n Stoeiery het tussen haar en hulle uitgebreek. Hulle het haar geboei, die lasbrief van haar geneem en haar huis deursoek. Die bomplanter is nie gevind nie, maar die polisie het beslag gelê op vier boeke en 'n skets wat as "of a very obscene nature" beskryf is. Niemand kon agterna sê wat van die lasbrief geword het nie.

Mapp is vervolgens in 'n hof van die staat Ohio van besit van onwettige materiaal aangekla. Sy is skuldig bevind en het na die *Ohio court of appeals* en daarna na die Hooggeregshof van Ohio geappelleer, maar haar appèlle is telkens van die hand gewys. Daarna het sy appèl aangeteken na die Hooggeregshof.<sup>109</sup> Dié hof het die *Wolf*-uitspraak omvergewerp en beslis dat getuienis ingesamel tydens 'n visentering en beslaglegging in stryd met die Vierde Amendement, ontoelaatbaar is in 'n hof van 'n staat net soos in 'n federale hof. Mapp se appèl is dus gehandhaaf. Dié uitspraak het die sirkel voltooi en die uitsluitingsreël uitgebrei na getuienis ingesamel in stryd met die Vierde Amendement deur amptenare van sowel die federale owerheid as die state.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Mapp se regsverteenvoerder het aanvanklik nie 'n geskilpunt van die regmatigheid van die visentering en beslaglegging gemaak nie. Stewart (1983) 83 *Columbia LR* 1367 (wat een van die regters was), skets die gebeure soos volg: "[T]he issue that the Court ultimately was to decide had been mentioned only by an amicus curiae, the ACLU. Its twenty-page brief included only a three-sentence paragraph at the very end asking the court to overrule its 1949 decision in *Wolf v Colorado* which had held that state courts were not required to exclude evidence seized in violation of the fourth and fourteenth amendments. That the ACLU's argument was not regarded by the parties as even a remotely important issue in the case was made clear at the oral argument. The appellant's lawyer was asked whether he was requesting the Court to overrule the *Wolf* case and, thus, to exclude the fruits of an illegal search at a state trial. He answered, quite candidly, that he had never heard of the *Wolf* case."

<sup>110</sup> Sien ook Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* 106-143 vir die geskiedenis van die ontwikkeling van die uitsluitingsreël.

Oorspronklik was die Vyfde Amendement geag die bron van die uitsluitingsreël te wees. Hierdie siening het egter mettertyd verander en die reël is toe aan die Vierde Amendement self toegeskryf.<sup>111</sup> In *Wolf v Colorado*<sup>112</sup> het regter Black die stelling gemaak dat die uitsluitingsreël nie 'n grondwetlike reël is nie maar “a judicially created rule of evidence which Congress might negate”.<sup>113</sup>

### 3.3.2 STOP EN VISENTERING VAN PERSONE

Stop en visentering van persone val ook binne die raamwerk van die Vierde Amendement. Indien 'n polisiebeampte redelike gronde het om te glo dat 'n persoon 'n misdryf gepleeg het of besig is om een te pleeg, mag hy hom sonder 'n lasbrief stop en arresteer.<sup>114</sup> Na 'n regmatige arrestasie, mag die gearresteerde gevisenteer word vir wapens en reële getuienis wat hy kan verberg of vernietig. Die area binne die persoon se onmiddelijke beheer, mag ook vir wapens en reële getuienis deursoek word.<sup>115</sup> Reële getuienis op hierdie wyse ingesamel, sal toelaatbaar wees teen die gearresteerde. Indien die arrestasie egter onregmatig is, sal die getuienis uitgesluit moet word.

In sommige gevalle mag 'n persoon gevisenteer word selfs *voordat* hy gearresteer word. 'n Klassieke voorbeeld hiervan is *Terry v Ohio*.<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> *Mapp v Ohio supra* 656; *Landynski Search and Seizure and the Supreme Court* 77-78.

<sup>112</sup> *Supra* 40.

<sup>113</sup> Sien ook Frankfurter R se uitspraak op 28: *Landynski Search and Seizure and the Supreme Court* 128-129.

<sup>114</sup> *Torcia Wharton's Criminal Evidence* 13e uitg (1973) 50.

<sup>115</sup> *Torcia Wharton's Criminal Evidence* 50-61.

<sup>116</sup> 392 US 1 (1967).

Terry en sy vriend Chilton was op die dag van hulle arrestasie in 'n area wat berug was vir winkeldiefstal en sakkerollery. 'n Polisiebeampte gekleed in privaat klere, het hulle vir ongeveer twaalf minute dopgehou. Hy het opgemerk dat een van hulle op 'n straathoek staan en rondkyk terwyl die ander een straat-op drentel. Laasgenoemde het 'n paar sekondes deur 'n winkelvenster geloer en toe verder gestap. 'n Paar treë anderkant die winkel het hy omgedraai en weer teruggestap. Op pad terug het hy weer vir 'n paar sekondes by die winkelvenster ingeloer. Daarna het hy tot by die wagtende persoon op die hoek gestap. Hulle het 'n paar woorde met mekaar gewissel waarna die stapper weer op die hoek stelling ingeneem en gestaan en rondkyk het terwyl die ander persoon presies dieselfde ritueel uitgevoer het as die vorige stapper. Op 'n stadium het 'n derde persoon opgedaag en 'n paar woorde met hulle gepraat. Daarna het die derde persoon weer geloop.

Terry en Chilton het vyf of ses maal so heen en terug gestap en toe saam in die rigting wat die derde persoon geloop het, begin stap. Die polisiebeampte het vermoed dat hulle op die punt was om 'n misdad te pleeg en het besluit om vas te stel wat hulle motiewe is. Hy was ook agterdochtig dat hulle dalk 'n vuurwapen kon hê. Hy het hulle agtervolg en gesien dat hulle met die derde persoon staan en praat. Hy het hulle genader, homself aan hulle voorgestel as 'n polisiebeampte en hulle om hulle name gevra. Hulle het iets onverstaanbaar gemompel. Hy het toe besluit om hulle voel-voel bo-op hulle klere vir wapens te deursoek.<sup>117</sup> In Terry se jas se sak het hy 'n vuurwapen gevoel. Hy het hom gearrester en op die vuurwapen beslag gelê. Daarna het hy Chilton op dieselfde wyse deursoek en in sy jassak ook 'n vuurwapen gevoel. Hy het hom ook gearrester en op die vuurwapen beslag gelê. Albei is daarop aangekla van besit van versteekte vuurwapens. Die polisiebeampte het op geen stadium van die visentering sy hande onder enigeen van hulle se klere ingedruk nie.

---

<sup>117</sup> In die VSA word so 'n visentering "frisk(ing)" genoem.



Tydens hulle verhoor het die verdediging beswaar aangeteken teen die toelaatbaarheid van die getuienis aangaande die vuurwapens. Die grondslag van die beswaar was dat die visentering en beslaglegging sonder 'n lasbrief geskied het en dus ongrondwetlik was.

Die Hooggeregshof het beslis indien die polisie 'n persoon stop en hom sy vryheid om verder te gaan, ontnem, kom dit neer op beslaglegging op sy persoon. Insgelyks kom oppervlakkige voel-voel-visentering neer op visentering vir doeleindes van die Vierde Amendement. Behalwe in 'n dringende geval, moet die polisie indien prakties moontlik, vooraf 'n visenteringslasbrief bekom om 'n visentering en beslaglegging uit te voer. Indien 'n polisiebeampte egter rede het om te glo dat hy te doen het met 'n gewapende en gevaarlike persoon en vrees vir sy eie veiligheid en die veiligheid van ander, mag hy sonder 'n lasbrief 'n beslaglegging en voel-voel-visentering doen ten einde vas te stel of die persoon gewapen is. Sy optrede moet egter redelik wees en bedoel wees om vuurwapens, messe, knuppels of ander versteekte wapens waarmee die polisie aangeval kan word, bloot te lê.

Om vas te stel of hy redelik opgetree het, moet die noodsaaklikheid van die voel-voel-visentering of beslaglegging opgeweeg word teen die mate van inbreukmaking op die persoon se Vierde Amendement-regte. Optrede te goeder trou, is nie voldoende om die inbreukmaking te regverdig nie. Die vraag is of die beskikbare feite 'n redelike versigtige persoon sou laat glo het dat die optrede noodsaaklik is. 'n Objektiewe toets word toegepas. Die voel-voel visentering om vas te stel of die persoon nie dalk gewapen is nie, kan redelik wees selfs al het die polisiebeampte nie redelike gronde om die persoon te arresteer nie. Die toets is of 'n redelike versigtige man ook onder die omstandighede sou kon glo dat sy eie lewe en die lewens van ander persone in gevaar sal wees omdat die persoon gewapen mag wees. Indien hierdie vereistes nie nagekom word nie, is die visentering ongrondwetlik en sal reële getuienis wat daardeur verkry is, uitgesluit word.

Gegewe die feite in *Terry*, is bevind dat die reële getuienis wel toelaatbaar was. Baie duidelik was die Hooggeregshof besorg dat die polisie nie hul eie veiligheid tydens misdada ondersoek op die spel moet plaas nie – `n aspek wat vir Suid-Afrikaanse doeleindes besonder relevant is.

In die VSA word so `n tentatiewe aanhouding en voel-voel-visentering van `n persoon `n “Terry-stop” genoem. Die beslissing in *Terry* is gebaseer op realisme en gesonde verstand. In paragraaf 3.6.3 *infra*, word verdere aandag aan hierdie saak gegee.

### 3.3.3 STOP EN VISENTERING VAN VOERTUIE

Die beginsels wat geld vir visentering van persele, geld nie vir die visentering van voertuie nie. Dit is nie prakties om `n lasbrief vir die visentering van `n voertuig te gaan kry voordat met die visentering daarvan begin word nie aangesien `n voertuig maklik en vinnig uit die regsgebied van die hof waar dit gestop word, verwyder kan word.<sup>118</sup> `n Visentering van `n voertuig mag slegs plaasvind indien daar `n redelike vermoede bestaan dat goedere wat deur `n wet verbied word of wat verband hou met `n misdaad, daarin gevind sal word.<sup>119</sup> In die afwesigheid van `n redelike vermoede, sal `n visentering sonder lasbrief onregmatig wees en getuienis op dié wyse verkry, uitgesluit word.

In *United States v Hensley*<sup>120</sup> het die Hooggeregshof die redelike-vermoede-vereiste effens gerek. Die polisie het `n aanklag van gewapende roof ondersoek. `n Informant het `n beëdigde verklaring afgelê waarin hy beweer het dat Hensley die motor bestuur het waarin die rowers na

---

<sup>118</sup> Torcia Wharton's *Criminal Evidence* 63.

<sup>119</sup> Torcia Wharton's *Criminal Evidence* 64.

<sup>120</sup> 469 US 221 (1985).

die rooftog weggejaag het. Vir etlike dae is daar op verskeie geleenthede berigte oor die polisie-radio uitgesaai dat 'n lasbrief vir Hensley se arrestasie uitgereik is, dat hy deur die polisie gesoek word vir die roof en dat hy as gevaarlik en gewapen beskou moet word. Hy was goed bekend aan verskeie polisiebeamptes.

Twaalf dae na die rooftog het 'n polisiebeampte, ene Eger, Hensley met 'n wit Cadillac motor sien ry. Hy het per radio navraag gedoen of daar nie 'n lasbrief vir sy arrestasie uitstaande is nie. Voordat die persoon aan wie die navraag gerig was, nog daarop kon antwoord, het twee polisiebeamptes afsonderlik van mekaar oor die radio geantwoord dat daar 'n lasbrief vir Hensley se arrestasie op 'n aanklag van roof uitstaande mag wees.

Die persoon aan wie die navraag gerig was, het probleme ondervind om dadelik vas te stel of daar inderdaad 'n lasbrief vir Hensley se arrestasie uitstaande was en het laat weet dat hulle na die lasbrief soek. Terwyl hulle nog besig was om te soek, het polisiebeampte Cope vir Hensley in sy wit Cadillac teëgekom en hom gestop. Saam met hom in die motor was 'n passasier. Cope het Hensley en sy passasier genader met sy vuurwapen op hulle gerig en hulle beveel om uit te klim. 'n Ander polisiebeampte (Rassache) het ook op die toneel verskyn en Hensley se passasier herken as ene Green, 'n persoon wat voorheen aan 'n ernstige misdryf skuldig bevind was. Hy het in Hensley se motor gekyk en 'n vuurwapenkolf onder die passasiërsitplek sien uitsteek. Green is toe gearresteer. Daarna is die motor gevisenteer en nog twee vuurwapens daarin gevind. Die een was toegedraai in 'n baadjie en het in die middel onder die voorste sitplek gelê en die ander een was in 'n sak in die agterste sitplek. Hensley is toe ook gearresteer. Hy is later aangekla en skuldig bevind dat hy, synde 'n persoon wat voorheen aan 'n ernstige misdryf skuldig bevind is, 'n vuurwapen in sy besit gehad het. Op appèl het die Hooggeregshof beslis dat indien die polisie as gevolg van 'n redelike vermoede, gegrond op duidelike en spesifieke

feite, 'n radioberig uitsaai dat 'n persoon 'n ernstige misdryf gepleeg het en gesoek word, mag 'n polisiebeampte wat daardie persoon teëkom hom stop en voel-voel visenteer ten einde sy identiteit vas te stel of om vrae aan hom te stel of hom kortstondig mag aanhou vir die verkryging van meer inligting. Getuienis wat as gevolg van die stop en visentering ontdek word, sal toelaatbaar wees teen die persoon.

Indien die feite wat die grondslag van die berig vorm, egter nie 'n redelike vermoede regverdig nie, sal die stop en visentering neerkom op skending van die persoon se Vierde Amendement-regte en moet die reële getuienis uitgesluit word.

#### 3.3.4 VISENTERING BY 'n GRENSPOS

In teenstelling met 'n gewone visentering, word vir 'n regmatige visentering by 'n grenspos nie vereis dat die visenteerder 'n redelike vermoede moes gehad het dat die persoon onwettige goedere of goedere wat die onderwerp van 'n misdaad vorm, in sy besit het nie. Die visentering moet egter aan die vereiste van redelikheid van die Vierde Amendement voldoen.<sup>121</sup> Indien dit nie aan die vereiste van redelikheid voldoen nie, is dit onderhewig aan uitsluiting.

---

<sup>121</sup> Torcia Wharton's *Criminal Evidence* 88.

### 3.4 BESKERMING VAN “DUE PROCESS” WAT DIE VERHOOR BETREFF

#### 3.4.1 POLISIEONDERVRAGING

Die “due process”-vereiste<sup>122</sup> kom voor in sowel die Vyfde as die Veertiende Amendement van die Amerikaanse Grondwet. Die Vyfde Amendement is die bron van `n gearresteerde se regte tydens polisieondervraging.

Die relevante gedeelte van die Vyfde Amendement bepaal: “No person ... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself nor be deprived of ... liberty or property without due process of law ...” Die Veertiende Amendement bepaal: “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of laws.”

Die Vyfde Amendement is uiteindelik in die Veertiende Amendement opgeneem.<sup>123</sup> Alhoewel Vyfde Amendement-regte betrekking het op ondervraging, manifesteer die versuim om dit na te kom eers tydens die verhoor.

Die Amerikaanse hof het óók aanvanklik die gemeenregtelike beginsel gevolg dat `n verklaring afgelê deur `n beskuldigde terwyl hy in aanhouding is, toelaatbaar is as getuienis mits dit vryelik en vrywilliglik (“freely and voluntarily”) afgelê is. `n Gedwonge bekentenis of erkenning was

---

<sup>122</sup> Hierna na verwys as die “billike verhoor”.

<sup>123</sup> *Griffin v California* 380 US 609. Met goedkeuring aangehaal in die minderheidsuitspraak van Stevens R in *Doyle v Ohio* 426 US 610 (1976).

geag onbetroubaar te wees.<sup>124</sup> Ten spyte van die Vyfde Amendement, het polisiebeamptes volhard om erkennings en bekentnisse deur middel van onwettige metodes van beskuldigdes te verkry. In *Rochin v California*<sup>125</sup> is beslis dat die billike verhoor bepaling in die Veertiende Amendement selfs 'n verbod plaas op die gebruik van relevante en betroubare getuienis wat ingesamel was op 'n wyse wat die norme van welvoeglikheid en beskaafde gedrag skend: Indien die vervolging sy saak bewys met getuienis verkry deur metodes wat die regsgevoel kwets, is die verhoor onbillik.<sup>126</sup>

*Miranda v Arizona*<sup>127</sup> is die waterskeiding in verband met die nakoming van 'n gearreesteerde se Vyfde Amendement-regte tydens polisieondervraging. Die beskuldigde was na sy arrestasie deur die polisie gekonfronteer met die weergawe van 'n medepligtige wat hom geïnkrimineer het. Die polisie se oogmerk was om 'n bekentenis van hom te bekom. Sy swygreg en reg tot regsverteenvoordinging was nooit aan hom verduidelik nie. Hy het egter volhard om die bewerings te ontken. Hy is toe geboei en na 'n ondervragingskamer geneem waar hy vir vier uur moes staan terwyl hy ondervra is. Terwyl die ondervraging aan die gang was, het 'n regsverteenvoordiger opgedaag om hom te spreek. Die regsverteenvoordiger is egter toegang tot die beskuldigde geweier. Na vier ure se ondervraging in afsondering, het die beskuldigde 'n bekentenis gemaak.

Hoofregter Warren het verklaar dat dit as gevolg van die volgehoue skending van aangehoudenenes se Vyfde Amendement-regte, nodig geword het om maatreëls te tref wat sal verseker dat die

---

<sup>124</sup> Murrell *Constitutional Law Outline for the Fourth and Fifth Amendments of the United States Constitution* (1996) 46.

<sup>125</sup> 342 US 165 (1952).

<sup>126</sup> Sien ook Abraham *Freedom and the Court: Civil Liberties in the United States* 5e uitg (1988) 136 vir 'n bespreking van *Rochin v California supra*.

<sup>127</sup> 384 US 436, 16 L Ed 2d 694 (1966).

bepalings van die Grondwet nie maar net lippetaal sal wees nie. Die hof het toe 'n reeks prosesregtelike veiligheidsmeganismes geskep om te dien as voorvereistes vir die toelaatbaarheid van enige verklaring afgelê deur 'n aangehoudene. Met hierdie voorvereistes wou die hof verseker dat gearresterdes se swygreg en reg teen selfinkriminasie gehandhaaf word: Tydens 'n beskuldigde se verhoor mag die vervolging nie van óf 'n verontskuldigende óf 'n inkriminerende verklaring wat 'n beskuldigde gemaak het terwyl hy in aanhouding was, gebruik maak nie tensy die vervolging bewys dat die polisie die volgende maatreëls nagekom het:

- (a) *Voordat die polisie 'n persoon wat in hegtenis is, ondervra, moet hulle hom eers meedeel dat hy die reg het om te swyg en hom ook waarsku dat enigiets wat hy sê in 'n hof teen hom gebruik mag en sal word.* Indien hy in enige stadium tydens die ondervraging te kenne gee dat hy verkies om verder te swyg, moet die ondervraging onmiddelik gestaak word;
- (b) *Voordat 'n persoon wat in hegtenis is, ondervra word, moet hy meegedeel word dat hy eers met 'n regsverteenvoorder mag konsulteer én dat sy regsverteenvoorder teenwoordig mag wees tydens die ondervraging.* Hy moet ook meegedeel word dat 'n regsverteenvoorder vir hom aangestel sal word indien hy nie een kan bekostig nie.

Die persoon mag afstand doen van sy reg op regsverteenvoordering maar slegs indien hy van bogenoemde regte verwittig is. So 'n afstanddoening sal slegs geldig wees indien dit vryelik, willens en wetens geskied het. Sy besluit moet ook 'n ingeligte besluit wees. Blote versuim om te vra dat 'n regsverteenvoorder aangestel word, kom nie op afstanddoening van die reg op regsverteenvoordering neer nie.

Indien die persoon aanvanklik verkies om nie van regsverteenvoordiging gebruik te maak nie maar tydens ondervraging te kenne gee dat hy dan regsverteenvoordiging verlang, moet die ondervraging onmiddelik gestaak word totdat die regsverteenvoordiger teenwoordig is. Voordat die ondervraging hervat word, moet die regsverteenvoordiger eers geleentheid gegun word om met die persoon te konsulteer. Die regsverteenvoordiger moet toegelaat word om teenwoordig te wees tydens verdere ondervraging.

Dui die persoon aan dat hy eers met 'n regsverteenvoordiger wil konsulteer voordat hy met die polisie praat maar hy kan nie onmiddelik 'n regsverteenvoordiger in die hande kry nie, moet sy besluit om te swyg gerespekteer word.

Die hoofregter het bovermelde reëls uitdruklik beperk tot ondervraging van persone wat in hegtenis is. Die toelaatbaarheid van 'n bekentenis gemaak deur 'n persoon wat by 'n polisiestasie aankom en spontaan 'n bekentenis maak voordat die reëls nagekom word, word nie daardeur geaffekteer nie.

Opsommenderwys en analities beskou kan gesê word dat die *Miranda*-beslissing drie basiese reëls geskep het naamlik:

- (a) Die gemeenregtelik vereiste dat 'n beskuldigde se verklaring vrywillig afgelê moes gewees het om toelaatbaar te wees, is aangevul deur die vereiste dat die gearresterde tydens aflegging van die verklaring, afstand moes gedoen het van sy reg om te swyg;
- (b) Voor polisieondervraging, moet die gearresterde gewaarsku word dat hy:
  - (i) die reg het om te swyg; en



- (ii) die reg het om tydens ondervraging deur 'n regsverteenwoordiger bygestaan te word;
- (c) 'n Verbod is geplaas op ondervraging indien die aangehoudene eers regsverteenwoordiging wil bekom voor hy ondervra word of verkies om te swyg.<sup>128</sup>

Bogenoemde reëls staan bekend as die *Miranda*-reëls.<sup>129</sup> Dit word soms ook die *Miranda*-waarskuwing genoem.

Die *Miranda*-reëls geld nie slegs wanneer 'n gearresteerde direk deur die polisie ondervra word nie, maar ook ten opsigte van “any words or actions on the part of the police (other than those normally attendant to arrest and custody) that the police should know are reasonably likely to elicit an incriminating response from the suspect”.<sup>130</sup> Die *Miranda*-reëls is nie 'n grondwetlike waarborg nie maar 'n praktiese versterking van 'n beskuldigde se Vyfde Amendement-regte.<sup>131</sup> Skending van 'n gearresteerde se swygreg of reg op regsverteenwoordiging, sal tot gevolg hê dat getuienis ingesamel tydens ondervraging, uitgesluit word tensy die vervolging bewys dat die gearresteerde afstand gedoen het van genoemde regte.<sup>132</sup> Die grondslag vir uitsluiting is dat toelating daarvan inbreuk maak op die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor.<sup>133</sup>

---

<sup>128</sup> David Paciocco “The Development of Miranda-Like Doctrines Under the Charter” (1987) 19 1 *Ottawa LR* 49 50.

<sup>129</sup> Sien *Rhode Island v Innis* 446 US 291(1980).

<sup>130</sup> *Rhode Island v Innis supra* 308.

<sup>131</sup> Per Rehnquist R in *New York v Quarles* 467 US 649 (1984).

<sup>132</sup> *Miranda v Arizona supra* par 49 (16 L ed 2d 694 726).

<sup>133</sup> Met verloop van tyd het die Hooggeregshof egter enkele uitsonderings op die *Miranda*-reëls geskep. Sien par 3.6 *infra*.

In *Doyle v Ohio*<sup>134</sup> het die Hooggeregshof die volgende regsbeginsels geskep ten opsigte van 'n gearreesteerde wat besluit het om te swyg nadat hy die *Miranda*-waarskuwings ontvang het: (a) die vervolging mag nie tydens sy saak getuienis aanbied dat die beskuldigde na die waarskuwings geswyg het nie; (b) indien die beskuldigde getuienis aflê, mag hy nie tydens kruisondervraging gevra word waarom hy nie na sy arrestasie 'n verklaring gemaak het nie; (c) wanneer die aanklaer die hof toespreek, mag hy nie van die beskuldigde se stilsweye melding maak nie; (d) wanneer die regter die jurie toespreek, mag hy nie meld dat die beskuldigde na sy arrestasie geswyg het nie; en (e) die jurie mag nie die beskuldigde se stilsweye in aanmerking neem wanneer hulle oor sy skuld beslis nie.<sup>135</sup>

Soos vroeër opgemerk, geld die *Miranda*-reëls nie net wanneer die polisie 'n gearreesteerde direk ondervra nie. In *Brewer v Williams*<sup>136</sup> het die Hooggeregshof die verbod op polisieondervraging, indien die gearreesteerde regsverteenvoordinging verlang, ook uitgebrei na indirekte ondervraging.

Pamela Powers, 'n tienjarige meisietjie is op 24 Desember 1968 saam met haar ouers na Des Moines, Iowa, waar haar broer aan 'n stoeitoernooi sou deelneem. Die toernooi het plaasgevind in die YMCA gebou. Gedurende die loop van die aand is sy alleen na die kleedkamer. Sy het egter nie teruggekom nie. 'n Uitgebreide soektog na haar is op tou gesit maar sy kon nie gevind word nie. 'n Veertienjarige seun het na vore gekom met die nuus dat 'n man 'n voorwerp toegedraai in 'n kombes, waaruit twee maer wit bene uitgesteek het, vanaf die YMCA gebou na sy motor gedra het. Die seun het nog die motor se deur vir die man oopgemaak en

---

<sup>134</sup> *Supra*.

<sup>135</sup> Sien Langenhoven " 'n Gearreesteerde se swygreg: Moet Suid Afrika *Harris v New York* en *Doyle v Ohio* volg?" (1996) ongepubl LL M-werkstuk US.

<sup>136</sup> 430 US 387 (1977). Sien ook Schutte "Vrywilligheid en die Reg op Regsverteenvoordinging as Grondwetlike Maatstawwe vir die Toelaatbaarheid van Inkriminerende Verklarings in die Verenigde State van Amerika" (1996) 9 SAS 167 177-180.

laasgenoemde het die voorwerp op die motor se passasiersitplek neergesit en weggery. Dié man het later geblyk Williams te wees.

Williams se motor is die volgende dag te Davenport, honderd en sestig myl vanaf Des Moines, gevind. Van Pamela en Williams se klere, sowel as 'n militêre kombers soortgelyk aan die een waarin die voorwerp die vorige aand toegedraai was, is op 'n rusplek langs die pad naby Grinnell tussen Des Moines en Davenport opgetel. 'n Lasbrief vir die inhegtenisneming van Williams is toe uitgereik. Die polisie het vermoed dat Williams Pamela of haar lyk êrens tussen Grinnell en Davenport afgelaai het. Op 26 Desember was 'n soekgeselskap, waaraan tweehonderd persone deelgeneem het, op die been gebring om na haar te soek. Hulle opdrag was om in en om alle paaie, onbewoonde huise, slote, spoelslote en op elke ander plek waar die liggaam van 'n kind versteek kon word, te soek. Die soekgeselskap het 'n strook van etlike kilometers breed aan weerskante van die pad gedek en het vanaf die plek waar die klere gevind is in die rigting van Davenport beweeg.

Terwyl die soektog aan die gang was, het 'n prokureur, ene McKnight, by die Des Moines polisiestasie opgedaag. Hy het die polisie meegedeel dat Williams hom geskakel het in verband met die verdwyning van Pamela en dat hy Williams opdrag gegee het om by die Davenport polisie te gaan aanmeld. Terwyl McKnight nog by die polisiestasie was, het die Davenport polisie die Des Moines polisie geskakel en hulle meegedeel dat Williams homself kom oorgee het.

Nadat Williams homself oorgegee het, is sy *Miranda*-regte aan hom verduidelik. Hy was die geleentheid gebied om McKnight te skakel. McKnight het hom ingelig dat hy na Des Moines gebring sal word en het hom adviseer om niks oor Pamela met die polisie te praat voordat hy nie

met hom gekonsulteer het nie. Die Des Moines polisie was bewus van hierdie reëling. Twee polisiebeamptes van Des Moines, (een genaamd Leaming), is toe na Davenport om Williams te gaan haal. Toe hulle Williams in ontvangs geneem het, het 'n plaaslike prokureur wat hom daar bygestaan het, ene Kelly, hulle dit op die hart gedruk dat hulle hom nie mag ondervra voordat hy met McKnight gekonsulteer het nie. Leaming en sy kollega het toe vertrek met Williams. Leaming het geweet dat Williams vroeër 'n psigiatriese pasiënt was en dat hy baie godsdienstig is. Op pad het Leaming vir Williams gesê dat baie swaar sneeu vir die nag voorspel word en dat hý die enigste persoon is wat weet waar Pamela se liggaam lê, maar met die hele omgewing bedek onder 'n sneeukomers van etlike duim dik, mag selfs hy (Williams) nie in staat wees om die liggaam te vind nie. Haar ouers, het Leaming voorts gesê, is geregtig om haar 'n Christelike begrafnis te gee. Leaming het gesuggereer dat terwyl hulle ry deur die omgewing waar die liggaam is, hulle netsowel kan stilhou om die liggaam te kry. Leaming het die gesprek afgesluit met die woorde dat hy nie 'n antwoord van hom (Williams) verlang nie, maar dat hy net daaraan moet dink.

'n Rukkie later het Williams Leaming gevra of hulle die dogtertjie se skoene gevind het. Leaming het geantwoord dat hy nie seker is nie. Williams het hulle toe gaan wys waar hy dit gelaat het, maar dit was nie meer daar nie. Daarna het hulle verder gery. Kort daarna het hy gevra of hulle die kombers gevind het en hulle ook sommer gaan wys waar hy dit gelaat het, maar dit was ook nie meer daar nie. Hulle het toe weer verder gery. Sonder dat enigiets verder tussen hulle gepraat is, het hy skielik gesê hy sal hulle gaan wys waar die liggaam is. Hy het hulle toe na die liggaam geneem. Die liggaam het in die gebied wat die soekgeselskap binnekort sou bereik het, by 'n brug in 'n sloot langs 'n gruispad gelê.

Williams was aangekla van en skuldig bevind aan moord. Die verhoorhof het bevind dat hy

afstand gedoen het van sy reg op regsbystand toe hy die uitwysings aan die polisie gedoen het. Op appèl het die Hooggeregshof egter beslis dat afstanddoening van die reg tot regsverteenvoordinging behels dat die gearreesteerde nie alleen moes kennis gedra het van sy regte nie maar ook willens en wetens met kennis van die gevolge van afstanddoening, daarvan moes afstand gedoen het. Die vervolging het nie bewys dat Williams op hierdie wyse van sy reg op regsverteenvoordinging afstand gedoen het nie.

Die Hooggeregshof het ook bevind dat Leaming sielkundige druk op Williams geplaas het met die doel om inkriminerende antwoorde van hom te ontlok toe hy vir hom gesê het dat die kind se ouers geregtig is om vir haar 'n Christelike begrafnis te gee.<sup>137</sup> Dít het neergekom op ondervraging. Leaming het die beskuldigde se *Miranda*-regte geskend deur hom te ondervra terwyl hy geweet het dat hy eers met sy prokureur wou konsulteer voordat hy bereid sou wees om vrae te antwoord. Deur hom te ondervra, is sy Sesde en Veertiende Amendement-regte geskend. Die getuienis in verband met wat hy gesê het en sy uitwysing moet dus uitgesluit word.<sup>138</sup>

Die feite in *Rhode Island v Innis*<sup>139</sup> toon heelwat ooreenstemming met dié van *Brewer v Williams*.<sup>140</sup> Tydens 'n rooftog is 'n persoon met 'n afgesaagde haelgeweer doodgeskiet en 'n ander een gewond. Die gewonde persoon het Innis uitgewys op 'n foto in 'n foto-album van die polisie. Hy is later in die omgewing van 'n skool vir gestremde kinders opgemerk en gearreesteer. Na sy arrestasie is sy *Miranda*-regte aan hom verduidelik. Kort daarna het 'n polisie-offisier

---

<sup>137</sup> Die hof verklaar op 437 dat "Leaming's 'Christian burial speech' had been tantamount to interrogation."

<sup>138</sup> Die verdere verloop van die verhaal sal in par 3.5.2.2 *infra* bespreek word.

<sup>139</sup> 446 US 291 (1980).

<sup>140</sup> *Supra*.

opgedaag en weer sy *Miranda*-regte aan hom verduidelik. Hy het verkies om te swyg totdat hy met sy regsverteenvoorder beraadslaag het. Hy is daarna agter in 'n polisiemotor geplaas en die polisie het met hom na die polisiestasie vertrek. Op pad het twee polisiebeamptes wat voor in die motor gesit het, met mekaar begin gesels oor die haelgeweer. Sonder om enigsins na Innis te kyk of met hom te praat, het die een vir die ander gesê die moontlikheid dat een van die gestremde kinders die vuurwapen mag vind en beseer word indien dit gelaai is, kan nie uitgesluit word nie. Innis het die gesprek gehoor en die beamptes onmiddelik versoek om om te draai sodat hy hulle kon wys waar die haelgeweer was. Hulle het omgedraai en teruggery na die toneel waar hy gearrester is. Sy *Miranda*-regte was weer aan hom verduidelik. Hy het egter geantwoord dat hy die haelgeweer uit die pad wil kry weens die teenwoordigheid van die skoolkinders wat in die omgewing van die skool rondbeweeg. Hy het hulle toe geneem na 'n nabygeleë veld waar hy 'n haelgeweer aan hulle uitgewys het.

In Innis se verhoor het die verhoorhof die haelgeweer toegelaat as getuie op aanklagtes van moord, roof en ontvoering. Na skuldigbevinding het die verdediging appèl teen sy skuldigbevinding aangeteken maar dit is van die hand gewys. Die saak het uiteindelik in die Hooggeregshof gaan draai. Die hof het verklaar dat die prosesregtelike veiligheidsmeganismes wat in die *Miranda*-waarskuwing vervat is, geaktiveer word wanneer 'n persoon wat in hegtenis is, ondervra word. Ondervraging beteken nie net werklike ondervraging nie, maar ook die gebruik van woorde wat waarskynlik 'n antwoord van die aangehoudene sal ontlok en wat die vervolging teen hom kan gebruik. Die optrede van die polisiebeamptes in die motor het egter nie neergekom op ondervraging nie want dit was 'n gesprek tussen hulle twee wat nie 'n antwoord van die beskuldigde geveer het nie. Die beamptes het ook nie geweet dat hy emosioneel 'n besondere teer plekkie vir gestremde kinders het en sal antwoord indien daar oor hulle veiligheid gepraat word nie. Die hof het bevind dat die beskuldigde se *Miranda*-regte nie geskend is nie en dat die

getuienis dus toelaatbaar is.

Die *Miranda*-waarskuwing is nie `n voorvereiste vir algemene roetine ondervraging van persone op `n misdaadtoneel nie.<sup>141</sup> Dit geld net vir ondervraging van persone wat gearresteer is.

### 3.4.2 UITKENNINGSPARADES

Die Sesde Amendement van die Amerikaanse Grondwet bepaal dat `n beskuldigde in alle kriminele vervolgings geregtig is op die bystand van `n regsverteenwoordiger om hom te verdedig. In *Gideon v Wainwright*<sup>142</sup> is hierdie reg *via* die reg op `n billike verhoor, ook op `n gearresterde wat in `n hof van `n staat verskyn, van toepassing gemaak. Die hof het verklaar dat regsverteenwoordiging `n voorvereiste vir `n billike verhoor is. In *United States v Wade*<sup>143</sup> is die reg op regsverteenwoordiging vervat in die Sesde Amendement *via* die Veertiende Amendement ook op `n uitkenningsparade van toepassing gemaak.<sup>144</sup>

Wade was gearresteer op `n aanklag van roof. Na sy arrestasie is `n regsverteenwoordiger vir hom aangestel. `n Uitkenningsparade is georganiseer en hy is saam met vyf of ses persone op die parade geplaas. Elkeen van hulle moes `n strook hegpleister aan die kant van sy gesig dra soos die rower tydens die rooftog op sy gesig gehad het. Elkeen moes ook die woorde wat tydens die rooftog deur die rower geuiter is, "Put the money in the bag", sê. Albei ooggetuies van die roof het Wade as die rower uitgeken. Die uitkenningsparade was egter in die afwesigheid van

---

<sup>141</sup> Torcia *Wharton's Criminal Evidence* 22.

<sup>142</sup> 372 US 335.

<sup>143</sup> 388 US 218 (1967).

<sup>144</sup> Dié reg is egter beperk tot sg "post-indictment"-gevalle.

Wade se regsverteenvoorder gehou omdat laasgenoemde nie daarvan in kennis gestel was nie.

Tydens Wade se verhoor het sy regsverteenvoorder betoog dat die getuie in verband met sy uitkenning op die uitkenningsparade uitgesluit moet word omdat sy grondwetlike regte tydens die parade in twee opsigte geskend was, naamlik: (a) deur hom te verplig om aan 'n uitkenningsparade deel te neem, is sy Vyfde Amendement-reg teen selfinkriminasie geskend; en (b) versuim om sy regsverteenvoorder van die uitkenningsparade in kennis te stel en die hou van die parade in sy afwesigheid, het sy Sesde Amendement-reg op regsverteenvoordering geskend.

Ten opsigte van die eerste been van die betoog het die Hooggeregshof beslis dat die Vyfde Amendement 'n beskuldigde net beskerm teen die verpligting om homself te inkrimineer of om die vervolging te voorsien van getuie van "a testimonial or communicative nature." Die hof het met goedkeuring verwys na 'n passasie uit *Holt v United States*<sup>145</sup> waarin beslis is dat 'n beskuldigde se reg teen selfinkriminasie behels dat die owerheid verbied word om hom deur fisiese of sielkundige druk<sup>146</sup> te forseer om die owerheid te voorsien van inligting wat teen homself gebruik kan word. 'n Verpligting om voor sy verhoor op 'n uitkenningsparade te verskyn sodat 'n getuie vir die vervolging hom kan besigtig met die oog op identifikasie, is nie 'n verpligting om inligting wat teen hom gebruik kan word, te openbaar nie en kom dus nie neer op skending van sy Vyfde Amendement-reg teen selfinkriminasie nie.

Die feit dat hy binne hoorafstand van die uitkennende getuies moes praat, het ook nie 'n verpligting op die beskuldigde geplaas om 'n verklaring van 'n "testimonial" aard af te lê nie.

---

<sup>145</sup> 218 US 245 252-253.

<sup>146</sup> Sien in hierdie verband ook die Duitse reg par 4.3.2 *infra*.



Hy was nie verplig om sy skuld te erken nie maar om sy stem as 'n identifiserende fisiese kenmerk beskikbaar te stel.<sup>147</sup> Ook dit kom nie neer op skending van sy Vyfde Amendement-reg teen selfinkriminasie nie.

Die hof het beslis dat die volgende handeling buite die bestek van die Vyfde Amendement val indien 'n beskuldigde verplig word om dit te verrig of om hom daaraan te onderwerp vir doeleindes van identifikasie selfs op 'n uitkenningsparade: (a) om 'n hemp aan te trek om te sien of dit hom pas;<sup>148</sup> (b) om sy vingers beskikbaar te stel vir die neem van vingerafdrukke; (c) die neem van foto's, mate, handskrifmonsters;<sup>149</sup> en (d) om in die hof te verskyn, te staan, te loop, 'n sekere houding in te neem of 'n bepaalde gebaar te maak.

Ten opsigte van die tweede been van die betoog het regter Brennan, wat die uitspraak van die hof gelewer het, beslis dat die Sesde Amendement behels dat 'n beskuldigde geregtig is op regsbystand wanneer dit ookal nodig mag wees om hom van 'n sinvolle verdediging te verseker. Om sy reg op regsverteenvoording nie tot bloot 'n leë dop te reduceer nie, is die tydperk tussen arrestasie en verhoor waarskynlik die periode waarin hy die leidende hand van 'n regsverteenvoordiger die meeste nodig het. Getuienis mag in daardie tyd permanent verlore gaan met nadelige gevolge vir die beskuldigde. Dit is daarom noodsaaklik dat 'n beskuldigde nie net gedurende sy verhoor nie maar ook op elke ander geleentheid waar hy teen die owerheid te staan kom, hetsy formeel, hetsy informeel, en sowel binne as buite die hof, die bystand van 'n regsverteenvoordiger moet hê indien afwesigheid van 'n regsverteenvoordiger moontlik sal

---

<sup>147</sup> Sien ook wat SA betref, *Levack v The Regional Court Magistrate, Wynberg & another* 1999 2 SACR 151 (C) 155*h-i*.

<sup>148</sup> *Holt v United States supra*. Tydens die verhoor was die vraag of 'n bepaalde hemp aan die beskuldigde behoort. 'n Getuie het getuig dat hy (die beskuldigde) dit aangepas het en dat dit hom gepas het. Die verdediging het betoog dat sy Vyfde Amendement-reg geskend is deur hom te verplig om die hemp aan te pas. Die hof het die argument verwerp as "an extravagant extension of the Fifth Amendment".

<sup>149</sup> Sien ook *Gilbert v California* 388 US 263 (1967).

inbreuk maak op sy reg op 'n billike verhoor.

Die grondslag van die hof se beslissing was dat getuienis in verband met identifikasie van 'n beskuldigde, in teenstelling met foutiewe deskundige getuienis wat tydens die verhoor met behulp van kruisverhoor reggestel kan word, soveel risiko's vir 'n beskuldigde inhou as gevolg van die wyse waarop dit deur die vervolging ontlok word, dat dit ernstig inbreuk kan maak op sy reg op 'n billike verhoor. Dit is nie maklik om vas te stel wat alles tydens die uitkenningsparade agter die skerms gebeur het nie. Uitkennende getuies kon voor en tydens die uitkenning subtiel deur die polisie beïnvloed gewees het sonder dat die beskuldigde dit kon agterkom. 'n Uitkennende getuie gaan ook nie maklik terug op sy woord wanneer hy 'n persoon op 'n uitkenningsparade uitgeken het nie. Dikwels word die uitkennende getuie ook gestaaf deur die polisie terwyl die beskuldigde se getuienis alleen staan.

Indien 'n beskuldigde nie afstand gedoen het van sy reg tot regsverteenvoording vir doeleindes van die uitkenningsparade nie, is hy tydens die parade net so geregtig op regsbystand as tydens die verhoor self. Skending van sy reg op regsbystand ten tye van die parade, sal uitsluiting van die getuienis van die parade-uitkenning tot gevolg hê.

Die hof het bevind dat dit nie duidelik is of die getuies Wade in die hof uitgeken het as gevolg van kennis wat hulle op die uitkenningsparade opgedoen het of as gevolg van hulle onafhanklike geheue nie. Indien hulle hom uitgeken het as gevolg van kennis wat hulle op die uitkenningsparade opgedoen het, kleef daar 'n smet aan hulle uitkenning in die hof en sal hulle getuienis in verband met sy uitkenning uitgesluit moet word. Indien hulle hom egter in die hof uitgeken het omdat hulle 'n onafhanklike geheue van sy identiteit het, moet dit toegelaat word.

In *Gilbert v California*<sup>150</sup> was die beskuldigde na sy arrestasie saam met 'n aantal ander persone vir identifikasiedoeleindes op 'n uitkenningsparade geplaas. Hoewel 'n regsverteenwoordiger reeds vir hom aangestel was, is hy nie van die uitkenningsparade in kennis gestel nie en het hy dus nie die parade bygewoon nie. Ván die uitkennende getuies het Gilbert op die uitkenningsparade en later weer in die hof uitgeken. Die hof het die *Wade*-beslissing gevolg en beslis dat die polisie se optrede om hom in die afwesigheid van sy regsverteenwoordiger aan 'n uitkenningsparade te laat deelneem, sy Sesde Amendement-reg op regsverteenwoordiging geskend het. Die getuienis in verband met sy uitkenning op die uitkenningsparade moet dus uitgesluit word. Indien die uitkennende getuies hom in die hof uitgeken het as gevolg van kennis van sy identiteit wat hulle tydens die uitkenningsparade opgedoen het, moet hulle getuienis in verband met die uitkenning in die hof ook uitgesluit word.

Skending van 'n beskuldigde se Sesde Amendement-regte manifesteer dus *via* die Veertiende Amendement in die verhoor sêlf in die vorm van 'n onbillike verhoor. Handeling wat 'n beskuldigde vereis word om te doen of te verdra terwyl hy op 'n uitkenningsparade is en wat bloot op sy identifikasie gemik is, val egter nie binne die trefwydte van die Vyfde Amendement nie.

'n Beskuldigde mag egter afstand doen van sy reg op regsverteenwoordiging "if he knows what he is doing and his choice is made with open eyes".<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> *Supra*.

<sup>151</sup> *Adams v United States* 317 US 269; *Torgia Wharton's Criminal Evidence* 9.

### 3.5 UITBREIDING VAN DIE UITSLUITINGSREËL

Nadat die uitsluitingsreël in *Mapp v Ohio*<sup>152</sup> beslag gekry het, is die toepassing daarvan met die sogenaamde “fruit of the poisonous tree”-beginsel<sup>153</sup> uitgebrei. Die Hooggeregshof het hierdie beginsel egter later weer ingekort deur sekere uitsonderings daarop te skep.

#### 3.5.1 DIE VRUGTE-VAN-DIE-GIFTIGE-BOOM-BEGINSEL

Die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel behels dat die uitsluitingsreël nie net op die direkte produk van die onregmatige polisieoptrede van toepassing is nie maar ook op die indirekte vrugte van die onregmatig-verkreë getuienis. Dressler<sup>154</sup> noem die voorbeeld van `n dagboek bevattende name van getuies waarop tydens `n onregmatige visentering en beslaglegging op `n aanklag van moord, beslag gelê word. Die dagboek sal uitgesluit word omdat dit die direkte resultaat van die onregmatige visentering (die giftige boom of “poisonous tree”) is. Die getuienis van die getuies wie se name daarin verskyn, sal ook uitgesluit word omdat die insameling daarvan die vrugte van die giftige boom is.

Die beginsel dat die vrugte-van-die-giftige-boom-getuienis uitgesluit moet word, is in *Silverthorne Lumber Co v United States*<sup>155</sup> deur die Hooggeregshof geskep. In hierdie saak het regter Holmes verklaar dat die beskerming wat die Grondwet verleen, nie net van toepassing is op die dokumente waarop op ongrondwetlike wyse beslag gelê was nie maar ook op alle voordele

---

<sup>152</sup> *Supra.*

<sup>153</sup> Hierna die “vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel” genoem

<sup>154</sup> *Understanding Criminal Procedure* (1991) 256.

<sup>155</sup> *Supra.*

wat die owerheid as gevolg van die verbode handeling verkry het. Die beginsel is gevolg in *Wong Sun v United States*.<sup>156</sup> Federale amptenare het die persele van ene Toy ongrondwetlik betree en hom sonder 'n lasbrief gearresteer. Na sy arrestasie het hy inligting wat ene Yee geïnkrimineer het, aan hulle verskaf. Yee is toe gearresteer vir besit van dwelms. Hy het Wong Sun geïnkrimineer. Wong Sun is toe ook aangekla en skuldig bevind. Die Hooggeregshof het bevind dat die volgende vrugte-van-die-giftige-boom-getuienis deur die verhoorhof toegelaat is:

“(1) the statements made orally by petitioner Toy in his bedroom at the time of his arrest; (2) the heroin surrendered to the agents by Johnny Yee; (3) petitioner Toy’s pretrial unsigned statement; and (4) petitioner Wong Sun’s similar statement.”<sup>157</sup> Die hof het beslis dat die uitsluitingsreël op sowel die direkte as indirekte “opbrengs” van ongrondwetlike owerheidsoptrede betrekking het en dat al die voorgemelde getuienis uitgesluit moes gewees het.<sup>158</sup>

Die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel is van toepassing op skendings van 'n persoon se Vierde, Vyfde en Sesde Amendement-regte. Dressler<sup>159</sup> maak die stelling dat vrugte-van-die-giftige-boom-getuienis gegrond op skending van 'n persoon se *Miranda*-regte, óf nie bestaan nie óf baie minder voorkom as vrugte-van-die-giftige-boom-getuienis gegrond op skending van 'n persoon se Vierde, Vyfde of Sesde Amendement-regte.<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> 371 US 471 (1963).

<sup>157</sup> 477.

<sup>158</sup> Sien ook Schlesinger *Exclusionary Injustice* 31-32.

<sup>159</sup> *Understanding Criminal Procedure* 256.

<sup>160</sup> Die skrywer verduidelik sy stelling soos volg: “[T]here are Fifth Amendment and Sixth Amendment poisonous trees, as well as the Fourth Amendment variety. On the other hand, there is either no *Miranda* poisonous tree or it is substantially more limited ... [I]f *D* is arrested for murder without probable cause, informed of her *Miranda* rights, voluntarily waives those rights, and confesses, the confession will be admissible ... under Fifth Amendment, Sixth Amendment, and *Miranda* principles. Nonetheless, the confession might be inadmissible as a fruit of the Fourth Amendment poisonous tree ... [I]f *D* is lawfully arrested for murder, not informed of her *Miranda* rights, and subjected to custodial interrogation, during which she informs the police where she hid the gun used in the crime, the gun is a fruit of a *Miranda*, not

Die toets of die getuienis vrugte-van-die-giftige-boom is, “is whether granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint.”<sup>161</sup>

### 3.5.2 UITSONDERINGS OP DIE VRUGTE-VAN-DIE-GIFTIGE-BOOM-BEGINSEL

Met verloop van tyd het die Hooggeregshof enkele uitsonderings op die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel ontwikkel. Hierdie uitsonderings word in paragrawe 3.5.2.1 tot 3.5.2.3 *infra* identifiseer en bespreek.

#### 3.5.2.1 Die onafhanklike-bron-beginsel (“independent source doctrine”)<sup>162</sup>

Die rasionaal agter die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel is dat onregmatige owerheidsoptrede hokgeslaan moet word. Getuienis ingesamel sonder die onregmatige medewerking van die polisie, val dus buite die bestek van die leerstuk. In *Nix v Williams*<sup>163</sup> het die hof twee belange geïdentifiseer wat die basis vorm van prosesregtelike verrigtinge, naamlik die belang van die gemeenskap in bekampings van onregmatige polisieoptrede teenoor die belang wat die publiek daarin het dat alle relevante getuienis voor die hof geplaas word. Die onafhanklike-bron-beginsel behels volgens hoofregter Burger dat hierdie twee belange teen mekaar gebalanseer word sodat die polisie in

---

a Fourth Amendment, poisonous tree. Its admissibility, therefore, is a matter of *Miranda* jurisprudence, and not of Fourth Amendment law”.

<sup>161</sup> Gard *Jones on Evidence: Civil and Criminal* Vol 2 6e uitg (1972) 29 met 'n beroep op *Wong Sun v United States supra*.

<sup>162</sup> Dressler *Understanding Criminal Procedure* 257-259.

<sup>163</sup> 467 US 431 (1984).

dieselfde posisie geplaas word waarin hulle sou gewees het indien hulle hulle nie wangedra of fouteer het nie. Indien getuienis wat regmatig van 'n onafhanklike bron verkry is uitgesluit word, sal die polisie in 'n swakker posisie wees as waarin hulle sou gewees het indien hulle hulle nie wangedra of fouteer het nie. Hierdie beginsel kan goed geïllustreer word met verwysing na die feite en bevinding in *Murray v United States*.<sup>164</sup>

Die polisie het tydens 'n onregmatige betreding van 'n perseel, bale in 'n stoor opgemerk.

Alhoewel hulle vermoed het dat die bale dagga bevat, het hulle die perseel weer verlaat sonder om enigiets daaraan te doen. Hulle het die perseel egter onder observasie gehou.

Onafhanklik van hulle, het ander polisiebeamptes intussen 'n visenterings- en beslagleggingslasbrief gaan kry, die perseel deursoek en op die dagga beslag gelê. Die hof het beslis dat die dagga verkry is as gevolg van 'n regmatige visentering en beslaglegging en nie as gevolg van die oorspronklike onregmatige betreding nie. Die getuienis in verband met die dagga wat in die stoor gevind is, is gevolglik toegelaat. Die hof het egter benadruk dat die onafhanklike-bron-beginsel nie van toepassing sou gewees het indien die lasbrief aangevra was op grond van wat die polisie tydens die onregmatige betreding gesien het nie.

Daar word aan die hand gedoen dat die onafhanklike-bron-beginsel ook ten opsigte van artikel 35(5) van die Suid-Afrikaanse Grondwet van toepassing behoort te wees.

### 3.5.2.2 Die noodwendige-ontdekking-beginsel (“inevitable discovery rule”)<sup>165</sup>

*Nix v Williams*<sup>166</sup> is 'n teksboek-voorbeeld van hierdie uitsondering. Die ontdekking van

---

<sup>164</sup> 487 US 533 (1988).

<sup>165</sup> Dressler *Understanding Criminal Procedure* 259-260.

Pamela se liggaam deur die onregmatige ondervraging van Leaming,<sup>167</sup> het vir die vervolging 'n ernstige probleem geskep want as gevolg van die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel sou alle getuienis ontdek as gevolg van die onregmatige ondervraging uitgesluit moes word. Om moord te bewys, moes die vervolging bewys dat Pamela dood is en dat haar dood deur Williams veroorsaak is. Sou die getuienis van die vind van die liggaam en die bevinding van die patoloog wat die lykskouing uitgevoer het, uitgesluit moes word, sou dit onmoontlik gewees het om dit te bewys. Die noodwendige-ontdekking-beginsel het die vervolging se probleem egter ondervang.

Die hof het bevind dat die soekgeselskap ongeveer twee en 'n half myl was vanaf die plek waar die liggaam gevind is, toe Williams dit aan Leaming uitgewys het. Die uitwysing het wel tot gevolg gehad dat die soektog gestaak is maar indien dit nie gestaak is nie, sou die soekgeselskap die liggaam in elk geval binne vier tot vyf uur ontdek het. Omdat die liggaam in elk geval binne 'n paar uur ontdek sou gewees het, het die hof die getuienis van die vind van die liggaam en die toestand waarin dit was toe dit gevind is, toegelaat ondanks die feit dat Williams die liggaam uitgewys het na skending van sy swygreg en reg op regsverteenvoordiging.<sup>168</sup>

Die Amerikaanse reg is nie die enigste regstelsel wat van hierdie beginsel gebruik maak nie. Die beginsel geld ook in die Kanadese reg.<sup>169</sup> Suid-Afrikaanse howe behoort ook van hierdie beginsel gebruik te maak by die toepassing van artikel 35(5).

---

<sup>166</sup> *Supra*. (Dit is die tweede fase in die Williams/Pamela Powers sage vermeld in *Brewer v Williams supra*. Sien par 3.4.1 *supra*).

<sup>167</sup> Sien *Brewer v Williams supra* en soos bespreek in par 3.4.1 *supra*.

<sup>168</sup> 391.

<sup>169</sup> Sien par 5.2.1 *infra*. Sien ook die Nieu-Seelandse reg par 4.2.4.2 *infra*.



### 3.5.2.3 Die swak-verbinding-beginsel (“attenuated-connection principle” – ook bekend as die “Wong-Sun rule”)

Hierdie beginsel spruit uit *Nardone v United States*<sup>170</sup> waar beslis is dat onregmatig-verkreë getuienis toelaatbaar is indien die koppeling tussen die onregmatigheid (van die handeling) en die getuienis “become so attenuated as to dissipate the taint.”<sup>171</sup> In *Wong Sun v United States*<sup>172</sup> het die hof hierdie beginsel aangepas met die stelling dat alle getuienis wat aan die lig gekom het as gevolg van onregmatige polisieoptrede, nie onder die vrugte-van-die-giftige-boom-beginsel tuisgebring kan word nie. Daar moet eerder gevra word “whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint.”<sup>173</sup>

Indien die Suid-Afrikaanse howe soos hulle Kanadese eweknieë,<sup>174</sup> nie `n streng kousale verband tussen die skending van `n gearresterde se regte en die verkryging van die gewraakte getuienis gaan vereis nie, het Suid-Afrika nie nodig om hierdie uitsondering te inkorporeer nie. Die aanduidings is reeds daar dat die Suid-Afrikaanse howe inderdaad die Kanadese beginsel gaan volg.<sup>175</sup>

---

<sup>170</sup> 308 US 338 (1939).

<sup>171</sup> 341.

<sup>172</sup> *Supra*.

<sup>173</sup> 488.

<sup>174</sup> Sien par 5.2 *infra*.

<sup>175</sup> Sien *S v Soci* 1998 3 BCLR 376 (E); 1998 2 SACR 275 (E) en par 7.3.1 *infra*.

### 3.5.3 MEELUISTERING

In *Olmstead v United States*<sup>176</sup> het die Hooggeregshof beslis dat onderskepping van 'n telefoongesprek buite die klaer se persele, nie neerkom op skending van sy Vierde Amendement-regte nie omdat 'n blote gesprek nie die onderwerp van 'n beslaglegging kan wees nie. Artikel 605 van die *Federal Communications Act* van 1934 het egter 'n verbod op die onderskepping van telefoongesprekke geplaas. Getuienis ingesamel deur onregmatige meeluistering deur amptenare van die federale owerheid, is daardeur onder die uitsluitingsreël tuisgebring. In *Schwartz v Texas*<sup>177</sup> is egter beslis dat die uitsluitingsreël as gevolg van *Wolf v Colorado*<sup>178</sup> nie op die state van toepassing is nie. Getuienis ingesamel as gevolg van meeluistering deur amptenare van die state, is egter uitgesluit in federale howe.<sup>179</sup> *Torcia*<sup>180</sup> doen aan die hand dat *Mapp v Ohio*<sup>181</sup> ook die posisie van amptenare van die state verander het sodat getuienis deur hulle ingesamel as gevolg van onregmatige meeluistering, nou ook binne die grense van die uitsluitingsreël val.

Getuienis ingesamel as gevolg van onregmatige meeluistering, is reeds in Suid-Afrika uitgesluit.<sup>182</sup> Dit word aanbeveel dat die Suid-Afrikaanse howe voortgaan om getuienis verkry as gevolg van ongrondwetlike of onregmatige meeluistering, uit te sluit.

---

<sup>176</sup> *Supra.*

<sup>177</sup> 344 US 199.

<sup>178</sup> *Supra.*

<sup>179</sup> *Benanti v United States* 355 US 96 (1957).

<sup>180</sup> *Wharton's Criminal Evidence* 103.

<sup>181</sup> *Supra.*

<sup>182</sup> *Sien S v Naidoo* 1998 1 BCLR 46 (D) soos bespreek in par 6.3.1.3 *infra*.

### 3.6 UITSONDERINGS WAT OP DIE UITSLUITINGSREËL GESKEP IS

As gevolg van fel kritiek op die uitsluitingsreël, het die Hooggeregshof mettertyd besef dat rigiede toepassing van die uitsluitingsreël die aansien van die hof meer kwaad as goed doen. Die hof het toe begin om uitsonderings op die uitsluitingsreël te skep. Die volgende uitsondering is geskep:

#### 3.6.1 DIE GOEIE-TROU-UITSONDERING (“GOOD FAITH EXCEPTION”)

Na hierdie uitsondering word soms verwys as die *Leon*-goeie-trou-uitsondering (*Leon* “good-faith-exception”). Dit is slegs van toepassing op skendings van ’n persoon se Vierde Amendement-regte. Hierdie uitsondering behels dat indien getuienis ingesamel is op grond van ’n visenteringslasbrief wat ’n polisiebeampte redelikerwys geglo het geldig is maar wat *ex post facto* geblyk het ongeldig te wees, sal die getuienis toelaatbaar wees. In *United States v Leon*<sup>183</sup> was die lasbrief ongeldig omdat die beëdigde verklaring waarop dit gegrand was, nie redelike gronde vir die verdenking openbaar het nie; en in *Massachusetts v Sheppard*<sup>184</sup> het die magistraat ’n tegniese fout in die lasbrief begaan. In beide gevalle het die hof nogtans beslis dat die getuienis toelaatbaar is.

’n Voorvereiste vir hierdie uitsondering is dat die gebrek in die lasbrief sodanig moes gewees het dat ’n redelike goed-opgeleide polisiebeampte ook sou geglo het dat die lasbrief geldig is.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> 468 US 897 (1984).

<sup>184</sup> 468 US 981 (1984).

<sup>185</sup> Dressler *Understanding Criminal Procedure* 250.

As gevolg van die bewoording van artikel 35(5) sal in Suid-Afrika streng gesproke nooit van die *goeie-trou-uitsondering* gepraat kan word nie. Die goeie trou van die owerheidsfunksionarisse behoort egter 'n rol te speel by die beslissing of toelating van die gewraakte getuienis nadelig sal wees vir die regspleging.<sup>186</sup>

### 3.6.1.1 Gevalle waar die goeie-trou-uitsondering nie geld nie

Daar is vier gevalle waar 'n beroep op die goeie-trou-uitsondering nie sal slaag nie (waarskynlik omdat daar in elke geval nie goeie trou aanwesig is nie), naamlik:

3.6.1.1.1 Indien die magistraat wat die lasbrief uitgereik het, dit uitgereik het op grond van vals inligting vervat in 'n beëdigde verklaring afgelê deur die uitvoerder van die lasbrief of indien die lasbrief uitgereik is op grond van inligting ten opsigte waarvan die verklaarder roekeloos was of dit die waarheid is of nie;<sup>187</sup>

3.6.1.1.2 Indien die magistraat wat die lasbrief uitgereik het, so ooglopend bevooroordeeld was dat die redelike polisiebeampte sou besef het dat die magistraat nie 'n regterlike diskresie uitgeoefen het toe hy die aansoek om die lasbrief oorweeg het nie;<sup>188</sup>

3.6.1.1.3 Indien die beëdigde verklaring wat die uitreiking van die lasbrief ten

---

<sup>186</sup> Sien die bespreking van hierdie aspek in par 7.3.4.1 *infra*.

<sup>187</sup> *Franks v Delaware* 438 US 154 (1978).

<sup>188</sup> Dressler *Understanding Criminal Procedure* 251.

grondslag lê, so gebrekkig is aan inligting om redelike gronde te konstitueer, dat die uitreiker geensins redelike gronde gehad het om dit uit te reik nie.<sup>189</sup> Dressler<sup>190</sup> se interpretasie van hierdie grond is dat 'n polisiebeampte nie mag staatmaak op 'n lasbrief uitgereik deur 'n magistraat op grond van 'n beëdigde verklaring wat net uit 'n raamwerk bestaan nie.

- 3.6.1.1.4 Indien die lasbrief so klaarblyklik defektief is as gevolg van 'n gebrek aan besonderhede in verband met die plek wat gevisenteer moet word of die aard van goedere waarvoor gesoek moet word, dat die beampte nie geredelik kan aanneem dat die lasbrief geldig is nie.<sup>191</sup>

### 3.6.2 DIE AANVAL-OP-DIE-GELOOFWAARDIGHEID-UITSONDERING ("IMPEACHMENT EXCEPTION")

Indien 'n beskuldigde se *Miranda*-regte nie na sy arrestasie aan hom verduidelik is nie en hy aan die polisie 'n verklaring gemaak het wat verskil van sy getuienis in sy latere verhoor, mag die vervolging vir doeleindes van 'n geloofwaardigheidsaanval die beskuldigde tydens kruisondervraging met die teenstrydighede tussen sy verklaring en sy getuienis konfronteer. Hierdie uitsondering het beslag gekry in *Harris v New York*.<sup>192</sup> Harris was gearresteer weens verkoop van twee sakkies heroïen aan 'n polisiebeampte, vermom as 'n lokvink. Die heroïen was

---

<sup>189</sup> *United States v Leon supra* 923.

<sup>190</sup> *Understanding Criminal Procedure* 251.

<sup>191</sup> Dressler *Understanding Criminal Procedure* 251.

<sup>192</sup> 401 US 222; 91 S Ct 643 (1971).

’n wit poeieragtige stof en was in twee deursigtige sakkies. Na sy arrestasie het hy ’n verklaring aan ’n polisiebeampte gemaak waarin hy erken het dat hy die heroïen aan die lokvink verkoop het. Hy het egter beweer dat hy as lokvink vir ’n ander polisiebeampte opgetree het. Hy is egter nie van sy reg op regsverteenvoering verwittig vóór hy die verklaring gemaak het nie.<sup>193</sup> As gevolg van die *Miranda*-beslissing het die vervolging nie sy verklaring tydens die vervolgingsaak voor die hof geplaas nie. Na sluiting van die vervolging se saak, het Harris self getuie afgelê en met ’n splinternuwe verweer vorendag gekom, naamlik dat die twee sakkies nie heroïen bevat het nie maar bakpoeier. Ten einde sy geloofwaardigheid aan te val, het die aanklaer hom tydens kruisondervraging gekonfronteer met die verklaring wat hy na sy arrestasie aan die polisiebeampte gemaak het. Hy het geantwoord dat hy nie kan onthou dat hy so ’n verklaring gemaak het nie.

Die verhoorregter het die jurie ingelig dat alhoewel hulle die verklaring nie kon gebruik om oor Harris se skuld te beslis nie, hulle dit wél kon gebruik om sy geloofwaardigheid te beoordeel. Hy is skuldig bevind en het teen sy skuldigbevinding geappelleer na die *New York court of appeals*. Sy appèl is egter van die hand gewys. Daarna het hy appèl na die Hooggeregshof aangeteken.

Hoofregter Burger, wat die uitspraak van die hof gelewer het, het verklaar dat die *Miranda*-beslissing die vervolging verbied om tydens sy saak getuie aan te bied in verband met verklarings wat ’n gearresteerde afgelê het terwyl hy in hegtenis was, maar voordat hy van sy reg tot regsbystand verwittig is. Dit beteken egter nie dat geloofwaardige, relevante en andersins toelaatbare getuie, wat die vervolging nie tydens sy saak mag aanbied nie, vir alle doeleindes

---

<sup>193</sup> Die 91 S Ct 643 hofverslag stel dit nie baie duidelik of die beampte net versuim het om die beskuldigde se reg op regsbystand aan hom te verduidelik en of hy ook nie sy swygreg aan hom verduidelik het nie. Die opsomming op 643 dui aan dat hy versuim het om hom van beide sy swygreg en reg op regsbystand te verwittig maar regter Burger sê in sy opsomming op 645 net dat die transkripsie van die ondervraging toon dat hy nie van sy reg op regsbystand verwittig is nie.

uitgesluit word nie. Harris se getuienis het wesenlik verskil van die verklaring wat hy kort ná sy arrestasie aan die polisie gedoen het. Kruisondervraging ten opsigte van hierdie verklaring verleen waardevolle materiaal aan die jurie om by die beoordeling van sy getuienis te gebruik. Die voordeel daarvan moet nie verlore gaan weens spekulatiewe moontlikhede dat dit ontoelaatbare polisieoptrede sal aanmoedig nie. Alhoewel elke beskuldigde die reg het om in sy eie verdediging te getuig, beteken dit nie dat hy die reg het om meened te pleeg nie. Deur uitoefening van sy reg om te getuig, was hy onder 'n verpligting om die waarheid te praat. Indien die eerste verklaring aan 'n buitestaander gemaak sou gewees het, sou kwalik betoog kon word dat dit nie gebruik kon word om sy geloofwaardigheid te beoordeel nie. Die beskerming wat die *Miranda*-beslissing bied, is nie 'n vrypas wat 'n beskuldigde magtig om meenedige getuienis af te lê en dan tydens kruisverhoor teen konfrontasie met 'n vorige teenstrydige verklaring beskerm te word nie.

Die hof het beslis dat die vervolging, nieteenstaande die nie-nakoming van die *Miranda*-reëls, Harris se vorige teenstrydige verklaring kon gebruik om sy geloofwaardigheid aan te val.<sup>194</sup>

Die verskil tussen *Harris* en *Doyle* is dat Harris se *Miranda*-regte nie aan hom verduidelik was nie en hy het gepraat terwyl Doyle se regte wel aan hom verduidelik was en hy het geswyg.

In die Franse reg het die ondervinding geleer dat polisiebeamptes persone se swygreg omseil deur hulle “aan te hou” maar eers formeel te “arresteer” nadat hulle (die aangehoudenes) die verlangde inligting verstrek het.<sup>195</sup> Dieselfde het in die Nieu-Seeland gebeur.<sup>196</sup> In Suid-Afrika

---

<sup>194</sup> In lig van die latere *Doyle*-beslissing is dit te betwyfel of hierdie beslissing ongekwalifiseerd die toets van die tyd sal weerstaan. Sien my motivering *infra*.

<sup>195</sup> Sien par 4.3.1.2 *infra*.

<sup>196</sup> Sien par 4.2.4.1 *infra*.

is al gewaarsku dat “[t]he spirit of the Constitution operates to protect a person who has not yet been formally charged, arrested or detained, but who is being questioned by the police with the intention of arresting, detaining or charging him”.<sup>197</sup> Daar kan wel `n saak uitgemaak word vir `n beginsel soos dié geskep in *Harris*, maar dit sal beperk moet word tot twee tipes verklarings, naamlik (a) `n verklaring spontaan afgelê deur `n dader wanneer `n polisiebeampte op die toneel verskyn en voordat hy nog die geleentheid gehad het om met die verklaarder te praat, hom te arresteer en sy grondwetlike regte aan hom te verduidelik; en (b) `n verklaring gemaak deur `n dader aan `n polisiebeampte voordat die polisiebeampte nog geweet het dat die persoon met wie hy te doen het, die *beskuldigde* is.<sup>198</sup>

### 3.6.3 DIE OPENBARE-VEILIGHEID-UITSONDERING

In *New York v Quarles*<sup>199</sup> het die hof `n openbare-veiligheid-uitsondering op die *Miranda*-reël geskep. Soos in *Harris v New York*,<sup>200</sup> het die vervolging ook tydens die beskuldigde se verhoor gebruik gemaak van inligting wat hy verstrek het voordat sy *Miranda*-regte aan hom verduidelik was.

In *Quarles* het `n jong dame aan twee polisiebeamptes gerapporteer dat sy pas deur `n swartman verkrag is. Sy het hom beskryf as ongeveer ses voet lank en gekleed in `n swart baadjie met die woorde “Big Ben” in geel letters op die rug. Nadat hy haar verkrag het, het hy in `n nabygeleë winkel met die naam van A & P Supermark, ingegaan. Sy het die polisie ook gewaarsku dat hy

---

<sup>197</sup> Per Hurt R op bl 3 van *S v Makhathini*, ongerapporteerde uitspraak van die Durban en Kus Plaaslike Afdeling van die Hoë Hof. Saakno CC73/97 waarin uitspraak gelewer is op 21 Nov 1997.

<sup>198</sup> Sien in hierdie verband *S v Lange* 1998 1 SACR 1 (SCA); *S v Van der Merwe* 1998 1 SACR 194 (O).

<sup>199</sup> *Supra*.

<sup>200</sup> *Supra*.



’n vuurwapen in sy besit het. Hulle is toe na die supermark vergesel van die dame. Een van die polisiebeamptes, ene Kraft, het die supermark binnegegaan om na die verdagte te soek terwyl die ander een hulp ontbied het.

Kraft het die verdagte dadelik gesien maar toe die verdagte Kraft gewaar, het hy na die agterkant van die winkel gevlug. Kraft het hom agtervolg en sy vuurwapen in ’n vuurposisie in sy hand gehou. Die verdagte het om die hoek van ’n rak gehardloop en vir ’n paar sekondes uit Kraft se sig verdwyn. Toe Kraft hom weer sien, het hy hom beveel om sy hande bokant sy kop te hou. Hy het die bevel gehoorsaam en Kraft het hom genader en voel-voel gevisenteer. Hy het ’n leë vuurwapen-holster om die verdagte se skouer gevind. Hy het hom toe geboei en gevra waar die vuurwapen is. Die verdagte het sy kop in die rigting van ’n klomp leë kartonne geknik en geantwoord “[T]he gun is over there”. Kraft het tussen die kartonne gaan soek en ’n .38 kaliber rewolwer in een van die leë kartonne gevind. Hy het die man toe formeel gearresteer en toe eers sy *Miranda*-regte aan hom verduidelik. In antwoord op die *Miranda*-waarskuwing het die man gesê dat hy bereid is om vrae te antwoord en nie die bystand van ’n regsverteenvoerder verlang nie. Kraft het hom toe gevra of hy die eienaar van die vuurwapen is en waar hy dit gekoop het. Hy het geantwoord dat hy wel die eienaar is en dit in Miami gekoop het.

Die verhoorregter het die getuienis dat die beskuldigde gesê het “[T]he gun is over there” en die vuurwapen self, uitgesluit op grond daarvan dat die beskuldigde se *Miranda*-regte nie aan hom verduidelik was voordat hy gepraat en in die rigting van die kartonne gewys het nie. Die *Court of Appeals* het die beslissing bekragtig.

Die Hooggeregshof het die beslissing egter ter syde gestel. Die hof het saamgestem dat die beskuldigde in hegtenis was toe hy die woorde geuiter het en die plek waar die vuurwapen was,

uitgewys het: Die beskuldigde se vryheid van beweging was netso ingekort as wat dit sou gewees het indien hy formeel gearresteer was. Daar was in daardie stadium reeds 'n aantal polisiebeamptes op die toneel en geeneen van hulle was meer begaan oor hulle eie veiligheid nie. Die hof het egter bevind dat die teenwoordigheid van 'n versteekte vuurwapen in 'n openbare plek, 'n gevaar geskep het vir die publiek omdat dit moontlik nie opgespoor sou kon word indien die beskuldigde as gevolg van die *Miranda*-waarskuwings sou geswyg het nie. 'n Medepligtige van die beskuldigde of 'n lid van die publiek, kon dit dan gevind het en 'n gevaar vir die publiek geskep het. Die hof het die standpunt ingeneem dat wanneer die openbare veiligheid bedreig word, weeg die noodsaaklikheid dat 'n gearresteerde vrae beantwoord, swaarder as die beskerming wat die Vyfde Amendement hom teen selfinkriminasie bied.

Die beslissings in *New York v Quarles* en *Terry v Ohio*<sup>201</sup> loop hand aan hand maar verskil tóg van mekaar. *New York v Quarles* het betrekking op 'n persoon se Vyfde Amendement-regte. Die vuurwapen was nie 'n veiligheidsrisiko vir die betrokke polisiebeampte nie want daar was 'n aantal van sy kollegas in die nabyheid van die "gearresteerde". Die belang wat in gevaar gestel is, was die veiligheid van die publiek. Wanneer die openbare veiligheid bedreig word, weeg die noodsaaklikheid dat die gearresteerde vrae beantwoord sodat die wapen opgespoor en die veiligheidsrisiko uitgeskakel kan word, swaarder as die gearresteerde se Vyfde Amendement-beskerming teen selfinkriminasie. Die *Terry*-beslissing daarenteen, slaan op die Vierde Amendement-reg om nie aan onredelike visentering en beslaglegging onderhewig te wees nie en behels dat indien 'n polisiebeampte redelike gronde het om te glo dat die persoon met wie hy te doen het, 'n gewapende en gevaarlike persoon is en hy vrees vir sy eie veiligheid en die veiligheid van ander, mag hy sonder 'n lasbrief 'n beslaglegging en voel-voel-visentering op hom uitvoer ten einde vas te stel of hy nie gewapen is nie. Sy optrede moet egter redelik wees en

---

<sup>201</sup> Soos bespreek in par 3.2.2 *supra*.

bedoel wees om vuurwapens, messe, knuppels of ander versteekte wapens waarmee die polisie aangeval kan word, bloot te lê.

Die Suid-Afrikaanse howe behoort die *Terry*-beslissing te volg. Of hulle die *Quarles*-beslissing behoort te volg, sal onder die billike-verhoor-vereiste van artikel 35(5)<sup>202</sup> bespreek word.

### 3.7 VOORLOPIGE GEVOLGTREKKING

Nieteenstaande die starheid van die Amerikaanse uitsluitingsreël, moet die meriete daarvan nooit onderskat word nie. Die uitsluitingsreël het sy stempel afgedruk op baie van die moderne Westerse regstelsels. Die starheid van die reël<sup>203</sup> ten spyt, behoort die Suid-Afrikaanse howe die beginsels geskep deur die howe van die VSA en wat in pas is met artikel 35(5)<sup>204</sup> en ons eie reg, te volg. Dit is veral van belang dat ons howe deeglik moet kennis neem van die uitsonderings wat die Amerikaanse Hooggeregshof op hulle rigiede uitsluitingsreël geskep het. Soos in hierdie hoofstuk aangetoon is,<sup>205</sup> het die Amerikaanse uitsluitingsreël (en die uitsonderings daarop) oor 'n tydperk van byna een eeu ontwikkel. Hierteenoor het artikel 35(5) amper letterlik oornag tot stand gekom. Ons howe kan veel leer van die Amerikaanse ervaring – veral wat die uitsonderings en beperkings op die uitsluitingsreël betref.

---

<sup>202</sup> Par 7.3.3.2 *infra*.

<sup>203</sup> Sien die kritiek daarteen in *S v Shongwe* 1998 2 SACR 321 (T); 339b-343a en Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 197.

<sup>204</sup> Van die SA Grondwet.

<sup>205</sup> Sien veral para 3.1 en 3.3.1 *supra*.

**“[C]ourts should not be seen to be acquiescent in the face of the unlawful conduct of those whose task it is to enforce the law: On the other hand it may be quite inappropriate to treat isolated and merely accidental non-compliance with statutory safeguards as leading to inadmissibility of the resultant evidence when, of their very nature, they involve no overt defiance of the will of the legislature or calculated disregard of the common law and when the reception of the evidence thus provided does not demean the court as a tribunal whose concern is in upholding the law.”**

Stephen en Aickin RR in *Bunning v Cross* 19 ALR 641 661 35-40

## HOOFSTUK 4

# DIE UITSLUITINGSDISKRESIE (OF -REËL) IN ANGLO-AMERIKAANSE, KONTINENTALE EN SUPRA-NASIONALE BEWYSREGSTELSELS

### 4.1 INLEIDING

In hierdie hoofstuk word ingegaan op die vraag hoe sekere geselekteerde lande se landsreg (nasionale reg) gereageer het op die vraag of getuienis wat op 'n onbehoorlike, onregmatige of ongrondwetlike wyse bekom is, toegelaat behoort te word. Hoe het hierdie lande se regstelsels gereageer op die beslissings van die Hooggeregshof van die VSA, wat, uit 'n regsvergelykende perspektief, die voortou geneem het? Benewens hierdie vraag, word ook aandag geskenk aan sogenaamde “supra-nasionale bewysregstelsels”: Wat is die houding van die regsprekende organe van die Europese Konvensie? En wat is die regsposisie betreffende 'n uitsluitingsreël of -diskresie wanneer dit gaan om *ad hoc* internasionale tribunale? Die antwoord op hierdie vraag is van besondere belang aangesien dit 'n rigsnoer kan verskaf ten aansien van die vraag wat die “internasionale sentiment” oor die onderhawige problematiek is.

## 4.2 DIE ANGLO-AMERIKAANSE BEWYSREGSTELSELS<sup>1</sup>

Die Engelse “common law” is die basis van al die Anglo-Amerikaanse bewysregstelsels. Engelse bewysregbeginsels het dus aanvanklik amper onveranderd in al hierdie regstelsels gegeld. Met verloop van tyd het almal hulle egter in `n mindere of meerdere mate van Engelse beginsels losgemaak en hulle eie ontwikkel. Daar is egter dikwels nog raakpunte in bepaalde regsbeginsels van verskillende Anglo-Amerikaanse lande te bespeur. Hierdie lande het `n gemeenskaplike historiese agtergrond wat die bewysreg betref en is geneig om op hierdie gebied oor en weer van mekaar te leen. Die uitsluitingsreël is een van die reëls wat dikwels deur lede van die “common law” familie van mekaar in leenbruik geneem word. Hulle moes dit ook doen omdat die “common law” hulle in die steek gelaat het oor hierdie vraagstuk.

### 4.2.1 DIE SKOTSE REG EN DIE REG VAN DIE REPUBLIEK VAN IERLAND

Die Engelse beginsels insake die uitsluiting van getuienis, is oorspronklik onveranderd deur die howe van Skotland en Ierland toegepas.<sup>2</sup> Die ontwikkelinge anderkant die Atlantiese Oseaan, het egter nie ongemerk by hulle verbygegaan nie. Teen die middel van die huidige eeu kon die Amerikaanse invloed duidelik in hulle uitsprake gesien word. In Skotland is die wiel aan die rol

---

<sup>1</sup> Die Kanadese bewysregstelsel vorm ook deel van die Anglo-Amerikaanse bewysregstelsels maar sal apart in hfst 5 behandel word aangesien daar soveel raakpunte is tussen die Kanadese en Suid-Afrikaanse reg op hierdie gebied. Sien a 24(2) van die Kanadese *Charter of Rights and Freedoms* en a 35(5) van die SA Grondwet.

<sup>2</sup> Heydon (1) (1973) *Crim LR* 607. Skotland se bewysreg is eintlik `n “different legal tradition” en kan streng gesproke nie as Anglo-Amerikaans tipeer word nie. Sien Twining *Rethinking Evidence* (1994) 180. As mens egter die Skotse bewysreg in kategorie móét plaas, sou dit nader aan die Anglo-Amerikaanse as die Kontinentale tradisie lê. Sien oor die algemeen die beskrywing van die wesenskenmerke van die Skotse bewysreg deur Gane “Scotland” in Van den Wyngaert (red) *Criminal Procedure Systems in the European Community* (1993) 367-370. Wat die Ierse reg betref, moet in gedagte gehou word dat die Grondwet van 1937 die soewereine of opperste reg is. Sien verder n 7 *infra*. Die Skotse en Ierse reg word saam behandel omdat daar duidelike parallelle ontwikkeling tav die uitsluitingsdiskresie was.

gesit met die uitspraak in *H M Advocate v M'Guigan*<sup>3</sup> waar die hof verklaar het dat getuienis nie noodwendig ontoelaatbaar is as gevolg van 'n onreëlmatigheid in die wyse waarop dit verkry is nie.

Die eerste beweging in die rigting van 'n meer positiewe uitsluitingsdiskresie, het eers gekom met die beslissing in *Lawrie v Muir*.<sup>4</sup> Die beskuldigde was aangekla dat sy melkbottels sonder die toestemming van die eienaars gebruik het. Die getuienis het openbaar dat sommige Skotse melkprodusente hulle melk in bottels van die *Scottish Milk Marketing Board* bemark het. Na gebruik van die melk, het die *Scottish Milk Bottle Exchange* die leë melkbottels gekollekteer en aan die individuele eienaars terugbesorg vir hergebruik. Alle melkprodusente wat hulle melk deur die *Milk Marketing Board* bemark het, het 'n ooreenkoms met die *Scottish Milk Bottle Exchange* aangegaan ingevolge waarvan laasgenoemde se inspekteurs hulle persele sonder verdere toestemming kon binnegaan om te kyk vir melkbottels van ander produsente en indien hulle sulke bottels vind, daarop beslag kon lê. Muir was 'n melkprodusent maar nie lid van die *Milk Marketing Board* nie. Sy was dus ook nie kontraktueel gebonde om inspekteurs van die *Scottish Milk Bottle Exchange* op haar perseel toe te laat nie. Twee inspekteurs van die *Scottish Milk Bottle Exchange* het na haar perseel gekom om te kyk of daar melkbottels van lede van die *Scottish Milk Marketing Board* was. Hulle het hulle aanstellingskaarte aan haar getoon en haar perseel binnegegaan om na bottels te soek. Hoewel sy hulle toegang kon geweier het, het sy dit nie gedoen nie. Hulle het bottels van lede van die *Scottish Milk Marketing Board* op haar perseel gevind. Sy is aangekla en skuldig bevind.

---

<sup>3</sup> 1936 JC 16 18.

<sup>4</sup> 1950 SLT 37. Sien voorts Mirfield *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* 353 waar daar verklaar word dat *Lawrie v Muir* "recognized the existence of a rule requiring the exclusion of unlawfully or irregularly obtained non-confessional evidence".

In die *High Court of Justiciary* het Lord Cooper op appèl verwys na die passasie in die uitspraak van Lord Aitchison in *HM Advocate v M'Guigan*<sup>5</sup> waarin hy gesê het dat 'n onreëlmatigheid in die wyse waarop getuienis verkry is, nie noodwendig die getuienis ontoelaatbaar maak nie. Die hof moet die burger se belang om teen onbehoorlike skending van sy vryheid beskerm te word, opweeg teen die staat se belang om relevante getuienis in te samel om sy saak te bewys. Die belang van die staat kan egter nie só verhef word dat alle maatreëls om die burger te beskerm, oorboord gegooi en aan die owerheid die bevoegdheid verleen word om deur middel van onregmatige metodes sy doel te bereik nie.

Die regter het die toelaatbaarheid van die getuienis getoets aan die hand van billikheid, betroubaarheid, die graad van polisiegedrag en die vraag of toelating van die getuienis sulke wangedrag sal aanmoedig. Om billikheid te verseker het die parlement spesiale prosedures voorgeskryf wat by die insameling van getuienis gevolg moet word. Daardeur word die inspekteurs se bevoegdhede beperk tot dít waarop ooreengekom is in die kontrak tussen hulle werkgewer en die melkprodusente. Hulle besit dus nie die wye bevoegdhede van polisiebeamptes nie maar beperkte bevoegdhede. Persone in hulle posisie behoort te weet wat die grense van hulle bevoegdhede is en dat hulle 'n risiko loop indien hulle hulle bevoegdhede oorskry. Die beskuldigde het wel die inspekteurs op haar perseel toegelaat, maar dit was as gevolg van 'n wanvoorstelling wat hulle aan haar gemaak het. As gevolg daarvan moes die verhoorhof sy uitsluitingsdiskresie uitgeoefen en die getuienis uitgesluit het.

In *HM Advocate v Turnbull*<sup>6</sup> het die polisie 'n saak van bedrog teen die beskuldigde ondersoek. Hy was 'n boekhouer en het dokumente van verskeie kliënte op sy perseel gehad. 'n Lasbrief vir

---

<sup>5</sup> *Supra.*

<sup>6</sup> 1951 SLT 409. *Graham v Orr* 1995 SCCR 30 en *Wilson v Brown* 1996 SCCR 470 bied twee onlangse



visentering van sy perseel en beslaglegging op dokumente van 'n bepaalde kliënt, was aan die polisie uitgereik. Hulle het egter tydens die visentering ook op ander dokumente beslag gelê. Op grond daarvan was die beskuldigde aangekla van en skuldig bevind aan ander aanklagtes as dié ten opsigte waarvan die visenteringslasbrief uitgereik is.

Op appèl is die skuldigbevinding ter syde gestel. Die hof het bevind dat die beslaglegging op en ondersoek van die ander dokumente, neergekom het op 'n skending van die beskuldigde se burgerlike regte en dat getuienis in verband met die dokumente, inbreuk gemaak het op sy reg op 'n billike verhoor. Die verhoorhof moes sy diskresie dus uitgeoefen en die getuienis uitgesluit het.

Die mees toonaangewende uitspraak in die Ierse reg in verband met uitsluiting van getuienis, is *People v O'Brien*.<sup>7</sup> 'n Visenteringslasbrief is uitgereik wat die polisie gemagtig het om die perseel geleë te "118 Cashel Road, Crumlin" te visenteer. Tydens die visentering het hulle op 'n

---

voorbeeld van gevalle waar onregmatig-verkreë getuienis uitgesluit is.

<sup>7</sup> *Supra*. McAuley en O'Dowd "Ireland" in Van den Wyngaert (red) *Criminal Procedure Systems in the European Community* 212 skets die regsposisie in die Rep van Ierland soos volg: "The Constitution does not expressly require the exclusion of unconstitutionally obtained evidence: the doctrine is one developed by the courts, primarily under the influence of US case law. Evidence obtained as the result of 'a deliberate and conscious violation' by the State or its agents of any of the accused's constitutional rights must be held to be inadmissible, unless there are 'extraordinary circumstances' ... Where a person's right to personal liberty has been violated any statements he makes during such unlawful detention are, on that ground alone, inadmissible, being deemed to be the fruits of a violation of the Constitution. The voluntariness of the statement and the fairness of the means by which it was obtained are both irrelevant if the detention was unlawful ... Real evidence obtained through unlawful searches of dwellings violates the constitutional inviolability of the dwelling and would be a basis for the exclusion of evidence obtained by such means. A person's constitutional right to privacy in, for example, his telephonic and postal communications is well established and it seems that a violation of this right would of itself be a basis for the exclusion of any evidence thereby obtained. Thus, evidence obtained as a result of an unlawful search of premises other than the accused's dwelling might be inadmissible on *O'Brien* grounds, if his right to privacy had been violated: an example might be an unlawful search of an accused's hotel room ... Evidence obtained as a result of an unlawful intrusion on the bodily integrity of an accused would presumably be excluded as the fruit of the violation of the right to bodily integrity." Die SA Oorgangsgrondwet het, net soos die Ierse Grondwet, geen bepaling oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis bevat nie. Dit is dus te verstane dat die SA howe tydens die geldingstydperk van die Oorgangsgrondwet somwyke sou lig opsteek by Ierse beslissings. Sien *S v Motloutsi* 1996 1 SACR 78 (C) en *S v Mayekiso* 1996 2 SACR 298 (K). Sien voorts par 6.2.1.3 *infra*.

klomp gesteelde goedere afgekom en daarop beslag gelê. Later het dit geblyk dat die adres op die visenteringslasbrief verkeerd was en “118 Captain’s Road, Crumlin” moes gewees het. Die visentering was dus tegnies onregmatig as gevolg van die verkeerde adres op die visenteringslasbrief.

Regter Kingsmill Moore se standpunt was dat hy geneig is om meer klem te plaas op die openbare belang dat die ondersoek van misdaad ooreenkomstig regsreëls moet geskied as op sogenaamde billikheid teenoor die beskuldigde. Die gemeenskap het `n belang in die opsporing van misdaad en straf van misdadigers. Hierdie belang moet egter opgeweeg word teen die reg van die individu om nie aan onregmatige en inkwisitoriale ondersoekmetodes blootgestel te word nie. `n Regter het `n diskresie om onregmatig-verkreë getuienis uit te sluit indien openbare beleid, gebaseer op balansering van openbare belange, dit vereis.<sup>8</sup> In `n aparte uitspraak het regter Walsh die sirkel nog nouer getrek en beslis dat getuienis wat verkry is as gevolg van `n opsetlike en bewuste skending van `n beskuldigde se grondwetlike regte, uitgesluit moet word tensy dit onder buitengewone verskonende omstandighede bekom was. In *People v Shaw*<sup>9</sup> het hy voortgebou op sy uitspraak en verklaar dat: (a) getuienis ingesamel as gevolg van `n bewuste en opsetlike skending van `n beskuldigde se grondwetlike regte, nie tydens sy verhoor toegelaat mag word nie; (b) indien daar egter buitengewone verskonende omstandighede is, mag die regter die getuienis toelaat ten spyte van die feit dat dit as gevolg van `n bewuste en opsetlike skending van `n beskuldigde se grondwetlike regte bekom was; (c) indien getuienis ingesamel is as gevolg van `n onopsetlike skending van die beskuldigde se grondwetlike regte, het die regter `n diskresie om dit toe te laat indien dit andersins toelaatbaar is; (d) die party wat beweer dat daar buitengewone verskonende omstandighede bestaan of dat die handeling onopsetlik of per

---

<sup>8</sup> 161.

<sup>9</sup> 1982 IR 1 31.

abuis gepleeg is, dra die bewyslas om dit te bewys; en (e) indien die beskuldigde se regte opsetlik geskend is, maak dit nie saak of die persoon wat dit geskend het geweet het dat hy onregmatig optree of indien hy geweet het dat hy onregmatig optree, dat sy optrede neerkom op skending van die beskuldigde se grondwetlike regte nie. Die daad self en nie die dader se kennis van die regsgevolge daarvan nie, is deurslaggewend.

Die voorgaande gedeelte van regter Walsh se uitspraak is met goedkeuring aangehaal deur hoofregter Finlay in *The People (Director of Public Prosecutions) v Kenny*.<sup>10</sup> Die hoofregter het beslis dat getuienis verkry deur inbreukmaking op 'n beskuldigde se grondwetlike persoonlike regte, uitgesluit moet word tensy die hof tevrede is dat die inbreukmaking onopsetlik of per abuis plaasgevind het of dat buitengewone verskonende omstandighede bestaan het wat die hof magtig om sy diskresie ten gunste van toelating van die getuienis uit te oefen.<sup>11</sup> Die feit dat 'n visenteringslasbrief uitgereik is volgens 'n gebruik wat vir meer as dertig jaar gevolg is en by implikasie deur die hof gesanksioneer is, negatiewer nie die feit dat die inbreukmaking willens en wetens geskied het nie.

Volgens Heydon<sup>12</sup> gebruik die hof die volgende agt faktore (vrae) om te bepaal of onregmatig- of onbehoorlik-verkreë getuienis uitgesluit of toegelaat behoort te word:

- (a) Het die onregmatige optrede wat tot verkryging van die getuienis aanleiding gegee het, deel gevorm van 'n opsetlike handeling om die getuienis te verkry of was dit bloot toevallig? Die vraag is “[Did the police] accidentally stumble upon the evidence of a

---

<sup>10</sup> *Supra* 132. Sien ook *Larkin v O'Dea* 1995 2 ILRM 1.

<sup>11</sup> 134.

<sup>12</sup> (1) (1973) *Crim LR* 608-610.

plainly incriminating character in the course of a search for a different purpose?" Indien wel, is dit toelaatbaar.

- (b) Hoe ernstig was die regskenning? Hierdie faktor is duidelik na vore gebring in *The People v O'Brien* waar regter Kingsmill Moore dit soos volg gestel het: "Was this illegality one of a trivial or technical nature or was it a serious invasion of important rights the recurrence of which would involve a real danger to necessary freedoms?"<sup>13</sup> 'n Vraag wat daarmee saamhang, is of daar 'n geskiedenis van opsetlike skending van persone se fundamentele regte is en indien wel, of toelating van die getuienis sulke skendings sal aanmoedig.
- (c) Was die skending genoodsaak deur dringende omstandighede of nood, soos byvoorbeeld die verwydering van getuienis om te verhoed dat dit verlore gaan? 'n Klassieke voorbeeld hiervan is *Hay v H M Advocate*.<sup>14</sup> Die beskuldigde se reg op privaatheid was geskend deurdat afdrukke van sy tande gemaak is om te sien of dit ooreenstem met merke op die oorledene se liggaam, wat soos bytmerke voorgekom het. Die hof het beslis dat die getuienis toegelaat behoort te word omdat 'n besoek aan die tandarts of 'n besering aan die beskuldigde se tande die getuienis kon vernietig het.<sup>15</sup>
- (d) Was die persone verantwoordelik vir die skending, amptenare van die owerheid of privaat persone? Owerheidsamptenare is onderhewig aan verskeie meganismes waardeur kontrole oor hulle uitgeoefen word soos byvoorbeeld beheer deur hulle seniors, politici,

---

<sup>13</sup> *Supra* 160.

<sup>14</sup> 1968 SLT 334.

<sup>15</sup> Sien ook *Bell v Hogg* 1967 SLT 290.

die openbare mening en hulle eie interne kodes, terwyl daar normaalweg nie sulke kontrole oor privaat persone is nie.<sup>16</sup>

- (e) “[T]here are many statutory offences in relation to which Parliament has prescribed in detail in the interests of fairness a special procedure to be followed in obtaining evidence; and in such cases ... it is very easy to see why a departure from the strict rules has often been held to be fatal to the prosecution’s case ... On the other hand ... it would usually be wrong to exclude some highly incriminating production in a murder trial merely because it was found by a police officer in the course of a search authorised for a different purpose or before a proper warrant had been obtained.”<sup>17</sup>
- (f) Hoe maklik kon die geskonde reg gerespekteer gewees het? Die belangrikheid van hierdie faktor hang baie af van die posisie waarin die betrokke reg in verhouding tot ander relevante faktore staan. In *McGovern v H M Advocate*<sup>18</sup> het die hof getuienis uitgesluit weens `n vry-ernstige besering wat die beskuldigde in `n aanranding tydens `n onregmatige visentering opgedoen het. Die hof het bevind dat die voorgeskrewe vereistes vir visentering van die beskuldigde se huis deur middel van `n lasbrief, getrou nagekom is; en dit sou baie eenvoudig gewees het om die korrekte prosedure te volg om hom ook te visenteer, maar dit is nie gedoen nie.
- (g) Hoe ernstig is die misdryf waarvan die beskuldigde aangekla is?

---

<sup>16</sup> Sien *Lawrie v Muir supra* 40 waar die regter benadruk het dat privaat persone behoort te weet wat die perke van hulle bevoegdhede is. Indien hulle hulle bevoegdhede oorskry, doen hulle dit op eie risiko.

<sup>17</sup> *Lawrie v Muir supra* 40.

<sup>18</sup> 1950 SLT 133.

- (h) Hoe belangrik is die metode wat gebruik is om die besondere tipe misdaad te ontdek? In *Hopes v H M Advocate*<sup>19</sup> het die polisie 'n gesprek tussen afpersers en hulle slagoffer afgeluister en neergeskryf. Die hof het die afpersing beskryf as 'n verfoeilike misdaad wat in die geheim en op plekke waar die partye nie dopgehou kan word nie, gepleeg word. Om dit te bekamp, is metodes soos dié aangewend deur die polisie, noodsaaklik vir die opsporing en bewys daarvan.

Uitsluiting van getuienis ingesamel as gevolg van 'n ontoelaatbare bekentenis, val streng gesproke buite die kader van die uitsluitingsdiskresie, maar is tog analoog daaraan en verdien dus 'n plek in hierdie bespreking.

In die gemenerereg (dws die Engelse reg) was bekentenisse en erkennings slegs toelaatbaar indien dit vrywillig afgelê was.<sup>20</sup> Indien onvrywillig afgelê, was dit nooit toelaatbaar nie.<sup>21</sup> Die toelating daarvan het dus nie binne die regter se diskresie geval nie.<sup>22</sup> Getuienis in verband met alle handeling wat verrig is nadat die erkenning of bekentenis gemaak is, was egter toelaatbaar selfs al was dit verrig as gevolg van die ontoelaatbare bekentenis of erkenning.<sup>23</sup> Die gevolg daarvan was dat feite wat ontdek is as gevolg van 'n ontoelaatbare bekentenis of erkenning, toelaatbaar

---

<sup>19</sup> 1960 JC 104.

<sup>20</sup> Sharpe *Judicial Discretion and Criminal Investigation* 17.

<sup>21</sup> Ashworth "Excluding Evidence as Protecting Rights" (1977) *Crim LR* 723; Andrews "Involuntary Confessions and Illegally Obtained Evidence in Criminal Cases" (1963) *Crim LR* 15 18; Shanks (1983) *Tulane LR* 660. Die grondslag vir die onlaatbaarheid daarvan was nie 'n uitsluitingsdiskresie nie maar 'n uitsluitingsreël.

<sup>22</sup> Sharpe *Judicial Discretion and Criminal Investigation* 20 verklaar: "The judiciary imposed 'quality control' on the reception of confession evidence by a rule of exclusion that had arisen through consistent judicial practice."

<sup>23</sup> *R v Warickshall* 1783 1 Leach 263; Ashworth (1977) *Crim LR* 728.

was. In *R v Berriman*<sup>24</sup> is daar egter `n voorbehoud gestel, naamlik dat die beskuldigde nie met die ontdekking verbind mag word nie. Die beskuldigde het tereggestaan op `n aanklag van verberging van geboorte. Die hof het getuienis van `n bekentenis wat sy afgelê het, verbied. Die aanklaer het die getuie toe gevra of hy enigiets ontdek het as gevolg van die inligting wat die beskuldigde verstrek het. Die regter het egter tussenbeide gekom en die aanklaer soos volg vermaan: “You may ask him what search was made, and what things were found, but under the circumstances, I cannot allow that ... to be connected with the prisoner.”

In *Chalmers v H M Advocate*<sup>25</sup> het die beskuldigde, wat van moord aangekla was, `n ontoelaatbare bekentenis afgelê. Na aflegging van die bekentenis het hy die slagoffer se beursie in `n koringland aan die polisie gaan uitwys. Tydens sy verhoor het die regter tussen “statements” en “actings” onderskei en die getuienis toegelaat. Op appèl is beslis dat die uitwysing uitgesluit moes gewees het omdat die beskuldigde *via* die bekentenis met die misdaad verbind word.

In *Scott v Baker*<sup>26</sup> is beslis dat getuienis in verband met die persentasie alkohol in `n motorbestuurder se bloed, slegs toelaatbaar is indien sowel sy arrestasie as die neem van die bloedmonster regmatig was. Ashworth<sup>27</sup> meld dat die Blennerhasset-komitee<sup>28</sup> aanbeveel het dat die hof `n diskresie moet hê om nie-nakoming van die statutêre prosedure vir toets van voertuigbestuurders ten einde vas te stel of die persentasie alkohol in hulle bloed onder die voorgeskrewe maksimum is, te verontagsaam indien daar nie onreg daaruit sal voortvloei nie.

---

<sup>24</sup> 1854 6 Cox CC 388.

<sup>25</sup> 1954 JC 66.

<sup>26</sup> 1969 1 QB 659.

<sup>27</sup> (1977) *Crim LR* 734.

<sup>28</sup> Die skrywer verwys daarna as die *Report of the Departmental Committee on Drinking and Driving* (1976).

As gevolg van die buigzaamheid van die uitsluitingsdiskresie in Skotland en Ierland is regters in hierdie twee lande geneë om hulle diskresie ten gunste van uitsluiting van getuienis ingesamel as gevolg van 'n ontoelaatbare bekentenis, uit te oefen. Die afleiding kan gemaak word dat die gemenerereg sodanig ontwikkel het dat die insluitingsbeginsel in Skotland en Ierland in sy geheel deur 'n uitsluitingsdiskresie vervang is. In laasgenoemde land is die proses deur die konstitusionele bestel verhaas.

#### 4.2.2 ASIATIESE LANDE SOOS INDIË, SRI LANKA EN ANDER

In Suid-Asiatiese lande soos Indië, Burma, Sri Lanka, Maleisië en Singapoer, is relevantheid die kriterium vir die toelaatbaarheid van getuienis.<sup>29</sup> Relevante getuienis is toelaatbaar nieetestaan die feit dat die verkryging daarvan met onregmatigheid besmet is. Daar word van die standpunt uitgegaan dat dit die plig van die wetgewer is om die toelating van onbehoorlik- of onregmatig-verkreë getuienis te verbied indien die uitsluiting daarvan in belang van die gemeenskap is.<sup>30</sup> In *Karalina v Excise Inspector, Matara*<sup>31</sup> het die hoë hof van Ceylon (Sri Lanka) beslis dat die *Evidence Ordinance* nie 'n bepaling bevat dat relevante getuienis ontoelaatbaar is omdat dit deur onregmatige visentering ontdek is nie. Die Indiese Hooggeregshof het in *Emperor v Ali Ahmad Khan*<sup>32</sup> beslis dat nóg 'n onreëlmatigheid nóg 'n onregmatigheid in die visentering, die verhoor ongeldig maak of die skuldigbevinding affekteer. Dieselfde standpunt is in Sri Lanka in *Silva v Menikrala*<sup>33</sup> ingeneem.

---

<sup>29</sup> Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 312-315.

<sup>30</sup> *Karalina v Excise Inspector, Matara* 52 CLR 89 91 (Ceylon SC 1950).

<sup>31</sup> *Supra*.

<sup>32</sup> 46 Indian LR Allahabad 86 9 soos aangehaal deur Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 315.

<sup>33</sup> 9 CLRec 78 79 (Ceylon SC 1928). Sien ook *Ekanayaka v Deen* 18 CLW 60 (Ceylon SC 1940) aangehaal deur Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 313.



Wetgewing stel sekere vereistes vir die toelaatbaarheid van bekentenisse, getuienis in verband met die swak karakter van `n beskuldigde en sekere vorms van privilegie. Getuienis wat nie aan hierdie vereistes voldoen nie, moet uitgesluit word. Met uitsondering van hierdie gevalle, mag relevante getuienis nie uitgesluit word nie.<sup>34</sup>

Hoewel elke land sy eie wet op bewyslewing het, is elkeen se wet gebaseer op die Indiese *Evidence Act* van 1872 wat op sy beurt weer primêr op die Engelse gemenerereg gebaseer is. Die verskillende lande se bewysreg verskil net van mekaar waar `n land se wet op bewyslewing `n spesifieke bepaling bevat wat verskil van dié van die Indiese *Evidence Act*. Omdat die bewysreg “gekodifiseer” is, mag die howe beginsels van openbare beleid slegs inkorporeer indien daar `n leemte in die betrokke wet bestaan.<sup>35</sup>

### 4.2.3 AUSTRALIË

#### 4.2.3.1 INGEVOLGE DIE GEMENEREG

Omdat Australië `n voormalige Britse kolonie is,<sup>36</sup> het die regsbeginneel uiteengesit in *R v Leatham*<sup>37</sup> dat getuienis toelaatbaar is selfs al is dit gesteel, vir baie jare ook deel van die Australiese bewysreg gevorm. Met verloop van tyd is die uitsluitingsdiskresie egter ook dáár ingevoer.<sup>38</sup> Die Australiese howe het `n gemeenregtelike diskresie ontwikkel om

---

<sup>34</sup> *Rajapakse v Fernando* 52 CLR 361 (Ceylon SC 1951) aangehaal deur Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 314.

<sup>35</sup> Peiris (1981) 13:2 *Ottawa LR* 314.

<sup>36</sup> Sien Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 191.

<sup>37</sup> *Supra*.

<sup>38</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 191. Sien ook oor die algemeen Tronc, Crawford en Smith *Search and Seizure in Australia and New Zealand* (1996) 324-332; Byrne en Heydon *Cross on Evidence*:

getuienis uit te sluit:

- (a) indien toelating daarvan buitensporig nadelig vir die beskuldigde sal wees;
- (b) in geval van 'n verklaring afgelê deur 'n beskuldigde:
  - (i) indien dit wil voorkom asof die verklaring onbetroubaar is; of
  - (ii) indien die verklaring die produk van onbillike of onregmatige polisieoptrede is.<sup>39</sup>

Alhoewel daar volop getuienis van onregmatige en selfs brutale visenterings is, kon Bradley<sup>40</sup> geen aanduiding vind dat getuienis ooit as gevolg van onregmatige visentering uitgesluit is nie.

Die ontwikkeling van die uitsluitingsreël in Amerika, het klaarblyklik nie ongesiens by Australiese regslui verbygegaan nie: In 1970 het die Australiese Hooggeregshof in *R v Ireland*<sup>41</sup> die uitsluitingsdiskresiespoor gevat. Ireland was gearresteer op 'n aanklag van moord. Die oorledene was gesteek met 'n mes met 'n gebreekte hef. Aan die beskuldigde se hand was beserings wat op die oog af geblyk het in ooreenstemming te kon gewees het met beserings veroorsaak deur so 'n mes. Die polisie het hom opdrag gegee om sy hand te laat fotografeer sodat hulle vir verhoordoeleindes bewysmateriaal kon hê van die presiese aard en ligging van die beserings en sodat 'n geneesheer op grond daarvan 'n opinie sou kon uitspreek of die beserings deur die mes met die gebreekte hef veroorsaak

---

*Fourth Australian Edition* 4e uitg (1991) 757-772; Gillies *Australian Evidence: Cases and Commentary* (1988) 503-510 en 571-590; Findlay, Odgers en Yeo *Australian Criminal Justice* (1994) 166-173.

<sup>39</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 191-192.

<sup>40</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 192.

<sup>41</sup> 1970 126 CLR 321.

kon gewees het. Foto's is daarop van sy hand geneem. Die opdrag en fotografering was egter strydig met artikel 81(4) van die *Police Offences Act*.

Hoofregter Barwick het bevestig dat 'n hof 'n diskresie het om getuienis wat op 'n onregmatige of onbillike wyse verkry is, uit te sluit. Hy het verklaar:

“Whenever such unlawfulness or unfairness appears, the judge has a discretion to reject the evidence. He must consider its exercise. In the exercise of it, the competing public requirements must be considered and weighed against each other. On the one hand there is the public need to bring to conviction those who commit criminal offences. On the other hand is the public interest in the protection of the individual from unlawful and unfair treatment. Convictions obtained by the aid of unlawful or unfair acts may be obtained at too high a price. Hence the judicial discretion.”<sup>42</sup>

Die hof het beslis dat die getuienis uitgesluit moet word.

In *Bunning v Cross*<sup>43</sup> het die Hooggeregshof bevestig dat bogenoemde passasie 'n korrekte uiteensetting van die regsposisie in Australië is. Dit is egter beklemtoon dat billikheid teenoor die beskuldigde nie die enigste toets is wanneer besluit moet word of die getuienis toegelaat dan wel uitgesluit behoort te word nie. Die toets behels dat 'n hof twee kompeterende beginsels van openbare beleid teen mekaar moet opweeg naamlik dat misdadigers skuldig bevind word maar nie teen so 'n hoë prys dat houe goedkeuring of selfs aanmoediging verleen aan onregmatige optrede van wetstoepassers om 'n skuldigbevinding te verkry nie. Die rasionaal agter toelating of uitsluiting van getuienis is openbare beleid. Onbillikheid teenoor die beskuldigde is maar een van die faktore wat in hierdie verband in aanmerking geneem moet word. Die volgende faktore moet in

---

<sup>42</sup> 335.

<sup>43</sup> *Supra*. Sien *Mirfield Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* 358-362 vir bespreking van die *Bunning v Cross* uitspraak. Sien voorts ook para 7.3.4.1(g) en (i) *infra* waar dié saak ook bespreek word.

aanmerking geneem word wanneer regters oorweeg of hulle die getuienis gaan toelaat of uitsluit:

- (a) was die onregmatige of onbehoorlike optrede deur die polisie opsetlik of roekeloos of slegs per ongeluk of onbewustelik;
- (b) die aard van die onregmatige handeling;
- (c) die gemak waarmee die regsreëls nagekom kon gewees het;
- (d) die aard van die misdaad waarvan die beskuldigde aangekla is. (Die misdaad waaraan die beskuldigde tereggestaan het, is een waaroor die publiek uiters besorg is omdat dit die lewens van mense wat openbare paaie gebruik, in gevaar stel.); en
- (e) of daar `n aanduiding is dat die wetgewer deur die regsreël wat verbreek is, die polisie aan bande wou lê.

In *George v Rockett*<sup>44</sup> het die hof getuienis uitgesluit omdat die lasbrief wat die visentering gemagtig het, defektief was. Die statuut het bepaal dat `n visenteringslasbrief uitgereik kan word indien daar redelike gronde bestaan dat gesteelde goedere op `n perseel is. Die beëdigde verklaring wat vir die aansoek om die lasbrief gebruik is, het slegs beweer dat die verklaarder redelike gronde het om te vermoed dat die goedere op die perseel is. Die gronde vir die vermoede was nie vermeld nie. Die hof het beslis dat die gronde waarop die aansoek steun in die beëdigde verklaring uiteengesit moet word sodat die persoon wat die lasbrief uitreik, homself kan tevrede stel dat daar wel redelike gronde bestaan.

---

<sup>44</sup>

64 ALJR 384 (1990).

#### 4.2.3.2 INGEVOLGE DIE *EVIDENCE ACT*

Die uitsluitingsdiskresie het nuwe momentum gekry met die aanvaarding van die *Evidence Act* van 1995.<sup>45</sup> Dié wet het die gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie met 'n statutêre uitsluitingsdiskresie vervang.<sup>46</sup> Artikels 82 tot 84 en 90 daarvan handel met die uitsluiting van erkennings<sup>47</sup> en artikels 135 tot 138 met 'n diskresie om getuienis anders as erkennings uit te sluit. Artikel 84 bepaal dat 'n erkenning nie toelaatbaar is nie tensy die hof oortuig is dat dit nie afgelê is as gevolg van gewelddadige, onderdrukkende, onmenslike of vernederende gedrag of 'n dreigement van sulke gedrag teenoor die persoon wat die erkenning gemaak het of enige ander persoon nie. 'n Erkenning strydig met hierdie bepaling afgelê, moet uitgesluit word.

Artikel 135 magtig 'n hof om getuienis uit te sluit indien die bewyswaarde daarvan wesenlik oorskadu word deur die risiko dat die getuienis:

- (a) 'n onbillike nadeel vir 'n party mag inhou; of
- (b) misleidend of verwarrend mag wees; of
- (c) buitensporige vermorsing van tyd tot gevolg kan hê.

Artikel 138 (1) bepaal dat getuienis wat:

- (a) op 'n onbehoorlike wyse of in stryd met 'n wet; of
- (b) as gevolg van 'n onbehoorlike optrede of oortreding van 'n wet,

---

<sup>45</sup> Wet 2 van 1995.

<sup>46</sup> Die wet geld nie in Nieu-Suid-Wallis nie, maar die Nieu-Suid-Wallis wetgewer het ook in 1995 'n *Evidence Act* wat feitlik identies is aan Wet 2 van 1995, uitgevaardig. Selfs die artikels van die Nieu-Suid-Wallis Wet stem ooreen met die van Wet 2 van 1995.

<sup>47</sup> Die wet onderskei nie tussen erkennings en bekentnisse nie. Slegs die begrip "admission" word gebruik, maar dit sluit baie duidelik ook bekentnisse in.

verkry is, nie deur 'n hof toegelaat mag word nie tensy die wenslikheid om dit toe te laat die wenslikheid om dit uit te sluit weens die wyse waarop dit ingesamel is, oorskadu. Sub-artikel (3) bevat 'n lys van faktore wat 'n hof in aanmerking moet neem wanneer hy moet besluit of hy sy diskresie gaan uitoefen en die getuienis toelaat:

- (a) die bewyswaarde van die getuienis;
- (b) die belangrikheid van die getuienis vir doeleindes van die verhoor;
- (c) die aard van die misdaad, aksie of verweer;
- (d) die erns van die onregmatige of onbehoorlike optrede van die wetstoepassers;
- (e) of die onregmatige of onbehoorlike optrede van die wetstoepassers opsetlik of roekeloos was;
- (f) of die onregmatige of onbehoorlike optrede van die wetstoepassers in stryd is met, of onversoenbaar is met 'n reg van 'n persoon vervat in die Internasionale Handves van Siviele en Politieke Regte;
- (g) of enige ander stappe (geregtelik of nie-geregtelik) ingestel is teen die wetstoepasser verantwoordelik vir die onregmatige optrede; en
- (h) hoe moeilik dit sou gewees het om die getuienis in te samel sonder die onbehoorlike of onregmatige optrede.

Die lys is nie allesomvattend nie. 'n Hof mag ander faktore ook nog in aanmerking neem.

Erkennings en getuienis ingesamel as gevolg van 'n erkenning, val ook onder die uitsluitingsdiskresie vervat in artikel 138(1).<sup>48</sup> Volgens Dennis<sup>49</sup> het die wet die

---

<sup>48</sup> Sien a 138(2).

<sup>49</sup> "Codification and Reform of Evidence Law in Australia" (1996) *Crim LR* 477 481.

gemeenregtelike toelaatbaarheidsvereistes vir 'n bekentenis vervang.

Artikel 90 magtig 'n hof om 'n beskuldigde se erkenning uit te sluit indien dit as gevolg van die omstandighede waaronder die erkenning gemaak is, onbillik teenoor die beskuldigde sal wees om dit gebruik.

Die uitoefening van sy swygreg deur 'n beskuldigde tydens polisieondervraging en in die hof, mag nie tydens sy verhoor as bewysmateriaal teen hom gebruik word nie.<sup>50</sup>

#### 4.2.3.3 GETUIENIS VERKRY AS GEVOLG VAN 'n LOKVAL

Die feit dat 'n misdaad gepleeg is as gevolg van 'n lokval, is nie 'n absolute verweer in die Australiese reg nie. Die howe het egter 'n diskresie om getuienis ingesamel as gevolg van onregmatige optrede deur die polisie, uit te sluit op grond van openbare beleid.<sup>51</sup> Die diskresie is gegrond op die inherente bevoegdheid van die howe om hulle eie integriteit en die integriteit van hulle proses te beskerm. Die bevoegdheid ontstaan wanneer “applicable considerations of ‘high public policy’ relating to the administration of criminal justice outweigh the legitimate public interest in the conviction of the guilty”.<sup>52</sup> Die diskresie is so wyd dat 'n hof selfs alle getuienis kan uitsluit sodat die verhoor in wese gestuit word, indien die misdryf geïnisieer is deur onregmatige optrede van owerheidsfunksionarisse ten einde getuienis teen die beskuldigde te kon bekom.<sup>53</sup> Die

---

<sup>50</sup> *Petty v Queen* 65 ALJR 625 (1991).

<sup>51</sup> *R v Ridgeway* 1995 78 A Crim R 307. Sien ook Aronson en Hunter *Litigation: Evidence and Procedure* 6e uitg (1998) 386.

<sup>52</sup> *R v Ridgeway supra* 314.

<sup>53</sup> *R v Ridgeway supra* 315.

uitsluitingsdiskresie geld ook ten opsigte van getuienis wat op 'n regmatige maar onbillike wyse verkry is. 'n Voorbeeld hiervan is getuienis ingesamel tydens pleging van 'n misdryf deur 'n wetsgehoorsame burger met 'n swakheid vir 'n sekere handeling,<sup>54</sup> wat hy nie sou verrig het nie indien dit nie vir die optrede van die owerheidsfunksionaris was nie.<sup>55</sup> Appèlregter Brennan het in hierdie verband met goedkeuring verwys na die onderskeid wat in *Sherman v United States*<sup>56</sup> getref is tussen 'n lokval vir "the unwary innocent" teenoor dié vir "the unwary criminal". Indien 'n "unwary innocent" 'n misdryf pleeg as gevolg van 'n lokval gestel deur owerheidsfunksionaris, mag toelating van die getuienis hoegenaamd nie onbillik wees teenoor die beskuldigde nie, maar die onregmatige optrede van die owerheidsfunksionaris mag so laakbaar wees dat 'n té hoë prys vir die skuldigbevinding betaal word.<sup>57</sup>

Die grondslag vir die toelating of uitsluiting van getuienis, is die belang van die gemeenskap dat die integriteit van die hof beskerm word en wetstoepers die voorgeskrewe vereistes handhaaf. Belangrike faktore wat 'n hof in hierdie verband in aanmerking neem, is:

- (a) die aard, erns en effek van die onregmatige of onbehoorlike optrede van die owerheidsfunksionaris;
- (b) of toelating van die getuienis onbillikheid teenoor óf die besondere beskuldigde óf verdagtes of beskuldigdes oor die algemeen tot gevolg sal hê. Onbillikheid teenoor die bepaalde beskuldigde sal gewoonlik slegs van terloopse waarde wees;

---

<sup>54</sup> Wat misdryf konstitueer.

<sup>55</sup> *R v Ridgeway supra* 319.

<sup>56</sup> 356 US 369 372-373 (1958).

<sup>57</sup> *R v Ridgeway supra* 330.



- (c) of die onregmatige of onbehoorlike optrede deur persone in 'n gesagsposisie aangemoedig of goedgekeur is;<sup>58</sup>
- (d) die aard en erns van die misdryf.<sup>59</sup>

Indien owerheidsfunksionarisse self 'n misdaad gepleeg het om die beskuldigde in 'n lokval te betrap maar persone in gesagsposisies hulle gedrag afgekeur het en strafregtelike stappe teen sowel die betrokke beamptes as die beskuldigde ingestel is, is dit onwaarskynlik dat openbare beleid, wat gemanifesteer word in die integriteit van die regspleging, uitsluiting van die getuienis sal vereis.<sup>60</sup>

Volgens Bradley<sup>61</sup> is die Australiese prosesreg tans op die vlak van ontwikkeling waar die VSA in die vyftigerjare was. Die land beweeg egter in die moderne internasionale rigting van statutêre reëls wat polisiepraktieke aan bande lê en wat gerugsteun word deur 'n stelsel van sowel verpligte as diskresionêre uitsluiting van onregmatig-verkreë getuienis.

---

<sup>58</sup> *R v Ridgeway supra* 320.

<sup>59</sup> Sien Brennan R in *R v Ridgeway supra* 331.

<sup>60</sup> *R v Ridgeway supra* 321.

<sup>61</sup> (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 191.

#### 4.2.4 NIEU-SEELAND

##### 4.2.4.1 INGEVOLGE DIE GEMENEREG

Die Nieu-Seelandse bewysreg is op die Engelse bewysreg geskoei. Maar die howe het reeds vir baie jare `n wyer diskresie as dié geboekstaaf in *R v Sang*<sup>62</sup> gehad om getuienis, anders as bekentnisse, uit te sluit.<sup>63</sup> Die diskresie was gebaseer op billikheid teenoor die beskuldigde.<sup>64</sup> Volgens France<sup>65</sup> was selfs die diskresie om getuienis uit te sluit waarvan die bewyswaarde vir die vervolging gering is in verhouding tot die nadeel wat dit vir die beskuldigde inhou, wyer as dié van die Engelse howe. Dit het ontstaan uit die howe se inherente bevoegdheid om misbruik van hulle proses te verhoed en kon uitgeoefen word wanneer toelating van die getuienis onbillikheid teenoor die beskuldigde tot gevolg sou hê.<sup>66</sup>

Volgens France<sup>67</sup> kan onbillikheid in hierdie verband twee vorms aanneem, naamlik:

- (a) toelating van die getuienis kan `n onbillike effek op die verhoor hê as gevolg van die uitwerking wat dit op die beoordelaar van die feite kan hê. `n Voorbeeld hiervan is getuienis waarvan die bewyswaarde gering is in verhouding tot die

---

<sup>62</sup> *Supra.*

<sup>63</sup> France "Exclusion of Improperly Obtained Evidence" (1984-1985) *New Zealand Univ LR* 334 335; *R v Hall* 1976 2 NZLR 678 683.

<sup>64</sup> *R v Hall supra.*

<sup>65</sup> (1984-1985) *New Zealand Univ LR* 339.

<sup>66</sup> *R v Menzies* 1982 1 NZLR 40 45.

<sup>67</sup> *New Zealand Univ LR* 339-340.

nadelige effek wat toelating daarvan op die beskuldigde sal hê.

- (b) toelating van die getuienis kan onbillikheid tot gevolg hê as gevolg van die wyse waarop dit ingesamel is. `n Voorbeeld hiervan is getuienis wat onregmatig verkry is. Die skrywer betoog dat dit ietwat misplaas is om in so `n geval van onbillikheid teenoor die beskuldigde te praat. Die werklike grondslag van die beswaar teen toelating daarvan is die breër belang van die gemeenskap. Nieteenstaande aanduidings dat die beskuldigde skuldig is, moet die hof sy misnoeë demonstreer met die wyse waarop die polisie opgetree het en dit doen hy deur die getuienis uit te sluit. Die skrywer steun op die Australiese beslissing *Bunning v Cross*<sup>68</sup> waar gesê is:

“It is not fair play that is called in question in such cases but rather society’s right to insist that those who enforce the law themselves respect it, so that a citizen’s precious right to immunity from arbitrary and unlawful intrusion into the daily affairs of private life may remain unimpaired”.

France<sup>69</sup> haal die faktore wat in *Bunning v Cross*<sup>70</sup> geboekstaaf is, wat `n hof in aanmerking moet neem wanneer hy moet beslis of hy getuienis behoort toe te laat of uit te sluit, met goedkeuring aan.<sup>71</sup> Die lys is egter nie allesomvattend nie. Hy betoog dat uitsluiting van getuienis op grond van daardie faktore te verkies is bo uitsluiting daarvan op grond van `n vae stelling dat die polisie op een of ander wyse onbillik was teenoor die beskuldigde in die insameling van die getuienis.

---

<sup>68</sup> *Supra* 659.

<sup>69</sup> (1984-1985) *New Zealand Univ LR* 342.

<sup>70</sup> *Supra* 661-662.

<sup>71</sup> Volgens die skrywer is dit ook met goedkeuring aangehaal te Auckland op 15 Feb 1984 in ongerapporteerde uitspraak *R v Hannah* T 58/83. In hierdie saak het die hof bevind dat doeanebeamptes en die polisie `n praktyk ontwikkel het om persone doelbewus so lank hulle dit goed gedink het, in afsondering aan te hou sonder om hulle te arresteer, om getuienis teen hulle te bekom. In een geval was persoon so lank as tien dae aangehou.

Die feite in *R v Hannah*<sup>72</sup> verskaf 'n klassieke voorbeeld van die gemeenskap se belang daarin dat die polisie in hulle ondersoek van misdaad streng volgens regsvoorskrifte moet optree. Hannah en sy vriend was van invoer van heroïen verdink. Die wetstoepassingsbeamptes het vermoed dat een van hulle die heroïen ingesluk het toe hulle hulle genader het. Die wetstoepassingsbeamptes was deur 'n wet gemagtig om hulle aan 'n liggaamlike ondersoek te onderwerp maar sou hulle moes vrylaat indien niks gevind word nie. Hulle het geglo 'n enkele ondersoek sou nie die heroïen blootlê nie. Die amptenare het hulle toe vir drie dae in 'n hotelkamer aangehou sonder om hulle te arresteer in die hoop dat die een wat die heroïen ingesluk het, 'n lakseermiddel sal inneem sodat dit uitgebring word. Die heroïen is uiteindelik op natuurlike wyse uitgebring en beide beskuldiges het ook bekentnisse afgelê. Tydens hulle verhoor het die beskuldiges die hof versoek om sowel die bekentnisse as die reële getuienis (die heroïen) uit te sluit. Die hof het die bekentnisse uitgesluit omdat daar nie aan regsvoorskrifte vir die toelaatbaarheid van bekentnisse voldoen is nie. Die hof het bevind dat die wetstoepassingsbeamptes die wet gemanipuleer en die beskuldiges onregmatig aangehou het om getuienis wat andersins onverkrygbaar sou gewees het, te verkry. Die amptenare het geglo dat die bestaande wetgewing nie vir so 'n situasie voorsiening maak nie en het toe "self-help" stappe geneem om die situasie te beredder. Dit was nie 'n geïsoleerde voorval nie maar 'n opsetlike oortreding van die wet, wat al 'n gedragspatroon geword het. Op 'n vorige geleentheid is 'n persoon onder soortgelyke omstandighede vir tien dae aangehou. Die hof het dit derhalwe nodig gevind om sy afkeur van "self-help" metodes om sogenaamde leemtes in die wet aan te vul, ten sterkste te beklemtoon deur die getuienis uit te sluit.

---

<sup>72</sup>*Supra.*

France<sup>73</sup> betoog dat die getuienis nie uitgesluit is as gevolg van misplaaste besorgdheid oor die beskuldigde nie, maar as gevolg van die hoër belang wat betrokke is. Die vryspraak van die beskuldigde was maar net 'n ongelukkige maar noodsaaklike neweproduk daarvan.

#### 4.2.4.2 INGEVOLGE DIE *BILL OF RIGHTS ACT*

In 1990 het die wetgewer die *New Zealand Bill of Rights Act* aanvaar. Dit het 'n Handves van Regte geskep maar is nie in 'n grondwet vasgelê nie. Dit is vervat in 'n gewone wet. Artikels 21, 23(1)(a), 23(1)(b), 23(4) en 24(c) daarvan is vir doeleindes van hierdie proefskrif van belang. Artikel 21 skep vir 'n persoon 'n waarborg teen onregmatige en onredelike visentering van sy persoon, eiendom, korrespondensie of andersins. Artikel 23(1) skep vir 'n gearresterde 'n reg om van die rede vir sy arrestasie en reg tot regsverteenwoordiging verwittig te word. Artikel 23(4) skep vir 'n gearresterde of aangehoudene die reg om te swyg en van sy swygreg verwittig te word. Artikel 24(c) skep vir 'n beskuldigde 'n reg om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer en een aan te stel.

Die *Bill of Rights Act* bevat nie 'n uitsluitingsklousule nie. Maar die howe het deurgaans die standpunt gehuldig dat hulle wel 'n diskresie het om getuienis wat in stryd met die *Bill of Rights* verkry is, uit te sluit.<sup>74</sup> In *R v Kirifi*<sup>75</sup> is ten opsigte van dié diskresie gesê:

---

<sup>73</sup> (1984-1985) *New Zealand Univ LR* 343.

<sup>74</sup> *R v Kirifi* 1992 2 NZLR 8 (CA). Sien ook *R v Butcher* 1992 2 NZLR 257 (CA). In *R v Goodwin* 1993 2 NZLR 153 (CA) 191 het Richardson R dit duidelik gestel dat 'n Handves van Regte sonder meganisme om daardie regte af te dwing, net 'n leë dop is.

<sup>75</sup> *Supra* 12.

“It seems to us that, once a breach of s 23(1)(b) has been established, the trial Judge acts rightly in ruling out a consequent admission unless there are circumstances in the particular case satisfying him or her that it is fair and right to allow the admission into evidence. What such circumstances might be is not a matter upon which the Court is now required to give any ruling.”

Getuienis verkry as gevolg van `n skending van `n beskuldigde se artikel 23-regte, moet as `n algemene reël uitgesluit word. Indien die skending slegs tegnies is of indien daar `n skending was maar dit het nie die voortbrenging van die getuienis tot gevolg gehad nie, behoort uitsluiting in die diskresie van die hof te wees. Die hof behoort sy diskresie uit te oefen op grond van billikheid en die belang van geregtigheid. Indien stappe geneem is om artikel 23-regte opsetlik te sistap, mag billikheid uitsluiting vereis.<sup>76</sup>

In *R v Goodwin*<sup>77</sup> was die beskuldigde en sy eggenote na die polisiestasie ontbied vir ondervraging nadat hulle baba as gevolg van breinbeserings gesterf het. Geeneen was in hegtenis geneem nie. Hulle was apart ondervra. Na die ondervraging was die beskuldigde verlof gegee om te gaan. Daar was aan hom gesê dat sy verklaring eers met dié van sy eggenote vergelyk sou word en indien nodig sou die polisie na hom toe terugkom. Toe hy wou loop, is hy deur `n ander polisiebeampte aangesê om in die portaal van die polisiestasie te wag. Die polisiebeampte wat hom ondervra het, het intussen sy verklaring vergelyk met die van sy eggenote en heelwat weersprekings gevind. Uit haar verklaring het die profiel van `n persoon wat in die verlede gewelddadig teenoor haar en die baba opgetree het, na vore gekom. `n Polisiebeampte was toe aangesê om die beskuldigde weer te gaan roep. Hy het hom in die voorportaal gevind en na die polisiebeampte wat hom verder wou ondervra (ene Bass), geneem. Die beskuldigde se

---

<sup>76</sup> *R v Butcher* 1991 NZLJ 400 273.

<sup>77</sup> *Supra*.

reg tot regsverteenwoordiging was nie aan hom verduidelik nie en Bass het begin om hom weer te ondervra. Tydens die ondervraging het hy erken dat hy die baba op die grond gegooi en haar kop teen die motor se deur gestamp het. Die polisiebeampte het sy verhaal toe op skrif gestel en die beskuldigde het dit onderteken. Hy is daarna toegelaat om te vertrek.

Na ontvangs van die verslag van die patoloog `n paar maande later, is die beskuldigde van strafbare manslag aangekla. Die vervolging wou tydens sy verhoor gebruik maak van die tweede verklaring wat hy aan Bass gemaak het. Die verdediging het die hof egter versoek om dit uit te sluit op grond daarvan dat hy tegnies in hegtenis was en sy reg tot regsverteenwoordiging nie aan hom verduidelik was nie. Die versoek is egter van die hand gewys en die verklaring is toegelaat. Na skuldigbevinding het die beskuldigde, in die lig van die *Bill of Rights*, appèl teen die toelating van die verklaring aangeteken. Die hof was versoek om by die interpretasie van die *Bill of Rights* die Kanadese beginsel toe te pas, naamlik dat getuienis uitgesluit word indien toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring. President Cooke se antwoord was dat die “regspleging-in-diskrediet-bring-toets” net soveel probleme skep as wat dit oplos.<sup>78</sup> Daar is geen rede waarom wegbeweeg moet word van die beginsel wat in verskeie sake gevolg is nie, naamlik dat getuienis ingesamel as gevolg van skending van `n beskuldigde se regte vervat in die *Bill of Rights*, *prima facie* uitgesluit moet word.<sup>79</sup> Soms mag die gemoedstoestand van die persoon wat die beskuldigde se reg geskend het, relevant wees by die oorweging of die getuienis toegelaat behoort te word al dan nie.<sup>80</sup> Skuld aan die kant van die wetstoepasser

---

<sup>78</sup> Gault R verwys op 206 daarna as `n vae (“nebulous”) konsep.

<sup>79</sup> Al vier die ander regters het in hierdie verband met hom saamgestem.

<sup>80</sup> Volgens Hardie Boys R (202) kan goeie trou en die gevolge van uitsluiting, selde relevante oorwegings wees wanneer die vraag of getuienis toegelaat behoort te word, oorweeg word.

is egter nie 'n voorvereiste vir skending van 'n beskuldigde se fundamentele regte nie. Indien skending van sy skuld afhang, sal onkunde van die reg altyd 'n verskoning wees want hoe minder die wetstoepasser van 'n persoon se fundamentele regte weet, hoe minder sal die reg dit beskerm. Kwade trou aan die kant van die funksionaris van die owerheid, sal baie sterk tel teen toelating van getuienis verkry in stryd met die *Bill of Rights*.<sup>81</sup>

Die regter het die volgende faktore geïdentifiseer wat in die verlede toelating van getuienis tot gevolg gehad het ofskoon dit onregmatig verkry was: (a) afstanddoening van sy regte deur die beskuldigde; (b) onbelangrikheid van die skending omdat die getuienis sonder die skending ook verkry sou gewees het; (c) redelik voorsienbare fisiese gevaar vir die wetstoepasser of ander persone;<sup>82</sup> (d) dringendheid, soos die risiko dat getuienis vernietig kan word; en (e) die feit dat die skending gering was en die beskuldigde se regte slegs marginaal geskend het.

Gault R het<sup>83</sup> met goedkeuring verwys na *R v Duran*<sup>84</sup> waar 'n verklaring toegelaat is ondanks die feit dat die beskuldigde nie van sy reg tot regsverteenvoordinging verwittig was nie. Die *ratio* vir die beslissing was dat die beskuldigde die verklaring in elk geval sou gemaak het selfs al was hy daarvan verwittig. Regter Gault het verder die volgende faktore uitgelig wat in aanmerking geneem behoort te word wanneer oor die toelating al

---

<sup>81</sup> Sien ook *R v Kirifi supra* 12 waar beslis is dat getuienis ingesamel na skending van beskuldigde se regte vervat in a 23(1)(b) van die *Bill of Rights*, uitgesluit behoort te word tensy die regter tevrede is dat toelating daarvan billik en reg is.

<sup>82</sup> Sien die Amerikaanse beslissings *Terry v Ohio* en *New York v Quarles supra*. Sien ook oor die algemeen *S v Madiba supra* wat in par 6.3.1.4 *infra* bespreek word.

<sup>83</sup> In *R v Goodwin supra* 207.

<sup>84</sup> (CA Wellington) CA 441/91, 27 Mei 1992.



dan nie van inkriminerende getuienis besin moet word: (a) afstanddoening van sy regte deur die beskuldigde; (b) die ouderdom, intelligensiepeil en begripsvermoë van die beskuldigde; (c) of die standaard waarskuwing dat hy niks hoef te sê nie aan die beskuldigde gegee is en of hy dit verstaan het; (d) die soberheidstoestand van die beskuldigde; (e) die dringendheid van die situasie; en (f) die wyse waarop die verklaring verkry is (met ander woorde of hy dit vrywillig gemaak het en of dit uit hom getrek is deur ondervraging).

Indien die beskuldigde nie van sy regte vervat in die *Bill of Rights* verwittig is nie, sal inkriminerende verklarings wat hy afgelê het terwyl hy in hegtenis was, slegs in uitsonderlike omstandighede toegelaat word.

#### 4.2.4.3 GETUIENIS VERKRY AS GEVOLG VAN 'n LOKVAL

Getuienis verkry as gevolg van 'n lokval is ook in Nieu-Seeland toelaatbaar maar sal uitgesluit word indien die beskuldigde die misdaad gepleeg het as gevolg van onaanvaarbare druk wat deur owerheidsfunksionaris op hom geplaas was om dit te pleeg. Die toets is of hy nog steeds die misdaad sou gepleeg het indien dit nie vir die optrede van die owerheidsfunksionaris was nie.<sup>85</sup> Die rasionaal agter die beginsel is dat dit strydig met openbare beleid is dat owerheidsfunksionaris 'n persoon uitlok om 'n misdaad te pleeg en hom dan vervolg indien hy val vir die versoeking en dit pleeg.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> *R v Katipa* 1986 2 NZLR 121 125.

<sup>86</sup> *France* (1984-1985) *New Zealand Univ LR* 343.

### 4.3 DIE “CIVIL LAW” LANDE

In teenstelling met die “common law” lande (wat van die akkusatoriale proses gebruik maak), maak die “civil law” lande gebruik van die inkwisitoriale model.<sup>87</sup> Omdat die inkwisitoriale model meer delf-na-die-waarheid georiënteerd is as die akkusatoriale model, word in eersgenoemde model nie soveel klem geplaas op algemene uitsluitingsreëls as in die akkusatoriale model nie. Oor die algemeen het die uitsluitingsreël in lande wat die inkwisitoriale model gebruik, nie met soveel viriliteit ontwikkel as in die VSA nie. Dit beteken egter nie dat fundamentele regte glad nie in hierdie dissiplines bestaan of `n rol speel nie. As gevolg van die delf-na-die-waarheid-beginsel van die inkwisitoriale model, val die klem net meer op die ontdekking van die waarheid as op die handhawing van sommige grondwetlike regte.

#### 4.3.1 FRANKRYK

##### 4.3.1.1 DIE INSAMELING VAN GETUIENIS

Iemand wat nie met die Franse strafproses bekend is nie, sal die Franse uitsluitingsbeginsel moontlik moeilik verstaanbaar vind. `n Kriptiese opsomming van die strafproses word dus eers gegee om die leser op hoogte te bring met die meganika daarvan ten einde meer sin aan die uitsluitingsreël te gee.

Nadat `n aanklag aanhangig gemaak is, word `n voorlopige ondersoek deur die polisie (en soms ook die aanklaer) gedoen. Hulle kan enige persoon op die misdadaatoneel

---

<sup>87</sup> In Italië is `n nuwe Strafproseskode in 1989 aanvaar. Volgens Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 216 het dié kode die Italiaanse strafregstelsel `n duidelike akkusatoriale karakter gegee.

(insluitende die verdagte) ondervra en op reële getuienis beslag lê. Wanneer die ondersoek voltooi is, word die saak na die aanklaer verwys. Indien daar genoeg getuienis is om 'n saak teen die verdagte uit te maak, kla die aanklaer hom sonder verdere seremonie aan. Besluit hy om hom aan te kla, hang die volgende stap af van die erns van die misdryf. In geval van 'n minder ernstige misdryf kan hy die verdagte dagvaar om regstreeks in die hof te verskyn of die saak vir verdere ondersoek na 'n ondersoekregter verwys. In geval van 'n ernstige of ingewikkelde misdryf, is hy verplig om die saak oor te plaas na 'n ondersoekregter om verder ondersoek te word. Die ondersoekregter samel verdere getuienis in en wanneer daar genoeg getuienis teen die beskuldigde is, verwys hy die beskuldigde vir verhoor. Gedurende hierdie fase word van die inkwisitoriale model gebruik gemaak.

Die ondersoekregter kan die misdaadtoneel besoek en op reële getuienis beslag lê. Hy kan ook persone, insluitende die verdagte, ondervra. Die verdagte is geregtig op regsverteenvoordinging en het die reg om te swyg tydens die ondervraging. Na afhandeling van die ondersoek, stuur die ondersoekregter die dossier na die aanklaer. Indien die aanklaer tevrede is dat daar 'n saak teen die verdagte is, stuur hy die dossier, in geval van 'n ernstige misdryf, na die *Indictment Division of the Court of Appeal*. Indien die *Indictment Division* van mening is dat daar 'n saak teen hom is, verwys hy die saak na 'n verhoorhof. Tydens die verhoor word van die akkusatoriale model gebruik gemaak maar die getuienis wat tot op daardie stadium ingesamel is (deur die polisie en die ondersoekregter), vorm deel van die bewysmateriaal.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup>Sien Dadomo & Farran *The French Legal System* (1993) 184-203.

#### 4.3.1.2 DIE UITSLUITING VAN GETUIENIS

Die Franse grondwet bevat nie 'n handves van regte of 'n uitsluitingsklousule nie. Die hoewe het ook nog nie 'n noemenswaardige uitsluitingsreël wat konsekwent toegepas word, ontwikkel nie.

Artikel 86 van die Strafproseskode verbied die polisie om in die uitvoering van hulle pligte onredelike geweld teenoor gearresterdes te gebruik. Tot 1980 het die polisie wye magte gehad vir die arrestasie, aanhouding, ondervraging en visentering van persone wat van die pleging van 'n misdryf verdink is. Hierdie persone kon gearrester, aangehou, ondervra en gevisenteer word sonder dat daar eers 'n redelike verdenking was dat hulle 'n misdaad gepleeg het. Volgens Pakter<sup>89</sup> kon enigeen wat in die hande van die polisie beland het, selfs 'n getuie wat vrywillig opgedaag het, aan 'n *garde à vue*<sup>90</sup> onderwerp word. So 'n persoon mag vir tot vier en twintig uur vir ondervraging aangehou word. Die aanklaer mag selfs 'n lasbrief vir aanhouding vir 'n verdere vier en twintig uur gemagtig het. Die polisie het die maksimum tyd van aanhouding egter gerek deur gearresterdes aan te hou totdat hulle die inligting wat die polisie verlang het, verstrek het en het hulle dan eers aangekla. Bekentnisse wat in hierdie tyd afgelê is, is nie uitgesluit nie. In 1960 het die wetgewer egter ingegryp en dié beginsel vervang deur 'n goeie-trou-beginsel. 'n Hof is daardeur verplig om getuienis uit te sluit indien dit ingesamel is na 'n opsetlike vertraging om die beskuldigde aan te kla na verstryking van die maksimum aanhoudingstydperk. Indien die aanhouding egter te goeder trou was, was uitsluiting nie

---

<sup>89</sup> (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 12.

<sup>90</sup> Arrestasie en langdurige ondervraging. Pakter "Exclusionary Rules in France, Germany and Italy" (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR*.

verplichtend nie.<sup>91</sup> In 1980 het die *Court of Cassation* egter die “blanko tjek”-bevoegdheid van die polisie om persone te arresteer, te visenteer en te ondervra, ingekort en dit as vereiste gestel dat daar darem eers getuienis moet wees dat ’n misdaad gepleeg is voordat hulle persone mag arresteer, visenteer en ondervra. Getuienis ingewin in stryd met hierdie beginsel moet uitgesluit word.<sup>92</sup>

Op enkele uitsonderings na het onreëlmatige optrede van die polisie tydens die ondersoek van ’n saak, nie uitsluiting van getuienis tot gevolg nie. In 1952 het die hof byvoorbeeld in ’n saak waarin die polisie getuienis ingesamel het deur verontagsaming van statutêre ondervragingsvoorskrifte, geweier om die getuienis uit te sluit. Selfs getuienis (insluitende bekentenisse), verkry as gevolg van langdurige ondervraging, word nie uitgesluit nie tensy “the search for the truth has been fundamentally vitiated”.<sup>93</sup> ’n Uitsondering in hierdie verband, is getuienis verkry as gevolg van ’n onreëlmatige visentering.<sup>94</sup> Bradley<sup>95</sup> maak melding van ’n bekentenis wat in 1980 deur die “Court of Cassation” uitgesluit is omdat dit afgelê is as gevolg van ’n visentering sonder ’n lasbrief. Die hof het ook herbevestig dat getuienis wat verkry is as gevolg van ’n onreëlmatige visentering, uitgesluit sal word.<sup>96</sup>

Artikel 114 van die Franse Strafproseskode bepaal dat die ondersoekregter die

---

<sup>91</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 28.

<sup>92</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 12.

<sup>93</sup> *Crim.*, 17.3.1960, *Kissari*, *JCP*, 1960 II, 11641 Texts, No 5 aangehaal deur West et al *The French Legal System: An Introduction* (1992) 219.

<sup>94</sup> Sien a 59 van die Strafproseskode; West et al *The French Legal System* 218-219.

<sup>95</sup> (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 206.

<sup>96</sup> Sien ook Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 37.

beskuldigde, wanneer hy die eerste keer voor hom verskyn, moet inlig oor die aanklag, sy reg tot regsverteenvoordinging en sy swygreg. Sy swygreg geld vanaf sy eerste verskyning in die hof. Versuim om hom van sy swygreg en reg tot regsverteenvoordinging te verwittig, het gewoonlik uitsluiting van `n verklaring wat hy aflê tot gevolg, maar nie noodwendig uitsluiting van die vrugte daarvan nie.<sup>97</sup>

Verhoorhowe het slegs beperkte mag om getuienis uit te sluit. Artikel 174 van die Strafproseskode verleen aan die *Tribunaux Correctionnels* en die *Tribunaux de Police* die bevoegdheid om getuienis wat tydens `n onrêelmatigheid in die prosedure deur die ondersoekregter bekom is, uit te sluit. Die *Cour d' Assises* het egter nie daardie bevoegdheid nie.<sup>98</sup> Die *Cour d' Assises* het egter die beginsel geskep dat skending van “substantial formalities” soos byvoorbeeld die onregmatige ondervraging van `n verdagte onder eed deur die ondersoekregter, die nietigverklaring van die getuienis wat daardeur ingesamel is, tot gevolg kan hê. Die Strafproseskode is daarna gewysig en bepaal nou dat handeling wat deur die ondersoekregter verrig is en wat inbreuk maak op materiële regte soos die beskuldigde se reg om homself te verdedig, nietig verklaar kan word. Die uitleg wat die howe aan hierdie bepaling gegee het, is dat dit nie net betrekking het op handeling wat inbreuk maak op die belange van die partye nie, maar veral op handeling wat inbreuk maak op die hoër belang van die strafregstelsel as geheel.<sup>99</sup> Artikel 802 van die Strafproseskode<sup>100</sup> het die bevoegdheid van die howe om sulke handeling nietig te verklaar, beperk tot gevalle waar die “irregularity has the effect of injuring the interests

---

<sup>97</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 205; Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 1 13.

<sup>98</sup> West et al *The French Legal System* 219.

<sup>99</sup> Sien West et al *The French Legal System* 220.

<sup>100</sup> Wat in 1975 ingevoeg is.

of the party concerned.”<sup>101</sup> Die gevolg van die nietigverklaring is dat die betrokke getuienis in effek uit die ondersoeklêer verwyder word en daar glad nie in die verhoor daarna verwys mag word nie.<sup>102</sup> In wese het die artikel dus `n beperkte uitsluitingsreël geskep.

Die Franse reg plaas `n baie hoë premie op die onskendbaarheid van `n persoon se huis. Die *Code D'Instruction Criminelle* van 1808 het die polisie verbied om `n huis, winkel of gebou binne te gaan vir doeleindes van visentering sonder dat daar vooraf geregtelike magtiging daarvoor bekom is, behalwe in geval van `n flagrante misdaad.<sup>103</sup> Reeds in 1857 het die hofe laat deurskemer dat ongemagtigde visentering tot uitsluiting van getuienis kon lei.<sup>104</sup> In 1910 het die *Court of Cassation* getuienis wat ingesamel was tydens `n ongemagtigde visentering deur die polisie, uitgesluit. Daarna is getuienis wat op dié wyse ingesamel is, van tyd tot tyd uitgesluit. Getuienis ingesamel op grond van `n lasbrief wat uitgereik is sonder om die redes vir die visentering in die aansoek om lasbrief te meld, is later ook uitgesluit. In 1953 het die *Court of Cassation* in die *Isnard*-beslissing<sup>105</sup> die uitsluitingsreël uitgebrei na alle getuienis verkry deur die polisie op grond van gebrekkige visenteringslasbriewe en die beginsel geskep dat (i) bekentenisse verkry as gevolg van onregmatige visenterings uitgesluit word; en (ii) visenteringslasbriewe vir sekere oortredings aan die polisie uitgereik mag word sonder dat die naam en die adres van die verdagte daarop verskyn. Hulle kon dus blanko

---

<sup>101</sup> West et al *The French Legal System* 220.

<sup>102</sup> West et al *The French Legal System* 220.

<sup>103</sup> Misdaad wat in die proses van pleging was of pas gepleeg is toe dit ontdek is.

<sup>104</sup> Sien Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 34.

<sup>105</sup> Van 22 Jan 1953. (*Isnard*) Cass crim Fr 1953 D P I 533 note, Lapp, 1953 JCP II No 7456 soos aangehaal deur Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 35 n 253.

visenteringslasbriewe saam met hulle dra sodat hulle nie in dringende gevalle nog eers om 'n lasbrief aansoek hoef te doen nie.<sup>106</sup>

Die beginsel dat 'n woonhuis nie sonder 'n geldige lasbrief deursoek mag word nie, geld egter nie in geval van 'n flagrante misdaad nie.

Visentering van 'n prokureurskantoor en beslaglegging op goedere daarin mag net deur 'n magistraat geskied. Visenterings mag oor die algemeen ook net gedurende die dag plaasvind. Nie-nakoming van hierdie vereistes, het uitsluiting van getuienis tot gevolg.<sup>107</sup>

Die *Court of Cassation* en veral die laer howe, is deesdae meer geneë om getuienis verkry deur onregmatige visenterings en beslagleggings, uit te sluit selfs al het die visentering te goeder trou geskied.<sup>108</sup>

Getuienis verkry deur meeluistering is aanvanklik toegelaat as gevolg van 'n bepaling in die *Code D'Instruction Criminelle* dat 'n ondersoekregter enige nuttige metode mag gebruik om die waarheid vas te stel. In die *Tournet*-beslissing<sup>109</sup> is egter bevind dat die getuienis uitgesluit moet word indien die meeluistering onregmatig was.

Die rasionaal agter die uitsluitingsreël is openbare beleid, die regte van die beskuldigde en goeie regspleging.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 35.

<sup>107</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 205.

<sup>108</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 206.

<sup>109</sup> Van 9 Okt 1980. Cass Crim Fr 1981 D S Jur 332 aangehaal deur Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 38 n 275.

<sup>110</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 3.



Die uitsluitingsreël van toepassing op getuienis wat onregmatig ingesamel is, is dus nog nie op dieselfde vlak as in die VSA nie. Maar die Franse reg is steeds besig om in die rigting van 'n meer omvattende uitsluitingsdiskresie te beweeg.

#### 4.3.2 DUITSLAND

Gedagtig aan die vergrype van die veiligheidsmagte gedurende die Nazi-bewind, is artikel 136a in 1950 in die Duitse Strafkode ingevoeg. Dié artikel het bepaal dat alle verklarings wat deur dwang van 'n beskuldigde verkry is, uitgesluit moet word. Hierdie uitsluitingsreël is aanvanklik geskep om polisiewangedrag hok te slaan. Die rasionaal vir die uitsluitingsreël is later egter oor die boeg van 'n konstitusionele waarborg van menswaardigheid gegooi.<sup>111</sup>

Artikel 136a was oorspronklik bedoel om bekentnisse wat onvrywillig gemaak is, uit te sluit. Die howe het die uitsluitingsreël mettertyd ook uitgebrei na bekentnisse afgelê as gevolg van psigiese druk.<sup>112</sup> Sedert 1950 is die artikel oor 'n al hoe wyer front gebruik om getuienis verkry in stryd met billike-verhoor beginsels, uit te sluit. In 1978 is dit selfs gebruik om 'n bekentnis verkry deur ongemagtigde meeluistering, uit te sluit. Die regter se standpunt was dat die vraag na die toelaatbaarheid daarvan analoog aan die vraag na die toelaatbaarheid van 'n bekentnis verkry deur dwang, behandel moet word. Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat onregmatige meeluistering, soos dwang, 'n bekentnis ontoelaatbaar maak.<sup>113</sup>

Artikel 136a is selfs al aangewend om 'n hof te verbied om 'n negatiewe afleiding te maak uit

---

<sup>111</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 17.

<sup>112</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 18-19. Sien ook Kühne "Germany" in Van den Wyngaert (red) *Criminal Procedure Systems in the European Community* 155.

<sup>113</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 19.

’n beskuldigde se weiering om met die polisie te praat. Die regter se standpunt was dat ’n beskuldigde se reg op vryheid van besluitneming gedurende ondervraging, beperk word indien hy verplig word om met die polisie te praat.<sup>114</sup> Pakter betoog dat selfs langdurige ondervraging die uitsluiting van bekennensisse en erkennings, ingevolge artikel 136a, tot gevolg sal hê.

Die gevolg van artikel 136a is dat verklarings wat ’n beskuldigde afgelê het op grond van langdurige ondervraging, mishandeling, uitputting, fisiese bemoeiing, doelbereide medisyne, marteling, misleiding of hipnose nie teen hom gebruik mag word nie selfs al stem hy toe. ’n Bekentenis afgelê nadat ’n persoon vir dertig uur ondervra is en een wat afgelê is nadat die liggaam van sy driejarige seun, wat hy na bewering vermoor het, aan hom getoon is, is op grond van hierdie bepaling uitgesluit.<sup>115</sup>

Die Strafproseskode van 1877 het bepaal dat ’n regter ’n beskuldigde moet vra of hy wil antwoord op die aanklagtes teen hom voordat hy hom die eerste keer begin ondervra. Dit het in ’n mate ’n swygreg aan hom verleen maar net tydens ondervraging deur die regter. In 1964 is artikel 136 gewysig deur die invoeging van subartikel (I) wat bepaal dat ’n beskuldigde aan die begin van sy eerste verhoor, deur die regter meegedeel moet word dat hy óf mag antwoord op die aanklagtes teen hom, óf mag swyg en dat hy geregtig is om vóór ondervraging met ’n regsverteenwoordiger te konsulteer. Oorspronklik het die howe die standpunt ingeneem dat versuim om dié waarskuwing te gee, nie outomatiese uitsluiting van ’n bekentenis wat ’n beskuldigde in die hof maak, tot gevolg het nie.<sup>116</sup> In 1974 het die *Bundesgerichtshof* (BGH) egter ’n nuwe rigting ingeslaan en beslis dat die waarskuwing vir die régterlike fase van die

---

<sup>114</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 20.

<sup>115</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 216.

<sup>116</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 30.

verrigtinge verpligtend is. Versuim om die waarskuwing te gee, sal egter nie in elke geval uitsluiting van `n bekentenis tot gevolg hê nie. `n Bekentenis sal slegs uitgesluit word indien die versuim om die waarskuwing te gee, die uitslag van die verhoor sal beïnvloed soos wanneer `n beskuldigde nie regsverteenvoordinging gehad het nie omdat hy nie van sy reg tot regsverteenvoordinging verwittig is nie.<sup>117</sup>

Oorspronklik was dit nie nodig om `n beskuldigde van sy swygreg te verwittig voor hy deur die polisie en aanklaer ondervra sou word nie. Die 1964-wysiging van die Strafproseskode het egter teweeggebring dat ook die polisie en die aanklaer die beskuldigde moet waarsku dat hy óf op die bewerings mag antwoord, óf mag swyg, wanneer hulle hom die eerste maal ondervra. Versuim om hom te waarsku, word egter nie met uitsluiting van `n bekentnisse bedreig nie. In 1983 het twee laerhove erkennings uitgesluit omdat dit gemaak is na die polisie versuim het om die beskuldigdes ingevolge artikel 136(I) te waarsku. Die BGH het egter beslis dat `n onopsetlike versuim om `n beskuldigde van sy swygreg te verwittig, nie verpligte uitsluiting van `n bekentenis of erkenning tot gevolg het nie. `n Verhoorregter het nogtans `n diskresie om dit uit te sluit indien dit verkry is as gevolg van skending van sy swygreg.<sup>118</sup> In 1992 het die wiel egter gedraai en het die BGH beslis dat `n erkenning wat nie deur `n waarskuwing voorafgegaan is nie, uitgesluit moet word.<sup>119</sup> Die waarskuwing moet gegee word “before [the subject] is questioned as an accused.”<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 31.

<sup>118</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 32.

<sup>119</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 215.

<sup>120</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 215.

Volgens Bradley<sup>121</sup> gaan die Duitse uitsluitingsreël selfs verder as die Amerikaanse uitsluitingsreël aangesien die Amerikaanse reël slegs op gearresterdes van toepassing is terwyl die Duitse reël ook op nie-gearresterdes wat deur die polisie ondervra word, van toepassing is.

Die uitsluitingsreël geld egter nie vir onbelangrike skendings van `n beskuldigde se regte soos versuim om hom van regte wat hy ken, te verwittig nie.<sup>122</sup>

Die Duitse howe gebruik `n twee-fase toets om te beslis oor die toelaatbaarheid van getuienis ingesamel tydens visentering en beslaglegging. Die eerste fase is gegrond op die *Rechtsstaatsprinzip* en behels dat getuienis verkry in stryd met die *Rechtsstaatsprinzip*, uitgesluit moet word ten einde die vlekkeloosheid van die regsproses te bewaar. Getuienis wat in hierdie kategorie val, is dié verkry deur ongrondwetlike beslagleggings as gevolg van brutaliteit of misleiding.<sup>123</sup> Ongrondwetlike of onregmatige visenterings het gewoonlik nie tot uitsluiting aanleiding gegee nie. Die grondwetlike hof het egter in `n beslissing van 3 September 1991<sup>124</sup> die uitsluitingsreël uitgebrei om ook beslagleggings wat plaasgevind het as gevolg van `n foutiewe visenteringslasbrief, binne die trefwydte van die uitsluitingsreël te bring.

Die tweede fase is gegrond op die beginsel van proporsionaliteit. Volgens hierdie beginsel moet die metode wat aangewend word om misdaad te bekamp, proporsioneel wees tot die erns van die misdaad, die sterkte van die suspisie teen die beskuldigde en die grondwetlike reg wat geskend

---

<sup>121</sup> (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 215.

<sup>122</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 215.

<sup>123</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 208-209. Sien ook Kühne "Germany" in Van den Wyngaerdt (red) *Criminal Procedure Systems in the European Community* 155 en Van Rooyen 1975 *Acta Juridica* 59-79.

<sup>124</sup> 1992 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BverfGE] 60 (FRG) aangehaal deur Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 208-210.

is.<sup>125</sup> Getuienis wat nie reeds tydens die eerste fase uitgesluit is nie, moet tydens hierdie fase weer getoets word. Die hof moet die reg op privaatheid van die individu opweeg teenoor die belange van die gemeenskap en die getuienis uitsluit indien die belang van die individu swaarder weeg as die belange van die gemeenskap.<sup>126</sup>

In die Duitse reg word onderskei tussen onregmatige-verkreë getuienis en getuienis wat nie regtens ingesamel mag word nie (“legally unobtainable evidence”). Tradisioneel is daar nie `n besondere hoë premie op die toelaatbaarheid van onregmatig-verkreë getuienis geplaas nie. Sulke getuienis is byvoorbeeld toegelaat selfs al was dit op grond van `n defektiewe visenteringslasbrief ingesamel.<sup>127</sup> Die gety is egter besig om te draai. Op 1 Julie 1980 het die *Landgericht* te Bonn gelas dat dokumente waarop beslag gelê is tydens visentering van die beskuldigde se huis op grond van `n visenteringslasbrief wat slegs visentering van sy kantoor gemagtig het, teruggee moet word.<sup>128</sup> Die hof het beslis dat growwe of opsetlike skending van `n persoon se regte, uitsluiting tot gevolg sal hê. Hoe ernstiger die skending, hoe sterker die moontlikheid van uitsluiting.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 210. Morisette “The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What To Do and What Not To Do” (1984) 29 *McGill LJ* 521 530 verduidelik die Duitse posisie soos volg: “The *Rechtsstaatsprinzip* (or Rule of Law) requires the exclusion of evidence, regardless of its weight or value, in cases of police brutality or other aggravated illegality. The *verhältnismässigkeit* (or principle of proportionality) calls for the exclusion of probative evidence where the means by which it was obtained are excessively intrusive in view of the triviality of the offence investigated and the particular sphere of privacy thus invaded. According to one fitting metaphor, the principle of proportionality means that one should not shoot sparrows with a cannon.”

<sup>126</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 211.

<sup>127</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 46.

<sup>128</sup> Op grond van a 13 van die Grondwet wat bepaal dat die privaatheid van `n persoon se huis nie geskend mag word nie.

<sup>129</sup> Uitspraak van 1 Julie 1980 Landgericht Bonn 1 ZIP 805 (1980) aangehaal deur Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 47.

Op 5 Mei 1977 het die Federale Konstitusionele Hof ook mediese rekords uitgesluit omdat dit ingesamel was as gevolg van die skending van 'n persoon se reg op privaatheid.<sup>130</sup> Insgelyks het dieselfde hof op 3 September 1991 getuienis uitgesluit omdat dit ingesamel was op grond van 'n gebrekkige visenteringslasbrief.<sup>131</sup>

Die gebied waarop die uitsluitingsreël in die Duitse reg waarskynlik verder ontwikkel het as in enige ander regstelsel, is die gebied van persoonlikheidsontwikkeling. Artikel 2(1) van die Duitse Grondwet maak voorsiening vir 'n reg op persoonlikheidsontwikkeling. Op grond van hierdie reg, het die hofe die beginsel van getuienis wat nie regtens ingesamel mag word nie, geskep. Dit is 'n kategorie getuienis wat val tussen privilegie en onregmatig-verkreë getuienis.<sup>132</sup> 'n Voorbeeld hiervan is bandopnames van gesprekke van 'n beskuldigde se vertroulike gesprekke wat opgeneem is sonder sy toestemming. Getuienis verkry as gevolg van skending van 'n persoon se reg op persoonlikheidsontwikkeling, word verbied óf op grond van die metodes waarvolgens dit verkry is, óf op grond van die aard van die getuienis self.<sup>133</sup> Op 14 Junie 1960 het die BGH bandopnames wat gemaak was van 'n gesprek tussen 'n prokureur en 'n persoon wat hom wou omkoop om sy getuie nie in 'n saak te laat getuig nie, uitgesluit op grond van skending van laasgenoemde se reg op persoonlikheidsontwikkeling.<sup>134</sup> In 1964 is die beginsel uitgebrei na dokumente van die beskuldigde. 'n Vrou is as getuie geroep in 'n saak teen 'n man met wie sy 'n buite-egtelike verhouding gehad het. Sy het die verhouding egter ontken en is toe aangekla van meened. Om die aanklag teen haar te bewys, het die vervolging gebruik gemaak

<sup>130</sup> B VerfG W Ger, 44 B VerfGE 353 (1977) aangehaal deur Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 48.

<sup>131</sup> 1992 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts BverfGE 60 FRG *supra* aangehaal deur Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 207.

<sup>132</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 40.

<sup>133</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 42.

<sup>134</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 42.

van 'n dagboek wat sy tydens die bestaan van die verhouding gehou het oor insidente wat tydens die verhouding plaasgevind het. Die BGH het die misdaad opgeweeg teen haar reg op persoonlikheidsontwikkeling en verklaar dat die beskerming van 'n persoon se privaatheid binne sekere perke voorkeur bo die bekamping van misdaad geniet. Die hof het beslis dat dit verpligtend is om getuienis uit te sluit indien toelating daarvan sal lei tot skending van 'n persoon se reg op 'n billike verhoor en dit geprojekteer op die skending van sy reg op persoonlikheidsontwikkeling wat onder andere gemanifesteer word in sy persoonlike dokumente.<sup>135</sup> Die getuienis is gevolglik uitgesluit.

Hierdie uitspraak het die bestaande reël in verband met die uitsluiting van getuienis in drie opsigte uitgebrei, naamlik: (a) 'n reg op die beskerming van 'n persoon se persoonlikheidsontwikkeling vir doeleindes van 'n strafsak, is geskep; (b) die beginsel dat slegs owerheidsoptrede tot uitsluiting van getuienis kan lei, is verwerp; en (c) 'n beginsel van 'n kernarea van privaatheid binne 'n mens se persoonlikheid, wat beskerm word teen binnedringing vir doeleindes van insameling van getuienis, is geskep. Die kernarea is nie 'n fisiese gebied nie. Dit is 'n psigiese area wat binne 'n persoon se psige val. Hierdie area is nie beperk tot kommunikasies met ander persone nie, maar sluit ook kommunikasies met jouself in.<sup>136</sup>

In 'n beslissing van 1973 wou die vervolging gebruik maak van twee bandopnames om 'n aanklag van ontduiking van belasting teen die beskuldigde te bewys. Die opnames is deur sowel die verhoorhof as die hof van appél toegelaat. Maar die Federale Konstitusionele Hof het dit uitgesluit. Dié hof het beslis dat daar in die privaatlewe van 'n persoon twee vlakke van

---

<sup>135</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 43.

<sup>136</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 43.

privaatheid wat nie op normale wyse vir binnedringing toeganklik is nie, bestaan. Die eerste vlak is 'n kernarea van die persoon se privaatlewe. Getuienis verkry deur inbreukmaking daarop, moet summier uitgesluit word. Die tweede vlak is die privaatlewe van 'n persoon wat beskerm word teen binnedringing deur owerheidsamptenare tensy die belange van die owerheid swaarder weeg as sy privaatlewe. Dit sal die geval wees indien die aanklag spruit uit 'n voorval waarin iemand sy lewe of 'n ledemaat verloor het of wat 'n bedreiging vir die demokrasie inhou. Belastingontduiking val nie binne hierdie kategorie nie. Derhalwe behoort die belang van die owerheid nie voorkeur bo die belang van die beskuldigde te geniet nie. Die hof het die getuienis uitgesluit op grond daarvan dat dit inbreuk maak op die absolute kernarea ("kernbereich") van die beskuldigde se privaatlewe wat juis deur die Grondwet teen openbaarmaking beskerm word.<sup>137</sup>

In 1983 het die BGH op die "beskerming van die absolute kernarea van 'n persoon se privaatlewe"-beginsel voortgebou. 'n Bandopnemer was regmatig aan 'n egpaar se telefoon gekoppel. Die telefoon het per ongeluk van die mikkie gekom en hulle gesprekke is sonder hulle medewete, op band opgeneem. Die vervolging wou die opname in 'n vervolging teen hulle gebruik. Die hof het die getuienis egter uitgesluit omdat die bandopname op die absolute kernarea van die egpaar se privaatlewe inbreuk gemaak het. Die hof het van die standpunt uitgegaan dat egpare ruimte moet hê om hulle ervarings, gevoelens, opinies en emosies vry van staatsinmenging met mekaar te deel. Die bandopname het op hierdie ruimte (reg) inbreuk gemaak.<sup>138</sup>

Alhoewel die beslissing betrekking het op getroude pare, sal dit waarskynlik ook na

---

<sup>137</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 44.

<sup>138</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 45.



saamwonende ongetroudes uitgebrei word.

In die Duitse reg word die “vrugte-van-die-giftige-boom” wel uitgesluit. Dit geskied egter op `n beperkte skaal.<sup>139</sup>

Die beginsel van uitsluiting van onregmatig-verkreë getuienis het in die Duitse reg op sommige gebiede dus al ver ontwikkel. Trouens, op sommige gebiede is Duitsland die VSA selfs voor. Dit wil egter voorkom asof die Duitse regstelsel, anders as dié van die VSA wat taamlik fel pro-beskuldigde is in ernstige misdade, meer ingestel is op beskerming van die geestesgoed van die gemeenskap en minder beskerming verleen aan die pleger van gruweldade. Die Duitse howe het met fyn juridiese voetwerk die voortou geneem in die beskerming van die geestesgoedere van die gemeenskap. Die indruk word geskep dat waar uitsluiting van onregmatig-verkreë getuienis in die VSA *ad hoc* geskied, dit in Duitsland op `n analitiese basis gedoen word.

#### 4.3.3 ITALIË

Vanaf die tweede wêreldoorlog tot 1957 is alle relevante getuienis in Italië ook toegelaat ongeag hoe dit bekom is. Volgens Pakter<sup>140</sup> het juriste in Italië die ontwikkeling van die uitsluitingsreël in die VSA met belangstelling en bewondering gevolg. Alhoewel daar strafregtelike en sivilregtelike remedies vir die skending van `n persoon se grondwetlike regte beskikbaar was, het die ondervinding geleer dat dit nie polisiewangedrag ingekort het nie. Sedert 1957 het die winde van verandering egter begin waai en het die howe getuienis wat onregmatig verkry is, begin uitsluit. Die beginsel is aanvaar dat `n gearresterde op elke stadium van die strafregtelike

---

<sup>139</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 53. Sien ook Kühne “Germany” in Van den Wyngaert (red) *Criminal Procedure Systems in the European Community* 156.

proses van sy swygreg en sy reg tot regsverteenvoordinging verwittig moet word. Getuienis verkry na skending van sy regte, was vir alle doeleindes onbruikbaar.<sup>141</sup> Arrestasie en visentering van persone kon net kragtens 'n lasbrief regmatig geskied. 'n Visenteringslasbrief was ook noodsaaklik vir regmatige visentering van 'n perseel. In 'n uitspraak van 26 September 1980<sup>142</sup> is dit onomwonde gestel dat die getuienis onbruikbaar is indien die visentering onregmatig is.

In 1989 het Italië 'n nuwe Strafproseskode, geskoei op die Amerikaanse model, gekry. Dit het die strafregstelsel meer as marginaal hervorm van 'n inkwisitoriale model na 'n akkusatoriale model. Die nuwe stelsel is, indien moontlik, nog meer uitsluitingsgerig as die van die VSA. 'n Verdagte wat ondervra word, is geregtig op bystand van sy regsverteenvoordiger vir die duur van elke ondervraging. Enige verklaring wat hy afgelê het in die afwesigheid van sy regsverteenvoordiger, moet uitgesluit word.<sup>143</sup> Dit mag nie eers gebruik word om sy geloofwaardigheid aan te val nie.

Met enkele uitsonderings is 'n visenteringslasbrief 'n vereiste vir 'n regmatige visentering. Die uitsonderings in geval van visentering van 'n persoon, is dat hy op sy klere voel-voel gevisenteer mag word in die volgende omstandighede:

- (a) wanneer hy betrap word terwyl hy 'n misdaad pleeg of pas gepleeg het;
- (b) wanneer 'n voortvlugtige gearresteer word; en
- (c) wanneer hy gearresteer word op grond van 'n lasbrief.

---

<sup>140</sup> (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 51-52.

<sup>141</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 32-33.

<sup>142</sup> Corte cass Italy 133 *Guir Ital* II 113 (1981) aangehaal deur Pakter (1985) 9 *Hastings Int'l and Comp LR* 51 n 366.

<sup>143</sup> Bradley (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 217.

’n Visenteringslasbrief word vereis vir die visentering van ’n perseel. In ’n geval van noodsaaklikheid en dringendheid mag die polisie ’n perseel egter sonder ’n lasbrief visenteer indien hulle vermoed dat daar wapens op die perseel versteek word. Bradley<sup>144</sup> betoog dat getuienis egter onderhewig sal wees aan uitsluiting indien die polisie nie kan bewys dat hulle in omstandighede van noodsaaklikheid of dringendheid opgetree het nie.

Artikel 191(1) van die Strafproseskode bepaal dat getuienis ingesamel in stryd met regsbepalings, nie in ’n hof gebruik mag word nie. Dit moet dus uitgesluit word.

In 1973 het die grondwetlike hof beslis dat getuienis verkry as gevolg van onwettige meeluistering, uitgesluit moet word.<sup>145</sup>

Die ontwikkeling van die uitsluitingsreël in Italië, was die direkte gevolg van die sukses wat in die VSA daarmee behaal is.<sup>146</sup>

#### 4.4 DIE SUPRA-NASIONALE PERSPEKTIEF

##### 4.4.1 DIE EUROPESE KONVENSIE VIR MENSEREGTE

Artikel 5 van die Europese Konvensie vir Menseregte skep vir elke persoon ’n reg op vryheid en sekuriteit, ’n reg om na arrestasie van die rede vir sy arrestasie verwittig te word, die reg om onmiddelik na sy arrestasie voor ’n regter gebring te word en die reg op ’n spoedige verhoor.

---

<sup>144</sup> (1993) 14 *Michigan Journal of Int’l Law* 217.

<sup>145</sup> Uitspraak van 6 April 1973. No 34 Corte cost Italy 18 Guir Cost 316 (1973), 96 Foro It I 953 (1973) soos aangehaal deur Pakter (1985) 9 *Hastings Int’l and Comp LR* 49 n 347.

<sup>146</sup> Pakter (1985) 9 *Hastings Int’l and Comp LR* 51-52.

Artikel 6 waarborg aan elke persoon verhoorregte soos die reg op 'n billike verhoor, die reg om onskuldig geag te word totdat sy skuld bewys word, die reg om ingelig te word van die aanklag teen hom, die reg op voldoende tyd om sy verdediging voor te berei, die reg op regsverteenvoordinging, die reg om getuienis te betwis en om self te getuig en die reg om van die dienste van 'n tolk gebruik te maak indien hy nie die taal wat in die hof gebruik word, verstaan nie. Artikel 8 bepaal dat elke persoon die reg op respek vir sy private gesinslewe, sy huis en sy korrespondensie het. Daar mag nie op hierdie regte inbreuk gemaak word nie behalwe indien dit ooreenkomstig die nasionale reg van die staat geskied. Die inbreukmaking moet ook nog aan bepaalde vereistes, genoem in die artikel, voldoen.

Die Konvensie maak voorsiening vir twee verskillende tribunale wat geskep is vir die beregting van klagtes in verband met beweerde skendings van die regte vervat in die Konvensie. Dit is die Europese Kommissie vir Menseregte en die Europese Hof vir Menseregte. Klagtes word by die Kommissie aanhangig gemaak. Die Kommissie ondersoek die klagte en gee dan 'n opinie aan die hof in verband met die meriete van die klagte. Indien die Kommissie aanbeveel dat daar werklik 'n skending was, word die aangeleentheid deur die Hof oorweeg. Bevind die Hof dat daar inderdaad 'n skending was, volg hy een van twee uitweë, naamlik:

- (i) Indien die skending gepleeg is deur 'n funksionaris van die owerheid in stryd met die nasionale reg, verwys die Hof die aangeleentheid na die betrokke staat vir die nodige stappe. Die staat is self verantwoordelik vir die remediëring van die geskonde reg(te) vervat in sy nasionale reg;<sup>147</sup>
- (ii) Indien die skending bestaan uit 'n wet wat die staat uitgevaardig het en wat in stryd met

---

<sup>147</sup>

Sien a 13 van die Konvensie wat soos volg bepaal: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity." Sien ook *Malone v UK* 1984 7 EHRR 14; *Huvig v France* 1990 12 EHRR 528; *Kruslin v France* 1990 12 EHRR 547; App Nos 8876/80 *v Belgium* en 7450/76 *v Belgium*. (Lg twee aangehaal deur Stavros *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights* (1993) 225).

die regte vervat in die Konvensie is, reik die hof riglyne aan die betrokke staat uit waarin die staat geadviseer word hoe hy te werk moet gaan om sy nasionale reg in ooreenstemming met die bepalings van die Konvensie te bring.<sup>148</sup>

Die Konvensie maak nie voorsiening vir uitsluiting van getuienis verkry in stryd met die bepalings van die Konvensie nie. Die Kommissie het in twee beslissings beslis dat “Art. 6 does not as such prescribe rules of evidence and in particular rules on the admissibility and probative value of evidence.”<sup>149</sup> Die Kommissie se standpunt is egter dat onregmatig-verkreë getuienis wel op grond van die “fair evidence taking procedure”<sup>150</sup> inbreuk maak op `n beskuldigde se reg op `n billike verhoor. Stavros<sup>151</sup> betoog dat dit te betwyfel is of die hof sal gelas dat sulke getuienis uitgesluit word aangesien daar teoreties nie `n basis vir die uitsluiting daarvan bestaan nie. Die skrywer betoog<sup>152</sup> dat die Kommissie en die Hof vir Menseregte meer daarop konsentreer dat `n beskuldigde se skuldigbevinding “gesond” moet wees as dat die spel met die insameling van die getuienis volgens die reëls gespeel is. Hy staaf sy stelling<sup>153</sup> met verwysing na *Scheichelbauer v Austria*<sup>154</sup> en *Schenk v Switzerland*.<sup>155</sup> In beide sake was die toelaatbaarheid van opnames bevattende inkriminerende gesprekke tussen die applikante en ander persone aangeval. In *Scheichelbauer* is die aansoek van die hand gewys op grond daarvan dat die opname betroubaar

---

<sup>148</sup> *Sien Klass and Others v Germany* 1978 2 EHRR 528; Uglow *Evidence: Text and Materials* 110 112.

<sup>149</sup> App Nos 8876/80 v Belgium en 7450/76 v Belgium *supra*.

<sup>150</sup> Stavros *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights* 42 & 225.

<sup>151</sup> *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights* 226.

<sup>152</sup> 226.

<sup>153</sup> 226.

<sup>154</sup> 16.12.70 14 Yearbook 902 (uitspraak van die Europese Kommissie).

<sup>155</sup> 12.7.88 Serie A no 140 (uitspraak van die Europese Hof).

is omdat dit 'n akkurate reproduksie van die gesprek is. In *Schenk* is die aansoek van die hand gewys op grond daarvan dat die applikant (beskuldigde) tydens die verhoor voldoende geleentheid gehad het om die egtheid van die opname te betwis.

Stavros<sup>156</sup> betoog dat 'n uitsluitingsreël tans nog net 'n visie is. Die nadelige effek wat toelating van onregmatig-verkreë getuienis kan hê, moet egter opgeweeg word teen die bewyswaarde van sulke getuienis.

Die afwesigheid van 'n uitsluitingsbevoegdheid in die Europese Konvensie moet nie as 'n mosie van wantroue in 'n uitsluitingsdiskresie gesien word nie. Die Konvensie oorkoepel 'n konglomeraat van regstelsels wat twee totaal uiteenlopende modelle met verskillende (en soms ook botsende) beginsels naamlik die inkwisitoriale model en die akkusatoriale model insluit.<sup>157</sup>

Die Konvensie was waarskynlik nooit bedoel om 'n internasionale regstelsel daar te stel nie maar hoogstens om as waghond te dien oor sy lidstate. Sy bevoegdheid om 'n ogie te hou oor die handhawing van landsburgers se regte binne hulle nasionale reg en lidstate te gelas om skendings daarvan aan te spreek, is weliswaar nie die ekwivalent van 'n uitsluitingsdiskresie of -reël nie, maar is tog tekenend daarvan dat die internasionale gemeenskap nie genoeg neem met onregmatige skendings van menseregte nie.

---

<sup>156</sup> *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights* 227.

<sup>157</sup> Stavros stel dit soos volg op 227: "The lack of a common European ground supporting a rule excluding unlawfully obtained evidence cannot be ignored. As observed by the Commission in SCHENK, what is acceptable in the majority of States ... cannot be against the Convention. However, the lack of a common European ground does not necessarily entail the absence of European supervision. As indicated above, the Convention organs should draw inspiration from the objective standard set in the substantive guarantees of the Convention and the right to a fair trial. The Convention organs could police that standard by engaging in and *ad hoc* balancing of the rights of the accused against the public interest in the elucidation of crime and the apprehension and punishment of offenders."

#### 4.4.2 DIE INTERNASIONALE STRAFHOF

Met die skryf van hierdie proefskrif het daar nog nie 'n permanente of vaste internasionale strafhof bestaan nie. Die impak van die uitsluitingsreël op die internasionale strafregspiegling, kon dus nog nie met sekerheid bepaal word nie. Die totstandkoming van so 'n hof is egter op 17 Julie 1998 deur 'n meerderheid van lidlande van die VV goedgekeur.

Intussen kan uit die reëls van strafproses en bewyslewering van verskeie *ad hoc* tribunale vir die verhoor van misdade teen die mensdom, wat sedert die tweede wêreldoorlog ingestel is, egter die afleiding gemaak word dat die uitsluitingsreël internasionale denke geleidelik infiltrer het. Artikel 16 van die Handves van die Internasionale Militêre Tribunaal van 1945 (ook bekend as die Nuremberg Handves)<sup>158</sup> het wel 'n bepaling bevat dat beskuldigdes 'n billike verhoor moet kry, maar dit het nie voorsiening gemaak vir die uitsluiting van getuienis wat op 'n onregmatige wyse verkry is nie. Ook die Statute van die Internasionale Tribunaal vir die voormalige Joego-Slawie<sup>159</sup> het nie aan die regters 'n uitsluitingsdiskresie verleen of 'n uitsluitingsreël bevat nie. Artikel 15 het egter aan die regters die bevoegdheid verleen om vooraf te besluit oor die reëls van proses- en bewysreg wat vir verhore sal geld. Op 11 Februarie 1994 is die toepaslike reëls te Den Haag goedgekeur.<sup>160</sup> Reël 89(d) daarvan bepaal dat 'n hof getuienis mag uitsluit indien die bewyswaarde daarvan oorskadu word deur die vereiste van 'n billike verhoor.<sup>161</sup> Reël 95 stel die regsposisie egter glashelder deur te bepaal dat getuienis wat verkry is deur óf 'n direkte óf 'n

---

<sup>158</sup> *Nuremberg Charter: Charter of International Military Tribunal, adopted by the Big Four Powers (1945) London, 8 August 1945.* Sien Van den Wyngaert & Stessens *International Criminal Law* (1996) 419.

<sup>159</sup> Veiligheidsraad resolusie 827 van 1993 in verband met *Establishing an International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia.*

<sup>160</sup> Van den Wyngaert & Stessens *International Criminal Law* 437.

<sup>161</sup> Van den Wyngaert & Stessens *International Criminal Law* 459.

indirekte ernstige skending van internasionaal beskermde fundamentele regte, nie toelaatbaar sal wees nie.<sup>162</sup>

Met die skryf van hierdie proefskrif was die reëls vir die Internasionale Tribunaal vir Rwanda nog nie beskikbaar nie. `n Statuut bevattende konsepreëls vir die internasionale strafhof, is egter reeds deur die Internasionale Regskommissie opgestel.<sup>163</sup> Artikel 44.5 daarvan bepaal dat getuienis wat verkry is as gevolg van `n ernstige skending van die reëls van die statuut of enige ander reëls van die internasionale reg, nie toelaatbaar sal wees nie. Die artikel verleen dus aan die hof `n diskresie maar plaas ook `n verpligting op hom om uit te sluit. Sy diskresie bestaan daarin dat hy moet besluit of die skending neerkom op `n “ernstige” skending. Sodra hy bevind dat dit neerkom op `n ernstige skending, verval sy diskresie en is hy verplig om die getuienis uit te sluit.

#### 4.5 VOORLOPIGE GEVOLGTREKKING

Dit is duidelik dat die uitsluitingsreël stadig maar seker besig is om uit te kring. Die reël is reeds goed gevestig in verskeie lede van die “common law” familie. Spore daarvan word gevind in verskeie lede van die “civil law” familie – in sommige meer as in ander – en dit het ook reeds na die internasionale strafregspiegling deurgesuur.

---

<sup>162</sup> Van den Wyngaert & Stessens *International Criminal Law* 460. Dennis “Human Rights and Evidence in Adversarial Procedure: The Advancement of International Standards” in Nijboer & Reijntjes (reds) *Proceedings of the First Conference on New Trends in Criminal Investigation* 523 528 beweer dat reël 95 “provides a general exclusionary rule of considerable practical and theoretical importance”.

<sup>163</sup> Van den Wyngaert & Stessens *International Criminal Law* 477.



**[C]entral to our judicial system is the belief that the integrity of the court must be maintained. This is a basic principle upon which many other principles and rules depend. If the court is unable to preserve its own dignity by upholding values that our society views essential, we will not long have a legal system which can pride itself on its commitment to justice and truth and which commands the respect of the community it serves. It is a deeply ingrained value in our democratic system that the ends do not justify the means. In particular, evidence or convictions may, at times, be obtained at too high a price. This proposition explains why as a society we insist on respect for individual rights and procedural guarantees in the criminal justice system.”**

Lamer R in *R v Mack* [1988] 37 C R R 277 303-304.

## HOOFSTUK 5

### DIE UITSLUITING VAN ONGRONDWETLIK-VERKREË GETUIENIS IN DIE KANADESE REG

#### 5.1 DIE REGSPOSISIE VOOR DIE INWERKINGTREDING VAN DIE *CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*

Die Kanadese Grondwet van 1867 het nie 'n Handves van Regte of 'n uitsluitingsbepaling bevat nie. In Kanada, 'n voormalige Britse kolonie, het die “common law” – en dus ook die Engelse insluitingsreël – die basis van die bewysreg gevorm.<sup>1</sup> In 1960 het die Kanadese wetgewer 'n nie-beregbare Handves van Regte geskep. Hierdie Handves van Regte het nie 'n uitsluitingsbepaling bevat nie. Die howe het gevolglik geweier om 'n uitsluitingsbepaling daarin te lees.<sup>2</sup> Hulle het bly kleef aan die filosofie van die Engelse howe, naamlik dat die wyse waarop getuienis ingesamel is, nie die howe se aandag verg nie.<sup>3</sup> Getuienis<sup>4</sup> is toegelaat nieteenstaande die feit dat dit op 'n onregmatige wyse verkry is.<sup>5</sup> In *R v Wray*<sup>6</sup> het die Hooggeregshof beslis dat die

---

<sup>1</sup> Shanks (1983) 57 *Tulane LR* 663.

<sup>2</sup> Shanks (1983) 57 *Tulane LR* 665. Sien ook Hogg *Constitutional Law of Canada* 956; Charles, Cromwell & Jobson *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989) 201; Beaudoin & Ratushny (reds) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 2e uitg (1989) 825.

<sup>3</sup> Stuart *Charter Justice in Canadian Criminal Law* 2e uitg (1996) 465.

<sup>4</sup> Behalwe bekentenisse. Sien Morissette (1984) 29 *McGill LJ* 521 522-523.

<sup>5</sup> Sien *Quebec (A G) v Begin* [1955] SCR 593 602 waar die hof gesê het: “Without doubt, the method used in obtaining certain of this can, in certain cases, be illegal and even give rise to appeals of civil or even criminal order against those who have used it, but the proposition will not be discussed, since in this case, illegality tainting the method of obtaining the evidence does not affect per se the admissibility of this evidence in the trial.”

<sup>6</sup> [1970] 11 DLR (3d) 673 (SCC). Sien ook oor die algemeen Delisle *Evidence: Principles and Problems* 4e uitg (1997) 780.

“common law”-reël insake uitsluiting van onregmatig-verkreë getuienis, nog in Kanada geld. Die hof se standpunt was dat die ontvangs van toelaatbare relevante getuienis van beduidende bewyswaarde, rampspoedige gevolge vir `n beskuldigde mag inhou, maar dat dit nie onbillik teenoor hom is nie. Die hof het voorts verklaar: “It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, the advantage of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the Court is trifling, which can be said to operate unfairly.”<sup>7</sup>

*R v Rothman*<sup>8</sup> bied `n besonder treffende voorbeeld van die Kanadese Hooggeregshof se pre-konstitusionele benadering. Die beskuldigde het na sy arrestasie op `n aanklag van besit van dwelms, geweier om `n verklaring aan die polisie te maak. Hy is toe saam met `n polisiebeampte, wat hom voorgedoen het as `n visserman wat gearresteer was omdat hy versuim het om `n verkeersboete te betaal, in `n sel geplaas om erkennings van hom te kry. In sy onkunde omtrent die identiteit van sy selmaat, het die beskuldigde `n bekentenis aan hom gemaak. Die verhoórhof het die getuienis uitgesluit op grond daarvan dat die bekentenis op `n onbehoorlike wyse verkry is. Die vervolging het egter teen die beslissing geappelleer en die Hooggeregshof het die appèl gehandhaaf. Die Hooggeregshof het beslis dat `n hof nie `n bekentenis kan uitsluit bloot omdat hy die manier waarop dit verkry is, afkeur nie.

---

<sup>7</sup> 689-690.

<sup>8</sup> [1981] 59 CCC (2d) 30; 1 SCR 640 (SCC).

## 5.2 DIE REGSPOSISIE SEDERT DIE INWERKINGTREDING VAN DIE *CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS*

In 1982 is die *Canada Act* deur die Kanadese en Britse parlemente aanvaar. Dié wet het 'n beregbare Handves van Regte en Vryhede<sup>9</sup> vir Kanada geskep. Artikels 7 tot 15 en 24(2) daarvan bevat bepalings wat 'n totale omwenteling in die strafproses- en bewysreg van Kanada teweeggebring het. Artikel 7 van die *Charter* skep vir elke persoon die reg tot lewe, vryheid en sekuriteit van sy persoon en die reg om nie daarvan ontnem te word nie behalwe ooreenkomstig erkende regsbeginsels. Artikel 8 skep die reg om nie aan onredelike visentering en beslaglegging onderwerp te word nie. Artikel 9 skep die reg om nie op arbitrêre wyse gearresteer en in hegtenis gehou te word nie. Ingevolge artikel 10 het 'n gearresteerde die reg om by sy arrestasie onmiddelik ingelig te word (i) wat die rede vir sy arrestasie is; (ii) van sy reg op regsbystand; en (iii) dat hy die reg het om van die dienste van 'n regsverteenwoordiger gebruik te maak. Artikel 11 skep die volgende regte vir 'n persoon wat aangekla word: om verwittig te word wat die aanklag teen hom is; om binne 'n redelike tyd verhoor te word; om nie verplig te wees om getuie af te lê nie; om onskuldig geag te word tot sy skuld bewys is in 'n billike en openbare verhoor in 'n onafhanklike en onpartydige geregshof; om nie sonder grondige redes borgtog geweier te word nie en indien borgtog wel vasgestel word, om op 'n redelike bedrag borggeld vrygelaat te word; om deur 'n jurie verhoor te word indien 'n straf van vyf jaar of meer opgelê kan word behalwe in geval van 'n militêre verhoor; om nie aangekla te word van 'n misdryf wat nog nie bestaan het toe die handeling gepleeg is nie; om nie weer aangekla te word van 'n misdryf waaraan hy vroeër reeds vrygespreek of skuldig bevind is nie; en om die voordeel van die ligter straf te kry indien die straf wat die wet vir 'n misdryf magtig, verander het in die tydperk tussen pleging van die misdryf en strafoplegging. Artikel 12 skep die reg om nie tot

---

<sup>9</sup> Hierna die "*Charter*" genoem.

wrede of buitengewone straf gevonnissen te word nie; artikel 13 stel 'n privilegie vir 'n getuie wat aangekla word; artikel 14 verleen aan 'n beskuldigde die reg om van die dienste van 'n tolk gebruik te maak indien hy nie die taal wat in die hofverrigtinge gebruik word, verstaan of kan praat nie en artikel 15 waarborg die reg op gelykheid van alle persone voor die reg.<sup>10</sup>

Omdat 'n reg betekenisloos is indien skending daarvan nie gevolge vir die skender inhou nie,<sup>11</sup> is artikel 24(2) in die *Charter* ingevoeg. Artikel 24(2) blaas lewe in artikels 7 tot 15. Die artikel bepaal:

“Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.”

Die oogmerk van artikel 24(2) is om 'n kompromis tussen twee botsende belange van die gemeenskap te bewerkstellig. Die steun van die gemeenskap is 'n vereiste vir 'n effektiewe en stabiele regstelsel. Aan die een kant sal die hoewe die gemeenskap se vertroue in die regstelsel verloor indien hulle getuienis wat ingesamel is as gevolg van skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte, toelaat. Aan die ander kant kan uitsluiting van getuienis wat onder die omstandighede toegelaat moes gewees het, ook die regspleging in diskrediet bring en openbare steun vir die regstelsel ondermyn.<sup>12</sup> Deur middel van artikel 24(2) het die wetgewer hierdie twee

---

<sup>10</sup> Dit is opvallend dat die opstellers van die Suid-Afrikaanse Grondwet op die relatief-gedetailleerde benadering wat in die *Charter* gevolg is, gesteun het.

<sup>11</sup> Sien Heydon (2) (1973) *Crim LR* 696.

<sup>12</sup> Bryant “Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1990) 69 *Canadian Bar Rev* 1 5. Hogg *Constitutional law of Canada* 356 beskryf die oorsprong en oogmerk van a 24(2) van die *Charter* soos volg: “When Canada’s Charter of Rights was being drafted, a debate ensued as to whether the American exclusionary rule should be adopted. In favour of the American rule, it could be argued that lawless behaviour by law enforcement officers should not be rewarded by allowing them to use the fruits of such behaviour. On the other side of the argument was the point that when reliable evidence is excluded, a guilty person usually goes free; it is arguable that it would be more sensible to discipline the police officer directly than to confer such a windfall on the undeserving accused. However, despite widespread popular and academic hostility to the exclusionary rule, American courts have persisted with it on the theory, which is controversial, that it is required in order to deter police misconduct.”

direk-botsende belange probeer versoen.

Artikel 24(2) is aanvanklik met groot konserwatisme benader. Die rede hiervoor is dat sommige Kanadese howe min erg gehad het aan die uitsluitingsreël soos ontwikkel deur hulle Amerikaanse buurman. 'n Tipiese voorbeeld van hulle aanvanklike argwaan teenoor die reël, is *R v Collins*.<sup>13</sup> Die beskuldigde het op 'n aanklag van besit van heroïen tereggestaan. Getuienis was aangebied dat die polisie inligting ontvang het dat sy en haar eggenoot in dwelmhandel betrokke is. Die dag van hulle arrestasie is hulle vanaf 11:00 by 'n motel waar hulle tuis was, deur die polisie onder observasie gehou. Gedurende die voormiddag het hulle hulle besittings van een kamer na 'n ander verskuif en heen en weer tussen hulle kamer en 'n motor wat buite geparkeer was, geloop. Om 14:50 het die polisie haar saam met twee ander persone in die kroeg gesien. Om 15:35 het haar eggenoot en 'n ander persoon by hulle aangesluit. Toe haar eggenoot en dié persoon die kroeg na 'n ruk verlaat het, is hulle deur die polisie voorgekeer en gevisenteer. Heroïen is by hulle gevind. Hulle is toe gearresteer. Een van die beamptes het beskuldigde toe genader en aan die keel gegryp waarop sy geval het. (Die gryp aan die keel is 'n bekende tegniek wat op dwelmhandelaars toegepas word om te voorkom dat hulle dwelms, wat hulle by hulle mag hê, insluk.) Hy het gemerk dat sy 'n ballon in haar hand vasklou en het haar versoek om dit te los. Sy het dit gelos en hy het dit opgetel. Dit het heroïen bevat en sy is ook gearresteer. Tydens die voorval het die beampte 'n redelike mate van geweld op mev Collins toegepas.

Die visentering en arrestasie het sonder 'n lasbrief geskied. Onder kruisverhoor het die beampte toegegee dat die beskuldigde niks gedoen het om suspisie by hom te wek dat sy dwelms by haar

---

In the United States, deterrence is the rationale of the exclusionary rule ... In Canada, the outcome of the debate between admission and exclusion was a compromise between the two alternatives. The compromise is embodied in s 24(2) of the Charter of Rights."

<sup>13</sup> [1983] 33 CR (3d) 130 (BCCA).

het of enigiets daarmee te doen het nie. Die verhoorhof het bevind dat die visentering onregmatig was en neergekom het op 'n skending van haar regte vervat in artikel 8 van die *Charter*. Die verhoorhof het die getuienis nogtans toegelaat en die beskuldigde aan besit van dwelms skuldig bevind.

Op appèl na die provinsiale hof van appèl, het regter Seaton 'n duidelike renons in die uitsluitingsreël getoon. Hy het verwys na die afkeur wat in die VSA teen die uitsluitingsreël ontstaan het. Volgens hom is dit 'n duidelike bewys dat gereelde uitsluiting van getuienis, die hoë aansien van die regspleging skaad. Die regter het ook gesê in teenstelling met hulle Amerikaanse eweknieë, geniet die Kanadese howe, nieteenstaande die feit dat hulle onregmatig-verkreë getuienis tot op daardie stadium toegelaat het, nog 'n hoë aansien by die gemeenskap. Volgens hom mag die gemeenskap voel dat dit onlogies is om die primêre doel van die verhoor, naamlik vasstelling van die waarheid, in baie gevalle opsy te skuif en op 'n syspoor in 'n nuwe ondersoek betrokke te raak. Hy het die optrede van die polisie getoets aan die hand van 'n "community shock"-toets en bevind dat hulle optrede nie die gemeenskap skok nie. Die appèl is gevolglik van die hand gewys.

Dit het amper drie jaar geneem voordat die Kanadese Hooggeregshof in mevrou Collins se verdere appèl, uitspraak gegee het.<sup>14</sup> Daar word aanstons na dié uitspraak teruggekeer. Wat het elders in Kanada gebeur in afwagting van die Kanadese Hooggeregshof se uitspraak?

In *R v Hamill*<sup>15</sup> het regter Esson van die *British Columbia court of appeal* die uitspraak van regter Seaton in *Collins* gesanksioneer en bygevoeg dat die argument dat ongrondwetlik-verkreë

---

<sup>14</sup> Sien n 28 *infra*.

<sup>15</sup> [1984] 41 CR (3d) 123 (BCCA).

getuienis uitgesluit moet word omdat integriteit, professionele trots en respek vir die reg, by die polisiemag ontbreek, verkeerd is. Regter Esson het die uitsluiting van getuienis beskryf as 'n drastiese en inherent gevaarlike meganisme wat sal lei tot onderdrukking van die waarheid. Hy het verklaar dat artikel 24(2) met versigtigheid aangewend moet word.

Soos hieronder sal blyk, het die hoewe die uitsluitingsreël later egter met meer ywer en entoesiasme aanvaar. Dit wil voorkom asof daar 'n groeiende besef posgevat het dat artikel 24(2) van die *Charter* nie maar net 'n "dooie letter" kon word nie. Dit was en is immers deel van 'n dokument wat individuele regte en vryhede in beginsel wou waarborg.

Een van die vele omstrede kwessies in verband met die uitsluiting van getuienis, was of daar 'n kousale verband moet wees tussen die skending van die regte in die *Charter* en die verkryging van die getuienis. In 1985 het die Hooggeregshof in *R v Therens*<sup>16</sup> die geleentheid gekry om hierdie aspek onder die vergrootglas te plaas. Therens was versoek om 'n asemklikkertoets te ondergaan maar het aangedring op regsverteenvoering. Sy versoek is egter geïgnoreer en die toets is op hom uitgevoer. Dit het later tot sy skuldigbevinding gelei. Op appèl na die Hooggeregshof was een van die kwessies of daar 'n kousale verband tussen die skending van 'n persoon se regte en die insameling van die getuienis moet wees om artikel 24(2) te aktiveer. Regters Estey, Beetz, Chouinard en Wilson se standpunt was dat dit nie nodig is om daarvoor te beslis nie omdat die getuienis direk as gevolg van die skending verkry is. Regter Le Dain (met wie regter McIntyre saamgestem het) het die standpunt ingeneem dat daar nie 'n kousale verband tussen die skending en die insameling hoef te wees nie. Al wat vereis word is dat die skending "has preceded, or occurred in the course of the obtaining of the evidence."<sup>17</sup> Hy het die vereiste

---

<sup>16</sup> [1985] 13 CRR 193; 13 CRR 193; 1 SCR 613; 18 CCC (3d) 481; 18 DLR (4<sup>th</sup>) 655; 45 CR (3d) 97 (SCC).

<sup>17</sup> 130.



wat tot op daardie stadium deur die howe gestel is, naamlik dat die getuienis nie verkry sou gewees het nie “but for the violation of the Charter”, verwerp. Regter Lamer (met wie Hoofregter Dickson saamgestem het) het egter meer as net ’n tydelike skakel tussen die skending en die verkryging van die getuienis vereis. Sy standpunt was dat ’n werklike *nexus* ’n voorvereiste vir uitsluiting is.<sup>18</sup> Die uitspraak van die Hooggeregshof in *R v Upston*<sup>19</sup> het die indruk geskep dat die standpunt van regter Lamer uiteindelik sou seevier. Upston was gearresteer maar die polisie het versuim om hom van sy reg op regsverteenvoordinging te verwittig. Na ’n tyd het hulle hom wel daarvan verwittig. Hy het later vrywillig ’n verklaring aan hulle gemaak. Die Hooggeregshof het beslis dat die verklaring toegelaat moet word omdat dit nie verkry is as gevolg van ’n skending van sy regte vervat in die *Charter* nie. Die verklaring was afgelê nadat sy regte reeds aan hom verduidelik was.

In *R v Strachan*<sup>20</sup> het die Hooggeregshof egter eenparig beslis dat daar nie ’n direkte kousale verband tussen die skending en die insameling van die getuienis hoef te wees nie. Hoofregter Dickson, wat die uitspraak van die hof gelewer het, het verklaar dat daar op die totale ketting van gebeure gefokus moet word. ’n Tydelike skakel tussen die skending en die verkryging van die getuienis sal voldoende wees mits die skending voor die ontdekking van die getuienis plaasgevind het en in tyd<sup>21</sup> nie té ver van die skending verwyder is nie. Waar die insameling van die getuienis egter té ver verwyder is van die skending, kan nie gesê word dat dit verkry is op ’n

---

<sup>18</sup> Die hof het ook beslis dat die betekenis van “detention” in a 10 van die *Charter* uitgebrei moet word om persone wat ’n asemklikertoets moet ondergaan, in te sluit. Sulke persone sal dus ook geregtig wees op regsbystand. Omdat regsbystand aan Therens geweier is, is sy grondwetlike reg vervat in a 10 geskend en het die hof die getuienis van die asemklikker-resultate uitgesluit.

<sup>19</sup> [1988] 42 CCC (3d) 564n; 63 CR (3d) 299; 1 SCR 1083; 41 CRR 130 (SCC).

<sup>20</sup> [1988] 67 CR (3d) 87; 37 CRR 335 354; [1989] 1 WWR 385 (SCC). Sien ook Hogg *Constitutional Law of Canada* 959.

<sup>21</sup> Paciocco “The Judicial Repeal of s 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule” (1990) 32 *Crim LQ* 326 346 voeg by “or perhaps in nature”

wyse wat 'n reg in die *Charter* skend nie. Sulke gevalle moet op 'n *ad hoc* basis behandel word.

In *R v Black*<sup>22</sup> het die Hooggeregshof egter weer beslis dat die *Strachan*-uitspraak nie die kousale verband toets uitgesluit het nie indien daar duidelik 'n kousale verband aanwesig is en die getuienis tweede-generasie getuienis<sup>23</sup> is. Die hof het beslis dat die aanwesigheid van 'n kousale verband 'n faktor is wat ook ondersoek moet word by die besluit of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring.<sup>24</sup>

Die huidige posisie is dat daar nie 'n bewyslas op die beskuldigde rus om te bewys dat die ongrondwetlike optrede van die polisie die ontdekking van die getuienis veroorsaak het nie.<sup>25</sup> Al wat vereis word, is dat die skending van die grondwetlike reg die ontdekking van die getuienis moes voorafgegaan het en nie in tyd en moontlik aard, te ver vanaf die skending verwyder is nie.

In *R v Clarkson*<sup>26</sup> het die Hooggeregshof 'n verdere geleentheid gekry om die meganika van artikel 24(2) onder die loep te neem. Die polisie het die beskuldigde histories en half-dronk in die woonkamer van die huis waarin sy en oorledene gewoon het, aangetref. ('n Bloedmonster wat later van haar geneem is, het 0,21 persent alkohol in haar bloed getoon.) Die oorledene (haar eggenoot) het spatelend met 'n ernstige koeëlwond in sy kop, in dieselfde vertrek gelê. Sy was

---

<sup>22</sup> [1989] 47 CRR 171 190; 2 SCR 138; 70 CR (3d) 97; 50 CCC (3d) 1 (SCC).

<sup>23</sup> In Engels bekend as "derivative evidence". Dit word ook soms afgeleide getuienis genoem maar die term tweede-generasie getuienis word verkies om dit van omstandigheidsgetuienis te onderskei. In *R v Feeney* [1997] 44 CRR (2d) 1 34 (SCC) is tweede-generasie getuienis omskryf as getuienis wat nie ontdek sou gewees het indien dit nie vir die selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis was nie.

<sup>24</sup> 107.

<sup>25</sup> *R v Brydges* [1990] 53 CCC (3d) 330; 103 NR 202; 46 CRR 236; [1990] 2 WWR 220 (SCC); Paciocco (1990) 32 *Crim LQ* 346.

<sup>26</sup> [1986] 50 CR (3d) 289; 19 CRR 209 (SCC).

gearresteer en haar reg op regsverteenvoording is deur die polisie aan haar verduidelik. Maar sy het aangedui dat daar geen nut in sou wees om 'n regsverteenvoordiger aan te stel nie. 'n Paar uur later het die polisie haar begin ondervra. Haar tante het desperaat probeer om haar oor te haal om nie met die polisie te praat nie en ook om die polisie oor te haal om die ondervraging te staak totdat haar regsverteenvoordiger teenwoordig is. Al haar pogings was egter tevergeefs. Die beskuldigde het later 'n bekentenis dat sy haar eggenoot geskiet het, aan die polisie gemaak. Tydens haar verhoor het die verhoorhof die bekentenis uitgesluit. Die vervolging het teen die beslissing geappelleer. Die Hooggeregshof het die beslissing van die verhoorhof gesanksioneer. Regter Wilson het bevind dat die polisie die beskuldigde se onvermoë om rasoneel te dink as gevolg van haar beskonkenheid, uitgebuit het: Hulle wou 'n bekentenis van haar kry voordat sy sober genoeg was om te besef dat sy nie een moet aflê voordat sy nie met haar regsverteenvoordiger gepraat het nie. As gevolg van hulle flagrante uitbuiting van haar onvermoë om haar grondwetlike regte uit te oefen, sou toelating van die bekentenis die verhoor onbillik maak. Dit moet dus uitgesluit word.

Die appèl van mevrou Collins teen die *British Columbia court of appeal* se beslissing in *R v Collins*<sup>27</sup> waarna reeds hierbo verwys is, het aan die Hooggeregshof die eerste werklike geleentheid gebied om artikel 24(2) tot op die been te dissekteer.<sup>28</sup> Regter Lamer wat die uitspraak namens die hof gelewer het, het eers 'n paar algemene opmerkings in verband met die interpretasie van die artikel gemaak. Hy het as vertrekpunt sy stempel op vier stellings van regter Seaton in die *British Columbia court of appeal* geplaas:

(a) *Artikel 24(2) verleen nie aan Kanadese howe die bevoegdheid om getuienis uit te sluit ten*

---

<sup>27</sup> [1983] 33 CR (3d) 130 (BCCA).

<sup>28</sup> Sien *R v Collins* [1987] 28 CRR 122; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

*einde die polisie te disiplineer nie.* Getuienis mag slegs uitgesluit word om te verhoed dat die regspleging<sup>29</sup> in diskrediet gebring word;<sup>30</sup> (b) *Artikel 24(2) plaas die soeklig op die toelating van die getuienis en nie op die verkryging daarvan nie.* Die wyse van verkryging is egter een van die faktore wat in aanmerking geneem moet word wanneer 'n hof moet besluit of toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring; (c) *Ongrondwetlik-verkreë getuienis is prima facie toelaatbaar.* Die bewyslas is op die persoon wat beweer dat die toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring, om dit te bewys. Hy moet ook eerste getuienis aanbied. Die bewysmaatstaf wat van toepassing is, is dié waaraan in 'n siviele saak voldoen moet word, naamlik bewys op 'n oorwig van waarskynlikhede. Indien die hof nie kan vasstel of sy grondwetlike regte geskend is nie, moet die hof bevind dat dit nie geskend is nie;<sup>31</sup> en (d)(i) *Artikel 24(2) verleen nie aan die regter 'n diskresie nie maar lê op hom 'n verpligting om getuienis óf toe te laat óf uit te sluit afhange van sy bevinding rakende diskrediet;*<sup>32</sup>

<sup>29</sup> In *R v Samson* [1982] 37 (OR) (2d) 237 (Ont Ct) (aangehaal deur Gibson "Shocking The Public: Early Indications of the Meaning of 'Disrepute' in Section 24(2) of the Charter" (1984) 13 *Manitoba LJ* 495 496) is die regspleging soos volg gedefinieer: "I believe ... that 'the administration of justice', with particular reference to criminal law, is a compendious term that stands for all the complexes of activity that operate to bring the substantive law of crime to bear, or to keep it from coming to bear, on persons who are suspected of having committed crimes. It refers to the rules of law that govern the detection, investigation, apprehension, interviewing and trial of persons suspected of crime and those persons whose responsibility it is to work within these rules. The administration of justice is not confined to courts; it encompasses officers of the law and others whose duties are necessary to ensure that the courts function effectively. The concern of the administration of justice is the fair, just and impartial upholding of rights, and punishment of wrongs, in accordance with the rule of law."

<sup>30</sup> Sien ook die minderheidsuitspraak van L'Heureux-Dube R in *R v Duguay* [1989] 67 CR (3d) 252; 38 CRR 1 11; 1 SCR 93 (SCC) waarin sy verklaar het: "Controlling the police has no place in the determination whether evidence should be excluded pursuant to s 24 (2) of the *Charter*. Zuber JA recognized that there existed specific remedies for police misconduct both in civil and criminal law. He held that s 24 (2) does not provide a remedy for police misconduct, because '[w]hatever penalty there may be in excluding the evidence in a given case does not fall on the police. It falls on the public.'" Sien ook *R v Genest* [1989] 45 CCC (3d) 385; 67 CR (3d) 224; 1 SCR 59; 37 CRR 252 276 (SCC).

<sup>31</sup> Sien ook L'Heureux-Dube se uitspraak in *R v Duguay supra* 28 (CRR uitg). Stuart *Charter Justice* 485 kritiseer die standpunt dat die bewyslas om te bewys dat toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring, op die beskuldigde rus. Hy voer aan dat die beginsel van 'n bewyslas meer van toepassing is op die bewys van feite as op die toelaatbaarheidsbeginsel. Faktore soos die erns van die misdaad en die erns van die regskenning, is waardebepalings wat die hof uit die feite moet maak eerder as dat dit bewys moet word.

<sup>32</sup> In *R v Therens supra* 224 (CRR uitg) het Le Dain R oënskynlik tot dieselfde gevolgtrekking gekom. Hy het bevind dat a 24(2) aan die hof beweegruimte bied maar "not strictly speaking, a discretion". Stuart *Charter*

(ii) *getuienis kan nie ingevolge artikel 24(1) uitgesluit word as 'n remedie vir skending van 'n persoon se grondwetlike regte nie omdat artikel 24(2) die enigste basis is waarop getuienis uitgesluit kan word;*<sup>33</sup> (iii) *indien 'n visentering sonder 'n lasbrief geskied het, bestaan daar 'n vermoede dat dit onredelik was.* In hierdie situasie is die bewyslas op die vervolging om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat dit redelik was.<sup>34</sup> 'n Visentering is redelik indien: (1) dit deur 'n wet gemagtig is; (2) die wet wat dit magtig, redelik is; en (3) die visentering op 'n redelike wyse uitgevoer is.<sup>35</sup>

Die Hooggeregshof het beslis dat die feit dat die visentering sonder 'n visenteringslasbrief geskied het, die vermoede laat ontstaan dat dit onredelik was. Die vervolging moes dus bewys het dat die polisiebeampte redelike gronde gehad het om aan te neem dat die beskuldigde dwelms in haar besit gehad het en die vervolging moes die grondslag daarvoor gelê het. In hoofgetuienis het die vervolging egter nie getuienis aangebied om die redelike gronde te bewys nie en toe die aanklaer dit in herondervraging wou aanbied, het die verdediging 'n suksesvolle beswaar geopper. Gevolglik het die vervolging geen redelike gronde bewys nie. Omdat die vervolging nie daarin geslaag het om te bewys dat die polisiebeampte redelike gronde gehad het nie, was die

---

*Justice* 494 kritiseer hierdie deel van die uitspraak op grond daarvan dat dit formalisties is. Hy betoog dat a 24(2) weliswaar bepaal “the evidence shall be excluded”, maar dit sal alleenlik uitgesluit word indien dit, met inagneming van al die omstandighede, bewys is dat die toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring. Die Hooggeregshof het verskeie reëls geformuleer wat verhoorhewe moet aanwend om te bepaal of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Dit is tog tekenend van 'n diskresie wat aan 'n verhoorhof verleen word. Ook *Mirfield* (1988) 30 *Crim LQ* 446-447 betoog dat die verhoorregter wel 'n diskresie het in dié sin dat hy moet besluit of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Eers wanneer hy besluit het dat dit wel die regspleging in diskrediet sal bring, ontstaan sy verpligting om dit uit te sluit.

<sup>33</sup> Artikel 24(1) bepaal: “Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.”

<sup>34</sup> *Hunter et al v Southam Inc* [1984] 9 CRR 355 368; 2 SCR 145 161; 14 CCC (3d) 97. Sien ook *R v Feeney supra* 24.

<sup>35</sup> Met goedkeuring aangehaal in *R v Feeney supra* 29.

visentering dus onredelik. Die verdediging se beswaar was egter ongegrond omdat daar reeds voorheen beslis is dat redelike gronde op hoorsêgetuïenis gebaseer kan word. Die Hooggeregshof het beslis dat die heroïen reële getuïenis is en dat toelating daarvan nie die verhoor onbillik sal maak nie. Die polisiebeampte het hom egter skuldig gemaak aan 'n ernstige en flagrante skending van die beskuldigde se grondwetlike regte. Op grond van die getuïenis wat tydens die verhoor aangebied is, kon hy nie redelike gronde gehad het om aan te neem dat die beskuldigde heroïen in haar besit het nie. Hy kon hoogstens 'n suspisie gehad het. Toelating van getuïenis verkry as gevolg van so 'n ernstige en flagrante skending van 'n persoon se grondwetlike regte op grond van 'n blote suspisie, sal die regspleging in diskrediet bring. Die hof het die heroïen derhalwe uitgesluit en die appél het geslaag.<sup>36</sup>

Die uitsluitingsdiskresie geskep deur artikel 24(2), lê halfpad tussen die Amerikaanse uitsluitingsreël en die gemeenregtelike insluitingsreël.<sup>37</sup> Artikel 24(2) verwerp sowel die rigiede Amerikaanse reël (waarop sekere eng omskrewe uitsonderings voorkom) as die gemeenregtelike reël dat alle relevante getuïenis toelaatbaar is ongeag die wyse waarop dit verkry is.

Die Hooggeregshof het verder beslis dat die toets nie is of toelating van die getuïenis die regspleging in diskrediet sál bring nie, maar of dit die regspleging in diskrediet kán bring.<sup>38</sup> 'n Persoon wat beweer dat sy grondwetlike regte geskend is, moet bewys dat dit meer waarskynlik is as nie dat toelating van die gewraakte getuïenis die regspleging in diskrediet kan bring. Wangedrag deur die polisie tydens die proses van insameling van getuïenis, kom dikwels op sigself reeds neer op aantasting van die aansien van die regspleging. Maar artikel 24(2) is nie 'n

---

<sup>36</sup> Die hof het egter 'n nuwe verhoor gelas sodat die polisiebeampte die geleentheid kon kry om die "redelike gronde" waarop hy sy optrede gebaseer het, indien enige, aan die hof te verduidelik.

<sup>37</sup> Sien ook Bryant (1990) 69 *Canadian Bar Rev* 3.

<sup>38</sup> 140.

remedie vir reeds gedane polisiewangedrag nie. Dit is 'n meganisme om te verhoed dat die regspleging *verder* in diskrediet gebring word deur die toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis. Die regspleging kan in diskrediet gebring word indien getuienis wat die beskuldigde sy reg op 'n billike verhoor ontnem, toegelaat word of indien die howe onaanvaarbare gedrag deur die partye verantwoordelik vir die ondersoek en vervolging van misdaad, kondoneer.

Aan die ander kant moet die hof óók vasstel of die úítsluiting van die getuienis nie die regspleging in diskrediet sal bring nie. Indien uitsluiting van getuienis die regspleging in gróter diskrediet sal bring as toelating daarvan, sal uitsluiting daarvan bots met die oogmerk van artikel 24(2).

Die ondersoek ingevolge artikel 24(2) wentel weliswaar om die spesifiéke vervolging, maar die faktor wat die belangrikste rol speel in die vraag na die toelating of uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, is die gevolge wat geréélde toelating of uitsluiting daarvan oor die langtermyn op die goeie naam van die regspleging sal hê.

'n Aspek waaroor heelwat debat gevoer is voordat die Hooggeregshof die *Collins*-uitspraak gelewer het, is watter maatstaf gebruik moet word om te bepaal of die toelating van getuienis die regspleging in diskrediet kan bring. Gibson<sup>39</sup> betoog dat 'n regspreker nie in staat is om 'n objektiewe beslissing, gebaseer op die opvatting van die gemeenskap, te gee nie omdat dit vir selfs die mees objektiewe regspreker onmoontlik is om sy eie emosionele waardes en gevoelens te vervang met dié van die gemiddelde landsburger wanneer hy slegs oor eie kennis van 'n

---

<sup>39</sup> "Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983) 61 *Canadian Bar Rev* 377 380.

situasie beskik. Gibson vind steun vir sy standpunt in die volgende stelling van Cardozo:<sup>40</sup> “We cannot transcend the limitations of the ego and see anything as it really is ... The perception of objective right takes on the color of the subjective mind.” Gibson betoog dat hoe hard `n regspreker ook al probeer om sy eie waardesisteem te onderdruk, hy by die interpretasie van artikel 24(2) nog steeds geneig is om die toets van regterlike diskrediet eerder as diskrediet ooreenkomstig gemeenskapsopvatting aan te wend. Om die opvatting van die gemeenskap te bepaal, moet die regter bereid wees om wyer as sy eie kennis te delf. Volgens Gibson kan die regter dit doen deur van openbare meningsopnames gebruik te maak. Getuienis in verband met die resultate van sulke opnames is in die verlede deur verskeie howe afgeskiet, onder andere op grond daarvan dat dit: (a) as ontoelaatbare hoorsê beskou is; of (b) as onbetroubaar beskou is; of (c) as irrelevant beskou is. Maar volgens Gibson het inligting verkry uit behoorlik-ontwerpte en goed geadmistrateerde meningsopnames, wel `n plek om die houding van `n volk teenoor hulle regstelsel te toets.<sup>41</sup> Dit is egter noodsaaklik dat so `n meningsopname op nasionale vlak gedoen word en nie op `n streeksvlak nie.<sup>42</sup>

Die *Collins*-uitspraak van die Hooggeregshof het egter ook hierdie probleem ondervang. Regter Lamer het beslis om vas te stel of die polisie se optrede die regspleging in diskrediet kan bring, getoets moet word aan die hand van die opvatting van die gemeenskap want: “The concept of disrepute necessarily involves some element of community views, and the determination of disrepute thus requires the judge to refer to what he conceives to be the views of the community

---

<sup>40</sup> *The Nature of the Judicial Process* (1921) 106 & 110 (wat hy op 380 n 6 aanhaal).

<sup>41</sup> L'Heureux-Dubé R se standpunt is dat dit noodsaaklik is dat regters periodiek die geleentheid kry om te toets of hulle uitsprake nog verteenwoordigend is van langtermyn gemeenskapswaardes. Selfs al is daar tekortkominge in meningsopnames, is dit nog steeds die beste kontrolelys vir regters om te toets of hulle siening nog in ooreenstemming met daardie waardes is. Sien *R v Burlingham* [1995] 28 CRR (2d) 244 285; 2 SCR 206; 97 CC (3d) 385; 38 CR (4<sup>th</sup>) 265; 124 DLR (4<sup>th</sup>) 7; 181 NR 1(SCC).

<sup>42</sup> Sien ook Gibson (1984) 13 *Manitoba LJ* 498: “Inevitably, therefore, assessments of that which would bring the administration of justice into disrepute have reflected the views of the judiciary more closely than that



at large.”<sup>43</sup> Dit beteken nie dat die hof gebonde is aan die sentimente van die meerderheid soos geopenbaar in openbare meningspeilings nie. Die *Charter* is ontwerp om die beskuldigde teen die meerderheid te beskerm gevolglik kan die afdwinging daarvan nie aan die meerderheid oorgelaat word nie. Die hof kan die resultate van openbare meningspeilings egter in aanmerking neem om tot ’n beslissing te geraak. Die hof het die “community shock”-toets egter verwerp<sup>44</sup> omdat die drempel vir uitsluiting van getuienis ingevolge hierdie toets, baie hoër as onder artikel 24(2) is.

Regter Lamer het hom geskaar by Morissette<sup>45</sup> wat aanvoer dat die toets behoort te wees of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet kan bring in die oë van die redelike persoon wat onpartydig is en van die omstandighede van die saak kennis dra.<sup>46</sup> Die redelike persoon-toets vereis dat regters konsentreer op wat hulle die beste doen, naamlik “finding within themselves, with cautiousness and impartiality, a basis for their own decisions, articulating their reasons carefully and accepting review by a higher court where it occurs.”<sup>47</sup> ’n Regter moet in gedagte hou dat sy diskresie om getuienis toe te laat, op gemeenskapswaardes en in besonder langtermyn gemeenskapswaardes gebaseer is. Alhoewel hy nie ’n beslissing mag fel wat vir die gemeenskap onaanvaarbaar is nie, mag hy sy beslissing egter ook nie baseer op die gevoel van

---

of the citizenry at large.”

<sup>43</sup> 135.

<sup>44</sup> 139.

<sup>45</sup> (1984) 29 *McGill LJ* 538.

<sup>46</sup> Die geheim in verband met die identiteit van die redelike persoon (man) word op 538 deur Morissette *supra* ontrafel waar hy verklaar: “[T]he courts never disagree with the reasonable man. They are, in reality, the reasonable man.” In *R v Therens supra* 223 het Le Dain R ’n ooreenstemmende standpunt gehuldig. Hy het beslis dat die vraag of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring, ’n regs kwessie is waarvoor die hof moet beslis sonder dat getuienis in verband met die effek wat uitsluiting daarvan op die openbare opinie sal hê, aangebied hoef te word. Die hof is in die beste posisie om daarvoor te beslis.

<sup>47</sup> 136.

die gemeenskap terwyl dié nog sielkundig skeefgetrek is deur emosie of terwyl gemoedere nog hoog loop as gevolg van onlangse gebeure nie.<sup>48</sup>

Bryant<sup>49</sup> bevraagteken egter regter Lamer se aanspraak dat 'n regter sonder die hulp van 'n empiriese studie in staat is om die gemeenskap se opvatting in verband met wat die regspleging in diskrediet sal bring en wat nie, te weergee. Hy voer aan dat dit noodsaaklik is dat die regbank se sienswyse empiries getoets word om vas te stel of die regters se siening van 'n saak met die opvatting van die gemeenskap klop. 'n Meningsopname wat onder Bryant se toesig gemaak is, het inderdaad getoon dat Kanadese voel dat die toelating dan wel uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, nie net aan hand van die erns van die skending bepaal moet word nie maar ook aan hand van die erns van die misdaad. Dit het ook getoon dat die gemeenskap en die regters die uitsluiting van getuienis nie altyd deur dieselfde bril sien nie. Die gemeenskap is dikwels minder geneë om getuienis uit te sluit in gevalle waar die howe dit wel uitgesluit het.

Mirfield<sup>50</sup> waarsku dat 'n regter nie bloot sy eng egosentriese opvatting as verteenwoordigend van die gemeenskapsopvatting mag aanwend nie. Hy verwys na *R v Bent*<sup>51</sup> as 'n voorbeeld van hoe die opvatting van die gemeenskap deur die regter aangewend kan word. Bent was in 'n skool gearrester en gevisenteer vir besit van dwelms. Die arrestasie en visentering was egter ongrondwetlik omdat die polisiebeampte slegs 'n persoonlike vermoede gehad het en nie redelike

---

<sup>48</sup> McIntyre R, wat 'n afwykende uitspraak gelewer het, benader die vraag egter uit 'n ander hoek. Op 142 haal hy Seaton R van die *British Columbia court of appeal*, met goedkeuring aan waar lg die posisie soos volg stel: "Disrepute in whose eyes? That which would bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a policeman might be the precise action that would be highly regarded in the eyes of a law teacher. I do not think that we are to look at this matter through the eyes of a policeman or a law teacher or a judge for that matter. I think that it is the community at large, including the policeman and the law teacher and the judge, through whose eyes we are to see this question."

<sup>49</sup> (1990) 69 *Canadian Bar Rev* 9.

<sup>50</sup> (1988) 30 *Crim LQ* 450.

<sup>51</sup> [1987] 79 *NSR* (2d) 169 (CA).

gronde om te glo dat Bent dwelms in sy besit gehad het nie. Dwelms is op Bent gevind en hy is aangekla van besit daarvan. Die regter het egter geweier om die getuienis aangaande die dwelms uit te sluit. Hy het sy beslissing gebaseer op die feit dat die arrestasie plaasgevind het in 'n skool wat 'n geskiedenis van vorige probleme gehad het. Uitsluiting sou nie alleen die regspleging in diskrediet bring nie maar ook die administrasie van die skool nadelig beïnvloed. Die Nova Scotia *court of appeal* het die beslissing in die volgende woorde gesanksioneer:

“In deciding not to exclude the evidence that [Bent] was in possession of such drug, [the trial judge] obviously applied a form of the reasonable person test. His decision appears to have been grounded on community values and we are not persuaded that it was unfair or unreasonable. It must be remembered that [the judge] knows the [local] community. He was in a position to ascertain, in the context of bringing the administration of justice into disrepute, what the mood of the average person in that community was towards the admission or rejection of the evidence ...”<sup>52</sup>

Mirfield kritiseer egter die gemiddelde-persoon-toets wat die hof aangewend het en stel voor dat die redelike-persoon-toets die korrekte een is.

Regter Lamer het in *Collins*<sup>53</sup> drie faktore uitgelig wat in aanmerking geneem moet word ten einde te bepaal of toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis die regspleging in diskrediet sal bring, naamlik: (a) of toelating van die getuienis 'n effek op die billikheid van die verhoor sal hê;<sup>54</sup> (b) die erns van die skending van die beskuldigde se grondwetlike regte;<sup>55</sup> en (c) die effek wat uitsluiting van die getuienis op die aansien van die regspleging sal hê.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> 174 (aangehaal deur Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 450-451).

<sup>53</sup> *Supra* 137-139. Sien ook die volgende skrywers se ontleding van *Collins supra*: Hogg *Constitutional Law of Canada* 963 en Meehan et al *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1997) 647.

<sup>54</sup> Sien par 5.2.1 *infra*.

<sup>55</sup> Sien par 5.2.2 *infra*.

<sup>56</sup> Sien par 5.2.3 *infra*.

### 5.2.1 SAL TOELATING VAN DIE GETUIENIS 'n EFFEK OP DIE BILLIKHEID VAN DIE VERHOOR HÊ?

Volgens Regter Lamer vorm 'n verhoor die hoeksteen van die regspleging, en die billikheid daarvan is dié belangrikste komponent in die aansien wat 'n regstelsel geniet. Indien toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis die billikheid van die verhoor affekteer, sál die regspleging in diskrediet gebring word. Behalwe in uitsonderingsgevalle, móét sulke getuienis uitgesluit word.<sup>57</sup> Die wyse waarop die getuienis verkry is, is nie in hierdie verband so belangrik nie. Wat wel belangrik is, is die aard van die reg wat geskend is en die aard van die getuienis wat as gevolg van die skending ingesamel is.<sup>58</sup> Reële getuienis ingesamel as gevolg van 'n skending van 'n persoon se grondwetlike reg, sal selde onbillikheid as gevolg van die wyse van insameling, tot gevolg hê aangesien die reële getuienis voor die skending van die regte reeds bestaan het. Indien die beskuldigde egter ná skending van sy grondwetlike regte, verplig was om getuienis teen homself te verskaf (deur 'n bekentenis of 'n ander vorm van getuienis komende van homself), sál toelating daarvan die verhoor onbillik maak. Die rede hiervoor is dat die getuienis nie vroeër bestaan het nie maar tot stand gekom het as gevolg van 'n skending van een van die voorvereistes vir 'n billike verhoor, naamlik die reg teen selfinkriminasie. Sulke getuienis moet dus uitgesluit word.

Bovermelde beginsel in *Collins* is aanvanklik getrou deur die howe gevolg. Met verloop van tyd het 'n nuwe denkrigting egter posgevat. Die howe het begin onderskei tussen getuienis wat nie

---

<sup>57</sup> 137.

<sup>58</sup> Sien ook *R v Strachan supra* 355 waar die regter getuienis wat die billikheid van die verhoor affekteer, soos volg identifiseer: "The first group concerns the fairness of the trial. The nature of the evidence, whether it is real evidence or self-incriminating evidence produced by the accused, will be relevant to this determination."

sonder die beskuldigde se bystand verkry sou gewees het nie<sup>59</sup> en dié wat daarsonder verkry sou gewees het. In *R v Burlingham*<sup>60</sup> het regter Sopinka (met wie regters Cory, Iacobucci en Major saamgestem het) die “but for”-toets aangewend om tussen hierdie twee kategorieë getuienis te onderskei. As steun vir sy standpunt het hy verwys na *R v Ross*<sup>61</sup> waar verklaar is dat die billikheid van die verhoor geaffekteer word deur “the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence.”

Die “but for” toets kom ook helder na vore in die uitspraak van Regter L’Heureux-Dube in *R v Dersch*<sup>62</sup> waarin sy verklaar het:

“Pursuant to *Collins*, ... the admission of evidence that would have been unlikely to have been discovered, had the *Charter* violation not occurred, severely affects the fairness of the trial. On the other hand, if the evidence had been discoverable regardless of the *Charter* violation, the fairness of the trial will not be influenced.”<sup>63</sup>

Die *Collins*-beslissing<sup>64</sup> was instrumenteel tot die ontwikkeling van die bifurkatiewe beginsel dat getuienis wat in elk geval bekom sou gewees het ongeag of die beskuldigde tot die bekomming daarvan bygedra het of nie, in die reël toegelaat moet word terwyl getuienis wat nie sonder sy medewerking bekom sou gewees het nie, in die reël uitgesluit moet word.<sup>65</sup> In *R v Belnavis and*

<sup>59</sup> Die rasionaal vir hierdie beginsel blyk duidelik uit die uitspraak van Sopinka R in *R v Burlingham supra* 273: “The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction.”

<sup>60</sup> *Supra* 277.

<sup>61</sup> [1989] 37 CRR 369 379; 1 SCR 3 16; 31 OAC 321 (SCC).

<sup>62</sup> [1993] 18 CRR (2d) 87 96; 3 SCR 768 781 (SCC).

<sup>63</sup> Sien ook *R v S (R J)* [1995] 26 CRR (2d) 1 75 (SCC).

<sup>64</sup> Sien die stelling van Lamer R in *R v Collins supra* 138 dat die feit dat getuienis in elk geval ontdek sou gewees het selfs al is die beskuldigde se grondwetlike regte nie geskend nie, ook relevant mag wees om te bepaal of die verhoor billik sal wees.

<sup>65</sup> Sien *Thomson Newspapers Ltd v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* [1990] 47 CRR 1 55 waar verklaar is: “The fact that the evidence already existed

*Lawrence*<sup>66</sup> het die Ontario *court of appeal* dit duidelik gestel dat die billikheid van die verhoor nie van die opspoorbaarheid van die getuienis afhang nie maar van die beskuldigde se verpligte deelname aan die totstandkoming of opsporing van getuienis met 'n selfinkriminerende effek. Die regter het gesteun op *R v Burlingham*<sup>67</sup> waar die rasionaal van hierdie benadering soos volg verduidelik is: "The rationale for this view is that it is unfair for the Crown to make out its case in whole or in part by the use of evidence that it obtained in breach of the rights of the accused and involving his or her participation."

#### 5.2.1.1 DIE ONTWIKKELING VAN DIE ONDERSKEID TUSSEN *CONSCRIPTIVE* EN *NON-CONSCRIPTIVE*-GETUIENIS.

In *R v Stillman*<sup>68</sup> het die Hooggeregshof die aard en grondslag van 'n billike verhoor in die sistematiek van artikel 24(2) herdefinieer. Met 'n beroep op *R v Collins*<sup>69</sup> het regter Cory, wat die uitspraak van die hof gelewer het, beklemtoon dat die grondslag vir die strafregtelike billike verhoor-vereiste is om te verhoed dat 'n beskuldigde wie se fundamentele regte reeds geskend is, boonop nog deur die verskaffing van getuienis in die vorm van verklarings of liggaamsmonsters verplig word om die vervolging te help om sy saak te bewys. Word 'n beskuldigde wie se fundamentele regte reeds geskend is, boonop verplig om by te dra tot die skepping of ontdekking van getuienis waarmee hy

---

means that it could have been discovered anyway. Where this is the case, the accused is not forced to confront any evidence at trial that he would not have been forced to confront if his *Charter* rights had been respected." Sien ook *R v Mellenthin* [1992] 16 CR (4<sup>th</sup>) 273; 12 CRR (2d) 65 74 (SCC).

<sup>66</sup> [1996] 107 CCC (3d) 195; 36 CRR (2d) 53 (Ont CA).

<sup>67</sup> *Supra* 273.

<sup>68</sup> [1997] 42 CRR 189 205 (SCC).

<sup>69</sup> *Supra* 284.

homself inkrimineer (soos 'n bekentenis, 'n verklaring of 'n liggaamsmonster), sal die toelating daarvan gewoonlik die verhoor onbillik maak.<sup>70</sup> Die regter verwys na hierdie tipe getuienis as “conscriptive”<sup>71</sup> getuienis. Daarteenoor staan “non-conscriptive”<sup>72</sup> getuienis wat bestaan uit getuienis verkry na skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte maar sonder dat hy verplig was om tot die insameling daarvan by te dra.

Die hof het verklaar dat die eerste stap om te bepaal of 'n beskuldigde 'n billike verhoor gehad het, is om die gewraakte getuienis te klassifiseer in een van die twee kategorieë hierbo genoem, naamlik nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë (“non-conscriptive”) getuienis en selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë (“conscriptive”) getuienis. Die onderskeid tussen die twee kategorieë is nie geleë in die feit dat nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis liggaamlik en selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis onliggaamlik is nie. Die onderskeid is geleë in die feit dat eersgenoemde kategorie ontstaan het of ontdek is sonder die beskuldigde se hulp maar na skending van sy fundamentele regte, terwyl laasgenoemde kategorie ontstaan het of ontdek is as gevolg van 'n verpligting wat na skending van sy fundamentele regte op hom geplaas is.<sup>73</sup> In die praktyk word soms verkeerdelik na bloed, haarmonsters en die identiteit van die beskuldigde verwys as reële getuienis wat onafhanklik van die skending van die grondwetlike regte bestaan het. Dit het weliswaar onafhanklik van die skending bestaan, maar dit is dikwels onbruikbaar vir die vervolging omdat dit op 'n

---

<sup>70</sup> 218.

<sup>71</sup> Hierna “selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis” genoem.

<sup>72</sup> Hierna “nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis” genoem.

<sup>73</sup> 218-219.

ongrondwetlike wyse verkry is.<sup>74</sup>

Toelating van nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis, sal selde die verhoor onbillik maak. Toelating van selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis sal egter 'n onbillike verhoor tot gevolg hê. Sulke getuienis moet gevolglik uitgesluit word.

'n Faset van selfinkriminerende getuienis is tweede-generasie getuienis. Hierdie tipe getuienis bestaan uit twee kategorieë naamlik: (a) getuienis wat in elk geval ontdek sou gewees het selfs al het die beskuldigde nie tot die ontstaan of ontdekking daarvan bygedra nie; en (b) getuienis wat nie sonder die beskuldigde se bydrae sou ontstaan het of ontdek sou gewees het nie.<sup>75</sup>

Kategorie (a) *supra* bestaan ook weer uit twee fasette naamlik:

- (i) *getuienis wat sonder die beskuldigde se bystand as gevolg van 'n alternatiewe bron ontdek sou gewees het.* Regter Cory haal *R v Calarusso*<sup>76</sup> aan as 'n voorbeeld van hierdie faset. Die beskuldigde was beseer in 'n motorongeluk wat as gevolg van sy oormatige alkoholname plaasgevind het. Hy het geweier om bloed- en urinemonsters vir enige ander doel as mediese doeleindes beskikbaar te stel. 'n Laboratorium-tegnikus het egter sonder die beskuldigde se toestemming van sy liggaamsmonsters wat vir normale mediese doeleindes geneem was en in

---

<sup>74</sup> 219.

<sup>75</sup> 226.

<sup>76</sup> [1994] 19 CRR (2d) 193; 1 SCR 20 (SCC).



besit van die hospitaal was, aan 'n lykskouer (wat nie in diens van die owerheid was nie) oorhandig. Die lykskouer het dit op sy beurt weer aan die polisie oorhandig. Hulle het dit laat ontleed en die resultaat was by die beskuldigde se verhoor teen hom gebruik. Die hof het beslis dat die monsters onafhanklik bestaan het voor die beskuldigde se regte geskend is en dat die polisie regmatig daarop beslag sou kon gelê het indien hulle 'n visenteringslasbrief aangevra het. Dit kon dus uit 'n onafhanklike bron verkry gewees het.

- (ii) *getuienis wat selfs sonder die beskuldigde se bystand in elk geval ontdek sou gewees het.* As voorbeeld van hierdie faset verwys die regter na *R v Black*.<sup>77</sup> Die beskuldigde was in hegtenis op 'n aanklag van moord. Haar reg op regsverteenvoording was geskend en sy het 'n bekentenis afgelê. Daarna is sy saam met 'n polisiebeampte na haar huis waar sy die mes waarmee sy die moord gepleeg het, in die kombuis uit 'n laai gehaal en aan hom oorhandig het. Die hof het bevind dat die polisie selfs sonder haar bystand, die mes sou opgespoor het. Hulle sou haar hele huis deursoek en die mes in die laai gevind het. Die bekentenis en die uitwysing van die mes was nie as getuienis toegelaat nie omdat die toelating daarvan die verhoor onbillik sou maak. Maar die mes is as reële getuienis toegelaat omdat dit in elk geval deur die polisie gevind sou gewees het selfs al het die beskuldigde dit nie uitgewys nie. Die hof het die toelating van die mes as reële getuienis soos volg gemotiveer: "I have little doubt that the police would have conducted a search of the appellant's apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife."<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> *Supra.*

<sup>78</sup> 191.

Faset (i) kan faset (ii) insluit.

Alhoewel toelating van getuienis wat in kategorie (a) *supra* val, nie in die reël die verhoor onbillik sal maak nie, beteken dit egter nie dat dit outomaties toegelaat sal word nie. Behalwe die billike-verhoor-toets, moet dit ook nog die tweede been (sien paragraaf 5.2.2 *infra*) en die derde been (sien paragraaf 5.2.3 *infra*) van die toets gestel in *Collins* slaag om toegelaat te word.

In geval van kategorie (a)(ii) *supra* dra die vervolging die bewyslas om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die getuienis sonder die beskuldigde se bystand ontdekbaar was.

Die getuienis genoem in kategorie (b) *supra* behels dat daar nie 'n onafhanklike bron was waardeur die getuienis ontdek sou kon word nie en dat daar ook nie bewys is dat dit noodwendig ontdek sou gewees het nie. Toelating van sulke getuienis sál 'n onbillike verhoor tot gevolg hê. *R v Burlingham*<sup>79</sup> is 'n klassieke voorbeeld hiervan. Die beskuldigde, wat in hegtenis was op 'n aanklag van moord, se reg op regsverteenvoering was deur die polisie geskend. Hulle het hom ook belowe dat hy slegs van tweede graad moord aangekla sou word indien hy die vuurwapen waarmee hy die oorledene geskiet het, sou uitwys. Hy het hulle toe gaan wys waar hy die vuurwapen in 'n rivier gegooi het. As gevolg van sy uitwysing het die polisie die vuurwapen opgespoor op die bodem van die rivier waarvan die water bevrore was. Sonder die beskuldigde se medewerking sou hulle dit nooit opgespoor het nie. Die hof het beslis dat toelating van die moordwapen die verhoor onbillik sou maak omdat dit nie sonder

---

79

*Supra.*

bemiddeling of hulp van die beskuldigde ontdek sou gewees het nie.

Indien die hof bevind dat toelating van getuienis die verhoor onbillik sal maak, is dit nie nodig om die tweede been (sien paragraaf 5.2.2 *infra*) en die derde been (sien paragraaf 5.2.3 *infra*) van die toets geboekstaaf in *Collins* toe te pas nie aangesien 'n onbillike verhoor noodwendig die regspleging in diskrediet sal bring.<sup>80</sup>

Die hof het in *R v Stillman*<sup>81</sup> vyf handeling geïdentifiseer wat gewoonlik aanleiding sal gee tot die verskaffing van selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis indien 'n beskuldigde verplig sou word om dit te verrig *na skending van sy fundamentele regte*. In hierdie gevalle sal toelating van die getuienis 'n onbillike verhoor tot gevolg hê. Die vyf handeling is die volgende: die verpligte deelname aan 'n uitkenningsparade (*R v Ross*);<sup>82</sup> verpligte verskaffing van asemmonsters (*R v Bartle*);<sup>83</sup> verpligte verskaffing van DNA monsters (*R v Borden*);<sup>84</sup> verpligte verskaffing van inligting aan die polisie in verband met waar getuienis gevind sal word (*R v Burlingham*);<sup>85</sup> en verpligte aflegging van inkriminerende verklarings (*R v Manninnen*).<sup>86</sup>

---

<sup>80</sup> *R v Stillman supra* 229.

<sup>81</sup> *Supra* 225.

<sup>82</sup> *Supra*.

<sup>83</sup> [1994] 23 CRR (2d) 193; 3 SCR 173 (SCC).

<sup>84</sup> [1994] 24 CRR (2d) 51; 3 SCR 145; 92 CCC (3d) 404; 33 CR (4<sup>th</sup>) 147; 171 NR 1 (SCC).

<sup>85</sup> *Supra*.

<sup>86</sup> [1987] 38 CRR 37; 1 SCR 1233 (SCC).

In *R v Feeney*<sup>87</sup> het die onderskeid tussen nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis en selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis, glashelder na vore gekom. Ene Boyle was in die vroeë oggendure vermoor deur 'n persoon wat hom verskeie houe met 'n metaal voorwerp oor sy kop geslaan het. Dieselfde oggend is sy liggaam in sy huis ontdek. Oral op die moordtoneel, onder andere teen die mure en op die meubels, was bloedkolle. Kort nadat die moord ontdek was, is die oorledene se bakkie verlate ongeveer 'n halwe kilometer vanaf sy huis in 'n sloot langs 'n pad gevind. 'n Ooggetuie het aan die polisie vertel dat sy die beskuldigde vroeg die oggend vanuit die rigting van die bakkie in die rigting van sy woonplek sien stap het. Die polisie is toe na sy woonplek – 'n karavaan sonder vensters. Die deur was toe. Ene sersant Madrigga het geklop en “Polisie” geroep. Niemand het egter gereageer nie. Hy het die deur oopgemaak en die karavaan binnegestap met sy vuurwapen in sy hand. Dit was skemer in die karavaan maar hy kon sien dat die beskuldigde op sy bed lê en slaap. Hy het sy been geskud en gesê: “Wake up, police. I want to talk to you.” Die beskuldigde het toe opgestaan. Madrigga het hom beveel om na buite te gaan omdat die lig buite beter was. Toe die beskuldigde in die lig kom, het Madrigga gemerk dat sy hemp vol bloedkolle is. Hy het hom gearresteer en sy grondwetlike regte aan hom verduidelik. Op 'n vraag of hy dit verstaan, het hy geantwoord “Of course - do you think I am illiterate?” Madrigga het hom toe gevra hoe die bloed aan sy hemp gekom het. Hy het geantwoord dat hy die vorige dag met 'n bofbalkolf in sy gesig geslaan was. Daar was egter nie 'n wond aan sy gesig nie. Madrigga het beslag gelê op die beskuldigde se hemp en hom na die polisiestasie geneem. Op daardie stadium het die polisie egter op niks in die karavaan beslag gelê nie.

---

<sup>87</sup>*Supra.*

Nadat beskuldigde by die polisiestasie aangebring is, het hy verskeie kere probeer om 'n regsverteenwoordiger te kontak, dog sonder sukses. Ongeveer nege uur later, het die polisie hom begin ondervra. Hy het hulle verwittig dat hy regsverteenwoordiging verlang. Hulle het egter voortgegaan om hom te ondervra. Tydens die ondervraging het die beskuldigde erken dat hy die oorledene geslaan het en sigarette, bier en kontant uit sy huis gesteel het. Die geld het hy in die karavaan onder 'n matras versteek. Die polisie het daarna aansoek gedoen om 'n lasbrief vir die visentering van die karavaan. Ter staving van die aansoek het 'n polisiebeampte 'n beëdigde verklaring afgelê waarin hy verklaar het dat hy rede het om te glo dat hy driehonderd dollar in kontant, *Sportsman* sigarette en die beskuldigde se skoene, wat as getuienis kon dien, in die karavaan sal vind. Die lasbrief was toegestaan en die goedere is tydens die visentering in die karavaan gevind.

Vingerafdrukke was daarna op 'n koelkas in die oorledene se huis gevind. Die volgende dag was beskuldigde se vingerafdrukke geneem en eers daarna het hy die geleentheid gehad om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer.

Die beskuldigde was uiteindelik aangekla van moord en diefstal. Die verhoorhof het beslis dat die *erkenning* wat hy in die polisiestasie gemaak het dat hy die oorledene geslaan en sy sigarette, bier en geld geneem het, uitgesluit moet word. Op grond van die res van die getuienis, waaronder die reële getuienis, is hy egter skuldig bevind. 'n Appèl teen sy skuldigbevinding is deur die hof van appèl van die hand gewys. Hy het daarna appèl aangeteken na die Hooggeregshof.

In die Hooggeregshof het die appellant se aanval op sy skuldigbevinding hoofsaaklik gefokus op die toelaatbaarheid van: (i) die verklaring wat hy na sy arrestasie aan die

polisie gemaak het dat die bloed aan sy hemp veroorsaak is deur 'n wond toegedien met 'n bofbalkolf; (ii) die getuienis van die geld wat in die karavaan gevind is; (iii) die vingerafdrukke; (iv) die hemp met bloedvlekke; (v) die skoene wat in die karavaan gevind is; en (vi) die sigarette.

Die Hooggeregshof het bevind dat die arrestasie onder die omstandighede onregmatig was.<sup>88</sup> Die hof het ook bevind dat die versuim om die beskuldigde na sy arrestasie en voordat hy gevra is waar die bloed aan sy hemp vandaan kom, toe te laat of in staat te stel om 'n regsverteenvoerder te kontak, inbreuk gemaak het op sy grondwetlike reg op regsverteenvoering. Die hof het soos volg beslis ten aansien van die toelaatbaarheid van die getuienis soos geïdentifiseer in (i) tot (vi) *supra*:

- (i) Die beskuldigde se *verklaring* dat hy met 'n bofbalkolf in sy gesig geslaan is, is selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis wat verkry is ná skending van sy reg op regsverteenvoering. Hierdie getuienis moet uitgesluit word tensy die vervolging bewys dat dit steeds verkry sou gewees het al was daar nie 'n skending van sy grondwetlike regte nie. Die vervolging het dit egter nie bewys nie. Omdat daar nie buitengewone omstandighede was nie, sal toelating van die verklaring die verhoor onbillik maak en moet dit uitgesluit word.
- (ii) Die *geld* is wel ontdek as gevolg van 'n ontoelaatbare bekentenis, maar dit is op die oog af nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis. Dit is nie noodwendig ontdek as gevolg van die bekentenis nie want nadat die polisie die

---

<sup>88</sup> L'Heureux-Dubé R het egter in 'n minderheidsuitspraak bevind dat dit regmatig was. Gonthier en McLachlin RR het saamgestem.

visenteringslasbrief gekry het, sou hulle die karavaan gaan visenteer en die geld ontdek het. Die bekentenis was dus nie noodwendig 'n voorvereiste vir die ontdekking van die geld nie. Omdat die bekentenis nie 'n noodwendige voorvereiste vir die ontdekking daarvan was nie, was dit nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë tweede-generasie getuienis. Toelating daarvan sal dus nie die billikheid van die verhoor affekteer nie.

- (iii) Die *vingerafdrukke* is getuienis afkomstig van beskuldigde se liggaam. Omdat die polisie nie redelike gronde gehad het om hom te arresteer nie, sou hulle dit nie kon kry sonder om ongrondwetlik op te tree nie. Sonder sy bystand was dit dus nie ontdekbaar nie. Dit is dus selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis. In die afwesigheid van buitengewone omstandighede, sal toelating daarvan die verhoor onbillik maak. Die vervolging het nie sulke omstandighede bewys nie. Die getuienis oor die vingerafdrukke is dus ontoelaatbaar.
- (iv) Die *hemp* en *schoene* vorm nie 'n deel van die beskuldigde se liggaam of liggaamsmonsters nie. Dit is nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis. Toelating daarvan sal nie die billikheid van die verhoor beïnvloed nie. Die *sigarette* is ook nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis maar sulke getuienis kán selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis wees indien dit as gevolg van selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis, soos 'n verklaring, verkry is. Omdat die aanvanklike selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis 'n noodsaaklike voorvereiste is vir die verkryging daarvan, kan daarna verwys word as selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë tweede-generasie getuienis. Die verklaring waarin die

beskuldigde genoem het dat hy sigarette gevat het, was egter nie genoegsaam om die sigarette op te spoor sodat daarop beslag gelê kan word nie derhalwe sal toelating van die getuienis oor die sigarette ook nie 'n effek op die billikheid van die verhoor hê nie.<sup>89</sup>

### 5.2.1.2 POLISIEONDERVRAGING

Die *Charter* bevat nie 'n uitdruklike bepaling dat 'n gearreesteerde tydens die ondersoekstadium 'n reg het om te swyg nie. Maar in *R v Hebert*<sup>90</sup> is beslis dat so 'n reg wel deel vorm van die konglomeraat van regte vervat in artikel 7 van die *Charter*.<sup>91</sup> Die beskuldigde was gearreesteer op 'n aanklag van roof. Na konsultasie met sy regsvertegenwoordiger, het hy die polisie meegedeel dat hy sy swygreg uitoefen. Die polisie het egter 'n polisiebeampte, vermom as 'n verdagte in 'n ander saak, saam met die beskuldigde in die sel geplaas om erkennings van hom te ontlok. Hy het met die beskuldigde 'n gesprek aangeknoop. Tydens die gesprek het die beskuldigde heelwat selfinkriminerende inligting aan hom verskaf. Die vervolging het gepoog om die selfinkriminerende inligting te gebruik om die beskuldigde met die pleging van die misdaad te verbind.

Die Hooggeregshof het verklaar dat die reg om te swyg aan 'n gearreesteerde die reg

<sup>89</sup> Die feit dat die hemp, geld en skoene nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis is, maak toelating daarvan nie nou outomaties nie. Dit moet nog steeds aan die verdere twee bene van die *Collins*-toets, wat in para 5.2.2 en 5.2.3 *infra* bespreek sal word, onderwerp word. Getuienis van die geld, bloedbevlekte hemp, skoene en sigarette is eventueel onder die derde been van die *Collins*-toets *supra* uitgesluit. Sien verder par 5.2.3 *infra*.

<sup>90</sup> [1990] 77 CR (3d) 145; 49 CRR 114 (SCC). Sien ook *R v Woolley* [1988] 37 CRR 126 134; 40 CCC (3d) 531 (Ont CA).

<sup>91</sup> Artikel 7 lui: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be



verleen om self te besluit of hy met owerheidsverteenwoordigers wil praat of nie. Die ontlokking van 'n bekentenis deur middel van misleiding nadat die beskuldigde besluit het om sy swygreg uit te oefen, het die uitoefening van sy swygreg ondergrawe. Die verteenwoordigers van die owerheid het daardeur op 'n indirekte wyse bereik wat die *Charter* hulle verbied om op 'n direkte wyse te doen. Die hof het met goedkeuring die volgende passasie uit die uitspraak van regter Lamer in *R v Collins*<sup>92</sup> aangehaal:

“However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination”

Die hof het bevind dat toelating van die selfinkriminerende getuienis die verhoor onbillik gemaak het en dat dit dus uitgesluit moes gewees het. Die hof het egter vier gevalle geïdentifiseer waar “ondervraging” nie op skending van 'n gearreesteerde se swygreg sal neerkom nie, naamlik: (a) indien die polisie 'n gearreesteerde in die afwesigheid van sy regsverteenwoordiger ondervra nadat hy reeds met hom gekonsulteer het. Die rasionaal hiervoor is dat verwag kan word dat die regsverteenwoordiger hom sou adviseer het om te swyg; (b) indien die ondervraging plaasgevind het voor arrestasie van die gearreesteerde; (c) indien die mededelings vrywillig gemaak is aan 'n mede-aangehoudene (behalwe wanneer die mede-aangehoudene optree as polisie informant of 'n vermoede polisiebeampte is); en (d) indien 'n vermoede polisiebeampte nie die inligting van die gearreesteerde ontlok het nie maar slegs daar was om hom te monitor en sy gesprekke afgeluister het.<sup>93</sup>

---

deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

<sup>92</sup> [1987] 28 CRR 122 137; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>93</sup> 140-141.

### 5.2.1.3 DIE REG OP REGSVERTEENWOORDIGING

Selfinkriminerende getuienis verkry ná skending van 'n beskuldigde se reg op regsverteenvoordiging, word gewoonlik geag inbreuk te maak op sy reg op 'n billike verhoor en word derhalwe in die reël uitgesluit. In *R v Black*<sup>94</sup> het die hof die getuienis in twee dele geskei naamlik dié deel wat tot die billikheid van die verhoor deurgedring het en dié deel wat nie tot die billikheid van die verhoor deurgedring het nie. Die deel wat tot die billikheid van die verhoor deurgedring het, was alle getuienis in verband met wat die beskuldigde gesê het en die uitwysing van die moordwapen. Dit is uitgesluit. Die deel wat nie deurgedring het tot die billikheid van die verhoor nie, naamlik die mes, is egter toegelaat.

Die beslissing in *R v Burlingham*<sup>95</sup> bied 'n voorbeeld van reële getuienis wat uitgesluit is as gevolg van skending van 'n beskuldigde se reg op regsbystand. Die hof het bevind dat die beskuldigde nie die moordwapen sou uitgewys het indien hy 'n geleentheid gehad het om eers met sy regsverteenvoordiger te konsulteer nie. Die reële getuienis (moordwapen) is uitgesluit omdat die polisie dit nie sonder sy hulp sou gekry het nie. Die beskuldigde het dit ná skending van sy reg op regsverteenvoordiging aan die polisie gaan uitwys waar hy dit weggegooi het.

In *R v Evans*<sup>96</sup> het 'n jeugdige van sub-normale intelligensie, sonder regsbystand 'n bekentenis aan moord afgelê. Dit was die enigste getuienis waaroor die vervolging beskik

---

<sup>94</sup> Bespreek in par 5.2.1.1 *supra*.

<sup>95</sup> *Supra*.

<sup>96</sup> [1991] 4 CR (4<sup>th</sup>) 144; 3 CRR (2d) 315 (SCC).

het om hom met die misdaad te verbind. Die Hooggeregshof het beslis dat toelating daarvan die billikheid van die verhoor sou affekteer en dat dit dus uitgesluit moet word.

In *R v Smith*<sup>97</sup> was die beskuldigde tydens sy arrestasie meegedeel dat hy in verband met 'n skietvoorval gearresteer word. Hy was egter nie meegedeel dat die slagoffer dood is en dat die aanklag teen hom moord is nie. Sy reg op regsverteenvoordinging en sy swygreg was aan hom verduidelik, maar hy het besluit om nie van regsverteenvoordinging gebruik te maak nie en om 'n verklaring af te lê. In die verklaring het hy erken dat hy in 'n skietery betrokke was. Maar hy het sy optrede toegeskryf aan die feit dat hy dronk was. By sy verhoor het die verdediging die hof versoek om die verklaring uit te sluit op grond daarvan dat die beskuldigde nie tydens sy arrestasie verwittig was van die aanklag teen hom nie. Die hof het bevind dat toelating van die verklaring nie inbreuk sou maak op sy reg op 'n billike verhoor nie want ofskoon hy nie in besonderhede van die aanklag verwittig was nie, het hy genoeg inligting ontvang om te beseft watter gevolge sy arrestasie vir hom kon inhou.

In *R v Ross*<sup>98</sup> is 'n beskuldigde se grondwetlike reg op regsverteenvoordinging deur die Hooggeregshof na uitkenningsparades uitgebrei. Regter Lamer het verklaar dat alhoewel daar regtens geen verpligting op 'n beskuldigde rus om aan 'n uitkenningsparade deel te neem nie, sy weiering om daaraan deel te neem tog teen hom kan tel. 'n Regsverteenvoordiger het 'n belangrike taak by 'n uitkenningsparade want hy kan die beskuldigde adviseer in verband met wat hom te doen staan. Die regter het verwys na die

---

<sup>97</sup> [1991] 4 CR (4<sup>th</sup>) 125 (SCC).

<sup>98</sup> [1989] 37 CRR 369; 1 SCR 3; 31 OAC 321 (SCC).

beginsel uiteengesit in *R v Collins*<sup>99</sup> dat toelating van getuienis waardeur 'n beskuldigde homself inkrimineer, soos 'n bekentenis of ander inkriminerende getuienis komende van homself en wat verkry word ná skending van sy grondwetlike regte, die verhoor onbillik maak. Die maatstaf “bekentenis of ander getuienis komende van homself”, is egter nie beperk tot 'n bekentenis of ander getuienis wat tot stand gekom het ná skending van die beskuldigde se grondwetlike regte nie. Dit sluit ook getuienis in wat nie sonder sy deelname verkry kon gewees het nie. 'n Uitkenningsparade word in die reël gehou om die vervolging se saak te versterk: Die feit dat 'n getuie die beskuldigde op 'n uitkenningsparade uitgewys het, versterk sy geloofwaardigheid in verband met sy identifikasie van die beskuldigde. Deur aan die uitkenningsparade deel te neem, help die beskuldigde dus die vervolging om laasgenoemde se saak teen hom te versterk. Sonder sy deelname sou dit nie moontlik gewees het nie. Alhoewel die beskuldigde dus nie direk bydra om getuienis teen hom te produseer nie, help hy tog om die vervolging se saak teen hom te bevorder deur die geloofwaardigheid van die vervolging se getuies te versterk. In hiërdie sin help hy dus om getuienis waardeur hy homself inkrimineer, te produseer. Toelating van getuienis in verband met 'n uitkenningsparade waaraan die beskuldigde verplig was om deel te neem ná skending van sy grondwetlike reg op regsverteenvoording, skaad dus sy reg op 'n billike verhoor.<sup>100</sup>

In *R v Nugent*<sup>101</sup> is óók 'n video-opname van 'n nagebootste moord, waaraan die beskuldigde sonder regsbystand moes deelneem, uitgesluit omdat dit op sy reg op 'n billike verhoor inbreuk gemaak het. Daar is 'n duidelike parallel tussen hierdie situasie

---

<sup>99</sup> [1987] 28 CRR 122; 1 S CR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>100</sup> Sien ook *R v Richardson* [1989] 49 CRR 304 (BCCC). Sien ook par 3.4.2 *supra* tav die posisie in die VSA.

<sup>101</sup> [1988] 63 CR (3d) 351 (NSCA).

en 'n uitkenningsparade.

#### 5.2.1.4 WEERSTAND TEEN DIE LIBERALE UITLEG

Onder die regters van die Hooggeregshof is daar egter nie eenstemmigheid in verband met die aard van getuienis wat 'n beskuldigde se reg op 'n billike verhoor kan skend nie. Regter L'Heureux-Dubé se siening in verskeie sake verskil hemelsbreed van dié van die meerderheid. In *R v Burlingham*<sup>102</sup> het sy in 'n minderheidsuitspraak haar misnoë uitgespreek met die rigting wat die Hooggeregshof sedert die *Collins*-beslissing ingeslaan het. Sy konstateer dat slegs getuienis afkomstig van die beskuldigde self en wat nie voor die skending van sy grondwetlike regte bestaan het nie, aanvanklik beskou is as getuienis wat sy reg op 'n billike verhoor skend. Met verloop van tyd het die hof die aard van die getuienis egter uitgebrei totdat die "but for"-toets geskep is. Die resultaat is dat alle getuienis wat ontdek is as gevolg van die deelname van die beskuldigde aan die ontdekking daarvan na skending van sy grondwetlike regte, geag word selfinkriminerend te wees en die billikheid van die verhoor te affekteer. Hierdie benadering het die aanwendingsveld van artikel 24(2) só uitgebrei dat ongrondwetlik-verkreë getuienis uiteindelik voor die voet uitgesluit sal word. Haar filosofie is dat die billikheid van die verhoor net geaffekteer word deur die toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis wat kan lei tot die skuldigbevinding van 'n onskuldige persoon.<sup>103</sup> 'n Voorbeeld hiervan is 'n bekentenis verkry as gevolg van dwang.

---

<sup>102</sup> *Supra* 286. Sien para 3.6.2 en 3.6.3 *supra* tav die posisie in die VSA. Die posisie in SA word in para 6.2.2 en 6.3.3 *infra* behandel.

<sup>103</sup> *R v Burlingham supra* 293-294.

Wat die huidige posisie betref, moet aangestip word dat indien die verhoor onbillik is, kan selfs versagtende faktore (soos die goeie trou van die polisie), nie die gewraakte getuienis van uitsluiting red nie. Die getuienis sal niesteenstaande die versagtende faktore, steeds uitgesluit moet word.<sup>104</sup>

## 5.2.2 DIE ERNS VAN DIE SKENDING VAN DIE BESKULDIGDE SE GRONDWETLIKE REGTE

Regter Lamer het in *R v Collins*<sup>105</sup> vier kriteria [(a) tot (d) *infra*] uitgelig wat by oorweging van hierdie faktor deur 'n hof in aanmerking geneem moet word:

- (a) *of die skending van die grondwetlike regte opsetlik en flagrant of onopsetlik en te goeder trou plaasgevind het.* Een van die relevante oorwegings is dus om vas te stel of die skending te kwade trou plaasgevind het. 'n Aanduiding van kwade trou, is die feit dat die skending sonder enige regsgeldige magtiging plaasgevind het.<sup>106</sup> Die Hooggeregshof het in *Feeney* onder andere verwys na *R v Kokesch*<sup>107</sup> waar gesê is: “Either the police knew that they were trespassing, or they ought to have known. Whichever is the case, they cannot be said to have proceeded in ‘good faith’, as that term is understood in s. 24(2) jurisprudence.”<sup>108</sup> Swart<sup>109</sup> betoog met 'n beroep op Tarnopolsky<sup>110</sup> dat daar onderskei

<sup>104</sup> *R v Elshaw* [1991] 7 CR (4<sup>th</sup>) 333; 6 CRR (2d) 1 15 (SCC).

<sup>105</sup> [1987] 28 CRR 122; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>106</sup> *R v Feeney supra* 35 en die sake daar aangehaal.

<sup>107</sup> [1990] 50 CRR 285 293; 3 SCR 3 32; 51 BCLR (2d) 157; 61 CCC (3d) 207 (SCC).

<sup>108</sup> Sien ook Le Dain R in *R v Therens supra* 222 (CRR verslae): “The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant”

moet word tussen opsetlike skendings wat kwaadwillig plaasgevind het en opsetlike skendings wat nie kwaadwillig plaasgevind het nie. Indien dit kwaadwillig plaasgevind het, sal uitsluiting feitlik seker wees maar indien dit nie kwaadwillig plaasgevind het nie, sal uitsluiting nie so seker wees nie.<sup>111</sup> Volgens Mirfield<sup>112</sup> behels die beginsel van goeie trou nie net dat die polisie die beskuldigde se regte te goeder trou en sonder kennis dat hulle ongrondwetlik optree, moes geskend het nie maar ook dat hulle geloof redelik was. Die skrywer verwys na *R v Harris and Lighthouse Video Centres Ltd*<sup>113</sup> waar die hof verklaar het dat artikel 24(2) nie bedoel is om die vervolging te bevoordeel omdat die polisiebeampte onkundig gebly het in verband met grondwetlike prosedure nie.

Die feit dat die skending onopsetlik was, sal egter nie outomaties toelating van die getuienis tot gevolg hê nie omdat dit op kondonering van ongrondwetlike optrede kan neerkom. In *R v Thompson*<sup>114</sup> is getuienis uitgesluit nieetenaande die feit dat die skending onopsetlik was. Die polisieoptrede het bestaan uit 'n aantal geringe skendings, waarvan sommige selfs beuselagtig was. Die hof het dit egter nie in so 'n geringe lig beskou nie en bevind dat “we have such a concatenation of errors, trivial or otherwise, and apparent disregard or indifference to the niceties and the normal rules of procedure in matters of this kind, that the community would be shocked by the acceptance of

---

<sup>109</sup> “The Admissibility of Unconstitutionally Obtained Evidence Under the Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993” (1995) ongepubl LL M-werkstuk *Unisa*.

<sup>110</sup> *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982) 519.

<sup>111</sup> Sien ook Gibson (1984) 13 *Manitoba LJ* 498.

<sup>112</sup> (1988) 30 *Crim LQ* 457.

<sup>113</sup> [1987] 35 CCC (3d) 1; 57 CR (3d) 356 (SCC).

<sup>114</sup> [1983] 2 CRD 850 aangehaal deur Gibson (1984) 13 *Manitoba LJ* 499.

evidence obtained in this fashion ...”<sup>115</sup>

- (b) *of die skending grof of slegs tegnies was;*<sup>116</sup>
- (c) *of dit plaasgevind het onder omstandighede van dringendheid*<sup>117</sup> *of vrees vir verlies of vernietiging van getuienis of sommer na willekeur.*<sup>118</sup>
- (d) *indien ander ondersoektegnieke aangewend en die getuienis verkry kon word op `n wyse wat nie die beskuldigde se grondwetlike regte sou geskend het nie, sal die skending in `n ernstiger lig beskou word as wanneer daar geen alternatiewe bestaan het nie.*<sup>119</sup> Die feit dat die beamptes die getuienis op grondwetlike wyse kon verkry het maar dit nie gedoen het nie, dui op `n blatante minagting van die *Charter*. In so `n geval is uitsluiting van die getuienis feitlik `n voldonge feit.<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> Aangehaal deur Gibson (1984) 13 *Manitoba LJ* 499. Die skrywer verskaf die bladsy verwysing as 50-06.

<sup>116</sup> Sien ook *R v Therens supra* 222.

<sup>117</sup> “[W]hether the circumstances of the case show a real threat of violent behaviour, whether directed at the police or third parties ... The police will use a different approach when the suspect is known to be armed and dangerous than they will in arresting someone for outstanding traffic tickets.” Per Dickson HR in *R v Genest supra* 274.

<sup>118</sup> Sien ook *R v Therens supra* 222-223.

<sup>119</sup> Sien ook *R v Feeney supra* 38; *R v Silveira* [1995] 38 CR (4<sup>th</sup>) 330; 28 CRR (2d) 189 200-201 (SCC).

<sup>120</sup> Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 460 verwys daarna as “cutting corners” en betoog dat opsetlike “cutting corners” deur die polisie, `n faktor ten gunste van uitsluiting sal wees.



Kriteria (a) tot (d) *supra* kan verder aangevul word met die volgende:

- (e) Hoofregter Dickson het in *R v Strachan*<sup>121</sup> 'n verdere kriterium bygevoeg, naamlik of die skending “part of a larger pattern of disregard for *Charter* rights” was. Die beskuldigde het regsbystand tydens deursoeking van sy woning verlang maar dit was geweier op grond van 'n gespanne toestand wat by die woning geheers het. Die Hooggeregshof het bevind dat hy 'n geleentheid gebied moes gewees het om sy regsverteenvoorder te ontbied nadat die toestand kalmer geword het. Maar dit is nie gedoen nie. Versuim om dit te doen, was egter nie 'n beplande optrede om hom sover te kry om 'n verklaring af te lê nie maar 'n geïsoleerde oordeelsfout. Die Hooggeregshof het gevolglik beslis dat die getuienis toegelaat moet word.

In *R v Feeney*<sup>122</sup> het die Hooggeregshof die feit dat die beskuldigde se grondwetlike regte op privaatheid en regsverteenvoordering geskend is en dat hy twee dae aangehou en ondervra is sonder dat hy geleentheid gehad het om met 'n regsverteenvoorder te konsulteer, beskou as 'n aanduiding van 'n gewoonte om gearresterdes se grondwetlike regte te minag.

Bryant et al<sup>123</sup> voeg nog drie verdere kriteria by, naamlik:

- (f) *of die skending met geweld of 'n dreigement van geweld gepaard gegaan het;*

---

<sup>121</sup> [1988] 67 CR (3d) 87; 37 C RR 335 356; [1989] 1 WWR 385 (SCC).

<sup>122</sup> *Supra* 38. Die Nieu-Seelandse howe het 'n ooreenstemmende standpunt ingeneem. Sien par 4.2.4.1 *supra*.

<sup>123</sup> (1990) 69 *Canadian Bar Rev* 6-7.

- (g) *die aard van die grondwetlike reg wat geskend is.* Uit uitsprake van die Hooggeregshof wil dit voorkom asof 'n baie hoër premie geplaas word op 'n beskuldigde se reg teen selfinkriminasie as op sy ander grondwetlike regte.<sup>124</sup> Die afleiding kan gemaak word dat getuienis verkry as gevolg van skending van sy grondwetlike reg teen selfinkriminasie, selde, indien ooit, toegelaat word. Tog het regter Iacobucci in *R v Burlingham*<sup>125</sup> benadruk dat die Hooggeregshof homself konstant daarvan weerhou het om reële getuienis volgens ander beginsels as ander getuienis te behandel.
- (h) *die aard van die grondwetlike belang wat geskend is;*<sup>126</sup>

Aanvullend tot kriteria (a) tot (h), moet ook van die volgende suggesties kennis geneem word:

- (i) Mirfield<sup>127</sup> verwys na *die aard van die getuienis wat ingesamel is.* Soos blyk uit *Stillman*,<sup>128</sup> is dit belangrik om vas te stel of dit gaan om getuienis wat tot stand gekom het as gevolg van die skending of om getuienis wat voor die skending reeds bestaan het.
- (j) Gibson<sup>129</sup> noem ook *die effek wat die skending op die betroubaarheid van die getuienis*

<sup>124</sup> Sien ook Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 451 & 456; *R v Smith supra*.

<sup>125</sup> *Supra* 262.

<sup>126</sup> 'n Grondwetlike reg is volgens die skrywers (n 20) 'n reg wat deur die Grondwet geskep word. 'n Voorbeeld daarvan is die reg op regsverteenvoordinging. Dit is een van die belangrikste grondwetlike regte omdat dit 'n faset van 'n beskuldigde se reg op 'n billike verhoor vorm. 'n Grondwetlike belang daarenteen, is die belang van 'n regsobjek wat deur die grondwetlike reg beskerm word (n 21). Hulle verklaar dat 'n ongrondwetlike visentering van 'n persoon se liggaam baie ernstiger is as 'n ongrondwetlike opdrag om sy bestuurderslisensie te toon. Netso word ongrondwetlike visentering van 'n persoon se woonhuis in lig van sy verwagting op privaatheid van sy huis, as baie ernstig beskou.

<sup>127</sup> (1988) 30 *Crim LQ* 456.

<sup>128</sup> *Supra*.

<sup>129</sup> (1984) 13 *Manitoba LJ* 498.

het.<sup>130</sup>

- (k) Regter L'Heureux-Dube meld in *R v Duguay*<sup>131</sup> ook *die duur en intensiteit van die aanhouding in geval van 'n beweerde skending van 'n beskuldigde se artikel 9-reg om nie arbitrêr aangehou te word nie.*

*R v Greffe*<sup>132</sup> bied 'n goeie voorbeeld van hoe sommige van die faktore (a) tot (k) *supra*, praktiese toepassing vind. Die feite toon nogal heelwat ooreenstemming met die van *Collins*. Doeanbeamptes by die Calgary lughawe het vertroulike inligting ontvang dat Greffe op 'n vlug vanaf Amsterdam is en 'n onbekende hoeveelheid heroïen by hom het. Nadat hy die lughawegebou binnegekom het, is sy bagasie deursoek maar geen dwelms is daarin gevind nie. As gevolg van verdere inligting is besluit om sy persoon te visenteer. Hy is na 'n vertrek geneem waar hy alleen saam met sy visenteerders was. Hy was meegedeel dat hy deursoek gaan word. Sy reg op regsverteenvoering was egter nie aan hom verduidelik nie. Sy klere en liggaam is toe gevisenteer. Hy is ook gevra om vooroor te buig sodat 'n visuele visentering van sy anus gedoen kon word. Die visentering het vyf tot tien minute geduur en sy liggaam was geensins betas nie. Geen dwelms was gevind nie. Die beskuldigde was toe gearresteer en vir 'n rektale ondersoek na die hospitaal geneem. Die ondersoek, uitgevoer deur 'n mediese dokter, het twee voorwerpe in sy dikderm ongeveer agt sentimeter vanaf sy rektum, getoon. 'n Kondoom bevattende twee pakkies van veertig gram heroïen elk, was uit sy dikderm verwyder.

Die Hooggeregshof het bevind dat die beskuldigde oorspronklik nie vir besit van dwelms

---

<sup>130</sup> Sien ook die minderheidsuitspraak van L'Heureux-Dubé in *R v Burlingham supra*.

<sup>131</sup> *Supra* 31.

<sup>132</sup> [1990] 75 CR (3d) 257; 46 CRR 1 (SCC).

gearrester was nie maar op grond van verskeie lasbriewe vir verkeersdagvaardings wat hy verontagsaam het. *Vir die dwelms is hy sonder lasbrief gearrester.* Sy arrestasie vir die dwelms en sy daaropvolgende visentering was ongrondwetlik.<sup>133</sup> Sy reg tot regsverteenvoordinging was ook nie aan hom verduidelik nie. Die hof het beslis dat aangesien die visentering sonder lasbrief plaasgevind het, het die bewyslas op die vervolging gerus om op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys dat die visentering redelik was. Die polisie se optrede het bestaan uit 'n aantal visenterings wat progressief al hoe erger geword het. Die feit dat die rektale ondersoek plaasgevind het nadat die beskuldigde op grond van 'n verkeerslasbrief(!) gearrester is, is as 'n baie ernstige skending van sy grondwetlike regte beskou. Die hof het die gevolge van uitsluiting van die getuienis gebalanseer teenoor die langtermyn gevolge van toelating daarvan in die lig van die erns van die skending. Die hof het tot die gevolgtrekking gekom dat die regspleging in groter diskrediet gebring sal word deur kondonering van die polisie se optrede as deur die uitsluiting van die getuienis. Die gebruik van 'n verkeerslasbrief as 'n rookskerm om die beskuldigde aan 'n hoogs indringende rektale ondersoek te onderwerp terwyl hulle nie redelike gronde gehad het om te glo dat hy dwelms in sy besit het nie, dui op uiterste kwade trou aan die kant van die owerheidsamptenare.

---

<sup>133</sup> Artikel 10 van die Narcotic Control Act van 1970 bepaal:

“A peace officer may, at any time,

- (a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling house, and under authority of a writ of assistance or a warrant issued under this section, enter and search any dwelling house in which he reasonably believes there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed;
- (b) search any person found in such place.”

Ingevolge die gemenerereg is die polisie egter geregtig om 'n persoon wat hulle regmatig gearrester het, te visenteer en beslag te lê op artikels wat hulle op sy persoon vind wat hulle redelikerwys glo met die misdaad waarvoor hy gearrester is, verband hou - sien Stuart *Charter Justice* 192-193. Die hof het bevind dat die arrestasie nie regmatig was nie omdat die beamptes nie 'n lasbrief vir die beskuldigde se arrestasie gehad het nie en ook nie “reasonable and probable grounds”, wat 'n vereiste vir arrestasie sonder 'n lasbrief is, gehad het om aan te neem dat die beskuldigde in besit van heroïen was nie.

Uit *R v Pohoretsky*<sup>134</sup> is dit duidelik dat die hof 'n baie hoër premie plaas op die privaatheid van 'n persoon se liggaam as op sy goed. Sommige tipes ongrondwetlike visenterings van die liggaam word ook ernstiger as ander beskou. In *R v Simmons*<sup>135</sup> is byvoorbeeld onderskei tussen visentering van 'n persoon se bagasie, visentering van sy liggaam tot op sy ontblote vel en die ondersoek van liggaamsholtes. Laasgenoemde is beskryf as die "most highly intrusive type of search ... sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and other highly invasive means"<sup>136</sup>

Skending van 'n persoon se reg op sy liggaamlike integriteit word as baie ernstiger as skending van die privaatheid van sy kantoor of selfs sy huis beskou.<sup>137</sup> Twee sake waarin die erns van die skending van 'n persoon se innerlike liggaam sterk na vore gekom het, is *R v Pohoretsky*<sup>138</sup> en *R v Dymont*.<sup>139</sup> In *Pohoretsky* is 'n bloedmonster van die beskuldigde op versoek van die polisie geneem terwyl die beskuldigde bewusteloos-dronk in die hospitaal gelê het. Die hof het beslis dat die polisie nie onopsetlik en te goeder trou opgetree het toe hulle die monster laat neem het nie en dat die beskuldigde se reg op privaatheid deur die neem van die bloedmonster geskend was. Die resultaat van die ontleding van die bloedmonster is dus nie as getuienis in 'n saak van bestuur onder die invloed van drank, toegelaat nie. In *Dymont* het die beskuldigde bewusteloos en vrybloeiend as gevolg van 'n motorongeluk in die hospitaal gelê. 'n Dokter het van die vloeiende bloed vir mediese doeleindes opgevang. Die monster van die bloed is daarna aan 'n

<sup>134</sup> [1987] 1 SCR 945; 58 CR (3d) 113; 33 CCC (3d) 398; 29 CRR 238 (SCC).

<sup>135</sup> [1988] 2 SCR 495, 66 CR (3d) 297, 45 CCC (3d) 296; 38 CRR 252 267-268 (SCC).

<sup>136</sup> 267-268.

<sup>137</sup> *R v Pohoretsky supra* 241.

<sup>138</sup> *Supra*.

<sup>139</sup> [1988] 66 CR (3d) 348 (SCC).

polisiebeampte oorhandig. Hy het dit vir ontleding gestuur sodat die resultaat gebruik kon word om 'n aanklag van bestuur van 'n voertuig terwyl die beskuldigde onder invloed van drank was, te bewys. Die monster was sonder die beskuldigde se toestemming en sonder 'n lasbrief geneem. Die hof het gelas dat die resultaat van die bloedmonster-ontleding uitgesluit moet word omdat die beskuldigde se grondwetlike reg op privaatheid deur die neem van die monster geskend was.

Die feit dat die skending ernstig is, beteken egter nie noodwendig dat die getuienis uitgesluit sal word nie. In *R v Silveira*<sup>140</sup> het die polisie die beskuldigde se huis sonder 'n visenteringslasbrief betree ten einde toe te sien dat reële getuienis nie verwyder word nie terwyl ander polisie om 'n visenteringslasbrief gaan aansoek doen het. Die Hooggeregshof het hulle optrede beskryf as “hard to imagine a more serious infringement of an individual’s right to privacy”.<sup>141</sup> Maar die reële getuienis (dwelms) gevind tydens die visentering, is nogtans toegelaat. Die hof het bevind dat die erns van die skending afgeskaal word deur die dringendheid van die omstandighede en as gevolg van: (a) die aard van die misdryf; (b) die publisiteit van die arrestasies en die feit dat die polisie geglo het dat dit noodsaaklik is om die perseel binne te gaan ten einde getuienis te beveilig; en (c) die polisie het te goeder trou opgetree omdat nie redelikerwys van hulle verwag kon word om ander ondersoekmetodes, soos verkryging van 'n visenteringslasbrief, te gebruik nie aangesien hulle oor beperkte inligting beskik het in omstandighede wat onmiddellike optrede geverg het.

Hierdie uitspraak het baie van die wiplankryery van die verlede uitgeskakel want die hof het duidelik aangedui dat die toets of die polisie te goeder trou opgetree het, nie subjektief beoordeel moet word nie. Die vraag behoort te wees wat redelikerwys van hulle verwag kon word.

---

<sup>140</sup> *Supra.*

<sup>141</sup> 201.

In *R v Genest*<sup>142</sup> het 'n groot groep polisiebeamptes na die beskuldigde se huis gegaan om dit vir dwelms te visenteer. Hulle het 'n visenteringslasbrief gehad maar dit was opsigtelik defektief. Hulle het die deur oopgebreek sonder om vooraf 'n waarskuwing te gee. Tydens die visentering is gevestigde reëls en beperkings in verband met visentering en van toepassing op die polisie, blatant geïgnoreer. Geen dwelms is gevind nie. Maar die polisie het beslag gelê op wapens wat hulle by die huis gevind het. Die hof het bevind dat daar sterk aanduidings is dat die visentering deel gevorm het van 'n *patroon van misbruik van visenteringsmagte*. Die hof het die erns van die skending getoets aan die hand van die vraag of dit plaasgevind het onder omstandighede waar daar 'n werklike bedreiging, gemik op die polisie of die gemeenskap, was. Die hof het beslis dat die moontlikheid van geweld nie aan die polisie 'n vrypas verleen om alle beperkinge wat op hulle geplaas is, oorboord te gooi nie. Hoe groter die afwyking van die beperkings wat die gemenerereg en die *Charter* op hulle plaas, hoe swaarder is die onus wat op hulle rus om aan te toon waarom hulle gedink het dit is noodsaaklik om geweld te gebruik om 'n visentering of arrestasie uit te voer. Die hof het beslis dat getuienis van die wapens uitgesluit moet word.

In *R v Elshaw*<sup>143</sup> is verklaar dat die maatstaf van 'n billike verhoor en die maatstaf rakende die erns van die skending, alternatiewe gronde vir die *uitsluiting* van getuienis is en nie alternatiewe gronde vir die *toelating* daarvan nie. Volgens Stuart<sup>144</sup> is die gevolg van hierdie beslissing dat indien daar eenkeer vasgestel is dat die getuienis verkry is op 'n wyse wat die verhoor onbillik maak, daar geen rede is om die erns van die skending te oorweeg nie.

---

<sup>142</sup> [1989] 45 CCC (3d) 385; 67 CR (3d) 224; 1 SCR 59; 37 CRR 252 (SCC).

<sup>143</sup> *Supra*.

<sup>144</sup> *Charter Justice* 496-497.

### 5.2.3 DIE EFFEK WAT UITSLUITING VAN DIE GETUIENIS OP DIE AANSIEN VAN DIE REGSPLEGING SAL HÊ

Regter Lamer het in *Collins*<sup>145</sup> gewaarsku dat uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, net so skadelik vir die aansien van die regspleging kan wees en die regspleging net so in diskrediet kan bring as toelating daarvan. Hoe ernstiger die misdaad, hoe groter die moontlikheid dat uitsluiting van getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Uitsluiting van noodsaaklike getuienis in 'n ernstige saak weens 'n onbeduidende skending van 'n grondwetlike reg, sál die regspleging in diskrediet bring. Indien toelating van die getuienis egter tot 'n onbillike verhoor sal lei, kan die erns van die misdaad dit nie toelaatbaar maak nie. Die vraag of getuienis toegelaat of uitgesluit behoort te word, behels dat 'n balans gesoek moet word tussen twee belange – die belang dat die waarheid voor die hof geplaas word teenoor die belang dat die integriteit van die regspleging ongeskonde bly.

In *R v Feeney*<sup>146</sup> het die Hooggeregshof ná beoordeling van die billike verhoor-vereiste, beslis dat toelating van die getuienis aangaande die geld, bloedbevlekte hemp, skoene en sigarette die regspleging in groter diskrediet sal bring as die uitsluiting daarvan. Die hof het verklaar dat enige prys wat die gemeenskap moet betaal weens vryspraak van 'n beskuldigde as gevolg van uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, ten volle geregverdig is in 'n vrye en demokratiese gemeenskap waarin die “rule of law” geld.

In *R v Evans*<sup>147</sup> is beslis dat 'n bekentenis wat verkry was ná skending van die grondwetlike regte

---

<sup>145</sup> [1987] 28 CRR 122; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>146</sup> [1997] 44 CRR (2d) 1 39 (SCC).

<sup>147</sup> 'n Appèl in die *British Columbia court of appeal* wat uitgeloop het op *R v Evans* [1991] 4 CR (4<sup>th</sup>) 144; 3 CRR (2d) 315 (SCC).



van 'n beskuldigde wat aangekla was van 'n dubbele moord, toegelaat moes word omdat daar niks nadeliger is vir die goeie naam van die regspleging nie as “letting the accused, a self-confessed killer, go free to kill again on the basis of such infringements.”<sup>148</sup> Die Hooggeregshof het egter getwyfel of die inhoud van die bekentenis die waarheid is en die hof van appèl se beslissing omvergewerp. Regter McLachlin, wat die eenparige uitspraak van die Hooggeregshof gelewer het, het die beslissing soos volg gemotiveer:

“To justify the unfairness of his trial by presuming his guilt is to stand matters on their head and violate that most fundamental of rights, the presumption of innocence. Few things could be more calculated to bring the administration of justice into disrepute than to permit the imprisonment of a man without a fair trial. Nor, as a practical matter, can it be said that such imprisonment would achieve the end sought by Southin J.A., namely, the prevention of further murders by the killer of Ms Seto and Ms Willems. Only a conviction after a fair trial based on reliable evidence could give the public that assurance.”<sup>149</sup>

In *R v Burlingham*<sup>150</sup> het die hof beklemtoon dat selfs persone wat beskuldig word van die heel ernstigste misdrywe, geregtig is op volle beskerming van hulle regte vervat in die *Charter*.

Regter Iacobucci het die regsposisie soos volg uiteengesit:

“Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused, but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be emphasized that the goals of preserving the integrity of the criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2).”<sup>151</sup>

Regter L'Heureux-Dubé se standpunt is dat hierdie faktor (die aansien van die regspleging) eintlik 'n afweging van belange behels. Die hof moet die voordeel wat toelating van die getuienis vir die gemeenskap mag inhou, opweeg teen die nadeel wat vir gemeenskaps- en individuele belange uit die toelating van die getuienis mag voortvloei.<sup>152</sup> In *R v Duguay*<sup>153</sup> het sy die feit dat

<sup>148</sup> Aangehaal deur McLachlin R op 334 (CRR uitg).

<sup>149</sup> 334-335.

<sup>150</sup> *Supra* 269 CRR; 242 SCR.

<sup>151</sup> 269.

<sup>152</sup> *R v Burlingham supra* 296.

die misdaad ernstig is en strafbaar is met die swaarste moontlike straf (naamlik lewenslange gevangenisstraf), en dat die gewraakte getuienis baie betroubaar en van groot bewyswaarde is, in aanmerking geneem. Die skending daarenteen was van 'n geringe aard. Die klaer was bewus daarvan dat die beskuldigdes erken het dat hulle die misdaad gepleeg het en van die gesteelde goed was in hulle besit gevind. Onder hierdie omstandighede sal uitsluiting van die getuienis die regspleging in diskrediet bring.

By oorweging van die aansien van die regspleging moet in gedagte gehou word dat die beskikbaarheid van ander remedies irrelevant is omdat die bestaan van alternatiewe remedies nie die oneer wat die toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis aan die regspleging veroorsaak, verminder nie.

Stuart<sup>154</sup> betoog dat oorweging van die aansien van die regspleging eintlik maar lippediens is omdat die hof na oorweging van die erns van die skending, reeds besluit het of die getuienis toegelaat of uitgesluit moet word. Oorweging van die aansien van die regspleging is maar net 'n rookskerm om die hof se gewete te sus.

Paciocco<sup>155</sup> koop nie die regters se aanspraak dat hulle getuienis uitsluit om die integriteit van die regstelsel te beskerm nie. Hy maak die stelling dat dit bekend is dat hulle dit uitsluit om hulle eie integriteit te beskerm ongeag watter effek toelating daarvan op die reputasie van die regstelsel sal hê.

---

<sup>153</sup> [1989] 67 CR (3d) 252; 38 CRR 1; 1 SCR 93 (SCC).

<sup>154</sup> *Charter Justice* 515.

<sup>155</sup> (1990) 32 *Crim LQ* 327.

### 5.3 IS GETUIENIS WAT INGEVOLGE ARTIKEL 24(2) UITGESLUIT IS, VIR ALLE DOELEINDES UITGESLUIT?

Die vraag of getuienis wat ingevolge artikel 24(2) uitgesluit word, vir alle doeleindes gedurende daardie verhoor uitgesluit is, is nog nie finaal beantwoord nie. In *R v Rousseau*<sup>156</sup> het die Ontario distriktshof beslis dat getuienis wat tydens die verhoor op die meriete uitgesluit is, ook nie in die verrigtinge ten opsigte van vonnis aangebied mag word nie. Die hof se motivering was dat die verrigtinge waartydens die hof oor die beskuldigde se skuld moet besluit en die vonnisverrigtinge nie aparte verrigtinge is nie. Latere toelating van die getuienis vir doeleindes van vonnis, sal nie sin maak nie.

In *R v Kuldip*<sup>157</sup> is beslis dat die diskreditering van 'n beskuldigde met behulp van 'n teenstrydige verklaring wat 'n beskuldigde in vorige verrigtinge gemaak het, nie neerkom op skending van sy reg ingevolge artikel 13 van die *Charter* nie.<sup>158</sup> Dit het professor Delisle<sup>159</sup> die gevolgtrekking laat maak dat die vervolging 'n vorige teenstrydige verklaring wat die beskuldigde gemaak het maar wat uitgesluit is omdat dit ongrondwetlik verkry is, mag gebruik om sy geloofwaardigheid aan te val. In *R v Calder*<sup>160</sup> het die Hooggeregshof egter beslis dat *Kuldip* nie gesag daarvoor is nie. Die hof se standpunt was dat die vervolging nie getuienis wat reeds uitgesluit is, mag gebruik om 'n beskuldigde se geloofwaardigheid aan te val nie behalwe in baie beperkte omstandighede

---

<sup>156</sup> [1990] 54 CCC (3d) 378; 49 CRR 181 (Ont Dist Ct).

<sup>157</sup> [1990] 1 CR (4<sup>th</sup>) 285; 1 CRR (2d) 110 (SCC).

<sup>158</sup> Artikel 13 bepaal: "A witness who testifies in any proceeding has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence."

<sup>159</sup> "Annotation to *Kuldip*" (1991) 1 CR (4<sup>th</sup>) 286 287 soos aangehaal deur Stuart *Charter Justice* 517 n 403.

<sup>160</sup> [1996] 46 CR (4<sup>th</sup>) 133; 34 CRR (2d) 189 (SCC).

(wat nie deur die hof uitgespel is nie).<sup>161</sup>

#### 5.4 IS GETUIENIS VERKRY DEUR SKENDING VAN 'N DERDE PARTY SE GRONDWETLIKE REGTE OOK ONDERHEWIG AAN UITSLUITING INGEVOLGE ARTIKEL 24(2)?

Indien artikel 24(2) in isolasie geles word, kom dit voor asof 'n bevoegde hof die bevoegdheid het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit selfs al was die beskuldigde nie self die slagoffer van die skending nie.

Hendel & Sankoff<sup>162</sup> betoog egter dat dit nie van toepassing is op getuienis verkry as gevolg van skending van 'n derde party se regte wat betrekking het op hierdie derde party se reg op 'n billike verhoor nie. Die onbillike verhoor beginsel het net betrekking op ongrondwetlik-verkreë selfinkriminerende getuienis. Sulke getuienis kan nie deur skending van derde partye se grondwetlike regte verkry word nie omdat dit gaan oor 'n *beskuldigde* se reg om nie getuienis teen homself te verskaf nie. Die skrywers verklaar:<sup>163</sup>

“For example, suppose evidence is obtained in contravention of A’s s. 8 rights ... At A’s trial, the evidence is admitted after a s. 24(2) inquiry. It would be incongruous for B to then argue that his or her s. 7 right would be violated by the admission of that evidence at his or her trial. It has been previously determined that the administration of justice would not be brought into disrepute by admitting that evidence in the former proceeding ... Two rationales for excluding evidence have been developed: (1) where the fairness of the trial would be compromised, and (2) where the violation was so serious that the

<sup>161</sup> Sien ook Tanovich “*Calder*: Using Unconstitutionally Obtained Evidence to Impeach” (1994) 35 CR (4<sup>th</sup>) 82; Rose “*Calder* Successes Will Be Rare and the Procedure Uncertain” (1996) 46 CR (4<sup>th</sup>) 151 en Scott “*Calder*, The Charter Triumphs the Truth-seeking Tool of Impeaching the Accused with a Prior Inconsistent Statement” (1996) 46 CR (4<sup>th</sup>) 161. Op 166 verklaar lg skrywer dat “for all practical purposes, the door is now closed on the use of prior inconsistent statements held to be *Charter* inadmissible to impeach the credibility of the accused.” Die benadering in Kanada verskil dus van die posisie in Suid-Afrika en in die VSA. Sien par 3.6.2 *supra* waar *Harris v New York* 401 US 222 (1971) bespreek is.

<sup>162</sup> “*R v Edwards*: When Two Wrongs Might Just Make a Right” (1996) 45 CR (4<sup>th</sup>) 330 338-339.

<sup>163</sup> 338-339. My beklemtoning.

judiciary could not condone it ... *The first rationale would rarely provide a ground for exclusion, since its primary focus, to protect against selfincrimination, would not give rise to a concern, as this is truly a personal right which could only affect A's trial.*"

Getuienis wat betrekking het op die tweede been van die uitsluitingsdiskresie<sup>164</sup> is egter 'n perd van 'n ander kleur. Artikel 24(2) werk eintlik deur artikel 24(1). In *R v Edwards*<sup>165</sup> het regter La Forest dit soos volg verduidelik:

"As I noted earlier, s. 24(2) provides remedies only to applicants whose *own Charter* rights have been infringed. This position was adopted by Wilson J. in *Rahey, supra*, at p. 294 C.R.R., p. 619 S.C.R., when she stated:

'... I want to stress the following. An application for relief under s. 24(2) can only be made by a person whose right under s. 11(b) has been infringed. This is clear from the opening words of s. 24(1).'"

In *Rahey v R*<sup>166</sup> is verklaar dat artikel 24(1) vir doeleindes van skending van 'n persoon se artikel 11(b)-regte, net beskikbaar is aan 'n persoon wie se regte inderdaad geskend is. In *Edwards* moes die Hooggeregshof beslis of getuienis verkry as gevolg van skending van 'n derde party se grondwetlike reg op privaatheid, teen 'n beskuldigde toelaatbaar is. Die polisie het inligting ontvang dat die beskuldigde vanuit sy motor handel dryf in kokaïen en sy voorrade in óf sy eie óf sy vriendin se woonstel hou. Die polisie was ook daarvan bewus dat sy bestuurderslisensie opgeskort was. Op die dag van sy arrestasie het hulle gesien dat hy na sy vriendin se woonstel ry en kort daarna weer vertrek. Hulle het hom gestop en opgemerk dat hy 'n voorwerp so groot soos 'n gholfbal, toegedraai in sellofaan, insluk. Hulle het hom toe gearresteer. Sy arrestasie was regmatig omdat hy die motor bestuur het terwyl sy bestuurderslisensie opgeskort was en hulle deur wetgewing gemagtig was om 'n persoon wat 'n motor bestuur terwyl sy bestuurderslisensie opgeskort is, te arresteer. Hulle het vermoed dat daar kokaïen in sy vriendin se woonstel is. Hulle het egter nie oor genoeg inligting beskik op grond waarvan 'n visenteringslasbrief om die

<sup>164</sup> Die erns van die skending.

<sup>165</sup> [1996] 1 SCR 128; 33 CRR (2d) 226 241; 45 CR (4<sup>th</sup>) 307 (SCC)

<sup>166</sup> [1987] 33 CRR 275 294 (SCC).

woonstel te visenteer, aan hulle uitgereik sou kon word nie. Hulle is toe na haar woonstel en het 'n klomp leuens en halwe waarhede aan haar vertel ten einde toegang tot die woonstel te bekom. Sy het hulle later binnege laat. Op die polisie se navraag waar die beskuldigde se kokaïen is, het sy hulle na 'n kussing op 'n rusbank verwys. In die kussing het hulle 'n groot hoeveelheid kokaïen gevind. Sy is later ook gearresteer. Die polisie het nie aan haar verduidelik dat sy hulle toegang mag weier voordat hulle haar woonstel binnegegaan het nie. Hulle het haar reg op regsverteenvoordiging ook nie na haar arrestasie aan haar verduidelik nie. Die beskuldigde en sy vriendin was daarna saam aangekla van besit van dwelms vir doeleindes van verkoop. Maar die saak teen haar is later teruggetrek. Die verdediging het die verhoorhof versoek om die getuienis van die kokaïen uit te sluit omdat dit verkry was na skending van beskuldigde se vriendin se grondwetlike regte. Die hof het egter beslis dat sy reg op privaatheid nie geskend was deur die visentering van sy vriendin se woonstel nie en dat hý nie kan aanspraak maak op uitsluiting van getuienis op grond van skending van háár reg op privaatheid nie. Ongrondwetlik-verkreë getuienis is slegs aan uitsluiting onderhewig indien die beskuldigde se eie regte geskend is. Die beskuldigde het nie 'n redelike verwagting op privaatheid in haar woonstel gehad nie. Die hof het die getuienis dus toegelaat. Die beslissing is deur die *court of appeal* bekragtig.

Die Hooggeregshof het ook bevestig dat slegs 'n persoon wie se grondwetlike regte werklik geskend is, op uitsluiting van getuienis ingevolge artikel 24(2) kan aanspraak maak. Soos alle ander regte vervat in die *Charter*, is die reg vervat in artikel 8 'n persoonlike reg wat mense, en nie persele nie, beskerm.<sup>167</sup> Getuienis verkry na skending van 'n persoon se artikel 8-regte, kan net uitgesluit word indien die beskuldigde 'n redelike verwagting op privaatheid gehad het en die polisie hierdie reg geskend het. Alle tersaaklike omstandighede moet in aanmerking geneem

---

<sup>167</sup> Cory R, wat die meerderheidsuitspraak gelewer het, het op 234 in hierdie verband verwys na *Katz v United States* 389 US 347 (1967) 351 waar Stewart R verklaar het dat "the Fourth Amendment protects people, not places".

word om te bepaal of hy 'n redelike verwagting op privaatheid kon gehad het. Faktore wat onder andere 'n rol speel, is: (a) of die beskuldigde teenwoordig was op die perseel toe die visentering plaasgevind het; (b) of hy besit of beheer het oor die eiendom of plek wat gevisenteer is; (c) of hy eienaar is van die eiendom of perseel; (d) wie het die eiendom of saak histories gebruik; (e) die moontlikheid om toegang tot die eiendom te beheer en persone toegang te verleen of te weier; en (f) of die beskuldigde 'n subjektiewe verwagting van privaatheid gehad het en of die verwagting objektief redelik was.

Regter Cory het in aanmerking geneem dat, ofskoon die beskuldigde soms in sy vriendin se woonstel oornag het, hy bloot 'n besoeker was. Hy het nie bygedra tot die huishoudelike uitgawes of woonstelhuur nie. Hy het wel 'n sleutel van haar woonstel gehad, maar sy kon hom te eniger tyd toegang verbied het. Hy was niks meer as 'n voorkeur gas nie. Die feit dat hy nie vrye toegang tot die woonstel gehad het nie en hom nie kon inmeng met haar doen en late in die woonstel nie, is beskou as 'n belangrike aanduiding dat hy nie 'n redelike verwagting van privaatheid gehad het nie.

Regter La Forest het skerp van die meerderheid verskil. Sy standpunt was dat artikel 8 nie slegs persone wat 'n persoonlike reg op privaatheid voortspruitende uit eiendomsreg het, beskerm nie: Artikel 8 beskerm alle persone teen onredelike visentering en beslaglegging.

Hendel & Sankoff<sup>168</sup> kritiseer die beslissing van die Hooggeregshof. Hulle betoog eerstens dat toelating van getuienis wat bekom is as gevolg van skending van derde partye se grondwetlike regte, die boodskap kan uitdra dat die howe skending van persone se grondwetlike regte sanksioneer. Toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis is nie in ooreenstemming met die

---

<sup>168</sup> (1996) 45 CR (4<sup>th</sup>) 330.

beginsel van fundamentele geregtigheid nie, ongeag wie se regte geskend is. Tweedens betoog hulle dat artikel 24(2) vereis dat 'n hof alle omstandighede in aanmerking moet neem om te bepaal of toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Alle omstandighede sluit die feit dat die polisie 'n geneigdheid het om persone se grondwetlike regte te skend in. Hierdie geneigdheid kan onder andere afgelei word uit die skending van die regte van die derde partye. Dit verhoog die erns van die skending en negatiewer 'n aanspraak van goeie trou aan die kant van die polisie. Onaanvaarbare gedrag teenoor enige individu gedurende die ondersoekstadium werk negatief in op die aansien van 'n regstelsel.

Die beginsel dat die uitsluiting van getuienis net geaktiveer word deur skendings van die beskuldigde se grondwetlike regte, is ook gevolg in *R v Silveira*.<sup>169</sup>

Stuart<sup>170</sup> verklaar met verwysing na *R v Sandhu*,<sup>171</sup> *R v Arason*<sup>172</sup> en *R v Spinelli*<sup>173</sup> dat daar in die laer houe konsensus is dat getuienis nie ingevolge artikel 24(2) uitgesluit kan word as gevolg van skending van die redelike verwagting van privaatheid van 'n derde partye nie. 'n Beskuldigde kan nie aanspraak maak op uitsluiting van getuienis verkry deur skending van die grondwetlike regte van sy mede-beskuldigde of deur ongrondwetlike visentering van persele waarop hy nie 'n redelike reg op privaatheid het nie.

<sup>169</sup> [1994] 20 CRR (2d) 161(ONT CA). Sien veral 173 waar verklaar is: "While I do not wish to be taken as condoning illegal intrusions onto private property, it is only the *Charter* rights of the appellant and the alleged violation of these *Charter* rights with which we are concerned".

<sup>170</sup> *Charter Justice* 206.

<sup>171</sup> [1993] 22 CR (4<sup>th</sup>) 300 (BCCA).

<sup>172</sup> [1992] 78 CCC (3d) 1 (BCCA).

<sup>173</sup> [1995] 101 CCC (3d) 385 (BCCA).



## 5.5 GETUIENIS VERKRY AS GEVOLG VAN 'n LOKVAL

In *Amato v R*<sup>174</sup> is beslis dat die feit dat 'n misdryf tydens 'n lokval gepleeg is, nie 'n substantiewe verweer is nie maar prosesregtelik wel as 'n verweer kan geld. Die grondslag van die verweer is misbruik van die hof se proses. Die hof spreek nie die beskuldigde vry nie maar weerhou sy proses van die vervolging en vaardig 'n bevel uit dat die verrigtinge gestaak word omdat beskikbaarstelling van die proses aan die vervolging die regspleging onder die omstandighede, in diskrediet sal bring. Die vereistes waaraan voldoen moet word om die verweer te aktiveer, is dat "an offence must be instigated, originated or brought about by the police and the accused must be ensnared into the commission of that offence by the police conduct."<sup>175</sup> Die polisie se doel met die operasie moes gewees het om getuienis van die misdaad wat die beskuldigde uitgelok is om te pleeg, teen hom te kry. In *R v Jewitt*<sup>176</sup> is beslis dat so 'n bevel analoog is aan 'n vryspraak en vatbaar is vir appèl. Die rasionaal vir die beginsel is dat die integriteit van die hof gehandhaaf moet word. In *R v Mack*<sup>177</sup> is beslis dat 'n lokval twee vorme kan aanneem, naamlik (1) die blote skepping van die geleentheid vir die dader om 'n misdryf te pleeg; en (2) die oorhaal van die beskuldigde om 'n misdryf te pleeg wat hy nie sou gepleeg het indien dit nie vir die onaanvaarbare optrede van die wetstoepassers (of hulle handlangers) was nie. Om te bepaal of die dader oorgehaal is om die misdryf te pleeg, moet die polisie se optrede objektief beoordeel word. Faktore wat in aanmerking geneem moet word, is: (a) die aard van die misdryf wat die beskuldigde gepleeg het en of die misdryf deur ander metodes ontdek kon gewees het; (b) of 'n ander persoon in dieselfde posisie as die beskuldigde, ook deur die optrede

---

<sup>174</sup> [1982] 2 SCR 418; 69 CCC (2d) 31; 140 DLR (3d) 405 (SCC).

<sup>175</sup> 446.

<sup>176</sup> [1985] 2 SCR 128; 21 CCC (3d) 7; 47 CR (3d) 193; 20 DLR (4<sup>th</sup>) 651 (SCC).

<sup>177</sup> [1988] 37 CRR 277 (SCC).

van die wetstoepassers of hulle handlangers oorgehaal sou gewees het om die misdryf te pleeg; (c) of die wetstoepassers of hulle handlangers die beskuldigde aanhoudend lastig geval het om in die misdryf betrokke te raak en die aantal pogings wat deur hulle aangewend is om die dader oor te haal om dit te doen voordat hy ingegee het; (d) wat die wetstoepassers of hulle handlangers gebruik het as lokaas om die beskuldigde oor te haal om die misdryf te pleeg (soos byvoorbeeld misleiding, bedrog of vergoeding); (e) of die wetstoepassers of hulle handlangers die misdryf geïnisieer het en of hulle maar net in bestaande kriminele aktiwiteite infiltrer het; (f) of die wetstoepassers of hulle handlangers misbruik gemaak het van menslike swakhede van die beskuldigde (soos emosies van medelye, simpatie en vriendskap); (g) of die wetstoepassers of hulle handlangers misbruik gemaak het van swakhede in die beskuldigde se persoonlikheidsamestelling of die feit dat hy aan eksterne middels verslaaf is; (h) die verhouding tussen die bydrae wat die beskuldigde gelewer het tot die pleging van die misdryf teenoor dié wat die wetstoepassers of hulle handlangers gelewer het; (i) of die pleging van die misdryf gepaard gegaan het met dreigemente deur die wetstoepassers of hulle handlangers teenoor die beskuldigde; (j) of die wetstoepassers se optrede gemik was op ondermyning van ander grondwetlike waardes.

Die beskuldigde moet op 'n oorwig van waarskynlikhede bewys dat die lokval op misbruik van die regsproses neerkom. Die toets of die wetstoepassers of hulle handlangers se optrede op misbruik van die regsproses neerkom, is analoog aan die kriterium wat vir uitsluiting van getuienis ingevolge artikel 24(2) geld, naamlik of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring.

## 5.6 VOORLOPIGE GEVOLGTREKKING

Ten spyte van die feit dat die Kanadese wetgewer artikel 24(2) juis in die *Charter* geplaas het om die ontwikkeling van 'n rigiede uitsluitingsreël in die geval van ongrondwetlik-verkreë getuienis te voorkom,<sup>178</sup> is dit uit die Kanadese regspraak duidelik dat daar vinnig in die rigting van 'n baie omvattende uitsluitingsreël beweeg word. Hogg<sup>179</sup> betreur hierdie situasie en verklaar:

“In place of an inquiry into the nature and circumstances of each Charter breach, a body of jurisprudence is beginning to reject entire classes of evidence on the ground that they would not have been discovered ‘but for’ a breach of the Charter. This is leading us back to a more rigid exclusionary rule. The discoverability rule will also have the effect of side-tracking criminal trials into hypothetical inquiries into what would have happened if the Charter breach had not occurred. These are unfortunate developments. Section 24(2) calls for evidence to be excluded only where ‘having regard to all of the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute’. Both the language and the spirit of s. 24(2) suggest that the exclusion of evidence should be based on a more exacting and a more relevant standard than a mere finding that the evidence would not have been discovered but for the Charter breach.”

Daar word aan die hand gedoen dat die Suid-Afrikaanse howe by die interpretasie van artikel 35(5) van die Grondwet besonder versigtig sal moet wees om te verseker dat artikel 35(5) nie maar net in 'n toenemende aantal gevalle tot uitsluiting aanleiding sal gee nie. Hiermee word nie te kenne gegee dat artikel 35(5) deurlopend aan 'n inkortingsuitleg onderhewig moet wees nie. Só 'n benadering sal die oogmerke van sowel artikel 35(5) as die res van die regte vervat in die Suid-Afrikaanse Handves van Regte frustreer. Wat wel bedoel word, is dat ons howe nie deur middel van die presedenteleer breë of omvattende toetse moet ontwerp wat tot grootskaalse outomatiese uitsluiting van ongrondwetlike-verkreë getuienis aanleiding gee nie. Voorts word aan die hand gedoen dat die Kanadese regspraak rakende die uitleg van artikel 24(2) van die

---

<sup>178</sup> Sien par 5.2 *supra*.

<sup>179</sup> *Constitutional Law of Canada* 975.

*Charter*, uiteraard tegnies geraak het: Die Hooggeregshof se beslissing in *R v Feeney*<sup>180</sup> – soos bespreek in hierdie hoofstuk<sup>181</sup> – is 'n goeie voorbeeld van die “tegnikaliteite” wat in die Kanadese regspraak by die uitleg van artikel 24(2) aangetref word. Oor die algemeen gesproke, wil dit egter blyk asof die Kanadese se ervaring met artikel 24(2) ook deur sommige as 'n suksesverhaal beskryf word. Stuart<sup>182</sup> verklaar:

“Given the history and wording of s. 24(2) the Supreme Court’s approach *has* been expansive. But it is difficult to see why, given its overall purposive approach to the entrenched Charter, the Supreme Court was somehow restricted from making the remedy of exclusion under s. 24(2) meaningful and thus ensuring that Charter rights in the context in the criminal justice system would not be mere rhetoric. Judging from trials resulting in written reasons few criminal trials at present result in exclusion and acquittal. On the other hand, it is quite clear that criminal trials in Canada are no longer always concerned with guilt. Some accused are being acquitted, some of very serious offences indeed, because of judicial commitment to Charter rights and remedies. If the Supreme Court had decided that the remedy of exclusion should be very rare the Charter’s impact in criminal law would, like the Bill of Rights, have vanished. The real possibility that evidence may be excluded has meant that police and prosecutors are held accountable for their conduct in criminal trials in a way that was not possible prior to the Charter.”

---

<sup>180</sup> 1997 44 CRR (2d) 1.

<sup>181</sup> Sien by par 5.2.1.1 *supra*.

<sup>182</sup> *Charter Justice* 520. Beklemtone in die oorspronklike.

**“Daar is net één ding wat erger is as onreg, dit is reg sonder ‘n swaard in die hand. As reg nie mag is nie, is dit ‘n kwaad.”**

Oscar Wilde

## HOOFSTUK 6

### DIE REGSPOSISIE IN SUID-AFRIKA VOOR EN SEDERT KONSTITUSIONALISERING

#### 6.1 DIE PRE-KONSTITUSIONELE ERA

Zeffertt<sup>1</sup> het in 1990 die stelling gemaak dat daar kwalik 'n meer omstrede kwessie in die Suid-Afrikaanse bewysreg is, as die bestaan al dan nie van 'n regterlike diskresie om getuienis uit te sluit. Die skrywer het betoog dat selfs al sou so 'n diskresie bestaan, die basis en die omvang daarvan onseker is.

Nóg die Zuid-Afrika Wet van 1909, nóg die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1961<sup>2</sup> het 'n bepaling bevat dat getuienis wat verkry is in stryd met die bepalings van die Grondwet, 'n ander wet of die gemenerereg, uitgesluit moet word.<sup>3</sup> Die verskillende howe het aanvanklik teenstrydige standpunte ingeneem in verband met die bestaan van 'n regterlike diskresie om getuienis uit te sluit.<sup>4</sup> Dié wat wel die bestaan van so 'n diskresie erken het, het dit gegooi oor die boeg van 'n gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie. Die howe het die diskresie

---

<sup>1</sup> (1990) *Annual Survey of South African Law* 498-499.

<sup>2</sup> Wet 32 van 1961.

<sup>3</sup> Dit geld natuurlik nie vir bekennisse en erkennings nie. Deur wetgewing is vereistes gestel vir die toelaatbaarheid van bekennisse en deur die gemenerereg en regspraak (en later a 219A van die Strafproseswet), vir die toelaatbaarheid van erkennings. Bekennisse en erkennings wat in stryd met die bepalings van óf die Strafproseswet óf die gemenerereg verkry is, is uitgesluit. Sien Schwikkard et al *Principles of Evidence* 185 en 208; Chaskalson et al *Constitutional Law of South Africa* (1996) 26-17.

<sup>4</sup> *S v Zuma* 1995 2 SA 642 (CC) 657F-H; *Ferreira v Levin NO*; *Vryenhoek v Powell NO* 1996 1 SA 984 (CC) 1074.

egter nie eenvormig uitgeoefen nie.<sup>5</sup>

Twee kategorieë getuienis, wat die onderwerp van die uitsluitingsdiskresie gevorm het, kan uitgelig word, naamlik: (a) getuienis afkomstig van 'n beskuldigde en wat deur die vervolging teen hom gebruik is maar wat nie op 'n bekentenis of erkenning neerkom nie (byvoorbeeld vingerafdrukke, palmafdrukke, voetsool- en skoensoolafdrukke, uitwysings, ens.); en (b) reële getuienis verkry deur visentering.

#### 6.1.1 GETUIENIS AFKOMSTIG VAN 'n BESKULDIGDE EN WAT DEUR DIE VERVOLGING TEEN HOM GEBRUIK IS MAAR WAT NIE OP 'n BEKENTENIS OF ERKENNING NEERKOM NIE

In die eerste helfte van hierdie eeu het die Transvaalse, Vrystaatse en Natalse provinsiale afdelings van die Hooggeregshof, bovermelde kategorie getuienis op grond van die *nemo tenetur se ipsum prodere*-leerstuk uitgesluit. In *R v Goorpurshad*<sup>6</sup> was die beskuldigde tydens sy verhoor deur die voorsittende landdros verplig om sy vingerafdrukke teen sy sin aan die vervolging beskikbaar te stel. Op appèl is die skuldigbevinding ter syde gestel. Die hof het bevind dat die vingerafdrukke “improperly obtained” was.<sup>7</sup> Die *ratio* van die beslissing blyk uit *R v Gama*,<sup>8</sup> naamlik: “[I]t is a rule of our procedure that a prisoner cannot be compelled to submit himself for examination for the purposes of aiding the Crown in the proof of its case”.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> *Ferreira v Levin NO; Vryenhoek v Powell NO supra* par [148].

<sup>6</sup> 1914 35 NLR 87.

<sup>7</sup> 89.

<sup>8</sup> 1916 EDL 34.

In *R v Maleleke*<sup>10</sup> was getuienis aangebied dat 'n kaalvoetspoor op die toneel van misdaad gevind is. Die spoor het getoon dat die persoon se kleintoontjie, net soos die beskuldigde s'n, in die lug hang. Die polisie het die beskuldigde beveel om op die spoor te trap om te sien of sy voet daarin pas. Hy het geweier maar 'n polisiebeampte het sy voet op die spoor vasgedruk. Dit het geblyk dat sy voet honderd persent daarin pas. Op grond daarvan is hy skuldig bevind. Op appèl is die skuldigbevinding egter ter syde gestel. Regter-president Curlewis se hoofrede vir uitsluiting van die getuienis was dat die beskuldigde verplig was om homself te verbind met die spoor wat op die toneel gevind is en dat hy die vervolging sodoende gehelp het om hom met die misdaad te verbind. Regter Krause het homself besonder sterk teen die toelating van die getuienis uitgespreek. Hy het verklaar dat dié tipe getuienis “compels an accused person to convict himself out of his own mouth; that it might open the door to oppression and persecution of the worst kind; that it is a negation of the liberty of the subject and offends against our sense of natural justice and fair play ...”<sup>11</sup> “... Public policy demands that the administration of justice shall be free from all suspicion, and that the Courts, which are the bulwarks of the liberty of the subject, should not connive at or even ‘ignore’ anything which might, as *Best* says, ‘pollute justice at its source’, and destroy the confidence of the community in the independence of the Courts, especially as the executive authority is usually entrusted with the prosecution of persons for alleged crimes.”<sup>12</sup> Toelating van die getuienis “would be tantamount to adopting the obnoxious principle that the means justify the end, and that the Crown could avail itself of and connive at the commission of one crime to prove another.”<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> 35.

<sup>10</sup> 1925 TPD 491.

<sup>11</sup> 534.

<sup>12</sup> 536.

<sup>13</sup> 536.



In *R v B*<sup>14</sup> was die beskuldigde, 'n skoolseun, aangekla van strafregtelike *injuria*. Iemand het onwelvoeglike taal in die klaskamer op die swartbord geskryf en die seun was die verdagte. Hy was forseer om dieselfde woorde wat op die swartbord geskryf is, in die teenwoordigheid van sy prinsipaal en die polisie op die swartbord te skryf sodat hulle kon sien of sy handskrif ooreenstem met dié op die swartbord. Dit het op die oog af ooreengestem en hy is aangekla. Die verhoorhof het bevind dat dit inderdaad hy is wat die gewraakte onwelvoeglikhede geskryf het. Hy is skuldig bevind. Op appél is beslis dat alhoewel daar nie fisiese geweld gebruik was om hom te forseer om te skryf nie, hy waarskynlik geskryf het as gevolg van sy jeug en die teenwoordigheid van persone in gesagsposisies rondom hom. Dit het neergekom op verpligte selfinkriminasie en dus moes die getuienis in verband met sy skryf op die swartbord en sy handskrifmonster uitgesluit gewees het.

Die houe se beslissings was deurgaans gegrond op skending van die beskuldigde se reg teen selfinkriminasie.

In *R v Brown*<sup>15</sup> het die Kaapse Hooggeregshof egter geweier om onregmatig-verkreë getuienis sonder meer uit te sluit. Die beskuldigde is met die misdaad verbind deur 'n palmafdruk wat na bewering in stryd met Wet 39 van 1926 en sonder sy toestemming verkry is. Regter-president Gardiner het op appél die wyse waarop die getuienis verkry is, vergelyk met 'n bekentenis wat onvrywillig afgelê is en bevind dat dit uitgesluit moet word. Regters Watermeyer en Jones het egter beslis dat selfs al was die palmafdruk verkry sonder die beskuldigde se toestemming, dit

---

<sup>14</sup> 1933 OPD 139. Van Niekerk et al *Privileges in die Bewysreg* (1984) 162 kritiseer hierdie saak soos volg: "B kan egter nie gesteun word nie, aangesien die beskuldigde deur middel van sy handskrif nie 'n mededeling verskaf het nie, maar bloot 'n handskrifvoorbeeld: daar is nie van hom verwag om te kommunikeer nie. Daar was nie sprake van 'n geskrewe *kommunikasie* nie, aangesien die geskrewe woorde geen inhoudelike betekenis ten opsigte van aanspreeklikheid oorgedra het nie." Beklemtoning in die oorspronklike.

<sup>15</sup> 1935 CPD 286.

toelaatbaar is ingevolge artikel 3(2) van die Wet aangesien die artikel bepaal dat relevante getuienis in verband met merke, eienskappe of onderskeidende kenmerke aan 'n beskuldigde se liggaam, toelaatbaar is nieteenstaande die feit dat dit teen sy wil en in stryd met die bepalings van die Wet verkry is. Hierdie artikel was een van die voorlopers van artikel 225(2) van die huidige Strafproseswet.

In *R v Jenkins*<sup>16</sup> was getuienis van 'n skoenspoor in die laerhof toegelaat ondanks die feit dat die beskuldigde deur die polisie verplig was om met sy skoen 'n spoor te trap langs 'n spoor op die misdaadtoneel sodat hulle sy spoor met die spoor op die misdaadtoneel kon vergelyk. Op appèl het die regter die optrede van die polisie gekritiseer maar geweier om die getuienis uit te sluit.

Die appèlhof het in *Ex Parte Minister of Justice: In re R v Matemba*<sup>17</sup> die geleentheid gekry om aan die botsende standpunte rigting te gee. 'n Palmafdruk was met geweld van die beskuldigde geneem en tydens sy verhoor teen hom gebruik. Die verdediging het betoog dat dit uitgesluit moes word omdat dit met geweld en teen sy sin geneem is. Regter Watermeyer wat die uitspraak van die hof gelewer het, se standpunt was dat daar tussen die regmatigheid van die verkryging van die getuienis en die toelaatbaarheid daarvan onderskei moet word. Hy verklaar:

“Now, where a palmprint is being taken from an accused person, he is, as pointed out by Innes C J in *R v Camane* (1925 AD [570] at 575), entirely passive. He is not being compelled to give evidence or to confess, any more than he is being compelled to give evidence or confess when his photograph is being taken or when he is put upon an identifying parade or when he is made to show a scar in court. In my judgement, therefore, neither the maxim *nemo tenetur se ipsum prodere* nor the confession rule make inadmissible palmprints compulsorily taken”.<sup>18</sup>

Die hof het die toelating van die getuienis dus goedgekeur.

---

<sup>16</sup> 1919 GWL 115.

<sup>17</sup> 1941 AD 75.

<sup>18</sup> 82-83.

### 6.1.2 REËLE GETUIENIS

In die pre-konstitusionele era was onregmatig-verkreë reële getuienis met enkele uitsonderings<sup>19</sup> toegelaat. In *R v Mabuya*<sup>20</sup> is beslis dat getuienis in verband met dagga waarop beslag gelê is na 'n beweerde onregmatige betreding en visentering van die beskuldigde se huis, nogtans toelaatbaar is. Die regter het hierdie situasie beskou as analoog aan dié van 'n inbreker wat getuig in verband met 'n moord wat hy sien plaasvind het nadat hy by 'n huis ingebreek het.<sup>21</sup> In *R v Uys and Uys*<sup>22</sup> is reële getuienis wat ingesamel is tydens 'n onregmatige visentering en beslaglegging, ook toegelaat. Die regter het sterk klem gelê op die feit dat dit nie getuienis is waarin die beskuldigde homself inkrimineer en wat hy verplig was om voort te bring as gevolg van geweld of dreigemente van geweld nie.

Beide bovermelde sake kan beskou word as in ooreenstemming te wees met die gemeenregtelike toelatingsbenadering soos bespreek in paragraaf 2.1 *supra*. In *Mabuya* het regter-president Gardiner ook spesifiek verwys na die afwesigheid van grondwetlike bepalings wat relevant sou kon wees.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Sien *R v Sulski* 1935 TPD 292.

<sup>20</sup> 1927 CPD 181.

<sup>21</sup> Sien ook die aanhaling uit dié saak in par 2.1(n) *supra*.

<sup>22</sup> 1940 TPD 405.

<sup>23</sup> Op 182 het Gardiner RP gesê: "The only authority for ... exclusion comes from the American courts. There are certain decisions based on the American Constitution which ... exclude evidence of this nature, but one must bear in mind the sanctity which the Americans attach to their Constitution. We have not that constitution here, and that authority is not applicable." In oorweging word gegee dat die beslissing in *Mabuya* reeds 'n vroeë aanduiding was dat 'n beregbare handves 'n herbeskouing en -evaluering van die gemeenregtelike posisie sou verg, soos wat inderdaad dan ook gebeur het toe die Oorgangsgrondwet in werking getree het. Sien para 6.2 tot 6.2.3 *infra*.

Reële getuienis ingesamel as gevolg van `n uitwysing wat onder dwang deur die beskuldigde gedoen is, is in *R v Camane*<sup>24</sup> aan `n ontoelaatbare bekentenis gelyk gestel.<sup>25</sup> In *R v Samhando*<sup>26</sup> is getuienis in verband met `n uitwysing egter toegelaat nieëstaande die feit dat dit deel van `n ontoelaatbare bekentenis gevorm het. Hoofregter Watermeyer het beslis dat die rede vir die uitsluiting van `n onvrywillige bekentenis in die onbetroubaarheid daarvan geleë is. Reële getuienis ontdek as gevolg van `n ontoelaatbare bekentenis, het egter objektiewe waarde want sodra die element van onbetroubaarheid verwyder word, verdwyn die rede vir die uitsluiting ook. `n Verklaring wat die betrokke uitwysing vergesel het, is egter uitgesluit.<sup>27</sup>

Getuienis ingesamel as gevolg van uitwysings wat gedoen is na aflegging van `n ontoelaatbare bekentenis, is deur artikel 218 van die Strafproseswet statutêr toelaatbaar gemaak. Dié artikel bepaal dat feite wat ontdek is of getuienis van `n uitwysing wat `n beskuldigde gemaak het, tydens sy verhoor toegelaat kan word selfs al is dit ontdek as gevolg van of selfs al het dit deel van `n ontoelaatbare bekentenis of verklaring gevorm. Dit was toelaatbaar selfs al is dit teen die beskuldigde se wil ontdek of vasgestel. In *S v Sheehama*<sup>28</sup> het die appèlhof artikel 218 egter grootliks ontsenu deur te beslis dat getuienis in verband met `n uitwysing wat nie vrywillig en ongedwonge gedoen was nie, ontoelaatbaar is.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> *Supra* 575.

<sup>25</sup> Die hof het die getuienis uitgesluit omdat die vervolging nie bewys het dat die beskuldigde inderdaad `n uitwysing gedoen het nie.

<sup>26</sup> 1943 AD 608.

<sup>27</sup> Sien ook *S v Ismail* (1) 1965 1 SA 446 (N) 451.

<sup>28</sup> 1991 2 SA 860 (A)

<sup>29</sup> Sien ook *S v January: Prokureur-Generaal, Natal v Khumalo* 1994 2 SACR 801 (A) 806h-807g. Die ontwikkeling in hierdie verband, word deur Schwikkard, Skeen & Van der Merwe *Principles of Evidence* 221-226 uiteengesit. Sien ook Schwikkard "Pointing out and Inadmissible Confessions" (1991) 14 SAS 214.

### 6.1.3 LATERE ONTWIKKELING

*S v Ebrahim*<sup>30</sup> het nie oor die uitsluiting van getuïenis gegaan nie maar oor die vraag of die beskuldigde regmatig voor die hof was. Hy was in die buiteland gearresteer en wederregtelik na die Republiek van Suid-Afrika ontvoer om hier tereg te staan. Die appèlhof het beslis dat 'n Suid-Afrikaanse hof nie jurisdiksie het om 'n persoon wat in die buiteland gearresteer en na Suid-Afrika ontvoer is, te verhoor nie. Appèlregter MT Steyn het verklaar: "Wanneer die Staat self 'n gedingsparty is, soos byvoorbeeld in strafsake, moet dit as't ware 'met skoon hande' hof toe kom. Wanneer die Staat dan self betrokke is by 'n ontvoering oor die landsgrense heen soos in die onderhawige geval, is sy hande nie skoon nie."<sup>31</sup> In oorweging word gegee dat hierdie beslissing die noodsaaklikheid van legaliteit in die strafproses beklemtoon en sterk aansluiting vind by die prinsipiële basis waarop ongrondwetlik-verkreë getuïenis uitgesluit word – 'n aspek wat reeds in paragraaf 3.2 *supra* bespreek is.

*S v Forbes*<sup>32</sup> het 'n nuwe dimensie verleen aan die regterlike uitsluitingsdiskresie. Die beskuldigde is vir observasie na 'n hospitaal vir sielsiekes gestuur. Tydens assessering het 'n mediese dokter sekere vrae (insluitende selfinkriminerende vrae) aan die beskuldigde gestel. Sommige van sy antwoorde het hom inkrimineer aan die misdaad waarvan hy aangekla was maar hy was nie gewaarsku dat hy nie daarop hoef te antwoord nie en dat daar 'n moontlikheid was dat sy antwoorde tydens sy verhoor op die meriete teen hom gebruik kon word nie. Die vervolging wou die geneesheer se getuïenis aanbied om die inkriminerende antwoorde vir doeleindes van die meriete te bewys. Die hof het egter beslis dat die getuïenis op 'n onbillike

---

<sup>30</sup> *Supra.*

<sup>31</sup> 582D-E.

<sup>32</sup> 1970 2 SA 594 (C).

wyse verkry is omdat dit bestaan het uit antwoorde wat die beskuldigde verstrek het in 'n ondersoek na sy toerekeningsvatbaarheid waartydens hy aangemoedig was om met die dokter saam te werk. Hy was nie ingelig dat dit tydens sy verhoor op die meriete teen hom gebruik kon word nie. Die hof het beslis dat 'n regter op grond van openbare beleid, 'n diskresie het om getuienis wat op 'n onbillike wyse verkry is, uit te sluit. Die getuienis is inderdaad uitgesluit. Dit is duidelik dat die hof in *Forbes* 'n akkurate evaluering van die situasie gedoen het: Die essensie van die beslissing in *Forbes* is later in artikels 79(7) en 286A(3)(g) van die Strafproseswet opgeneem.

In *S v Boesman*<sup>33</sup> het regter Zietsman sy seën aan die *Forbes*-beslissing gegee en bevestig dat 'n hof se diskresie om getuienis uit te sluit, op openbare beleid gegrond is. Zeffert<sup>34</sup> steun die beslissing.<sup>35</sup>

In *S v Nel*<sup>36</sup> is bevestig dat 'n hof 'n diskresie het om onbehoorlik- of onregmatig-verkreë getuienis uit te sluit. Maar die hof het ook bevind dat dit nie 'n algemene uitsluitingsdiskresie is nie. Met verwysing na *Ex parte Minister of Justice: In re R v Matemba*<sup>37</sup> het die hof die tipe getuienis wat aan uitsluiting onderhewig is, tot twee kategorieë beperk, naamlik: (a) getuienis verkry as gevolg van 'n verpligting wat op 'n beskuldigde was om getuienis teen homself te verskaf; en (b) getuienis wat onder dwang van 'n beskuldigde bekom is en teen hom gebruik kan word.

---

<sup>33</sup> 1990 2 SACR 389 (E) 401c.

<sup>34</sup> (1990) *Annual Survey* 499. Volgens die skrywer is die grondslag daarvan openbare beleid ("public policy").

<sup>35</sup> Sien ook Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1987) 24-98A.

<sup>36</sup> 1987 4 SA 950 (W) 953I.

<sup>37</sup> *Supra*.

Van der Merwe<sup>38</sup> beskou die *Nel*-uitspraak as 'n korrekte interpretasie van die reg op daardie stadium.

In *S v Hammer*<sup>39</sup> het regter Farlam ook bevind dat 'n regter wel 'n diskresie het om getuienis op grond van "fairness and public policy" uit te sluit. Hammer is aanduidend van 'n groter regterlike besef dat die gemeenregtelike benadering aan kritiese herevaluering onderwerp moes word. Hammer, 'n agtienjarige seun, was in die polisie-selle op 'n aanklag van moord aangehou. Hy wou vir sy moeder 'n brief skryf en het 'n polisiebeampte versoek om hom van skryfpapier te voorsien. Die beampte het hom papier gegee en hy het die brief geskryf. In die brief het die beskuldigde erken dat hy aan die misdaad deelgeneem het. Hy het nie 'n koevert gehad nie en het die toegevoerde brief aan die polisiebeampte oorhandig met die versoek om dit by sy moeder af te lewer. Die polisiebeampte het dit egter oopgemaak en gelees. Toe hy sien dat die beskuldigde homself daarin inkrimineer, het hy besluit om dit nie aan die beskuldigde se moeder te oorhandig nie, maar na die Prokureur-generaal te stuur. Die aanklaer het nie die brief tydens die staatsaak gebruik nie. In kruisondervraging van die beskuldigde wou die aanklaer egter die inhoud van die brief vir doeleindes van 'n geloofwaardigheidsaanval teen die beskuldigde gebruik. Die hof het bevind dat die polisiebeampte se optrede onregmatig en moreel laakbaar was en dat hy die beskuldigde se reg op privaatheid opsetlik geskend het. Sy optrede het neergekom op 'n *injuria*.<sup>40</sup> Regter Farlam het beslis dat 'n hof 'n diskresie het om getuienis wat onregmatig of onbehoorlik verkry is, uit te sluit. Hy het met goedkeuring 'n passasie uit 'n artikel van Skeen<sup>41</sup> aangehaal waarin die skrywer voorstel dat Suid-Afrikaanse howe 'n algemene diskresie,

---

<sup>38</sup> (1992) 2 *Stell LR* 173 179.

<sup>39</sup> 1994 2 *SACR* 496 (C).

<sup>40</sup> 500a.

<sup>41</sup> (1988) *SACJ* 405.

gebaseer op billikheid en openbare belang, moet ontwikkel om onbehoorlik-verkreë getuienis uit te sluit. Die skrywer stel daarin voor dat die volgende faktore in aanmerking geneem word wanneer 'n hof moet besluit of hy sy diskresie om getuienis uit te sluit, gaan uitoefen: (a) die gemeenskap se reg om daarop aan te dring dat wetstoepassingsbeamptes self die reg eerbiedig sodat die landsburger se reg om vry te wees van arbitrêre en onregmatige inmenging in sy private lewe, ongeskonde bly; (b) of die onregmatige handeling per abuis plaasgevind het en, indien wel, of die bewyswaarde van die getuienis daardeur geaffekteer is; (c) of die getuienis maklik ingesamel sou kon word binne die bepalings van die reg (opsetlike neem van kortpaaie sal uitsluiting bevorder); (d) die aard van die misdaad waarvan die beskuldigde aangekla is en die rede vir die skepping van die verbod; (e) onbillikheid teenoor die beskuldigde mag nie die enigste grond vir uitoefening van die uitsluitingsdiskresie wees nie; (f) of die regspleging in diskrediet gebring sal word deur toelating van die getuienis; (g) daar moet nie 'n vermoede ten gunste van óf uitsluiting óf toelating van die getuienis of 'n bewyslas wees nie; (h) daar moet nie 'n direkte oogmerk wees om wetstoepassingsbeamptes te dissiplineer nie; en (i) daar moet nie 'n waarheidsoeke ten alle koste wees nie. Die soek na die waarheid moet gebalanseer word deur diskresionêre maatreëls.

Die regter het ook die voorstel van Zuckerman<sup>42</sup> dat in 'n strafverhoor nie net ondersoek gedoen word na die juriese skuld van die beskuldigde nie, maar ook gelet word op die optrede van die owerheid gemeet aan morele standarde tydens insameling van getuienis, met goedkeuring aangehaal. In 'n strafverhoor behoort die juridiese skuld van die beskuldigde opgeweeg te word teen die morele optrede van diegene betrokke by die ondersoek van die saak teen hom. 'n Fyn balans moet gevind word tussen toelating en uitsluiting van onbehoorlik-verkreë getuienis. Versuim die howe om toe te sien dat 'n beskuldigde se regte tydens die ondersoek van die

---

<sup>42</sup> "Miscarriage of Justice and Judicial Responsibility" (1991) *Crim LR* 492 498. Die leerstuk van juridiese



misdaad eerbiedig word, of word getuienis uitgesluit selfs waar daar slegs 'n geringe nie-nakoming van prosedure was, sal die gemeenskap vertrou in die regspleging verloor.

Regter Farlam het beslis dat die feit dat die aanklag moord is, nie beteken dat alle getuienis teen die beskuldigde om daardie rede toelaatbaar word nie. Hy het kruisverhoor op grond van die inhoud van die brief uitgesluit.

Soos regter Van der Walt in *S v Nel*,<sup>43</sup> ontken Schmidt<sup>44</sup> ook die bestaan van 'n algemene diskresie om getuienis uit te sluit. Hy betoog dat hoewel die appèlhof in *S v Mushimba*<sup>45</sup> verwys het na die passasie in *R v Kuruma*<sup>46</sup> waarin verklaar is dat 'n regter 'n diskresie het om getuienis uit te sluit indien toelating daarvan onbillik teenoor die beskuldigde sal wees, is dit slegs *obiter* gedoen. Die *Kuruma*-uitspraak is egter ontman deur die hoogste hof van England in *R v Sang*<sup>47</sup> waar 'n regter se diskresie om getuienis uit te sluit, tot slegs twee kategorieë getuienis beperk is naamlik: (a) getuienis waarvan die bewyskrag oorskadu word deur die nadelige uitwerking wat toelating daarvan vir die beskuldigde mag hê; en (b) getuienis wat bestaan uit 'n bekentenis of erkenning of ander getuienis afkomstig van die beskuldigde self, verkry op 'n onbehoorlike of onregverdigde wyse na pleging van die misdaad.

Schmidt se interpretasie van die *Forbes*-uitspraak is dat die hof nie 'n algemene diskresie om getuienis uit te sluit, geskep het nie. Volgens hom het die regter slegs 'n eng omlynde privilegie

---

skuld is reeds in par 3.2(c) *supra* behandel.

<sup>43</sup> *Supra*.

<sup>44</sup> *Bewysreg* 353-354.

<sup>45</sup> 1977 2 SA 829 (A) 840E.

<sup>46</sup> *Supra*. Sien par 2.2.2 *supra* vir 'n bespreking van *Kuruma*.

<sup>47</sup> Sien ook die bespreking van *Sang* in par 2.2.2 *supra*.

vir 'n pasiënt ten opsigte van verklarings wat hy aan sy geneesheer gemaak het, analoog aan regsprofessionele privilegie, geskep. Indien egter betoog en bevind sou word dat die regter wél 'n algemene diskresie geskep het om getuienis op grond van openbare beleid uit te sluit, val dit, as gevolg van die *nemo debet prodere se ipsum* reël, binne die tweede uitsondering geïdentifiseer in *Sang*, naamlik getuienis verkry as gevolg van 'n onbehoorlik- of onregmatig-verkreë bekentenis of erkenning. In lig van die bepalings van artikels 217 en 219A van die Strafproseswet, wat uitsluiting van bekentenisse en erkennings verkry in stryd met die bepalings van genoemde artikels, verpligtend maak, is so 'n uitleg egter nie moontlik nie – aldus Schmidt.

Die skrywer betoog verder dat reël (a) van die *Sang*-beslissing op die relevantheidskriterium slaan, terwyl reël (b) deur die Strafproseswet beheers word: 'n Algemene diskresie om getuienis op grond van openbare beleid uit te sluit, het dus nie 'n bestaansreg in Suid-Afrika nie.

Hoffmann & Zeffert<sup>48</sup> ontken ook dat Suid-Afrikaanse howe 'n algemene diskresie het om onbillik- of onregmatig-verkreë getuienis uit te sluit. Die skrywers spreek die hoop uit dat indien so 'n diskresie ooit sou ontwikkel, dit op die beginsels van openbare beleid eerder as op die meer “slippery, imprecise and vague” beginsel van billikheid geskoei behoort te word.

Ook Schwikkard et al<sup>49</sup> stem saam dat 'n regspreker in Suid Afrika onder die gemenerereg 'n diskresie gehad het om toelaatbare getuienis uit te sluit, indien die bewyswaarde daarvan gering is in verhouding tot die skadelike effek wat toelating daarvan vir die beskuldigde sal hê.

Beide *Nel* en *Hammer* het gegaan oor skending van die reg op private kommunikasie wat 'n

---

<sup>48</sup> *South African Law of Evidence* 4e uitg (1989) 285-286.

<sup>49</sup> *Principles of Evidence* 51.

onderafdeling is van die reg op privaatheid. In *Nel* is die getuienis in stryd met 'n parlements-wet verkry en in *Hammer* in stryd met 'n gemeenregtelike beginsel. Beide regters het hulle bevinding gegrond op die Engelse gemeenregtelike bewysreg. Op die oog af wil dit egter voorkom asof hulle óf verskillende gemeenregtelike reëls toegepas het óf die regsreëls waarop hulle hulle beslissings baseer het, totaal verskillend geïnterpreteer het: Lynreg botsende resultate is bereik. In *Nel* was die getuienis toegelaat en in *Hammer* was dit uitgesluit. Vandag sal beide feitelike situasies op grond van die bepaling van artikel 35(5) van die Grondwet beoordeel word. Die getuienis in *Nel* sal stellig uitgesluit word as so 'n situasie (onregmatige meeluistering van telefoongesprekke) weer sou ontstaan.<sup>50</sup> Alhoewel die regters in *Nel* en *Hammer* van mekaar verskil het oor die grondslag en omvang van die diskresie, was hulle *ad idem* dat Suid-Afrikaanse howe onder die gemenerereg wel 'n diskresie gehad het om onbehoorlik- of onregmatig-verkreë getuienis uit te sluit. Soos in paragraaf 6.2 *infra* sal blyk, het die uitsluitingsdiskresie met die inwerking-treding van die Oorgangsgrondwet opnuut impetus gekry.

#### 6.1.4 UITKENNINGSPARADES

Reël 3 van die polisie se praktyksreëls in verband met uitkenningsparades, bepaal dat 'n verdagte 'n geleentheid gegee moet word om 'n regsverteenvoerder aan te stel om as waghond te dien tydens hou van 'n uitkenningsparade.<sup>51</sup> Versuim om daaraan te voldoen, het egter nie uitsluiting van getuienis in verband met uitkenning op die parade tot gevolg gehad nie. Dit kon egter die gewig van die uitkenning nadelig beïnvloed het.<sup>52</sup> Soos in paragraaf 6.2.2 *infra* aangetoon sal

---

<sup>50</sup> Sien bv die bespreking van *S v Naidoo* 1998 1 BCLR 46 (D) in par 6.3.1.3 *infra*.

<sup>51</sup> Sien Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* 3-8; Van der Merwe "Parade-Uitkennings, Hofuitkennings en die Reg op Regsverteenvoerdig: Enkele Grondwetlike Perspektiewe" (1998) 2 *Stell LR* 129 131.

<sup>52</sup> Van der Merwe (1998) 2 *Stell LR* 132.

word, het die Oorgangsgrondwet spoedig hier 'n invloed uitgeoefen.

### 6.1.5 GETUIENIS VERKRY AS GEVOLG VAN 'n LOKVAL

Voor die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet was die feit dat die beskuldigde 'n misdryf gepleeg het as gevolg van 'n lokval, nie 'n verweer in die Suid-Afrikaanse reg nie. Howe het ook nie 'n diskresie gehad om getuienis wat deur lokval-optrede bekom was, uit te sluit nie.<sup>53</sup> Die howe het egter op verskeie geleenthede ernstige kritiek uitgespreek teen sommige van die lokvalmetodes wat gebruik is om 'n beskuldigde by 'n misdryf te betrek. Die feit dat 'n beskuldigde 'n misdryf gepleeg het as gevolg van 'n lokval, is in die reël as strafversagting beskou. In paragraaf 6.3.3 word aangetoon dat die hele aangeleentheid vandag statutêr gereël word.<sup>54</sup>

## 6.2 DIE POSISIE INGEVOLGE DIE OORGANGSGRONDWET

Reeds in 1992 het Van der Merwe<sup>55</sup> aanbeveel dat 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël in 'n toekomstige Handves van Regte ingesluit moet word. Toe die Oorgangsgrondwet uiteindelik die lig gesien het, het dit egter geen sodanige reël bevat nie. Daar is egter spoedig besef dat 'n Handves van Regte sonder 'n uitsluitingsmeganisme, die spreekwoordelike bulhond sonder tande is aangesien 'n uitsluitingsmeganisme die enigste sinvolle meganisme is om te verseker dat wetstoepassers 'n beskuldigde se regte vervat in 'n Handves van Regte eerbiedig. Sommige howe

<sup>53</sup> *S v Hassan* 1997 1 SACR 247 (T); Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* 24-130.

<sup>54</sup> Sien oor die algemeen die volgende werke in verband met lokvalgetuienis: Bertelsman "Lokvinke" (1970) *THRHR* 348; Labuschagne "Die Lokvink en Lokvinkbetrapte in die Strafrechtspleging" (1976) *DJ* 16; Du Plooy "Die Lokvink" (1981) *TM* 103.

<sup>55</sup> (1992) 2 *Stell LR* 173.

het kort voor lank begin om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit. As basis vir hulle bevoegdheid om hierdie tipe getuienis uit te sluit, het hulle gesteun op die remedie van “gepaste regshulp”, verleen deur artikel 7(4)(a) van die Oorgangsgrondwet.<sup>56</sup> Ander het egter ontken dat `n hof `n diskresie het om dit uit te sluit. In die howe van die Kaap, Oos-Kaap en sommige van die Witwatersrand, is aanvaar dat `n hof wel so `n diskresie het. Maar in *S v Mathebula*<sup>57</sup> is beslis dat `n hof nie so `n diskresie het nie<sup>58</sup> omdat enige reg in artikel 25 net binne die raamwerk van artikel 33 beperk kan word. Die regter se standpunt was dat `n regter se gemeenregtelike diskresie om getuienis toe te laat of uit te sluit, sedert die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet vervang is deur `n tweefase toets wat behels dat die hof moet vasstel of die persoon se reg vervat in Hoofstuk 3<sup>59</sup> geskend is en, indien dit geskend is, of die skending regverdigbaar is ingevolge artikel 33.<sup>60</sup> Die persoon wat beweer dat sy reg geskend is, moet sowel die bestaan van so `n reg as die skending daarvan bewys.<sup>61</sup> Indien die vervolging dan beweer dat die regte nie so ver strek as wat die verdediging beweer nie omdat dit beperk is, moet die staat op `n oorwig van waarskynlikhede bewys dat die skending regverdigbaar is.<sup>62</sup>

Die posisie tydens die geldingstydperk van die Oorgangsgrondwet, word deur aansienlike verwarring gekenmerk. Die afwesigheid van `n grondwetlike reël wat die posisie reguleer, was

---

<sup>56</sup> *S v Melani* 1995 2 SACR 141 (OK) [Hierna na verwys as *S v Melani* (1)]; *S v Melani* 1996 1 SACR 335; 1996 1 All SA 137 (E) [Hierna na verwys as *S v Melani* (2)]; Steytler *Constitutional Criminal Procedure: A Commentary on the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (1998) 33.

<sup>57</sup> 1997 1 SACR 10 (W). Sien ook die verdere bespreking van hierdie saak in par 6.2.1.5 *infra*.

<sup>58</sup> 22*b-d*. Sien ook 23*e* waar die regter verklaar: “I am also, with respect, in disagreement with Froneman J’s approach in the *Melani* case where he accorded a discretion to the presiding officer to allow or disallow unconstitutionally obtained evidence.”

<sup>59</sup> Van die Oorgangsgrondwet.

<sup>60</sup> Sien *S v Zuma supra* 654G; *S v Mbatha*; *S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (CC) 472C.

<sup>61</sup> 16*h-i* en die gesag daar aangehaal.

<sup>62</sup> 25*a-b*.

natuurlik die direkte oorsaak hiervan. Sommige howe het ook die artikel 25-regte terug projekteer na gebeure wat plaasgevind het vóór die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet. Dit is gedoen om vir beskuldigdes `n billike verhoor te verseker.<sup>63</sup>

## 6.2.1 KRITERIA AANGEWEND OM TE BESLIS OF ONGRONDWETLIK-VERKREË GETUIENIS TOEGELAAT BEHOORT TE WORD

Alhoewel die meeste howe *ad idem* was dat hulle wel `n diskresie het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit, het hulle fundamenteel verskil in verband met die kriterium of kriteria wat toegepas moet word om te besluit of dit toegelaat dan wel uitgesluit behoort te word.<sup>64</sup> Vyf verskillende kriteria is deur die verskillende howe toegepas. Hierdie kriteria word in paragrawe 6.2.1.1 tot 6.2.1.5 *infra* uiteengesit.

### 6.2.1.1 DIE KRITERIUM WAT IN DIE KANADESE REG GEBRUIK WORD, NAAMLIK DAT ONGRONDWETLIK-VERKREË GETUIENIS TOEGELAAT WORD TENSY TOELATING DAARVAN DIE REGSPLEGING IN DISKREDIET SAL BRING

Hierdie toets is toegepas in *S v Malefo*<sup>65</sup> en *S v Shongwe*.<sup>66</sup> In *Malefo* het vier beskuldigdes tereggestaan op aanklagtes van onder andere diefstal en moord gepleeg op

<sup>63</sup> Sien par 6.2.1.4 *infra*. Erasmus R het egter in *S v Nombewu* 1996 2 SACR 396 (E) bevind dat die Oorgangsgrondwet nie handeling wat regsgeldig verrig is voor die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet, ongeldig maak nie en `n handeling of versuim wat plaasgevind het voor die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet, behalwe in uitsonderingsgevalle, dus nie `n beskuldigde se grondwetlike regte skend nie. Sien ook *S v Khan* 1997 2 SACR 611 (SCA).

<sup>64</sup> Chaskalson et al *Constitutional Law supra* 26-20A verklaar dat die howe nie altyd aangedui het wat die basis van die uitsluiting is nie, maar dit wil voorkom asof hulle dit tuisgebring het onder die oorkoepelende reg van `n billike verhoor vervat in a 25(3) van die Oorgangsgrondwet.

<sup>65</sup> 1998 2 BCLR 187; 1998 1 SACR 127 (W).

<sup>66</sup> 1998 2 SACR 321 (T).

16 Julie 1993. Die verhoor het eers op 12 Februarie 1996 'n aanvang geneem. Die enigste getuienis waaroor die staat beskik het om die beskuldigdes met die pleging van die misdade te verbind, was bekentnisse en uitwysings wat hulle gemaak het enkele dae ná die pleging van die misdade, terwyl hulle in hegtenis was. Hulle reg om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer, was nie aan hulle verduidelik voor hulle die verklarings afgelê of die uitwysings gemaak het nie. Die verdediging het geen toelaatbaarheidsbeswaar geopper op grond daarvan dat die beskuldigdes se reg op regsverteenwoordiging nie aan hulle verduidelik was nie. Hulle verweer was bloot dat hulle die bekentnisse afgelê en die uitwysing gedoen het as gevolg van dwang. Tydens kruisverhoor van die twee landdroste wat die bekentnisse afgeneem het, is ook net terloops aan hulle gevra of hulle die verklaarders van hulle reg op regsverteenwoordiging verwittig het. Die verdediging het egter nie 'n geskilpunt daarvan gemaak nie. Op 'n baie laat stadium (tydens 'n binneverhoor wat gehou was om te beslis oor die toelaatbaarheid van bekentnisse wat beskuldigdes beweer het hulle as gevolg van dwang afgelê het) het die verdediging eers die grondwetlikheid van die bekentnisse op grond daarvan dat die beskuldigdes nie van hulle reg op regsverteenwoordiging verwittig is nie, in geskil geplaas.

Op grond van die uitspraak van die Grondwetlike Hof in *S v Mhlungu*<sup>67</sup> het die regter eerstens bevind dat, hoewel die misdade gepleeg was voor die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet, die beskuldigdes hulle wel op die bepalings van Hoofstuk 3 van genoemde Grondwet kon beroep.

Tweedens het hy met 'n beroep op regter Ackerman se uitspraak in *Ferreira v Levin NO*:

---

<sup>67</sup> 1995 3 SA 867 (CC) 886E-888F, 890I-J, 910B-E en 911B.

*Vryenhoek v Powell NO*<sup>68</sup> en die beslissings in *S v Hammer*<sup>69</sup> en *The People (Attorney-General) v O'Brien*,<sup>70</sup> aanvaar dat 'n verhoorhof wel 'n diskresie het om getuienis verkry in stryd met 'n beskuldigde se fundamentele regte, toe te laat.

Derdens het die regter met 'n beroep op Van der Merwe<sup>71</sup> 'n rigiede uitsluitingsreël verwerp en bevind dat 'n uitsluitingsdiskresie geskoei op die Kanadese benadering, soos vervat in artikel 24(2) van die *Charter* en uitgelê in *R v Collins*,<sup>72</sup> die mees geskikte uitsluitingsmeganisme is. Ongrondwetlik-verkreë getuienis moet dus toegelaat word tensy toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring in die oë van die redelike man wat onpartydig is en ten volle bewus is van die omstandighede van die saak. Die bekentnisse en uitwysings is toegelaat.

*Shongwe* is op 14 November 1997 beslis. Maar die misdade was gepleeg op 26 Oktober 1994. Die beskuldigdes het tereggestaan aan vier aanklagtes van moord, vier aanklagtes van menseroof, 'n aanklag van roof, 'n aanklag van onwettige besit van 'n vuurwapen en 'n aanklag van onwettige besit van ammunisie. Een van die beskuldigdes was tydens sy arrestasie verwittig van sy swygreg en sy reg tot regsverteenvoordinging maar nie van die gevolge van aflegging van 'n verklaring en sy reg tot regsbystand op staatskoste nie. 'n Paar uur na sy arrestasie het hy 'n bekentenis aan 'n polisie-offisier gemaak. Die offisier het nie sy reg tot regsverteenvoordinging aan hom verduidelik voordat hy die bekentenis afgelê het nie, omdat die vorm wat hy gebruik het vir die afneem daarvan, nie daarvoor

---

<sup>68</sup> 1996 1 SA 984; 1996 1 BCLR 1(CC) 88F-91C.

<sup>69</sup> Sien par 6.1.3 *supra* vir 'n bespreking van hierdie saak.

<sup>70</sup> Sien par 4.2.1 *supra* vir 'n bespreking van hierdie saak.

<sup>71</sup> (1992) 2 *Stell LR* 198-200.



voorsiening gemaak het nie en dit op daardie stadium ook nog nie die polisie se gebruik was om die betrokke reg aan 'n beskuldigde wat 'n bekentenis wil maak, te verduidelik nie. Die offisier het nie eers geweet van die tersaaklike bepalinge van die Oorgangsgrondwet nie. Die verdediging het betoog dat die bekentenis uitgesluit moet word as gevolg van die offisier se versuim om die beskuldigde van sy reg tot regsverteenvoering te verwittig.

Waarnemende regter Preller het bevind dat dit nie 'n wesenlike verskil maak of die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis ingevolge die Oorgangsgrondwet of ingevolge artikel 35(5) van die Grondwet, oorweeg moet word nie. Hy het verklaar dat hy in sy navorsing nie 'n enkele regstelsel naas die van die VSA, kon vind waar 'n rigiede uitsluitingsreël geld nie. Na oorweging van verskeie bronne, het hy tot die gevolgtrekking gekom dat 'n hof ingevolge die Oorgangsgrondwet wél 'n diskresie het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit. Ook artikel 35(5) bevat volgens hom nie 'n rigiede uitsluitingsreël nie, maar verleen aan 'n regspreker 'n diskresie om ongrondwetlik-verkreë getuienis toe te laat. Die regter het die toets of die toelating van die getuienis die verhoor onbillik sal maak of die regspleging in diskrediet sal bring, toegepas. Op grond van die volgende redes het hy tot die gevolgtrekking gekom dat toelating van die bekentenis nie die verhoor onbillik sal maak of die regspleging in diskrediet sal bring nie: (a) die verhoor het groot belangstelling van die publiek uitgelok; (b) beskuldigde het self getuig dat die inhoud van die bekentenis die waarheid is en die publiek het dit gehoor; (c) die misdade is van die heel ergste graad. Vier mense is een na die ander koelbloedig doodgeskiet; (d) die skending van die beskuldigde se grondwetlike regte was van 'n minder ernstige graad; (e) die polisie het nie *mala fide*

72

Sien par 5.2 *supra* vir 'n bespreking van hierdie saak.

opgetree nie. Elke skending van beskuldigde se grondwetlike regte was hoogstens weens onkunde of onagsaamheid; (f) die land beleef 'n ongekende vlag van wetteloosheid en misdaad. In die omgewing waar die misdade gepleeg is, het tot baie onlangs 'n bloedige taxi-oorlog gewoed. Die gemeenskap eis optrede teen misdaad en die howe moet 'n sigbare ferm standpunt daarteen inneem om te verhoed dat die gemeenskap die reg in eie hande neem; (g) een van die oogmerke van die Grondwet is die vestiging van 'n kultuur van menseregte. Hierdie kultuur is nog in die proses van vestiging. Indien 'n persoon wat erken het dat hy so 'n ernstige misdaad gepleeg het, vry uitgaan, sal dit die vestiging van 'n kultuur van menseregte skaad want menseregte moet nie gesien word as 'n skuiwergat wat misdadigers teen die gevolge van hulle dade beskerm nie.

#### 6.2.1.2 DIE OMGEKEERDE VAN DIE KANADESE KRITERIUM NAAMLIK OF ÚITSLUITING VAN DIE GETUIENIS DIE REGSPLEGING IN DISKREDIET SAL BRING

Hierdie toets is in beide *Melani (1)*<sup>73</sup> en *Melani (2)*<sup>74</sup> deur regter Froneman toegepas. Albei is beslissings in binneverhore in dieselfde saak. Drie persone was aangekla van onder andere moord, roof en diefstal – gepleeg in 1992. Ná hulle arrestasie in Julie 1992, het aldrie uitwysings aan die polisie gedoen. Op daardie stadium was die Oorgangsgrondwet nog nie van krag nie en was daar gevolglik geen verpligting op 'n polisiebeampte om 'n beskuldigde tydens sy arrestasie van sy reg om met 'n regsverteenvoerder te konsulteer en die gevolge van 'n uitwysing, te verwittig nie. Die verhoor het egter eers op 22 Maart 1995 begin. Die verdediging het 'n beswaar geopper

<sup>73</sup> *S v Melani* 1995 2 SACR 141 (E).

<sup>74</sup> *S v Melani* 1996 1 SACR 335; 1996 1 All SA 137 (E).

teen die toelaatbaarheid van die getuienis in verband met die uitwysings deur aldie beskuldigdes. Die grondslag van die beswaar was dat die beskuldigdes nie van hulle reg om met 'n regsverteenvoorder te konsulteer, verwittig was nie en beskuldigde een ook nie van die gevolge van 'n uitwysing<sup>75</sup> verwittig was nie.<sup>76</sup> Die verdediging het betoog dat daar dus inbreuk gemaak is op die beskuldigdes se reg op 'n billike verhoor. Die regter het gelas dat die toelaatbaarheidsvraagstuk in afsonderlike binneverhoor beslis word. *Melani* (1) is die uitspraak in die binneverhoor van beskuldigde een en hou slegs verband met die bewering dat hy nie ingelig was omtrent die gevolge van 'n uitwysing nie.

Regter Froneman het beslis dat hoewel die verrigtinge nog nie in die Hooggeregshof hangende was toe die Oorgangsgrondwet in werking getree het nie,<sup>77</sup> die beskuldigdes ingevolge die uitspraak van die Konstitusionele Hof in *S v Mhlungu*<sup>78</sup> nogtans geregtig is op die beskerming van al die bepalings van Hoofstuk 3 van die Oorgangsgrondwet.<sup>79</sup> 'n Regter het *via* artikel 7(4)(a) van die Oorgangsgrondwet 'n diskresie om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit soos in Ierland ingevolge die gemenerereg, in England ingevolge PACE<sup>80</sup> en in Kanada ingevolge artikel 24(2) van die *Charter*. Regter Froneman het die Kanadese kriterium omgekeer en beslis dat ongrondwetlik-verkreë

---

<sup>75</sup> A 25(2)(a) van die Oorgangsgrondwet.

<sup>76</sup> Hy is op 9 Jul 1992 gearresteer en ingelig oor sy reg op regsverteenvoordering. Die volgende dag het hy die uitwysings gedoen maar hy is nie weer van sy reg op regsverteenvoordering verwittig voordat hy die uitwysing gedoen het nie.

<sup>77</sup> 27 Apr 1994.

<sup>78</sup> 1995 3 SA 867 (CC).

<sup>79</sup> A 241(8) van die Oorgangsgrondwet het bepaal dat hofverrigtinge wat hangende was voor 'n hof op die datum wat die wet in werking getree het, afgehandel moet word asof die wet nie aanvaar is nie.

<sup>80</sup> *Supra*.

getuienis uitgesluit moet word tensy uitsluiting daarvan die regspleging in diskrediet sal bring.<sup>81</sup> Hy het bevind dat die polisiebeampte te goeder trou opgetree het volgens die reg wat op daardie stadium gegeld het.<sup>82</sup> Die skending was ook nie besonder ernstig nie. As gevolg daarvan sal uitsluiting van die getuienis die regspleging in diskrediet bring. Hy het die getuienis gevolglik toegelaat.

*Melani (2)* is die uitspraak in die binneverhoor ten opsigte van die bewering dat die beskuldigdes nie verwittig was van hulle reg om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer nie. Die regter het bevind dat beskuldigde een se reg om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer ten tye van sy arrestasie aan hom verduidelik was maar nie weer die volgende dag voor hy die uitwysing gedoen het nie, terwyl beskuldigdes twee en drie se reg glad nie aan hulle verduidelik was nie. 'n Beskuldigde se reg om gedurende die periode tussen arrestasie en verhoor met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer en om van hierdie reg verwittig te word, versterk sy swygreg, sy reg teen selfinkriminasie en sy reg om onskuldig geag te word tot sy skuld bewys is.<sup>83</sup> Die doel van die waarskuwing rakende regsverteenwoordiging is om hierdie regte te beskerm. Versuim om die waarskuwing te gee, ontnem veral ongeletterde, ongesofistikeerde en behoeftige persone van hulle swygreg, reg teen selfinkriminasie en reg om onskuldig geag te word. 'n Beskuldigde is geregtig om billik behandel te word gedurende die hele regsproses vanaf die "gatehouses" tot in die "mansions"<sup>84</sup> en derhalwe skend 'n versuim om hom in te lig van sy reg om met 'n regsverteenwoordiger te

---

<sup>81</sup> 154b.

<sup>82</sup> 155c.

<sup>83</sup> 347e-f.

<sup>84</sup> 349a.

konsulteer, sy reg op 'n billike verhoor. Regter Froneman het ook opnuut sy standpunt in *Melani* (1) bevestig naamlik dat 'n rigiede uitsluitingsreël nie aanvaarbaar is nie maar dat die omgekeerde van die Kanadese uitsluitingsdiskresie (naamlik dat getuienis uitgesluit moet word tensy uitsluiting daarvan die regspleging in diskrediet sal bring), toegepas behoort te word om te bepaal of ongrondwetlik-verkreë getuienis toegelaat behoort te word. Die regter het ook daarop gewys dat uitsprake van 'n hof die regsgevoel van die gemeenskap moet weerspieël maar dat dit nie beteken dat 'n hof deur sy uitsprake die gemeenskap se guns moet soek nie.

Die regter het na heroorweging tot die gevolgtrekking gekom dat sy beslissing in *Melani* (1) dat die getuienis toegelaat moet word, verkeerd was aangesien skending van 'n beskuldigde se fundamentele regte wat tot gevolg het dat hy getuienis teen homself verskaf, inbreuk maak op een van die kernbestanddele van 'n billike verhoor, naamlik sy reg om nie 'n getuie teen homself te wees nie. Hy het verklaar dat hy die getuienis vroeër toegelaat het omdat die polisiebeampte te goeder trou opgetree het toe hy nie die beskuldigde se reg om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer, aan hom verduidelik het nie. Maar by nabetraging is hy tevrede dat die goeie-trou-uitsondering net betrekking het op ontdekking van getuienis wat reeds bestaan het en nie op inkriminerende getuienis verskaf deur 'n beskuldigde teen homself nie. Getuienis verkry met die beskuldigde se hulp ná skending van sy regte vervat in artikels 25(1), 25(2) en 25(3) van die Oorgangsgrondwet, moet uitgesluit word selfs al is die getuienis heeltemal vrywillig verskaf en honderd persent betroubaar. Die rasionaal vir die uitsluiting daarvan is, volgens die regter, die beskerming van die strafregproses as 'n geheel in teenstelling met die billikheid van die besondere verhoor. Die doel van die Oorgangsgrondwet is die vestiging van 'n demokratiese bestel gebaseer op onder andere die erkenning van basiese

menseregte. Volgens die regter sal hierdie bestel oor die langer termyn beter gedien word deur uitsluiting van die getuienis van die uitwysings as deur toelating daarvan.

### 6.2.1.3 DIE KRITERIUM GEFORMULEER IN *PEOPLE V O'BRIEN*<sup>85</sup> DAT 'N HOF 'N DISKRESIE HET OM ONGRONDWETLIK-VERKREË GETUIENIS UIT TE SLUIT INDIEN OPENBARE BELEID UITSLUITING DAARVAN VEREIS

In *S v Motloutsi*<sup>86</sup> het regter Farlam voortgebou op sy uitspraak in *S v Hammer*<sup>87</sup> en die uitsluitingsdiskresie ook op ongrondwétlik-verkreë getuienis toegepas. Die beskuldigde was gearrester op 'n aanklag van roof. Terwyl hy in aanhouding was, het die polisie sy kamer gevisenteer. Hulle het R9540 in bloedbevlekte note, versteek in 'n luidsprekerkis, gevind. Die hof het bevind dat die beskuldigde die kamer gehuur het van 'n persoon wat op sy beurt die huis waarin die kamer is, van die munisipaliteit gehuur het. Die visentering van die kamer het sonder 'n visenteringslasbrief en sonder toestemming van die beskuldigde plaasgevind. Die huurder van die huis kon ook nie regsgeldig aan die polisie toestemming verleen het om die beskuldigde se kamer te deursoek nie. Die hof het bevind dat die visentering onregmatig was en die beskuldigde se reg op privaatheid geskend het.

Op gesag van *Forbes*, *Hammer* en *Melani* (1) het die regter bevind dat hy wel 'n diskresie het om ongrondwétlik-verkreë getuienis uit te sluit. Hy het egter die kriterium van die Kanadese reg, naamlik of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal

---

<sup>85</sup> *Supra*. Sien die bespreking van hierdie saak in par 4.2.1 *supra*.

<sup>86</sup> 1996 1 SACR 78 (C).

<sup>87</sup> *Supra*. Sien die bespreking van hierdie saak in par 6.1.3 *supra*.

bring, verwerp op grond daarvan dat dit te eng is.<sup>88</sup> Hy het dit beskou as hoogstens *een* van die faktore (en 'n baie belangrike een daarby), wat in aanmerking geneem moet word om te beslis of die getuienis toegelaat behoort te word. Regter Farlam het met goedkeuring verwys na 'n passasie uit die uitspraak van regter Kingsmill Moore in *The People v O'Brien*<sup>89</sup> dat “the presiding Judge has a discretion to exclude evidence of facts ascertained by illegal means where it appears to him that public policy, based on a balancing of public interests, requires such exclusion”.<sup>90</sup> Hy het ook met goedkeuring verwys na die minderheidsuitspraak van regter Walsh in dieselfde saak waarin gesê is dat getuienis verkry as gevolg van 'n doelbewuste skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte, slegs toelaatbaar sal wees indien daar buitengewone verskonende omstandighede teenwoordig is.<sup>91</sup> Voorbeelde hiervan is dreigende vernietiging van noodsaaklike getuienis, die noodsaaklikheid om iemand te red uit gevaar en getuienis verkry sonder 'n visenteringslasbrief ten tye van en as deel van 'n regmatige arrestasie.<sup>92</sup> Regter Farlam het die *O'Brien*-uitspraak en redes daarvoor, as intellektueel ooredend beskryf en aanbeveel dat dit in Suid-Afrika gevolg word.

Regter Farlam het hom ook vereenselwig met regter Kingsmill Moore se standpunt dat onkunde van die reg nie die polisiebeampte se optrede buite die kader van 'n doelbewuste skending van die beskuldigde se regte plaas nie.<sup>93</sup> Hy het bevind dat die skending van die beskuldigde se reg op privaatheid nie onder buitengewone verskonende omstandighede

---

<sup>88</sup> 86*h-i*.

<sup>89</sup> *Supra*.

<sup>90</sup> 84*h-i*.

<sup>91</sup> 85*b*.

<sup>92</sup> 85*j-86a*.

<sup>93</sup> 87*e-88a*.

plaasgevind het nie, en het die getuienis gevolglik uitgesluit.

Die *Motloutsi*-beslissing is in *S v Mayekiso*<sup>94</sup> gevolg. In hierdie saak het die hof ook bevind dat die polisie die beskuldigde se reg op privaatheid geskend het deur in stryd met die Strafproseswet op sy eiendom beslag te lê. Regter Van Reenen het die regsposisie soos volg saamgevat:<sup>95</sup>

“Die huidige stand van ons reg skyn te wees dat die [toelating- of uitsluiting] van getuienis wat in stryd met `n beskuldigde se fundamentele regte verkry is nie met verwysing na onbuigsame norme beoordeel moet word nie, maar aan die diskresie van die verhoorhof oorgelaat word ( sien: *S v Melani en Andere* 1995 (5) BCLR 632 (E) (die ‘eerste *Melani*-saak’ genoem); *S v Motloutsi* 1996 (1) SACR 78 (K); *S v Melani and Others* 1996 (1) SACR 335 (OK) (die ‘tweede *Melani*-saak’ genoem)).”

Soos in *Motloutsi*, het regter Van Reenen met `n beroep op *O’Brien*<sup>96</sup> onderskei tussen `n toevallige en onbedoelde miskenning van `n beskuldigde se fundamentele regte en `n bewuste en opsetlike miskenning daarvan. Getuienis verkry deur `n toevallige en onbedoelde miskenning van sy regte, behoort normaalweg nie uitgesluit te word nie maar getuienis verkry deur `n bewuste en opsetlike miskenning daarvan, behoort uitgesluit te word tensy daar buitengewone verskonende omstandighede teenwoordig is. Regter Van Reenen het bevind dat daar `n bewuste en opsetlike skending van die beskuldigde se grondwetlike regte was. Aangesien daar nie buitengewone verskonende omstandighede was nie, het hy die getuienis uitgesluit.

---

<sup>94</sup> 1996 2 SACR 298 (C).

<sup>95</sup> 306a-b.

<sup>96</sup> Sien par 4.2.1 *supra*.



#### 6.2.1.4 DIE BILLIKE-VERHOOR-KRITERIUM

Die billike-verhoor-kriterium het in *S v Nombewu*<sup>97</sup> gestalte gevind. Die feite toon heelwat ooreenkomste met dié van *Melani* maar die regter se uitspraak en sy redes, verskil hemelsbreed van die in *Melani* (1) en *Melani* (2). Die beskuldigde het tereggestaan op 'n aanklag van roof wat op 9 Julie 1992 gepleeg was. Nadat die roof gepleeg is, het die rowers hulle uit die voete gemaak met die klaer se motor en 'n aansienlike bedrag geld. Kort na die rooftog was die beskuldigde gearresteer. Na sy arrestasie het hy die klaer se motor aan die polisie gaan uitwys. Sy verhoor het eers na die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet<sup>98</sup> 'n aanvang geneem. Uit die uitspraak wil dit voorkom asof die verdediging nie in die hof *a quo* 'n beswaar geopper het teen die toelaatbaarheid van getuienis in verband met die uitwysing nie. Op appél het die beskuldigde se regsverteenvoerder die hof egter versoek om die getuienis van die uitwysing uit te sluit, onder andere omdat die beskuldigde nie voor die uitwysing verwittig was van sy reg om met 'n regsverteenvoerder te konsulteer nie. Met 'n beroep op die uitspraak van regter Kriegler in *Key v Attorney-General, Cape Provincial Division, and Another*,<sup>99</sup> het regter Erasmus beslis dat die Oorgangsgrondwet nie handeling wat regsgeldig verrig is vóór die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet, ongeldig maak nie. 'n Handeling of versuim wat wettig verrig is voor die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet, kan, behalwe in uitsonderingsgevalle, dus nie 'n beskuldigde se grondwetlike regte skend nie. Artikel 25(3) waarborg 'n beskuldigde egter die reg op 'n billike verhoor. Vanaf 27 April 1994

---

<sup>97</sup> 1996 2 SACR 396 (E).

<sup>98</sup> Op 13 Junie 1994 - 409d.

<sup>99</sup> 1996 4 SA 187 (CC).

kan die vervolging nie sy saak bewys deur middel van getuienis wat inbreuk maak op 'n beskuldigde se reg op 'n billike verhoor nie. Die verhoorhof moet self, op grond van die feite voor hom en met inagneming van openbare beleid, beslis of toelating van die getuienis die billikheid van die verhoor sal affekteer.<sup>100</sup> Regter Erasmus het nie 'n omvattende omskrywing van 'n billike verhoor gegee nie maar tog 'n paar algemene opmerkings in dié verband gemaak, naamlik: (a) nêrens anders as in die VSA, word getuienis van selfinkriminerende handeling of gedrag deur 'n beskuldigde, selfs al is dit voorafgegaan deur skending van sy voorverhoorregte, outomaties uitgesluit nie; (b) billikheid bestaan gewoonlik uit 'n sintese van botsende belange van die gemeenskap en behels enersyds dat voorverhoor prosessuele vereistes nagekom word en andersyds dat alle relevante en toelaatbare getuienis waaroor die staat beskik, voor die hof geplaas word. Hierdie twee botsende belange kan ook aangewend word as toetssteen om te bepaal of getuienis uitgesluit behoort te word om 'n billike verhoor te verseker.<sup>101</sup>

Die regter het die toetse geformuleer in *Melani (1)*, *Melani (2)* en *O'Brien* verwerp omdat dit die hof se diskresie aan bande lê, buigsaamheid ondergrawe en die ondersoek eensydig maak. Hy het ook die stelling in *Melani (2)* dat nadeel vir die beskuldigde irrelevant is in die ondersoek na die toelaatbaarheid van die getuienis, verwerp. Hy het die beginsel van 'n billike verhoor nie net aan die abstrakte universele waardes van 'n oop en demokratiese samelewing getoets nie, maar ook aan die subjektiewe behoeftes, gevoelens en standpunte van die gemeenskap. Die vereiste vervat in artikel 35(1) van die Oorgangsgrondwet dat howe die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op gelykheid en vryheid moet bevorder, word deur regter Erasmus as die

---

<sup>100</sup> 416c.

<sup>101</sup> 416j.

kernbeginsel by die interpretasie van artikel 25(3) beskou. Daardie waardes omsluit die gemeenskap se belang dat 'n skuldige persoon skuldig bevind en gestraf word maar dat hy in die proses steeds billik behandel word. Regter Erasmus het tot die gevolgtrekking gekom dat die Kanadese toets of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring, nie die billike-verhoor-toets kan vervang nie, maar nietemin 'n handige en selfs noodsaaklik toetssteen is wat die hof kan aanwend om tot 'n beslissing te geraak in verband met hoe hy sy diskresie behoort uit te oefen. Ander faktore wat 'n belangrike rol speel, is die aard en erns van die skending van die beskuldigde se grondwetlike reg, die aard en erns van die misdaad en die stand van misdaad op die bepaalde tydstip.<sup>102</sup> Hy het benadruk dat dit noodsaaklik is dat die hof die boodskap na die gemeenskap uitdra dat die Grondwet nie 'n stel idealistiese reëls is wat geskep is om misdadigers teen hulle verdiende loon te beskerm nie, maar 'n skild wat alle burgers teen misbruik van staatsgesag beskerm.

Die regter het daarop gewys dat openbare beleid die afgelope jare 'n al hoe groter rol gespeel het as toetssteen om getuienis wat andersins ingevolge die bewysreëls toelaatbaar is, uit te sluit. Dit kan ook aangewend word om te bepaal of uitvoering gegee sal word aan die beginsel van 'n billike verhoor aangesien 'n billike verhoor "not only encompasses the abstract universal values of an open and democratic society, but also, I should think, has regard to the subjective needs, feelings and views of society at the particular time."<sup>103</sup>

Regter Erasmus het bevind dat die polisie nie die beskuldigde op 'n positiewe wyse

---

<sup>102</sup> Die regter gebruik die stand van misdaad op die bepaalde tydstip omdat dit 'n buigsamheid aan die toets sal verleen.

<sup>103</sup> 422f-g.

verhoed het om met sy regsverteenwoordiger te konsulteer nie. Hulle oogmerk was nie om inkriminerende getuienis uit hom te kry nie maar om die motor en die geld wat in die rooftog gebuit is, so gou moontlik terug te kry en wou weet of hy hulle daarmee kon help. Die uitwysing was 'n belangrike skakel tussen die beskuldigde en die misdaad want deur die uitwysing het hy gedemonstreer dat hy kort nadat die misdaad gepleeg is, geweet het waar die motor is.

Die regter het ook die regsgevoel van die gemeenskap voortvloeiende uit die huidige misdaadvlak, aangewend om tot 'n bevinding te geraak. Hy het in aanmerking geneem dat gewelddadigheid en wetteloosheid tans in ons land hoogty vier en dat gewapende roof deur die gemeenskap in 'n baie ernstige lig beskou word. As gevolg hiervan sal die *uitsluiting* van die getuienis van die uitwysing die regspleging in diskrediet bring, maar nie toelating daarvan nie.

In *S v Marx*<sup>104</sup> was die beskuldigde ten tye van sy arrestasie verwittig van sy reg om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer. Na sy arrestasie het hy sy moeder geskakel en haar versoek om vir hom 'n regsverteenwoordiger aan te stel. Die volgende dag het hy 'n verklaring voor 'n polisie-offisier afgelê. Toe hy die verklaring afgelê het, het hy nog nie oor bystand van 'n regsverteenwoordiger beskik nie en was hy ook nie weer van sy reg om met 'n regsverteenwoordiger te konsulteer, verwittig nie. Die hof het bevind dat skending van 'n beskuldigde se reg op regsverteenwoordiging sy reg op 'n billike verhoor skend en dat toelating van die verklaring hom van sy reg op 'n billike verhoor sou ontnem.

---

<sup>104</sup>

1996 2 SACR 140 (W).

In *S v Agnew*<sup>105</sup> was die beskuldigde om 1:15 gearresteer. Na sy arrestasie het hy sy prokureur geskakel. Sy prokureur het met die ondersoekbeampte gereël dat die beskuldigde na die polisiestasie geneem sal word waar hy die beskuldigde sal ontmoet. Hulle het ooreengekom dat geen vrae aan die beskuldigde gestel sal word voordat hy nie met hom gekonsulteer het nie. Op pad na die polisiestasie het die ondersoekbeampte egter 'n gesprek met die beskuldigde aangeknoop en aan hom vertel dat hy 'n baie sterk saak teen hom het. As gevolg daarvan het die beskuldigde inligting, wat op 'n bekentenis neergekom het, aan hom verstrekk. Dit het daartoe gelei dat die beskuldigde om 3:15, voordat hy nog met sy prokureur konsulteer het, 'n bekentenis voor 'n landdros afgelê het. Tydens die beskuldigde se verhoor het sy regsvertegenwoordiger die hof versoek om die bekentenis uit te sluit omdat dit afgelê was na skending van sy reg op regsvertegenwoordiging. Die hof het verklaar dat 'n beskuldigde se swygreg ontstaan met sy arrestasie en voortduur solank hy in hegtenis is. Die teenwoordigheid van sy regsvertegenwoordiger dien as 'n veiligheidsmeganisme om sy swygreg te versterk. Die optrede van die ondersoekbeampte het hom effektief sy swygreg ontnem. Toelating van die bekentenis sal inbreuk maak op sy reg op 'n billike verhoor. Die bekentenis is derhalwe uitgesluit.

In *S v Khan*<sup>106</sup> het die Hoë Hof van Appèl 'n mate van rigting aan die botsende standpunte gegee. Die beskuldigde was op 11 November 1993 op twee aanklagtes van moord gearresteer. Op 12 November 1993 het hy 'n bekentenis voor 'n landdros afgelê. Die landdros het hom egter nie van sy reg om met 'n regsvertegenwoordiger te konsulteer, verwittig nie. Die verhoor het eers in Augustus 1995 'n aanvang geneem. Tydens sy

---

<sup>105</sup> 1996 2 SACR 535 (C). Sien ook oor die algemeen *S v Manuel* 1997 2 SASV 505 (C).

<sup>106</sup> 1997 2 SACR 611 (SCA).

verhoor het sy regsverteenvoerder die toelaatbaarheid van die bekentenis aangeval, onder andere op grond daarvan dat die versuim om hom voor aflegging van die bekentenis van sy reg tot regsverteenvoering te verwittig, hom sy reg op 'n billike verhoor ontnem het. Hierdie beswaar is egter van die hand gewys en die bekentenis toegelaat. Op appèl is eerstens bevestig dat 'n hof ingevolge die Oorgangsgrondwet 'n diskresie het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit. Tweedens is beslis dat regte ingevolge artikel 25(1) van die Oorgangsgrondwet, nie terugwerkend van krag is nie. Die artikel is nie van toepassing op arrestasies uitgevoer en bekentnisse afgelê voor die inwerkingtreding van die Oorgangsgrondwet nie. Die bekentenis was dus nie ongrondwetlik verkry nie. Artikel 73(1) van die Strafproseswet verleen wel aan 'n beskuldigde die reg om vanaf sy arrestasie, gebruik te maak van die bystand van 'n regsverteenvoerder. Maar versuim om sy aandag daarop te vestig voordat hy 'n verklaring aan die ondersoekbeampte en die bekentenis voor die landdros afgelê het, was nie 'n "breach, conscious or unconscious ... of any express right or duty" nie maar slegs 'n "breach of fairness".<sup>107</sup> Hierdie inbreukmaking op billikheid het tot gevolg gehad dat hy nie van sy swygreg verwittig was nie, maar hy was deur beide die ondersoekbeampte en die landdros verwittig dat hy nie verplig is om 'n verklaring te maak nie. Die aanklagtes waarop hy tereggestaan het, is moord. Soms mag die erns van die misdaad glad nie 'n rol speel in 'n hof se beslissing of 'n bekentenis wat ongrondwetlik verkry is, toegelaat of uitgesluit moet word nie. Maar wanneer 'n bekentenis gemaak word aan so 'n ernstige misdaad soos móórd, kan die erns van die misdaad vanuit die oogpunt van die gemeenskap, 'n relevante faktor wees om saam met die ander faktore in aanmerking geneem te word om oor die toelaatbaarheid daarvan te beslis.

---

<sup>107</sup>

620f.

Die Hoë Hof van Appèl het bevind dat die versuim om die beskuldigde van sy reg op regsverteenvoordinging te verwittig, nie inbreuk gemaak het op sy reg op 'n billike verhoor nie en dat die toelating van die bekentenis regtens in orde was. Hoewel dit nie in soveel woorde uitgespel is nie, is dit tog duidelik dat die hof minstens tot 'n mate gebruik gemaak het van die openbare beleid-toets aanbeveel deur Van der Merwe.<sup>108</sup>

In *Ferreira v Levin NO: Vryenhoek v Powell NO*<sup>109</sup> het die Grondwetlike Hof ook bevestig dat 'n hof 'n diskresie het om getuienis uit te sluit indien dit inbreuk maak op 'n beskuldigde se reg op 'n billike verhoor.<sup>110</sup>

#### 6.2.1.5 DIE BEGINSEL DAT ONGRONDWETLIK-VERKREË GETUIENIS NIE TOEGELAAT KAN WORD NIE BEHALWE INDIEN DIE BESKULDIGDE SE REGTE INGEVOLGE ARTIKEL 33 BEPERK KAN WORD.

In *S v Mathebula*<sup>111</sup> – waarna ook reeds in paragraaf 6.2 *supra* verwys is – het die hof met 'n splinternuwe filosofie in verband met die toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis vorendag gekom. Die beskuldigde was gearresteer op aanklagtes van moord, poging tot moord, roof en onregmatige besit van vuurwapens en ammunisie. Na sy arrestasie was sy grondwetlike regte vervat in artikels 25(1)(a), 25(1)(c), 25(2)(a) en 25(2)(c) aan hom verduidelik. Die polisiebeampte het hom toe meegedeel dat hy vrae aan hom gaan stel wat, indien hy dit beantwoord, onduidelikhede kan opklaar en moontlik

---

<sup>108</sup> (1992) 2 *Stell LR* 199: “[C]ourts will have a constitutionally created discretion when it comes to the exclusion or admission of unconstitutionally obtained evidence and in the exercise of this discretion the public’s perception of their integrity will be a factor to be considered.”

<sup>109</sup> *Supra* [153].

<sup>110</sup> Sien ook *Key v Attorney-General, Cape Provincial Division, and Another supra*.

<sup>111</sup> 1997 1 *SACR* 10 (W).

sels sy onskuld kan bewys. Hy het hom toe gevra of hy 'n verklaring wil maak, slegs op vrae wil antwoord of sy swygreg wil uitoefen, waarop hy geantwoord het dat hy die toneel sal uitwys en 'n verklaring aflê. 'n Uur en 'n kwart later was beskuldigde deur 'n polisiekaptein uitgeneem om die uitwysings te doen. Saam met die uitwysings het hy ook 'n bekentenis gemaak. Hy is nie weer van die bepalings van artikels 25(1)(c) en 25(2)(c) verwittig voordat hy die uitwysings gedoen en die bekentenis gemaak het nie.

Die beskuldigde se regsverteenvoerder het betoog dat die uitwysing en bekentenis ongrondwetlik is omdat hy nie weer voor hy die uitwysing gemaak en die bekentenis afgelê het, van die bepalings van artikels 25(1)(c) en 25(2)(c) verwittig was nie. Die aanklaer het betoog dat die beskuldigde die waarskuwings reeds ten tye van sy arrestasie ontvang het. Selfs al sou dit onvoldoende gewees het, het die hof nogtans 'n diskresie om die getuienis toe te laat. Die regter het eerstens beslis dat 'n beskuldigde in elke stadium van die voor-verhoorprosedure waartydens die staat van hom verwag om iets te doen wat sy grondwetlike regte aantast, weer van al sy tersaaklike artikel 25-regte verwittig moet word.<sup>112</sup> Omdat hy nie weer vóór die uitwysing van sy regte verwittig is nie, was die uitwysing ongrondwetlik. Hy het die aanklaer se betoog dat hy 'n diskresie het om die getuienis toe te laat, verwerp en verklaar:

“In my view, therefore, the test to be applied in order to determine whether or not unconstitutionally obtained evidence amounting to a confession should be allowed no longer depends upon the discretion of the individual presiding judicial officer but on a proper application of s 33(1) of the Constitution.”<sup>113</sup>

Die regter het die eerste fase van die tweefase toets<sup>114</sup> daarna toegepas om te bepaal of die

---

<sup>112</sup> Sien ook *S v Gasa* 1998 1 SACR 446 (D).

<sup>113</sup> 22*d-e*.

<sup>114</sup> Sien par 6.2 *supra*.



beskuldigde wel regte ingevolge artikel 25 gehad het en, indien wel, of dit geskend is. Hy het bevind dat die uitwysing neergekom het op 'n bekentenis en dat die beskuldigde se regte ingevolge artikels 25(1)(c) en 25(2)(c) nie weer aan hom verduidelik was voordat hy die uitwysing gedoen het nie. Die verdediging het gevolglik die bestaan en skending van die beskuldigde se regte bewys.

In sy ondersoek of die staat aan die tweede fase van die toets voldoen het, het die regter met 'n beroep op Chaskalson et al<sup>115</sup> bevind dat artikel 25-regte beperk kan word deur die gemeenregtelike regsfiguur afstanddoening ("waiver"). Hy het egter bevind dat die staat nie bewys het dat die beskuldigde van sy regte afstand gedoen het nie. Hy het die getuienis derhalwe uitgesluit.

## 6.2.2 UITKENNINGSPARADES

Die Kanadese beginsel dat 'n beskuldigde ook tydens 'n uitkenningsparade op bystand van 'n regsverteenwoordiger geregtig is, het in *S v Mhlakaza*<sup>116</sup> in die Suid-Afrikaanse reg weerklank gevind. Die beskuldigdes het tereg gestaan op verskeie ernstige aanklagtes. Tydens hulle arrestasie (en ook toe hulle kort daarna in die laerhof verskyn het), was hulle reg op regsverteenwoordiging aan hulle verduidelik. 'n Paar dae later was 'n uitkenningsparade gehou. Maar hulle reg op regsverteenwoordiging is nie vóór die parade weer aan hulle verduidelik nie. Hulle is ook nie geleentheid gegun om regsverteenwoordiging te bekom nie. Die hof het beslis dat die reg op 'n billike verhoor behels dat 'n beskuldigde ook tydens 'n uitkenningsparade geregtig is op regsbystand, tensy die staat die hof tevrede kan stel dat daar goeie rede was

---

<sup>115</sup> *Constitutional Law* 20.

<sup>116</sup> 1996 2 All SA 130 (C).

waarom regsbystand nie bekombaar was nie en dat die beskuldigde se regte, en in besonder sy reg op 'n billike verhoor, nie deur die afwesigheid van regsverteenvoordiging geskend is nie. Omdat die staat nie sulke getuienis aangebied het nie, is die getuienis in verband met die uitkenningsparade uitgesluit.

In *S v Ngwenya*<sup>117</sup> het regter Leveson die wye interpretasie wat in *Mhlakaza* aan 'n billike verhoor gegee is, egter aansienlik ingekort. Hy het beslis dat die reg op 'n billike verhoor soos vervat in artikel 25(3), nie so wyd is dat dit regsverteenvoordiging tydens 'n uitkenningsparade insluit nie. Hy het verklaar dat daar baie fasette van 'n billike verhoor is wat nie in artikel 25(3) vervat is nie. Dit beteken egter nie dat die opstellers van die Oorgangsgrondwet hierdie fasette uit die tradisionele konsep van 'n billike verhoor wou weer nie. Volgens die regter wou die opstellers artikel 25 bloot beperk tot 'n situasie waar “no impediment is placed in his way as to the defence which he wishes to advance and when, if impecunious, he is represented by counsel paid for by the State. In any event, when witnesses have to be found and subpoenaed to attend court at his request one sees to it that he has the same weapons available to him for his defence as are available to the State for the prosecution.”<sup>118</sup>

'n Uitkenningsparade gehou in die afwesigheid van die beskuldigde, waar getuies foto's gebruik om hom uit te ken, val nie binne die trefwydte van sy reg op regsverteenvoordiging nie.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> 1998 2 SACR 503 (W).

<sup>118</sup> 509*i-j*.

<sup>119</sup> *S v Hlalikaya* 1997 1 SACR 613 (SECLD).

### 6.2.3 GETUIENIS VERKRY AS GEVOLG VAN 'n LOKVAL

Onder die Oorgangsgrondwet is in sommige sake aangevoer dat selfs die feit dat getuienis as gevolg van 'n lokval ingesamel is, 'n verhoor onbillik sal kan maak. 'n Voorbeeld van hierdie betoog is *Mendes and Another v Kitching NO and Another*.<sup>120</sup> Die verdediging het betoog dat toelating van getuienis ingesamel tydens 'n polisielokval, 'n beskuldigde se reg op 'n billike verhoor skend omdat die owerheid deur middel van die polisiebeampte wat opgetree het as verteenwoordiger van die staat, die beskuldigde bedrieg en hom sodoende die misdaad laat pleeg het. Daar is aangevoer dat toelating van die getuienis van die lokvink, neerkom op skending van die beskuldigde se grondwetlike reg om nie 'n verpligbare getuie teen homself te wees nie ("not to incriminate himself") en sy swygreg. Die hof het egter beslis dat 'n lokval nie *per se* inbreuk maak op genoemde twee regte nie. Dit beteken egter nie dat die getuienis van 'n lokvink sonder uitsondering toelaatbaar is nie. Gebeure wat die lokval voorafgegaan het, mag van so 'n aard wees dat dit sal inbreuk maak op die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor, maar elke saak moet op eie meriete beoordeel word. Waarnemende regter-president Flemming het in *S v Desai*<sup>121</sup> daarop gewys dat hoewel dit vir 'n beskuldigde hard is om gestraf te word vir 'n daad wat hy nie sou gepleeg het indien dit nie vir die optrede van 'n *provocateur* was nie, getuienis verkry tydens 'n lokval nie uitgesluit kan word nie tensy die beskuldigde se wil so geplooi was deur die *provocateur* dat hy nie 'n geldige wilsbesluit kon neem nie. Dit beteken egter nie dat die getuienis van 'n lokvink sonder uitsondering toelaatbaar is nie. Gebeure wat die lokval voorafgegaan het, mag van so 'n aard wees dat dit sal inbreuk maak op die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor, in welke geval dit uitgesluit moet word. Elke saak moet egter op sy eie meriete behandel word om vas te stel of die voorafgaande gebeure sodanig was dat dit inbreuk

---

<sup>120</sup> 1995 2 SACR 634 (E).

<sup>121</sup> 1997 2 All SA 298 302g-h; 1997 1 SACR 38 42h (W).

gemaak het op die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor.<sup>122</sup> Hierdie beginsel word treffend geïllustreer in *S v Nortjé*.<sup>123</sup> Die beskuldigde was saam met twee ander persone van handel in ongeslypte diamante aangekla. Die hof het bevind dat sy in 'n verhouding betrokke geraak het met 'n polisielokvink met wie sy later 'n hotelkamer gedeel het. 'n Polisie-offisier wat kennis gedra het dat sy 'n vorige veroordeling het vir handel in diamante, het deur die lokvink druk op haar geplaas om op te tree as tussenganger tussen 'n "verkoper" van ongeslypte diamante en twee "Amerikaanse kopers". Indien druk nie op haar geplaas was nie, sou sy nie daarin betrokke geraak het nie. Die hof het bevind dat die polisie-optrede fundamenteel onbillik was en dat sy as gevolg daarvan nie 'n billike verhoor gehad het nie. Die regter het verklaar dat indien aangedring word op die hoogste standaard van billikheid in die howe maar 'n lae standaard word toegelaat terwyl die beskuldigde in die hande van die polisie is voor hy hof toe geneem word, sal die regspleging in 'n klug ontaard. Die beskuldigde is vrygespreek omdat haar verhoor nie billik was nie.<sup>124</sup>

### 6.3 DIE POSISIE INGEVOLGE ARTIKEL 35(5) VAN DIE GRONDWET

Die Handves van Regte is tot 'n groot mate 'n replika van die "Fundamentele Regte" vervat in die Oorgangsgrondwet.<sup>125</sup> Daar is egter een kardinale verskil tussen die twee hoofstukke, naamlik dat artikel 35(5) van die Grondwet bepaal dat ongrondwetlik-verkreë getuienis in bepaalde gevalle uitgesluit moet word terwyl die Oorgangsgrondwet nie so 'n bepaling bevat het nie.

---

<sup>122</sup> Sien ook *S v Hassan supra* 248.

<sup>123</sup> 1997 1 SA 90 (K)

<sup>124</sup> Sien ook Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* 24-130.

<sup>125</sup> In die Oorgangsgrondwet word na die regte vervat in hfst 3 verwys as "Fundamentele Regte" terwyl hfst 2 van die Grondwet "Handves van Regte" heet. Daar blyk geen wesenlike betekenis in hierdie naamsverskil te wees nie.

Artikels 35(1) tot 35(3) lui soos volg:

- “(1) 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;
  - (d) so gou as wat redelikerwys moontlik is, voor `n hof gebring te word, maar nie later nie as
    - (i) 48 uur na die arrestasie; of
    - (ii) die einde van die eerste hofdag na die verstryking van die 48 uur, as die 48 uur buite gewone hofure, of op `n dag wat nie `n gewone hofdag is nie, verstryk;
  - (e) by die eerste verskyning in `n hof na die arrestasie, aangekla te word of verwittig te word van die rede vir die voortsetting van die aanhouding, of vrygelaat te word; en
  - (f) behoudens redelike voorwaardes, uit aanhouding vrygelaat te word indien die belang van geregtigheid dit toelaat.
- (2) Elkeen wat aangehou word, met inbegrip van elke gevonniste gevangene, het die reg
- (a) om onverwyld van die rede vir die aanhouding verwittig te word;
  - (b) op `n regspraktisyn van eie keuse en om met daardie regspraktisyn te konsulteer, en om onverwyld van hierdie reg verwittig te word;
  - (c) om deur die staat op staatskoste van `n regspraktisyn voorsien te word indien dit andersins tot wesenlike onreg sou lei, en om onverwyld van hierdie reg verwittig te word;
  - (d) om die regmatigheid van die aanhouding persoonlik voor `n hof te betwis, en vrygelaat te word indien die aanhouding onregmatig is;
  - (e) op omstandighede van aanhouding wat met menswaardigheid rekening hou, met inbegrip van, minstens, oefening en die voorsiening, op staatskoste, van toereikende akkomodasie, voeding, leesstof en mediese behandeling; en
  - (f) om in verbinding te tree met, en besoek te word deur, daardie persoon se
    - (i) gade of lewensmaat;
    - (ii) naasbestaandes;
    - (iii) godsdienstraadgewer van eie keuse; en
    - (iv) mediese praktisyn van eie keuse.
- (3) Elke beskuldigde persoon het die reg op `n billike verhoor, waarby inbegrepe is die reg
- (a) om van die aanklag verwittig te word in voldoende besonderhede om daarop te antwoord;
  - (b) om genoeg tyd en geriewe te hê om `n verweer voor te berei;
  - (c) op `n openbare verhoor voor `n gewone hof;
  - (d) op `n verhoor wat sonder onredelike vertraging begin en afgehandel word;
  - (e) om by die verhoor teenwoordig te wees;
  - (f) op `n regspraktisyn van eie keuse en om deur daardie regspraktisyn

- verteenwoordig te word, en om onverwyld van hierdie reg verwittig te word;
- (g) om deur die staat op staatskoste van `n regspraktisyn voorsien te word indien dit andersins tot wesenlike onreg sou lei, en om onverwyld van hierdie reg verwittig te word;
  - (h) om onskuldig geag te word, te swyg, en nie gedurende die verrigtinge te getuig nie;
  - (i) om getuienis aan te voer en te betwis;
  - (j) om nie verplig te word om self-inkriminerende getuienis af te lê nie;
  - (k) om verhoor te word in `n taal wat die beskuldigde persoon verstaan of, indien dit nie doenlik is nie, dat die verrigtinge in daardie taal getolk word;
  - (l) om nie skuldig bevind te word weens `n handeling of versuim wat ten tye van die handeling of versuim ingevolge óf die nasionale reg óf die volkereg nie `n oortreding was nie;
  - (m) om nie verhoor te word weens `n oortreding ten opsigte van `n handeling of versuim ten opsigte waarvan daardie persoon voorheen vrygespreek of skuldig bevind is nie; en
  - (n) op die voordeel van die ligste van die voorgeskrewe strawwe indien die straf wat vir die oortreding voorgeskryf word, verander is tussen die tydstip waarop die oortreding gepleeg is en die tydstip van vonnis; en
  - (o) op appèl na, of hersiening deur, `n hoër hof.”

Artikel 35(5) bepaal:

“Getuienis wat verkry is op `n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend, moet uitgesluit word indien toelating van daardie getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees.”

Artikel 35(5) is geskoei op artikel 24(2) van die Kanadese *Charter* en vervang die gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie ten opsigte van ongrondwetlik-verkreë getuienis.<sup>126</sup> Die twee artikels verskil egter van mekaar in dié opsig dat artikel 35(5) twee gronde bevat op grond waarvan ongrondwetlik-verkreë getuienis uitgesluit moet word, naamlik indien toelating van die getuienis (a) die verhoor onbillik sou maak; of (b) andersins vir die regspleging nadelig sal wees, terwyl artikel 24(2) net die een grond bevat naamlik indien toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. In *R v Collins*<sup>127</sup> het die Kanadese Hooggeregshof egter `n bepaling dat getuienis uitgesluit moet word indien toelating daarvan die verhoor onbillik sou

<sup>126</sup> *S v Naidoo* 1998 1 BCLR 46 (D) 66A; *S v Mphala* 1998 1 SACR 388 (W) 398i.

<sup>127</sup> [1987] 28 CRR 122; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

maak, in artikel 24(2) ingebou.<sup>128</sup>

Omdat artikel 35(5) nog maar vir 'n relatiewe kort tydperk in werking is, het die howe nog nie die geleentheid gehad om dit behoorlik uit te trap nie. In die enkele sake waarin dit wel onder die loep geneem is, het die howe dit meestal aan die hand van Kanadese gesag geïnterpreteer.<sup>129</sup> Die *bona fides* of *mala fides* van die skender, het tot dusver 'n baie belangriker rol gespeel in die interpretasie van artikel 35(5) as wat dit in die interpretasie van artikel 24(2) gespeel het. Die algemene praktyk is om getuienis uit te sluit indien dit verkry is as gevolg van skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte onder omstandighede waar daar *mala fides* aan die kant van die polisie is, maar dit toe te laat indien die skending *bona fide* plaasgevind het. Die regters onderskei ook nie streng tussen die beginsels wat geld by skending van 'n beskuldigde se regte vervat in artikel 35 en die wat geld by skending van sy reg op privaatheid nie.

### 6.3.1 DIE INTERPRETASIE VAN ARTIKEL 35(5) DEUR DIE HOWE

In paragrawe 6.3.1.1 tot 6.3.1.5 *infra*, word gekonsentreer op die vyf belangrikste beslissings wat tot dusver deur die Hoë Howe uitgebring is. Daar sal gepoog word om te bepaal of daar gemeenskaplike reëls vir die interpretasie van artikel 35(5) uit die howe se uitsprake afgelei kan word.

---

<sup>128</sup> Hierdie interpretasie van a 24(2) is reeds in par 5.2 *supra* bespreek.

<sup>129</sup> Sien *S v Soci supra*; *S v Naidoo supra*; *S v Madiba* 1998 1 BCLR 38 (D).

6.3.1.1 *S v SOCI*<sup>130</sup>

Die beskuldigde het op aanklagtes van moord en roof tereggestaan. Na sy arrestasie was hy ingevolge die ou bekende regtersreëls gewaarsku. Hy het later uitwysings op die moordtoneel aan 'n polisiebeampte gedoen en ook 'n bekentenis voor 'n landdros afgelê. Die hof het bevind dat sy reg op regsverteenvoordinging en regshulp wel aan hom verduidelik was voordat hy die bekentenis afgelê het maar dat hierdie reg nie volledig aan hom verduidelik was voordat hy die *uitwysings* gedoen het nie. Die verdediging het die hof versoek om die getuienis in verband met die uitwysing uit te sluit omdat dit as gevolg van 'n skending van die beskuldigde se regte vervat in artikels 35(1)(a), 35(1)(b), 35(1)(c), 35(2)(b) en 35(2)(c) verkry was.<sup>131</sup> Regter Erasmus het soos volg beslis:

- (a) Daar is geen bewyslas op die staat om te bewys dat 'n beskuldigde se grondwetlike regte nie geskend is nie. Die bewyslas is op die beskuldigde om te bewys dat dit geskend is.<sup>132</sup>
- (b) Daar hoef nie 'n kousale verband tussen die skending en die verkryging van die gewraakte getuienis te wees om dit binne die raamwerk van artikel 35(5) tuis te bring nie. Die sinsnede “verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend”, omvat alle handeling verrig deur die beskuldigde tydens die misdaadsondersoek en wat volg ná die skending van sy regte.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> *Supra.*

<sup>131</sup> Die verdediging het betoog dat die bekentenis aan die landdros ook uitgesluit moet word omdat die landdros ook sekere van sy a 35 regte geskend het, maar die hof het die bewerings verwerp en die bekentenis toegelaat.

<sup>132</sup> Sien ook *S v Naidoo supra* 87C-D.

<sup>133</sup> Sien ook De Waal, et al *The Bill of Rights Handbook* 594.



(c) Nadeel vir die beskuldigde is 'n voorvereiste vir 'n onbillike verhoor. 'n Verhoor kan nooit billik wees indien die beskuldigde benadeel word nie maar aan die ander kant kan daar ook nie sprake van 'n onbillike verhoor wees indien hy nie benadeel word nie.<sup>134</sup>

(d) Getuienis moet uitgesluit word indien:

(i) *toelating daarvan die verhoor onbillik sou maak*. Die regter het met goedkeuring 'n passasie uit die uitspraak van regter Kriegler in *Key v Attorney-General, Cape Provincial Division, and Another*<sup>135</sup> aangehaal waarin 'n billike verhoor soos volg omskryf is:

“In any democratic criminal justice system there is a tension between, on the one hand, the public interest in bringing criminals to book and, on the other, the equally great public interest in ensuring that justice is manifestly done to all, even those suspected of conduct which would put them beyond the pale. To be sure, a prominent feature of that tension is the universal and unceasing endeavour by international human rights bodies, enlightened legislatures and courts to prevent or curtail excessive zeal by State agencies in the prevention, investigation or prosecution of crime. But none 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.”<sup>136</sup>

<sup>134</sup> 392G-H; 293i-294d. Sien ook *S v Nombewu supra* 420i-422b. In *S v Melani (1) supra* 153g is egter verklaar dat die toets van nie-benadeling nie 'n gepaste toets is wanneer oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis beslis moet word nie.

<sup>135</sup> *Supra* par [13].

<sup>136</sup> Hierdie passasie is ook met goedkeuring in *S v Khan supra* 619b-d aangehaal.

- (ii) *toelating daarvan andersins vir die regspleging nadelig sou wees.* Hierdie komponent stem ooreen met artikel 24(2) van die Kanadese *Charter*. Kanadese gesag sal dus van groot hulp wees by die interpretasie van artikel 35(5). Om te bepaal of toelating van die getuienis nadelig vir die regspleging sal wees, moet gelet word op die aard en omvang van die skending. Dit moet aan die hand van die openbare mening getoets word. 'n Voorbeeld hiervan is die “shock-the-public”-toets geformuleer in *R v Rothman*.<sup>137</sup>

Regter Erasmus het ook verwys na sy uitspraak in *S v Nombewu*<sup>138</sup> waar hy aangetoon het dat die openbare mening beïnvloed word deur die erns van die skending, die aard en erns van die misdaad asook die misdaadsituasie in die land op 'n gegewe tydstip. Die Grondwet moet nie deur die gemeenskap beskou word as 'n vrypas wat 'n moordenaar of verkragter vry laat uitgaan as gevolg van 'n polisiebeampte se flater nie. As gevolg van die hoë vlak van misdaad in Suid-Afrika sal die vrypraak van 'n moordenaar of verkragter as gevolg van 'n polisiebeampte se flater, tans vir die gemeenskap totaal onaanvaarbaar wees. Inagneming van die openbare mening wanneer oor die toelaatbaarheid van getuienis beslis word, verleen ook 'n buigsamheid aan die uitsluitingsdiskresie omdat dit 'n hof in staat stel om die heersende omstandighede in aanmerking te neem en ook openbare aanvaarding van grondwetlike waardes by die gemeenskap te kweek. 'n Hof moet deur sy beslissings die boodskap aan die gemeenskap uitdra dat die Grondwet nie 'n stel hoogheilige reëls is wat kriminele beskerm teen hulle verdiende loon nie maar 'n instrument wat alle mense beskerm teen

---

<sup>137</sup> *Supra* 697 en soos bespreek in par 5.1.

<sup>138</sup> *Supra* 422i-423b.

misbruik van staatsgesag.

Misdaade soos moord en roof gepleeg op bejaardes, is ernstige misdade en neem kommerwekkende afmetings aan. Die openbare belang vereis dat mense wat dit pleeg, tot verantwoording geroep word.<sup>139</sup>

Die regter het bevind dat die betrokke polisiebeampte nie *mala fide* of selfs bewustelik opgetree het toe hy versuim het om die beskuldigde se reg op regsverteenvoording en regshulp volledig aan hom te verduidelik nie. Die polisiebeampte het gebruik gemaak van 'n vorm wat deur die Suid-Afrikaanse Polisie diens opgestel was vir gebruik tydens uitwysings. Hy het stiptelik daarvolgens te werk gegaan, maar dit was verouderd. Die optrede van Suid-Afrikaanse Polisie diens deur voort te gaan om verouderde vorms te gebruik nadat die leemtes daarin reeds in *S v Marx*<sup>140</sup> aan hulle uitgewys was, is egter onaanvaarbaar. Die taal wat daarin gebruik is, was ook so ingewikkeld dat selfs die polisie-tolke nie die inhoud daarvan in verstaanbare taal aan beskuldigdes kon oortolk nie. Die getuienis is gevolglik uitgesluit.

Nieteenstaande die goeie trou van die individuele polisiebeampte, was uitsluiting van die getuienis noodsaaklik om te dien as 'n sistemiese afskrikmiddel<sup>141</sup> teen ontwikkeling van 'n patroon van skending van beskuldigdes se grondwetlike regte. Wanneer so 'n patroon ontwikkel, word die individuele polisiebeampte se *bona fide* optrede ongedaan gemaak deur die *mala fides* of argeloosheid van die organisasie waarvan hy lid is. Toelating van

---

<sup>139</sup> 396B.

<sup>140</sup> 1996 2 SACR 140 (W). Sien voorts par 6.2.1.4 *supra*.

<sup>141</sup> Sien Van der Merwe (1998) 11 SACJ 462. Sien ook par 3.2(b)(vii) *supra*.

getuienis verkry na skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte as gevolg van die *mala fides* of argeloosheid van die organisasie, sal die regspleging in diskrediet bring. Nie net individue nie maar ook die organisasie as 'n geheel, moet "reggetrek" word om 'n gearreesteerde se grondwetlike regte te eerbiedig.<sup>142</sup>

### 6.3.1.2 *S v MPHALA*<sup>143</sup>

Die saak het betrekking op skending van 'n beskuldigde se swygereg.<sup>144</sup> Die hof het bevind dat die beskuldigdes se prokureur die ondersoekbeampte om 10:30 geskakel en meegedeel het dat hy opdrag ontvang het om namens hulle te verskyn. Die prokureur het die ondersoekbeampte versoek om nie verklarings van die beskuldigdes te neem of hulle uitwysings te laat doen alvorens hy nie met hulle gekonsulteer het nie. Die ondersoekbeampte het hom verseker dat hulle nog nie verklarings afgelê of uitwysings gedoen het nie en dat hy ook nie voorsien dat dit voor 14:00 sal gebeur nie. Tussen 12:00 en 12:45 en voordat hulle nog geleentheid gehad het om met hulle prokureur te konsulteer, het die beskuldigdes egter bekentnisse voor polisie-offisiere afgelê.

Die regter het bevind dat die ondersoekbeampte "had stolen a march on the accused's attorney".<sup>145</sup> Die ondersoekbeampte het opsetlik die beskuldigdes se grondwetlike reg op regsverteenvoordinging geskend deurdat hulle verhoed was om met hulle regsverteenvoordiger te konsulteer voordat hulle die bekentnisse afgelê het. Die

<sup>142</sup> Sien Van der Merwe (1998) 11 *SACJ* 462.

<sup>143</sup> 1998 1 *SACR* 388; 1998 4 *BCLR* 494 (W).

<sup>144</sup> Die hof het bevind dat sy reg op regsverteenvoordinging geskend is maar in *S v Melani (2) supra*, is beslis dat 'n beskuldigde se reg tot regsverteenvoordinging 'n faset van sy swygereg is want dit versterk sy swygereg.

<sup>145</sup> 500I-J.

ondersoekbeampte was bewus daarvan dat hulle regsverteenvoordiger nie wou hê dat hulle verklaring moes aflê voordat hy met hulle gekonsulteer het nie. Hy moes dit vir hulle gesê het.<sup>146</sup> Alhoewel 'n polisiebeampte nie verplig is om 'n gearresteerde van regsadvies te voorsien nie, mag hy nie verhoed dat dit deur 'n regsverteenvoordiger aan 'n beskuldigde gegee word nie. Dit is in effek wat in *Mphala* gebeur het. Regter Cloete het bevind dat die optrede van die ondersoekbeampte die oorsaak van die aflegging van die bekentnisse was omdat: (a) hy geweet het dat die beskuldigde se prokureur nie wou hê dat hulle verklaring moes aflê alvorens hy nie met hulle gekonsulteer het nie; (b) hy die beskuldigde nie ingelig het dat hulle prokureur nie wou hê dat hulle verklaring moes aflê nie en dat hulle prokureur in elk geval op pad was nie; en (c) hy die prokureur mislei het in verband met hoe laat verklaring van die beskuldigde geneem sou word. Die ondersoekbeampte het dit gedoen om seker te maak dat hulle reeds die verklaring afgelê het teen die tyd wat hulle prokureur sou opdaag.

Die hof was tevrede dat toelating van die bekentnisse die verhoor onbillik sou maak. Die bekentnisse is uitgesluit.

### 6.3.1.3 *S v NAIDOO*<sup>147</sup>

Die beskuldigde het tereg gestaan op 'n aanklag van roof. Die belangrikste getuienis waarvoor die staat beskik het om hulle met die pleging van die misdaad te kon verbind,

<sup>146</sup> In *R v Brydges* [1990] 53 CCC (3d) 330; 103 NR 202; 46 CRR 236 247; [1990] 2 WWR 220 (SCC) is verklaar dat a 10(b) van die Kanadese Handves van Regte, benewens die plig om die beskuldigde se grondwetlike regte aan hom te verduidelik, twee verdere verpligtinge op 'n polisiebeampte lê naamlik (i) hy moet hom 'n redelike geleentheid gee om 'n regsverteenvoordiger aan te stel; en (ii) hy mag hom nie ondervra of poog om getuienis van hom te kry nie tot tyd en wyl hy redelike geleentheid gehad het om met sy regsverteenvoordiger te konsulteer. Sien ook *R v Manninen* [1987] 38 CRR 37; 1 SCR 1233 (SCC). Sien ook par 5.2.1.2 *supra*.

<sup>147</sup> *Supra*.

was inligting wat verkry was tydens onderskepping van private selfoongesprekke tussen die beskuldiges onderling, tussen 'n sekere mevrou Rajnarain en beskuldigde twee en tussen mevrou Rajnarain se dogter en beskuldigde twee. As gevolg van die gesprekke het die polisie op R5,4 miljoen in mevrou Rajnarain se huis beslag gelê.

Regter McCall het die verskillende howe se beskouings in verband met die toelating of uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis ingevolge die Oorgangsgrondwet oorweeg en tot die gevolgtrekking gekom dat regter Farlam se standpunt in *Motloutsi*<sup>148</sup> dat die Kanadese toets vir die toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis<sup>149</sup> te eng is, onakkuraat is in die lig van die Kanadese benadering en veral die billike-verhoor-vereiste. Ingevolge artikel 35(5) het die howe nie meer die wye diskresie waarna regter Farlam verwys, om ongrondwetlik-verkreë getuienis toe te laat nie. Die gevolg van die artikel is juis dat getuienis wat bewustelik en opsetlik deur funksionarisse van die owerheid verkry is, uitgesluit behoort te word tensy daar buitengewoon verskonende omstandighede is. Regter McCall het dit insiggewend gevind dat regter Froneman reeds voordat artikel 35(5) die lig gesien het, ten gunste van die Kanadese benadering was.<sup>150</sup>

Regter McCall was ook oortuig dat daar wel plek is vir die benadering van regter Claassen in *Mathebula*<sup>151</sup> maar nie in die konteks waarin hy artikel 33 aangewend het nie. 'n Handeling wat inbreuk maak op 'n persoon se regte vervat in die Handves van Regte, kán ingekort word deur 'n Wet of die gemenerereg algemeen in gebruik, maar die inkorting

---

<sup>148</sup> Sien par 6.2.1.3 *supra*.

<sup>149</sup> "Whether the admission of evidence obtained in violation of an accused's constitutional rights 'would bring the administration of justice in disrepute.'"

<sup>150</sup> Sien *S v Melani (1) & (2) supra*. Sien verder par 6.2.1.2 *supra*.

<sup>151</sup> Sien par 6.2.1.5 *supra*.

moet in staat wees om na gelang van die geval die toets van artikels 33(1)<sup>152</sup> of 36(1)<sup>153</sup> te deurstaan. Artikel 35(5) het wel die gemeenregtelike uitsluitingsdiskresie ondervang maar die artikel is slegs van toepassing op getuienis wat verkry is as gevolg van die skending van 'n persoon se regte vervat in die Handves van Regte. Die toelaatbaarheid van getuienis wat onbehoorlik verkry is, moet nog steeds ingevolge die gemenereg beoordeel word. Regter McCall het egter met goedkeuring 'n passasie uit Chaskalson et al<sup>154</sup> aangehaal waarin betoog word dat selfs onbehoorlik-verkreë getuienis ingevolge artikel 35(5) uitgesluit moet word indien toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak.

Op grond van die ooreenkomste tussen artikel 35(5) en artikel 24(2)<sup>155</sup> het die regter verkies om artikel 35(5) eerder aan die hand van Kanadese gesag as Suid Afrikaanse gesag onder die Oorgangsgrondwet, te interpreteer. Hy het bevind dat 'n gesprek oor 'n selfoon 'n telekommunikasie is maar nie 'n private kommunikasie nie. 'n Persoon wat oor 'n selfoon praat, is besig met 'n uitsending waarna enigeen kan luister. Inligting in beëdigde verklarings afgelê deur polisiebeamptes en voorgelê aan 'n regter ter verkryging van magtiging vir meeluistering, was in wesenlike opsigte vals. Derhalwe het die polisie ongrondwetlik opgetree toe hulle die selfoongesprekke wat tot die beskuldigdes se arrestasie en ontdekking van die geld gelei het, gemonitor het. Daardeur het hulle die beskuldigdes se reg op privaatheid geskend.

In sy ondersoek na die vraag of toelating van die getuienis die verhoor onbillik sou maak

---

<sup>152</sup> Van die Oorgangsgrondwet.

<sup>153</sup> Van die Grondwet.

<sup>154</sup> 26-19. Die skrywers verklaar egter op 26-20 van Hersieningsdiens 3: "Section 35(5) of the final Constitution applies only to evidence obtained in violation of the Bill of Rights. It does not require the exclusion of evidence illegally or improperly obtained in some other way."

<sup>155</sup> Van die Kanadese *Charter*.

of andersins vir die regspleging nadelig sou wees, het die regter gebruik gemaak van 'n drieledige toets aangewend deur die Kanadese Hooggeregshof in *R v Jacoy*.<sup>156</sup> Die drie bene van die toets is:

- (a) Sal toelating van die getuienis 'n onbillike verhoor tot gevolg hê? 'n Onbillike verhoor sal op sigself die regspleging in diskrediet bring.<sup>157</sup> Die regter het met goedkeuring verwys na *R v Collins*<sup>158</sup> waar beslis is dat die wyse waarop die reg geskend is, nie vir hierdie been so belangrik is nie. Die belangrike faktore is die aard van die reg wat geskend is en die aard van die getuienis wat ingesamel is as gevolg van die skending. Daar moet onderskei word tussen reële getuienis, aan die een kant, en getuienis soos bekentnisse of ander getuienis waarin 'n beskuldigde homself inkrimineer nadat sy regte in die Handves geskend is, aan die ander kant. Eersgenoemde sal toelaatbaar wees omdat dit bestaan het ongeag die skending maar nie laasgenoemde nie omdat toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak.
- (b) Hoe ernstig is die skending? Onder hierdie vraag moet die volgende faktore en vrae oorweeg word: (i) of die skending te goeder trou plaasgevind het of nie; (ii) of die skending onopsetlik en slegs van 'n tegniese aard was; (iii) het die skending plaasgevind as gevolg van dringendheid of om moontlike verlies van getuienis te voorkom?; en (iv) kon die getuienis ook bekom gewees het sonder om die beskuldigde se regte vervat in die Handves van regte te skend?

---

<sup>156</sup> [1988] 38 CRR 290 298.

<sup>157</sup> Dit wil voorkom asof dit ook is wat Cloete R in gedagte het in *S v Mphala supra* 504G-I (BCLR weergawe). Sien par 6.3.1.2 *supra*.

<sup>158</sup> [1987] 28 CRR 122 137; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).



- (c) Wat sal die gevolge van uitsluiting van die getuienis wees? Indien die skending gering was, mag uitsluiting van die getuienis die regspleging in diskrediet bring. Alhoewel hierdie faktor van wesenlike belang is in geval van 'n ernstige misdaad, sal die erns van die misdaad nie 'n vrypas wees om die getuienis toe te laat indien toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak nie.

Regter McCall het bevind dat hoewel daar 'n verskil is tussen 'n bekentenis (of erkenning) gemaak as gevolg van dwang en 'n onregmatig gemoniteerde telefoongesprek waarin 'n persoon homself inkrimineer, beide verkry is sonder sy vrywillige optrede of toestemming. In beide gevalle maak die wyse van verkryging inbreuk op sy reg om homself nie te inkrimineer nie. Toelating van getuienis wat 'n beskuldigde onwetend teen homself verskaf het as gevolg van onregmatige monitering van sy gesprekke met iemand anders, "would offend against the notion of basic fairness in no less a measure than the admission of evidence of a confession or admission made by an accused person without having been informed of his right to legal representation, which has been held to result in an unfair trial."<sup>159</sup> Volgens die regter sal toelating van die getuienis die verhoor onbillik maak en 'n onbillike verhoor sal altyd nadelig vir die regspleging wees.<sup>160</sup>

Die regter het daarna voortgegaan en ook ondersoek of toelating van die gewraakte getuienis vir die regspleging nadelig sou wees selfs indien toelating nie 'n onbillike verhoor tot gevolg sou hê nie. Hy het uitgegaan van die premis dat "vir die regspleging

---

<sup>159</sup> 91C.

<sup>160</sup> Steytler *Constitutional Criminal Procedure: A Commentary on the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (1998) 37 n 319 kritiseer die regter se beslissing dat toelating van die getuienis die verhoor onbillik sou maak. Hy betoog dat die reg teen selfinkriminasie 'n beskuldigde beskerm teen *verpligte* verskaffing van inkriminerende inligting. Inligting verkry uit onderskepping van 'n telefoongesprek, 'n brief of 'n dagboek kom nie op verpligte verskaffing van die inligting neer nie. Toelating daarvan kan dus nie tot 'n onbillike verhoor aanleiding gee nie. Sien verder par 7.3.3 *infra*.

nadelig sal wees” sinoniem is met “die regspleging in diskrediet sal bring”. Hy het hom vierkantig agter regter Lamer in *Collins* geskaar dat “die regspleging in diskrediet sal bring” aan die hand van die opvatting van die gemeenskap beoordeel moet word. Uitsluiting van getuienis as gevolg van `n onbeduidende skending van grondwetlike regte en `n daaropvolgende vrypraak van die beskuldigde, sal op sigself die regspleging in diskrediet bring. Die regspleging sal nog meer in diskrediet gebring word indien die misdaad waarvan die beskuldigde aangekla word, ernstig is. Getuienis verkry as gevolg van `n slenter van die verteenwoordigers van die owerheid en wat nie op `n skending van regte vervat in die Handves neerkom nie, sal nie uitsluiting van getuienis tot gevolg hê nie tensy dit `n slenter is wat die gemeenskap skok.

Die regter het met goedkeuring verwys na *R v Grant*<sup>161</sup> waarin beslis is dat toelating van getuienis ontdek voor verkryging van `n visenteringslasbrief of deur middel van `n gebrekkige visenteringslasbrief, sal neerkom op sanksionering van onregmatige polisie-optrede. Dit sal die regspleging in diskrediet bring.

Die regter het ook verwys na *Asencios v The Queen*<sup>162</sup> waarin beslis is dat die feit dat persone hulle persele vir die pleging van misdaad gebruik, `n faktor is wat in aanmerking geneem kan word wanneer die hof moet beslis of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Maar hierdie benadering ontnem hulle nie van hulle regte vervat in die Handves nie. Die regter moet nog steeds faktore soos die aard van die skending, die belangrikheid van die getuienis, goeie of kwade trou aan die kant van die polisie, hoe dringend die stappe wat die polisie geneem het, geneem moes word en alle

---

<sup>161</sup> [1992] 11 CRR (2d) 159.

<sup>162</sup> [1987] 31 CRR 305.

ander feite rondom die onregmatige verkryging van die getuienis, in aanmerking neem.

Oor die erns van die skending het regter McCall gesê dat om met roekelose verontagsaming van die waarheid of onwaarheid van feite vervat in 'n beëdigde verklaring, te sweer dat dit die waarheid is, reeds ernstig is. Indien dit gedoen word deur 'n polisiebeampte in die uitvoering van sy pligte, is dit nog ernstiger. Indien dit gedoen word om 'n regter oor te haal om op grond daarvan magtiging vir monitering van telefoongesprekke te verleen, is dit totaal onaanvaarbaar. Die optrede van die polisie voordat hulle magtiging gekry het om regte in die Handves te skend, is ook belangrik om te beslis of toelating van getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Dit mag selfs nodig wees om die erns van die skending te beoordeel in lig van die erns van die onreëlmatigheid wat gelei het tot die verkryging van magtiging om die regte te skend.

Regter McCall het beklemtoon dat roof 'n baie ernstige misdaad is en dat die betrokke rooftog na bewering die grootste in die geskiedenis van Suid-Afrika was. Uitsluiting van die getuienis mag die gemeenskap dus onder die indruk bring dat misdadigers uitermate sag behandel word. Die regter sê egter dat misdaad nie sonder 'n effektiewe, eerlike, verantwoordelike en gerespekteerde polisiemag wat in staat is om die reg af te dwing, bekamp kan word nie.

Regter McCall het bevind dat toelating van die getuienis óók tot nadeel van die regspleging sal wees. Alhoewel hy dit nie in soveel woorde gesê het nie, was *mala fides* weereens die sondebok. Die polisiebeampte het opsetlik in die uitvoering van sy pligte, 'n vals verklaring onder eed afgelê om 'n regter te beweeg om op grond daarvan magtiging vir monitering van telefoongesprekke te verleen. Dit is 'n klassieke voorbeeld

van die wisselwerking tussen die primêre- en sekondêre reël soos verduidelik deur Van Rooyen.<sup>163</sup> Van der Merwe<sup>164</sup> betoog dat waar die primêre reëls duidelik is, die hof die sekondêre reël (die uitsluitingsreël) kragdadig moet toepas. En dit is wat die hof inderdaad gedoen het want die polisie het duidelike wetgewing in *Naidoo* geminag.

#### 6.3.1.4 *S v MADIBA*<sup>165</sup>

Die hof is versoek om reële getuienis verkry as gevolg van skending van 'n beskuldigde se reg op privaatheid<sup>166</sup> uit te sluit. Die polisie het inligting van 'n beriggewer ontvang dat twee verdagtes na wie hulle op soek was op 'n aanklag van moord gepleeg met 'n vuurwapen, in 'n hut in 'n plakkerskamp in die gewelddeteisterde KwaMashu slaap. Die inligting was dat die verdagtes gewapen is en nie sal huiwer om te skiet om arrestasie te verhoed nie. Die meerderheid van die inwoners van die plakkerskamp was die polisie vyandig gesind en sou nie skroom om die polisie aan te val en hulle makkers wat gearresteer word, te ontset nie. 'n Groot groep polisiebeamptes gerugsteun deur die reaksie-eenheid, het die plakkerskamp om 3:00 binnegegaan om arrestasies uit te voer. Twee polisiebeamptes, die een gewapen met 'n R5 geweer, is na die hut van die beskuldigdes. In die donker het die een polisiebeampte die hut se deur oopgeskop en onder dekking van ander polisie, is die twee polisiebeamptes die hut binne. Die twee

<sup>163</sup> (1975) *Acta Juridica* 79. Sien ook par 3.2(e) *supra* en veral n 65 in hfst 3 *supra*.

<sup>164</sup> (1998) 11 *SACJ* 467.

<sup>165</sup> *Supra*.

<sup>166</sup> Artikel 14 van die Grondwet bepaal:

“Elkeen het die reg op privaatheid, waarby inbegrepe is die reg dat -

- (a) hul persoon of woning nie deursoek word nie;
- (b) hul eiendom nie deursoek word nie;
- (c) daar nie op hul besittings beslag gelê word nie; of
- (d) daar nie op die privaatheid van hul kommunikasies inbreuk gemaak word nie.”

beskuldigdes het met hulle koppe op dieselfde kussing lê en slaap en het regop gaan sit toe die polisie binnekom. Een van die polisiebeamptes het hulle name gevra en hulle toe meegedeel dat hy hulle arresteer vir moord. Hy het hulle gevra of hy die hut kon deursoek. Hulle het toegestem. Onder die kussing waarop die verdagtes met hulle koppe gelê het, het die polisie twee vuurwapens gevind en daarop beslag gelê. Tydens hulle verhoor het die verdediging betoog dat die twee polisiebeamptes die beskuldigdes se reg op privaatheid geskend het deur die wyse waarop hulle die hut betree het. Daar is ook aangevoer dat die hof in lig van die skending van hulle reg op privaatheid gelees met die *Mathebula*-uitspraak, nie `n diskresie het om die getuienis van die vuurwapens toe te laat nie.

Regter Hurt het die *Mathebula*-uitspraak verwerp en homself vereenselwig met die uitspraak in *Motloutsi* dat `n hof wel `n diskresie het om ongrondwetlik-verkreë getuienis toe te laat. Hy het bevind dat artikel 35(5) billikheid en behoud van die standarde van die regspleging beoog. Indien `n hof as gevolg van afwesigheid van `n diskresie, verplig is om getuienis uit te sluit ten spyte van die feit dat dit verkry is as gevolg van `n relatief onbelangrike skending van `n beskuldigde se grondwetlike regte, kan die verhoor net so onbillik wees soos wanneer `n hof getuienis toelaat wat as gevolg van `n opsetlike growwe skending van `n grondwetlike reg verkry is. Volgens regter Hurt verleen artikel 35(5) aan `n hof `n diskresie om getuienis óf toe te laat óf uit te sluit: Die hof moet sy beslissing grond op billikheid. Maar volgens regter Hurt gaan dit hier nie net om billikheid teenoor die beskuldigde nie; dit gaan om billikheid teenoor beide die vervolging en die beskuldigde. Die oopskop van die deur en binnegaan van die hut sonder toestemming van die bewoners, was nie so ernstig dat dit uitsluiting van die getuienis regverdig nie. Die regter sê dat selfs al sou dit ernstig genoeg gewees het om

uitsluiting te regverdig, sal dit geen `n verskil maak aan sy bevinding nie want as gevolg van die erns van die misdaad waarvan die beskuldigdes verdink is; die feit dat die polisie betroubare inligting gehad het dat die beskuldigdes gewapen is en hulle waarskynlik sal teësit; die sterk moontlikheid van `n skietgeveg indien die polisie van normale arrestasiemetodes gebruik sou gemaak het; en die feit dat die veiligheid van die polisie, die gemeenskap en die beskuldigdes self vereis het dat toegang verkry is soos hulle dit gedoen het, was die omvang van die skending van beskuldigdes se reg op privaatheid gering in verhouding tot die doel wat die polisie nagestrewre het. Die hof het die getuienis dus toegelaat.

Die polisie het ook in hierdie geval *bona fide* opgetree. Hulle het betroubare inligting gehad dat die beskuldigdes gewapen is en hulle waarskynlik sal teësit indien hulle gekonfronteer sou word. Indien die polisie eers aan die deur moes klop om toegang te vra, sou dit die beskuldigdes in staat gestel het om eers hulle slagordes op te stel voordat hulle die deur oopmaak. Die veiligheid van die polisie, die gemeenskap en die beskuldigdes self, was op die spel want indien die polisie van normale arrestasiemetodes gebruik sou gemaak het, was daar `n wesenlike gevaar van `n skietgeveg met gepaardgaande beserings of lewensverlies. Die polisie het die beskuldigdes se reg op privaatheid dus *bona fide* geskend om gevaarlike gewapende misdadigers te arresteer sonder om menselewens in gevaar te stel.

Die feite in *Madiba* is in `n groot mate `n kombinasie van dié in *Terry v Ohio*<sup>167</sup> en *New York v Quarles*.<sup>168</sup> As gevolg van inligting wat die polisie ontvang het, het hulle redelike

---

<sup>167</sup> 392 US 1 (1967) bespreek in par 3.3.2 *supra*.

<sup>168</sup> 467 US 649 (1984) bespreek in par 3.6.3 *supra*.

gronde gehad om te glo dat die beskuldigdes gewapen en gevaarlik is. Hulle het gevrees vir hulle eie veiligheid, die veiligheid van hulle mede-polisiebeamptes en die openbare veiligheid. Opsporing van die wapens en onskadelikstelling van die beskuldigdes en die wapens, het by hulle swaarder geweeg as beskuldigdes se grondwetlike regte. Hierbenewens het die polisie hul skending van die beskuldigdes se reg op privaatheid, beperk tot dit wat nodig was om die situasie te kon beveilig.

#### 6.3.1.5 *S v GUMEDE*<sup>169</sup>

'n Persoon was gearresteer op aanklagtes van moord, roof en onregmatige besit van 'n vuurwapen. Na sy arrestasie het hy sy twee kornuite se name aan die polisie verskaf. Hy het die polisie ook meegedeel waar hulle hulle bevind en dat hulle 'n vuurwapen het. Die polisie is toe na die huis waar die kornuite volgens die inligting sou wees. Met hulle aankoms by die huis het hulle die huis omsingel en sonder om te klop en toegang te vra, die deur oopgeskop en binnegegaan om die twee persone te arresteer. Die polisie het beide in die bed gevind en hulle gearresteer. Na hulle arrestasie was hulle regte ingevolge artikels 25(1) en 25(2) van die Oorgangswet aan hulle verduidelik. Die polisie het die huis toe gevisenteer en beslag gelê op 'n televisiestel en 'n paar drafskoene, wat later geblyk het tydens die moord en roof uit die oorledene se huis gesteel was.

Beskuldigdes een en twee het ook later uitwysings aan die polisie gedoen. Dit was gemene saak dat die beskuldigdes na hulle arrestasie en ook op meer as een geleentheid daarna, van hulle reg op regsverteenvoering verwittig is maar dat hulle nie onmiddelik voordat hulle die uitwysings gedoen het, weer daarvan verwittig was nie.

---

<sup>169</sup> 1998 5 BCLR 530 (D).

Die verdediging het beswaar teen die toelaatbaarheid van die getuienis betreffende die televisiestel en drafskoene geopper op grond daarvan dat dit as gevolg van skending van beskuldigdes se reg op privaatheid bekom is. 'n Beswaar was ook geopper teen die toelaatbaarheid van getuienis in verband met die uitwysings wat beskuldigdes een en twee gedoen het aangesien hulle reg op regsverteenvoording nie weer voor die uitwysing aan hulle verduidelik was nie.<sup>170</sup>

Die regter het beklemtoon dat die bewyslas op 'n beskuldigde rus om te bewys dat toelating van die getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees.<sup>171</sup> Volgens die hof het artikel 35(5) die beskerming van beide die beskuldigde en die staat ten doel. Die faset wat betrekking het op billikheid van die verhoor, verwys na billikheid teenoor die beskuldigde. Die faset wat betrekking het op “vir die regspleging nadelig sou wees”, moet dus na billikheid teenoor die staat verwys.<sup>172</sup> Die regter het saamgestem met die stelling in *Collins* dat die toets is of *toelating* van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring en nie of die *wyse van verkryging* daarvan die regspleging in diskrediet sal bring nie.

Ofskoon die oopskop van die deure en die betreding van die huis die beskuldigdes se reg op privaatheid geskend het, het die polisie van hierdie onkonvensionele metode gebruik gemaak omdat hulle daarvan bewus was dat 'n vuurwapen tydens die roof gebuit is, dat beskuldigde een hulle meegedeel het dat beskuldigdes twee en drie 'n vuurwapen het en

---

<sup>170</sup> Die verdediging het ook die toelaatbaarheid van 'n “waarskuwingsverklaring” wat beskuldigde drie gemaak het, in geskil geplaas op grond daarvan dat sy reg op regsverteenvoording nie aan hom verduidelik is voordat hy dit afgelê het nie. Hierdie beswaar is op die meriete van die hand gewys.

<sup>171</sup> 538H-I.

<sup>172</sup> 538F-G.



dat die area waar die arrestasie plaasgevind het, berug is vir geweld teenoor die polisie. Vir hulle eie lewens en veiligheid moes hulle die verdagtes vastrek voordat hulle die geleentheid kon kry om die vuurwapen te gebruik. Hoewel die beskuldigdes se reg op regsverteenvoordiging nie voor die uitwysing weer aan hulle verduidelik is nie, was dit op meer as een geleentheid na hulle arrestasie aan hulle verduidelik. Die hof het bevind dat uitsluiting van die reële getuienis in hierdie omstandighede, die regspleging in diskrediet sal bring. Die hof het ook bevind dat toelating van die getuienis nie die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees nie. Die gewraakte getuienis is derhalwe toegelaat. Dit is duidelik dat die *bona fides* van die polisie 'n groot rol gespeel het in die hof se besluit om die getuienis toe te laat.

### 6.3.2 UITKENNINGSPARADES

In *S v Mokoena*<sup>173</sup> is beslis dat 'n beskuldigde nie selfinkriminerende getuienis verskaf wanneer hy aan 'n uitkenningsparade deelneem nie. Hy kommunikeer nie mondelings of deur gedrag soos wanneer hy 'n erkenning of 'n bekentenis maak of uitwysings doen nie. Deelname aan 'n uitkenningsparade bots dus nie met sy swygreg of sy reg teen selfinkriminasie nie. Die parade verskaf slegs reële getuienis van sy identiteit. Indien sy grondwetlike regte geskend is tydens die hou van die parade, sal die bewyswaarde van sy uitkenning daardeur geraak word, maar nie die toelaatbaarheid daarvan nie.<sup>174</sup> Die *Mokoena*-uitspraak wyk dus af van die benadering in *S v Mhlakaza* wat in par 6.2.2 *supra* bespreek is. *Mokoena* is ook nie versoenbaar met die Kanadese benadering soos bespreek in paragraaf 5.2.1.2 *supra* nie en ignoreer ook, in 'n sekere mate, die Amerikaanse benadering soos geïdentifiseer en beskryf in paragraaf 3.4.2 *supra*. In paragraaf 7.6

---

<sup>173</sup> 1998 2 SACR 642 (W).

<sup>174</sup> Sien ook *S v Mphala* 1998 1 SACR 654 (W).

*infra* word aangevoer dat *Mhlakaza* bo *Mokoena* te verkies is.

### 6.3.3 GETUIENIS VERKRY AS GEVOLG VAN 'n LOKVAL

Die regsposisie in verband met lokvalle word nou gereël deur artikel 252A van die Strafproseswet. Die artikel bepaal dat 'n persoon in diens van die Staat of 'n ander persoon wat daartoe gemagtig is, van 'n lokval of geheime operasie gebruik mag maak om 'n misdaad te ontdek, te ondersoek of te voorkom. Getuienis wat op die wyse ingesamel is, sal toelaatbaar wees mits die optrede van die *provocateur* nie verder gegaan het nie as om vir die dader 'n geleentheid te skep om 'n misdaad te pleeg. Indien die *provocateur* egter verder gegaan het as om vir die dader 'n geleentheid te skep om 'n misdaad te pleeg en die getuienis op 'n onbillike of onbehoorlike wyse verkry is, mag 'n hof dit uitsluit indien toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak of andersins nadelig vir die regspleging sal wees. Om te bepaal of toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak of andersins vir die regspleging nadelig sal wees, moet die hof die openbare belang teen die belange van die beskuldigde opweeg. Vir daardie doel moet die volgende faktore in aanmerking geneem word:

- (a) *die aard en erns van die misdryf*. Die feite wat die hof in hierdie verband in aanmerking moet neem is:
- (i) of die misdryf sodanig is dat die veiligheid van die staat, die veiligheid van die publiek, die handhawing van openbare orde of die land se ekonomie daardeur in gevaar gestel word;
  - (ii) of dit moeilik sou gewees het om die misdryf anders as deur die lokval of klandestiene operasie te ontdek, ondersoek of voorkom;

- (iii) of die misdryf so volop voorkom dat besondere maatreëls nodig is om dit te ontdek, ondersoek of die pleging daarvan te voorkom;
  - (iv) of die misdryf so onsedelik of ernstig is dat 'n lokval of klandestiene operasie nodig of geregverdig was;
- (b) *die omvang van die lokval of klandestiene operasie en die effek daarvan op die belange van die beskuldigde. Faktore wat in hierdie verband 'n rol speel is:*
- (i) of die beskuldigde se regte of enige tersaaklike regs- of statutêre voorskrifte opsetlik verontagsaam is;
  - (ii) of genoemde statutêre vereistes met gemak of sonder moeite nagekom kon gewees het;
  - (iii) of die onbehoorlike of onbillike optrede van die wetstoepassers nadeel vir die beskuldigde veroorsaak het;
- (c) *die aard en erns van enige skending van die beskuldigde se fundamentele regte vervat in die Grondwet;*
- (d) *of die middele aangewend om die lokval of klandestiene operasie van stapel te stuur, in verhouding was tot die erns van die misdryf;*
- (e) *enige ander faktor wat volgens die mening van die hof relevant mag wees.*<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup>

Sien a 252A(3)(b).

Du Toit et al<sup>176</sup> betoog dat artikel 252A nie vir 'n beskuldigde 'n verweer skeep nie maar vir die vervolging 'n bewysregtelike hindernis in die pad plaas indien die lokval sodanig was dat toelating van getuienis verkry as gevolg daarvan die verhoor onbillik sal maak of vir die regspleging nadelig sal wees. Getuienis word egter nie outomaties uitgesluit nie – uitsluiting (of toelating) daarvan is in die diskresie van die hof. Die hof moet die openbare belang in aanmerking neem om te bepaal of toelating van die getuienis die verhoor onbillik sal maak of andersins vir die regspleging nadelig sal wees. Die beskuldigde moet die gronde waarop die toelaatbaarheid van die getuienis aangeveg word, verskaf, maar die vervolging moet bewys dat die getuienis toelaatbaar is.

Bronstein<sup>177</sup> verdeel lokvalle in twee groepe naamlik lokvalle waar die polisie reeds 'n "slagoffer" in hulle visier het ("targeted traps") en lokvalle waar hulle nog nie 'n slagoffer in hulle visier het nie ("untargeted traps"). As 'n voorbeeld van eersgenoemde verwys sy na *S v Sellem*<sup>178</sup> en as voorbeeld van laasgenoemde na *Williams v Director of Public Prosecutions*<sup>179</sup> en *R v Christou*.<sup>180</sup> Toelating van getuienis ingesamel tydens albei groepe lokvalle kan 'n onbillike verhoor tot gevolg hê of andersins nadelig vir die regspleging wees. Die skrywer betoog dat eersgenoemde groep slegs regverdigbaar is indien daar 'n redelike vermoede bestaan dat die slagoffers reeds in kriminele aktiwiteite betrokke is. Die redelike verdenking kan selfs *ex post facto* ontstaan. Dit sal die geval wees indien 'n persoon byvoorbeeld in 'n lokval gevang word en dit in 'n daaropvolgende polisie-ondersoek aan die lig kom dat hy reeds voorheen in dié tipe misdaad betrokke was. Die polisie moet die slagoffer ook nie blootstel aan 'n lokaas wat só

---

<sup>176</sup> *Commentary on the Criminal Procedure Act 24-131 24-133.*

<sup>177</sup> "Unconstitutionally Obtained Evidence : A Study of Entrapment" (1997) 1 *SALJ* 108.

<sup>178</sup> 1992 2 SA 795 (A).

<sup>179</sup> 1993 3 All ER 365. Sien par 2.3 *supra* vir 'n bespreking van hierdie saak.

aanloklik is dat hy 'n misdaad pleeg wat hy nie onder normale omstandighede sou gepleeg het nie. Dit is nie die polisie se taak is om misdaad uit te lok wat nie voorheen bestaan het nie. Toelating van lokvink-getuienis wat nie aan hierdie vereistes voldoen nie, sal nadelig wees vir die regspleging en moet uitgesluit word.

Die skryfster betoog dat ofskoon dit vir die polisie verkeerd is om mense uit te lok om misdaad te pleeg, die tweede groep lokvalle soms noodsaaklik is om misdaad hok te slaan. Dit moet egter nie gebruik word om persone wat andersins nooit misdaad sou gepleeg het nie, uit te lok om misdaad te pleeg nie. Sy stel voor dat getuienis ingesamel tydens hierdie tipe lokvalle slegs toegelaat behoort te word indien die tipe misdaad waarvoor die "slagoffer" gearresteer is, veelvuldig voorkom in die area waar die lokval plaasgevind het en die "slagoffer" se optrede deel vorm van 'n beplande optrede om misdaad te pleeg. Indien sy optrede egter 'n eenmalige aangryp van 'n geleentheid, hom gebied deur die lokval, is, sal toelating van die lokval-getuienis nadelig wees vir die regspleging en moet dit uitgesluit word.

Steytler<sup>181</sup> sien 'n onbillike lokval ook as 'n lokval wat gehou is sonder dat daar 'n redelike verdenking bestaan het dat die dader in kriminele bedrywighede, wat gestop moet word, betrokke is. Hy betoog dat 'n onbillike lokval neerkom op skending van die dader se reg op privaatheid en sy menswaardigheid. Die verbod teen so 'n lokval is op substantiewe billikheid gegrond. Die uitsluiting van getuienis verkry tydens 'n onbillike lokval is gegrond op die beginsel dat 'n hof moet toesien dat sy proses nie misbruik word nie.

---

<sup>180</sup> 1992 4 All ER 559. Sien par 2.3 *supra* vir 'n bespreking van hierdie saak.

<sup>181</sup> *Constitutional Criminal Procedure* 218-222.

Bronstein<sup>182</sup> betoog dat die billike lokval-vereiste analoog is aan die “fairness of the proceedings” vereiste van artikel 78(1) van PACE.<sup>183</sup> Die skrywer betoog dat `n onbillike lokval inbreuk maak op twee grondwetlike regte van `n persoon, naamlik sy reg op `n billike verhoor en sy reg op vryheid en sekuriteit.

Die wisselwerking tussen artikel 252A en artikel 35(5) sal in paragraaf 7.7 *infra* bespreek word.

#### 6.4 VOORLOPIGE GEVOLGTREKING

Voor die aanname van die Oorgangsgrondwet het Suid-Afrikaanse howe aansienlik verskil oor die bestaan aldan nie van `n algemene diskresie om onbehoorlik- en onregmatig-verkreë getuienis uit te sluit. Sommige het beslis dat hulle wel so `n algemene diskresie gehad het terwyl ander hulleself weer gebonde geag het aan die beperkte diskresie van die Engelse gemenereg. Konstitusionalisering het egter `n breuk met die gemenereg teweeggebring. Ofskoon die meerderheid howe na aanname van die Oorgangsgrondwet die standpunt ingeneem het dat hulle wel `n algemene diskresie het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit, het hulle aansienlik van mekaar verskil oor die kriteria wat aangewend moet word om te bepaal of getuienis wat ongrondwetlik verkry was, toegelaat dan wel uitgesluit behoort te word. Nie minder nie as vyf verskillende kriteria is in hierdie verband aangewend. Artikel 35(5) het groter regsekerheid gebring maar het nie antwoorde op alle vrae verskaf nie. Wat nou nog moet gebeur, is dat regsekerheid verkry moet word in verband met die uitleg van artikel 35(5). Uit die vyf uitsprake wat in paragraaf 6.3.1.1 tot 6.3.1.5 *supra* bespreek is, is dit egter duidelik dat die *bona fides* van die polisie toe dusver `n belangrike rol gespeel het in die howe se besluit om

---

<sup>182</sup> 1997 (1) *SALJ* 116.

<sup>183</sup> Sien par 2.3 *supra*.

ongrondwetlik-verkreë getuienis toe te laat terwyl die polisie se *mala fides* of argeloosheid telkens tot uitsluiting gelei het. Die howe het hulle ook dikwels tot openbare beleid gewend om te besluit of ongrondwetlik-verkreë getuienis toegelaat dan wel uitgesluit behoort te word. In die hieropvolgende hoofstuk sal aanbevelings gemaak word in verband met hoe die howe artikel 35(5) behoort uit te lê en hoe daar vir die slagoffers van misdaad wat “benadeel” is as gevolg van uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, voorsiening gemaak behoort te word.

**“Misdad sal nie hokgeslaan word solank sommige mense meen menseregte is die struikelblok in die bekamping van misdad nie.**

**Respek vir menseregte beteken ook dat misdadigers deur die doeltreffende toepassing van die reg aan die pen moet ry vir hul misdade teen die gemeenskap”.**

*Leon Wessels Rapport 9 Mei 1999 15.*



## HOOFSTUK 7

### GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

#### 7.1 IS DAAR 'N BEHOEFTE AAN 'n UITSLUITINGSREËL OF -DISKRESIE?

Die gemeenregtelike toelatingsbenadering wat aanvanklik ook in Suid-Afrika gegeld het,<sup>1</sup> was in die tweede helfte van die twintigste eeu beskou as hopeloos te onsensitief teenoor die regte van die individu. In 1988 het Skeen<sup>2</sup> die behoefte aan die uitbreiding van die uitsluitingsreël ondersoek en aanbeveel dat “the courts in South Africa should feel themselves free to develop a general discretion to exclude improperly obtained evidence on the grounds of unfairness and public policy.”<sup>3</sup> Van der Merwe<sup>4</sup> het in 1989 in 'n voorlegging aan die Suid-Afrikaanse Regskommissie aanbeveel dat 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël in 'n toekomstige Handves van Regte ingesluit moet word. Hy het voorgestel dat dit gebaseer word op die Billike Verhoor Model – 'n model waarvan daar reeds spore in die regspraak te vinde was. Die Regskommissie het in sy *Interim Verslag oor Groeps- en Menseregte*<sup>5</sup> aanbeveel dat 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël in 'n

---

<sup>1</sup> Sien par 6.1 *supra*.

<sup>2</sup> (1988) 3 SACJ 389.

<sup>3</sup> 405.

<sup>4</sup> “Representations to the South African Law Commission: ‘The Exclusionary Rule and a Bill of Rights: SA Law Commission’s Working Paper 25, Project 58, Group and Human Rights’” (ongepubl en ged 30 Mei 1989).

<sup>5</sup> Projek 58 ged Aug 1991.

toekomstige Handves van Regte ingesluit word.<sup>6</sup> In sy *Finale Verslag oor Groeps- en Menseregte*<sup>7</sup> het die kommissie wéér aanbeveel dat 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël in die finale grondwet ingesluit word.

Die Billike Verhoor Model se teenhanger, die Misdaad Beheer Model,<sup>8</sup> is op die oog af 'n uiters aantreklike proposisie in 'n tyd wanneer misdaad hoogty vier (soos tans in Suid-Afrika). Maar die Misdaad Beheer Model is nie werklik versoenbaar met 'n staatsregtelike bestel waarin die Grondwet die oppergesag is en 'n beregbare Handves van Regte heerskappy voer nie. 'n Handves van Regte is net met die Billike Verhoor Model versoenbaar.<sup>9</sup> Dié model besit ook die inherente vermoë om wanpraktyke in sy eie stelsel onmiddellik wanneer dit die eerste keer aan die lig kom, te korrigeer.<sup>10</sup> Artikel 35(5) besit hierdie kwaliteite.

Die Billike Verhoor Model is nie vreemd aan die Suid-Afrikaanse reg nie. In *S v Lwane*<sup>11</sup> het die appèlhof hierdie model toegepas sonder om dit by die naam te noem.<sup>12</sup> In *S v Mushimba*<sup>13</sup> is beslis

---

<sup>6</sup> 389-394.

<sup>7</sup> Projek 58 ged Okt 1995. (Dit wil voorkom asof die jaartal wat in die bundel verskyn, foutief is omdat die dokument op 28 Okt 1994 geteken is).

<sup>8</sup> Sien Packer *Limits of the Criminal Sanction* 158-173.

<sup>9</sup> Packer *Limits of the Criminal Sanction* 166 sê daarvan: "According to this doctrine, a person is not to be held guilty of crime merely on a showing that in all probability, based upon reliable evidence, he did factually what he is said to have done. Instead, he is to be held guilty if and only if these factual determinations are made in procedurally regular fashion and by authorities acting within competences duly allocated to them. Furthermore, he is not to be held guilty, even though the factual determination is or might be adverse to him, if various rules designed to protect him and to safeguard the integrity of the process are not given effect." Sien verder par 3.2(f) *supra*.

<sup>10</sup> Sien Van der Merwe se voorlegging aan die Regskommissie. Sien ook par 3.2(f) *supra*.

<sup>11</sup> 1966 2 SA 433 (A). Sien par 3.2(c) *supra* vir 'n bespreking van hierdie saak.

<sup>12</sup> Op 444E het Holmes AR verklaar: "[I]t is not in the interests of society that an accused should be

dat geregtigheid die resultaat is “wat ’n bepaalde eienskap van die verrigtinge aandui. Die eienskap toon aan dat aan vereistes wat grondbeginsels van reg en regverdigheid aan die verrigtinge stel, voldoen is”.<sup>14</sup> Of aan hierdie vereistes voldoen is, moet getoets word aan die hand van publieke beleid.<sup>15</sup>

Van der Merwe onderstreep die noodsaaklikheid van ’n meganisme wat as teenvoeter kan dien vir die skending van burgers se grondwetlike regte deur wetstoepassers. Hy verklaar:<sup>16</sup>

“[I]f the police and prosecuting authorities should in their detection and investigation of crime be allowed to ride rough-shod over rights guaranteed in a Bill of Rights, *and if courts of law were routinely to receive the evidence obtained in this manner*, the following spectacle will ensue: Those rights so carefully identified and so prudently embodied in a Bill of Rights, will to a large extent be stripped of their status as constitutional guarantees.”

Hy steun op die volgende passasie in die uitspraak van regter Day in *Weeks v United States*:<sup>17</sup>

“If letters and private documents can thus be seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense (*sic*), the protection of the 4<sup>th</sup> Amendment, declaring his right to be secure against such searches and seizures, is of no value, and, so far as those thus placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution.”<sup>18</sup>

Hierdie waarskuwing sluit aan by dié van regter Richardson in *R v Goodwin*<sup>19</sup> waar hy gemaan het dat “a statement of fundamental human rights would be a hollow shell and the enactment of a Bill

---

convicted unless he has had a fair trial in accordance with accepted tenets of adjudication.”

<sup>13</sup> 1977 2 SA 829 (A).

<sup>14</sup> 844H.

<sup>15</sup> 844H-845. Sien ook *S v Forbes* 1970 2 SA 594 (C).

<sup>16</sup> (1992) 2 *Stell LR* 184. Beklemtoning in die oorspronklike.

<sup>17</sup> 232 US 383 (1914) 393. Sien ook par 3.2 *supra*.

<sup>18</sup> Sien ook *Oakes* (1970) 37 *Univ Chi LR* 756.

<sup>19</sup> 1993 2 *NZLR* 153 (CA) 191.

of Rights an elaborate charade if remedies were not available for breach.”

Selfs die felste kritici van die uitsluitingsreël, soos Schlesinger,<sup>20</sup> is dit eens dat daar `n behoefte bestaan aan `n vinnige, goedkoop maar effektiewe meganisme om magmisbruik deur wetstoepassers hok te slaan.

Die noodsaaklikheid van `n meganisme om onbehoorlik-, onregmatig- of ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit, blyk uit die regsgeeskiedenis van sommige lande wat in hoofstukke 2, 3, 4 en 5 *supra*, bespreek is. In Kanada het die behoefte daaraan uitgeloop op die invoeging van artikel 24(2) in die *Charter*.<sup>21</sup> Ook in Australië is so `n behoefte ondervind en `n uitsluitingsdiskresie is in die *Evidence Act* van 1995 ingesluit.<sup>22</sup> Die *New Zealand Bill of Rights* bevat nie `n uitsluitingsreël of -diskresie nie, maar die Hooggeregshof het beslis dat `n uitsluitingsdiskresie noodsaaklik is omdat `n Handves van Regte sonder `n meganisme om dit af te dwing, net `n leë dop is.<sup>23</sup> Ook in Skotland en Ierland is die noodsaaklikheid van so `n meganisme lank gelede reeds ervaar.<sup>24</sup> Selfs in Engeland, wat die vader van die insluitingsreël is, moes die insluitingsreël uiteindelik die knie voor `n statutêre uitsluitingsdiskresie buig.<sup>25</sup> Nieteenstaande die feit dat `n uitsluitingsreël nie werklik inpas by die meganika van die inkwisitoriale stelsel nie, is dit ook in

---

<sup>20</sup> *Exclusionary Injustice* 6.

<sup>21</sup> Sien par 5.2 *supra*.

<sup>22</sup> Sien par 4.2.3.2 *supra*.

<sup>23</sup> Sien die aanhaling uit *R v Goodwin supra* soos bespreek in par 4.2.4.2 *supra*.

<sup>24</sup> Sien par 4.2.1 *supra*.

<sup>25</sup> Sien par 2.3 *supra*.

lande wat daardie stelsel gebruik, reeds stewig ingeburger.<sup>26</sup> Les bes het ook die Suid-Afrikaanse howe onder die Oorgangsgrondwet ervaar dat die voorstel van Van der Merwe<sup>27</sup> dat 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël in 'n toekomstige Grondwet ingesluit moet word, geldig was.<sup>28</sup> Hieruit is dit duidelik dat die insluiting van artikel 35(5) in die Grondwet, noodsaaklik was.

## 7.2 WATTER REGSTELSEL IS DIE MEES GEPASTE EEN OM TE GEBRUIK AS MODEL VIR DIE INTERPRETASIE VAN ARTIKEL 35(5)?

Artikel 39 van die Grondwet bepaal:

- “(1) By die uitleg van die Handves van Regte -
- (a) moet 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, bevorder;
  - (b) moet 'n hof, tribunaal of forum die volkereg in ag neem; en
  - (c) kan 'n hof, tribunaal of forum buitelandse reg in ag neem.”

Net soos verskillende hoë howe van mekaar verskil het in verband met die vraag of 'n hof onder die Oorgangsgrondwet die bevoegdheid het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit, het hulle ook van mekaar verskil oor watter regstelsel se beginsels aangewend behoort te word om oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis te beslis. Die howe van die Witwatersrand Plaaslike Afdeling en die Oos-Kaap was aanhangers van Kanadese gesag<sup>29</sup> terwyl die howe van die Kaap weer aanhangers van Ierse en Skotse gesag was.<sup>30</sup> In *S v Naidoo*<sup>31</sup> het regter McCall ook

<sup>26</sup> Sien par 4.3 *supra*.

<sup>27</sup> (1992) 2 *Stell LR* 173.

<sup>28</sup> Sien par 6.2 *supra*.

<sup>29</sup> Sien *S v Malefo supra*; *S v Melani* (1) en (2) *supra* en *S v Nombewu supra*.

<sup>30</sup> Sien *S v Motloutsi supra* en *S v Mayekiso supra*.

aanbeveel dat Suid-Afrikaanse howe as gevolg van die ooreenkomste tussen artikel 24(2) van die Kanadese *Charter* en artikel 35(5), gebruik maak van Kanadese gesag om artikel 35(5) te interpreteer. In *S v Soci*<sup>32</sup> het regter Erasmus ook van die Kanadese gesag gebruik gemaak. Ook onder die skrywers is daar 'n voorkeur vir die gebruik van die Kanadese gesag by die uitleg van artikel 35(5).<sup>33</sup> Waar hul eie beginsels te kort skiet, maak die Australiese en Nieu-Seelandse howe ook gebruik van Kanadese beginsels in verband met die toelating van getuienis.<sup>34</sup> As gevolg van die onbetwisbare ooreenkomste tussen die Kanadese *Charter* en die Suid-Afrikaanse Handves van Regte, is Kanadese gesag die mees geskikte gesag om by die interpretasie van artikel 35(5) te gebruik. Australiese en Nieu-Seelandse beginsels kan ook met vrug gebruik word waar dit nie met Kanadese beginsels bots nie.

### 7.3 HOE BEHOORT DIE HOWE ARTIKEL 35(5) TE INTERPRETEER?

Artikel 35(5) bestaan uit vier elemente naamlik:

- (a) getuienis wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend;
- (b) moet uitgesluit word;
- (c) indien toelating van daardie getuienis die verhoor onbillik sou maak;
- (d) of andersins vir die regspleging nadelig sou wees.

---

<sup>31</sup> Soos bespreek in par 6.3.1.3 *supra*.

<sup>32</sup> Soos bespreek in par 6.3.1.1 *supra*.

<sup>33</sup> Sien Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 173; Steytler *Constitutional Criminal Procedure* 36-40; Chaskalson et al *Constitutional Law* 26-19.

<sup>34</sup> Sien *R v Ridgeway supra*.

Die Handves van Regte maak voorsiening vir twee verskillende soorte remedies vir skending van 'n persoon se regte vervat in die Handves van Regte naamlik (1) dié vervat in artikel 38 van die Grondwet<sup>35</sup> en (2) dié vervat in artikel 35(5). Daar is 'n parallel tussen die Grondwet en die Kanadese *Charter* sover dit die remedies vir skending van die regte vervat in die Handves van Regte betref: Artikel 24(1) maak, soos artikel 38, voorsiening vir gepaste regshulp vir iemand wie se *Charter*-regte geskend is, terwyl artikel 24(2), soos artikel 35(5) vir die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis voorsiening maak.

In *R v Therens*<sup>36</sup> het die Kanadese Hooggeregshof beslis dat uitsluiting van getuienis eksklusief en finaal ingevolge artikel 24(2) moet geskied terwyl in *R v Collins*<sup>37</sup> bevestig is dat die remedies waarna in artikel 24(1) verwys word, nie uitsluiting van getuienis ingevolge artikel 24(2) insluit nie.

Dit word aanbeveel dat Suid-Afrikaanse howe artikels 35(5) en 38 moet uitlê soos artikels 24(1) en 24(2) in *Therens* en *Collins* uitgelê is.

---

<sup>35</sup> A 38 bepaal: "Iemand in hierdie artikel genoem, het die reg om 'n bevoegde hof te nader en aan te voer dat daar op 'n reg in die Handves van Regte inbreuk gemaak is of dat so 'n inbreukmaking dreig, en die hof kan gepaste regshulp verleen, met inbegrip van 'n verklaring van Regte ..."

<sup>36</sup> [1985] 13 CRR 193; 18 C C C (3d) 481; 18 D L R (4<sup>th</sup>) 655; 45 C R (3d) 97; 1 SCR 613 (SCC).

<sup>37</sup> [1987] 28 CRR 122 131; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

### 7.3.1 GETUIENIS WAT VERKRY IS OP 'n WYSE WAT ENIGE REG IN DIE HANDVES VAN REGTE SKEND

*Prima facie* wil dit voorkom asof artikel 35(5) 'n kousale verband tussen die skending van die beskuldigde se grondwetlike regte en die verkryging van die getuienis vereis. In die Kanadese reg is egter beslis dat 'n direkte kousale verband tussen die skending en die verkryging van die getuienis nie noodsaaklik is om artikel 24(2) van die *Charter*, te aktiveer nie.<sup>38</sup> Dié beslissing het ernstige kritiek van sommige akademici en regslui ontlok. Paciocco<sup>39</sup> se kritiek daarop is dat die Hooggeregshof hom dikwels nie veel aan die presiese teks en die basiese ontwerp van artikel 24(2) gesteur het nie. Die wyse waarop die hof die artikel interpreteer het, beteken dat daar nie meer van ongrondwetlik-verkreë getuienis gepraat kan word nie omdat getuienis nou uitgesluit kan word selfs al is dit nie ongrondwetlik bekom nie. Paciocco wys daarop dat alhoewel sowel die Engelse as die Franse teks duidelik 'n verband tussen die skending en die wyse van verkryging vereis, het die Hooggeregshof hierdie verband afgewater tot 'n toevallige skakel in tyd tussen die skending van die reg en die ontdekking van die getuienis.

Klink<sup>40</sup> betoog dat die frase “evidence obtained in a manner that infringed or denied” vereis dat daar bloot 'n losse skakel tussen die skending van die reg en verkryging van die getuienis hoef te wees. Hy ondersteun die standpunt van regter Lamer en hoofregter Dickson in *R v Therens*<sup>41</sup> dat

---

<sup>38</sup> Sien *R v Strachan* [1988] 67 CR (3d) 87; 37 CRR 335 354; [1989] 1 WWR 385 (SCC).

<sup>39</sup> (1990) *Crim LQ* 346.

<sup>40</sup> “The Quest for Meaning in *Charter* Adjudication: Comment on *R v Therens*” (1985) 30 *McGill LJ* 104 119-120.

<sup>41</sup> *Supra* 225-226. Sien ook par 5.2 *supra*.



iets meer as 'n blote tydelike verbintenis maar minder as 'n formele kousale verband vereis word. Die skrywer wys ook op die praktiese probleem wat ontstaan by skending van 'n beskuldigde se reg op regsverteenvoordiging indien 'n streng kousale verband as vereiste gestel word. 'n Hof sal moeilik kan vasstel watter advies die regsverteenvoordiger aan die beskuldigde sou gegee het en wat die beskuldigde se reaksie daarop sou gewees het. Die hof moet hom dus in spekulasie begewe.<sup>42</sup>

Morissette<sup>43</sup> is ook nie ten gunste van beperking van die uitsluitingsreël tot gevalle waar daar 'n kousale verband tussen die skending van die reg en die insameling van die getuienis bestaan nie. Hy beklemtoon die woorde “obtained *in a manner* that infringed” in artikel 24(2) en stel die vraag of “manner” slegs die handeling behels wat die getuienis blootgelê het? Of dui “manner” op al die opeenvolgende handeling wat tot die blootlegging van die getuienis gelei het? Moet daar na die totale ondersoekfase gekyk word? Is dit “the shot, the scene, the sequence, or the whole film?” vra hy.<sup>44</sup> Hy beveel aan dat “manner” iets wyer as “by reason of an infringement” behels en nie 'n streng kousale verband vereis nie.<sup>45</sup>

Ook Stuart<sup>46</sup> voel nie ongemaklik met die breër benadering soos uitgespel in *R v Strachan*<sup>47</sup> nie. Hy sien kans om dit op grond van pragmatisme en beleidsoorwegings te verdedig. Volgens hom

---

<sup>42</sup> 119.

<sup>43</sup> (1984) 29 *McGill LJ* 521.

<sup>44</sup> 526.

<sup>45</sup> 526-527.

<sup>46</sup> *Charter Justice* 487.

<sup>47</sup> [1988] 37 *CRR* 335 354; 67 *CR* (3d) 87; [1989] 1 *WWR* 385 (SCC).

sal 'n streng kousaliteitstoets tot gevolg hê dat die hof homself moet begeef in 'n hoogs kunsmatige sfeer waar hy moet spekuleer of getuienis nog steeds ontdek sou gewees het indien daar nie 'n skending van regte was nie. Hy voer aan dat indien 'n kousale verband vereis word, word die fokus beperk tot handeling wat moontlik direk vir die skending verantwoordelik kon gewees het, en sodoende word die gebeure as 'n geheel uit die oog verloor. 'n Streng kousaliteitstoets kan 'n hof die geleentheid ontnem om die soeklig te laat val op die totale optrede van die wetstoepassers sodat bepaal kan word of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring.

Paciocco<sup>48</sup> se standpunt dat 'n kousale verband 'n vereiste is indien erkenning gegee wil word aan die beginsel van beskerming van regterlike integriteit,<sup>49</sup> is klinies korrek maar hou nie rekening met die praktyk nie. Die man op straat dra gewoonlik min kennis van die fyn detail van 'n saak en beoordeel die optrede van 'n hof aan die karige inligting wat deur die media gepubliseer word. Ongelukkig publiseer die media dikwels slegs dit wat sensasionele waarde het. Paciocco se standpunt verdien volpunte indien 'n mens met 'n ingeligte samelewing te doen het. Maar ons leef nie in 'n samelewing wat altyd goed ingelig is nie. In 'n swak ingeligte of oningeligte samelewing waar dit dikwels net die sensasionele aspekte van die polisie se optrede is wat die pers haal, sal 'n formele kousaliteitsvereiste min beteken om die boodskap van regterlike integriteit na die gemeenskap uit te dra. Toepassing van 'n *nexus* wat iets minder is as 'n formele kousaliteitsvereiste tussen die skending van die reg en die getuienis wat ingesamel is, sal dus veel eerder 'n beeld van regterlike integriteit na die gemeenskap kan uitdra en bevorder. Aan die ander

---

<sup>48</sup> (1990) 32 *Crim LQ* 326.

<sup>49</sup> 350.

kant kan `n beginsel dat die uitsluitingsreël van toepassing is op getuienis verkry deur `n skending wat geensins verband hou met die insameling van die getuienis nie, ook absurde gevolge hê. Hier is die beslissing in *Murray v United States*<sup>50</sup> egter van belang. `n Groep polisiebeamptes het tydens `n ongrondwetlike betreding dagga in `n stoor opgemerk. Later het `n ander groep, onafhanklik van die eerste groep, die stoor met `n lasbrief gevisenteer en op die dagga beslag gelê. Indien `n kousale verband nie vereis word nie, sal die getuienis uitgesluit word. Om uitsluiting in so `n geval te verhoed, het die VSA die onafhanklike-bron-beginsel geskep, `n beginsel wat reeds in paragraaf 3.5.2.1 *supra* bespreek is.

Die kousaliteitsvraagstuk is nog lank nie deur die Suid-Afrikaanse howe uitgetrap nie. Maar die rigting wat tot dusver ingeslaan is,<sup>51</sup> dui daarop dat hulle die pad gaan volg wat deur die Kanadese howe uitgetrap is. Alhoewel die Suid-Afrikaanse en Kanadese tekste nie werklik gelykluidend is nie, is die twee tekste vir alle praktiese doeleindes so eners dat die Suid-Afrikaanse howe met groot vrug gebruik kan maak van die uitleg wat die Kanadese howe daaraan gegee het.

Dit word aanbeveel dat die Kanadese beginsel gevolg word en `n streng kousale verband nie as `n vereiste vir uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis gestel word nie. `n Handeling wat die verkryging van die getuienis voorafgegaan het en in tyd en wese nie te ver van die skending verwyder is nie, behoort genoegsaam te wees om artikel 35(5) te aktiveer.

---

<sup>50</sup> 487 US 533 (1988).

<sup>51</sup> Sien *S v Soci* 1998 2 SACR 275; 1998 3 BCLR 376 (E) 392D-F; *S v Agnew* 1996 2 SACR 535 (C). Sien ook onderskeidelik par 6.3.1.1 *supra* en par 6.2.1.4 *supra* vir `n bespreking van hierdie twee sake.

### 7.3.2 MOET UITGESLUIT WORD

Die Kanadese ekwivalent van hierdie sinsnede is “shall be excluded”. In *R v Collins*<sup>52</sup> het regter Lamer beslis dat artikel 24(2) “does not confer a discretion on the judge but a duty to admit or exclude as a result of his finding”.<sup>53</sup> In *R v Therens*<sup>54</sup> het regter Le Dain dié uitleg egter aangepas met sy stelling dat artikel 24(2) aan die howe `n “broad test or standard” gee sodat hulle `n mate van speelruimte het maar nie streng gesproke `n diskresie nie.<sup>55</sup>

Stuart<sup>56</sup> beskou die Kanadese howe se standpunt as formalisties. Hy voer aan dat artikel 24(2) slegs uitsluiting verg indien die hof op grond van al die omstandighede tot die gevolgtrekking kom dat toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Die hof hét `n diskresie want hy moet beslis of toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring.<sup>57</sup> Eers nadat hy bevind het dat toelating die regspleging in diskrediet sal bring, verval sy diskresie.<sup>58</sup>

Die vraag ontstaan onwillekeurig waarom die aan- of afwesigheid van `n diskresie so belangrik is dat daar so `n diskoers daaroor is. Die antwoord is dat `n diskresie “exists where there is a choice

---

<sup>52</sup> [1987] 28 CRR 122 130; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>53</sup> 130.

<sup>54</sup> [1985] 13 CRR 193; 1 SCR 613; 18 CCC (3d) 481; 18 DLR (4<sup>th</sup>) 655; 45 CR (3d) 97 (SCC).

<sup>55</sup> 224.

<sup>56</sup> *Charter Justice* 494.

<sup>57</sup> Sien ook Paciocco (1990) 32 *Crim LQ* 351; Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 446.

<sup>58</sup> Le Dain R stel dit onomwonde in *Therens supra* 224 dat die regter nie meer `n diskresie het nie maar verplig is om getuienis uit te sluit indien hy eenmaal tot die gevolgtrekking gekom het dat toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring. Sien ook Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 446.

to do one thing or another, not merely because what is involved is the application of a flexible standard".<sup>59</sup> `n Diskresie, in teenstelling met `n reël, verleen baie meer outonomie aan `n verhoorhof ten opsigte van sy beslissing. In *R v Cook*<sup>60</sup> is verklaar dat dit geyskte reg is dat `n hof van appèl nie met `n laer hof se uitoefening van sy diskresie sal inmeng nie tensy die regspreker óf in beginsel fouteer het óf die getuienis onvoldoende was om die beslissing te bereik wat hy bereik het. In *R v Scarrott*<sup>61</sup> is beslis dat indien `n verhoorhof nie fouteer het wat die reg betref nie en alle relevante omstandighede in aanmerking geneem het en irrelevante aangeleenthede buite rekening gelaat het, die diskresionêre uitsluiting van getuienis op appèl sal bly staan.

Die vraag of artikel 35(5) `n uitsluitingsreël skep of `n uitsluitingsdiskresie verleen, is van belang aangesien `n uitsluitingsreël aan `n hof van hersiening of appèl meer beweegruimte bied om in te meng met `n hof *a quo* se beslissing as wat hy sal kan doen indien die artikel `n uitsluitingsdiskresie verleen. Indien `n hof *a quo* sy diskresie behoorlik uitgeoefen het,<sup>62</sup> sal `n hof van appèl weier om met sy bevinding in te meng selfs al huldig die appèlregters nie dieselfde standpunt as die hof *a quo* nie.<sup>63</sup> In teenstelling hiermee is `n hof van appèl in geval van `n reël verplig om in te meng indien sy gevolgtrekking verskil van die gevolgtrekking waartoe die hof *a quo* gekom het.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> Le Dain R in *R v Therens supra* 224. Sien ook par 2.2.3 *supra*.

<sup>60</sup> 1959 2 QB 340 (CA) 348.

<sup>61</sup> 1978 QB 1016 (CA) 1028.

<sup>62</sup> In *R v Collins* [1987] 28 CRR 122 136; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC) is gesê dat die toets is of die regters op appèl tevrede is dat die hof *a quo* sy diskresie nie op `n onredelike wyse uitgeoefen het nie. Sien ook Paciocco (1990) 32 *Crim LQ* 351.

<sup>63</sup> Sien *R v Collins supra* 136; Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 446.

<sup>64</sup> Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 443.

Daar word aan die hand gedoen dat artikel 35(5) 'n diskresie sowel as 'n reël bevat. Dit verleen aan die verhoorhof 'n diskresie om te besluit of toelating van die gewraakte getuienis tot 'n onbillike verhoor sal lei of nadelig vir die regspleging sal wees.<sup>65</sup> Indien die hof bevind dat toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak of nadelig vir die regspleging sal wees, tree die uitsluitingsreël in werking en móét die getuienis uitgesluit word.<sup>66</sup>

### 7.3.3 INDIEN TOELATING VAN DIE GETUIENIS DIE VERHOOR ONBILLIK SOU MAAK

Bovermelde maatstaf (hierna die “eerste toets” van die ondersoek ingevolge artikel 35(5) genoem), slaan op die *beskuldigde* se reg op 'n billike verhoor.<sup>67</sup> Om hierdie rede moet die billikheid (onbillikheid) van die verhoor getoets word aan die hand van die betekenis van 'n “billike verhoor” soos in artikel 35(5) van die Grondwet vervat en soos in regspraak omskryf en geïnterpreteer. In die pre-konstitusionele era was uitgegaan van die standpunt dat die billikheid van 'n verhoor getoets moes word aan die vraag of daar 'n afwyking was van die formaliteite, reëls en beginsels wat die reg ten opsigte van 'n verhoor stel.<sup>68</sup> In *S v Rudman and Another; S v Mthwana*<sup>69</sup> is byvoorbeeld pertinent verklaar dat die billikheid van 'n verhoor nie aan “notions of basic fairness and justice” getoets word nie. Konstitusionalisering het egter 'n verandering teweeggebring.

<sup>65</sup> Steytler *Constitutional Criminal Procedure* 36; *S v Madiba supra* 44F-H.

<sup>66</sup> Schwikkard et al *Principles of Evidence* 150.

<sup>67</sup> Steytler *Constitutional Criminal Procedure* 34.

<sup>68</sup> Sien bv Du Toit “'n Beginselmatige Ontleding van Onreëlmatighede in die Strafproses – met Besondere Verwysing na die Ondervragingsprosedure by Pleitverrigtinge” (1994) ongepubl LL M Verhandeling *US; S v Tyebele* 1989 2 SA 22 (A).

<sup>69</sup> 1992 1 SA 343 (A) 377B.

Artikel 25(3) van die Oorgangsgrondwet het 'n hele aantal regte bevat wat elkeen op sy eie 'n bestanddeel van 'n billike verhoor gevorm het. In *S v Zuma*<sup>70</sup> het die Konstitusionele Hof egter verklaar dat die reg op 'n billike verhoor wyer strek as die lys van spesifieke regte uiteengesit in artikel 25(3) en ook beteken dat strafverhore juis in ooreenstemming moet wees met "notions of basic fairness and justice" wat in *S v Rudman and Another; S v Mthwana*<sup>71</sup> verwerp is. Artikel 35(3) van die Grondwet stem wesenlik ooreen met artikel 25(3) van die Oorgangsgrondwet. In *S v Mokoena*<sup>72</sup> is verklaar dat artikel 35(3) ook nie allesomvattend is nie. 'n Billike verhoor bevat veel meer regte as dié vermeld in artikel 35(3).

Die verwysing na 'n "onbillike verhoor" in artikel 35(5), is dus uiteraard baie omvattend maar ook elasties, veel sal van die besondere feite van elke saak afhang. Of 'n beskuldigde se verhoor billik is of nie, kan nie in 'n vakuum beoordeel word nie. Dit kan net gedoen word na oorweging van al die tersaaklike feite.<sup>73</sup>

Volgens Deutscher<sup>74</sup> is die billikheid van die verhoor die belangrikste oorweging wanneer in die Kanadese reg besluit moet word of toelating van getuienis die regspleging in diskrediet sal bring. Sedert die *Stillman*-uitspraak<sup>75</sup> speel die sentimente van die gemeenskap<sup>76</sup> egter nie 'n

---

<sup>70</sup> *Supra* 579d-h; 651J-652D.

<sup>71</sup> *Supra*.

<sup>72</sup> 1998 2 SACR 642 (W).

<sup>73</sup> *Key v Attorney-General, Cape Provincial Division, and Another, supra* 196B.

<sup>74</sup> "Section 24(2) of the *Charter* in the Manitoban Court of Appeal" (1990) *Manitoba LJ* 174 185.

<sup>75</sup> [1977] 42 CRR 189 (SCC) soos bespreek in par 5.2.1.1 *supra*.

<sup>76</sup> Maw openbare beleid.

noemenswaardige rol in die Kanadese reg wanneer 'n hof moet beslis of selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis nogtans toegelaat behoort te word nie. Indien daar nie buitengewone omstandighede bestaan nie, kan selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis net een pad loop, en dit is die pad van uitsluiting.<sup>77</sup>

Openbare beleid as faktor wat “due process” beïnvloed, speel egter wel 'n rol in die Amerikaanse reg. Ongrondwetlik-verkreë getuienis waarin die beskuldigde homself inkrimineer, word in buitengewone omstandighede toegelaat.<sup>78</sup>

In Suid-Afrika is dit nog nie 'n absolute uitgemaakte saak watter faktor(e) 'n verhoor onbillik maak nie. Trengove<sup>79</sup> betoog dat die twee kriteria in artikel 35(5), naamlik uitsluiting van getuienis indien toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak of andersins vir die regspleging nadelig sal wees, elkeen 'n afsonderlike oogmerk het, naamlik die vereiste dat die beskuldigde in die spesifieke verhoor billik behandel word teenoor die beskerming van die integriteit van die regspleging. Maar volgens die skrywer is hierdie oogmerke “inter-related in that both seek to serve the public interest”.<sup>80</sup> Die skrywer vind steun vir sy stelling in *Key v Attorney-General, Cape Provincial Division, and Another*.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Sien ook *R v Feeney supra* 33 en soos bespreek in par 5.2.1.1 *supra*.

<sup>78</sup> Sien die openbare-veiligheid-uitsondering geskep in *New York v Quarles supra* en soos bespreek in par 3.6.3 *supra*.

<sup>79</sup> In Chaskalson et al *Constitutional Law* 26-18.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Supra* 195F-196B.



Steytler<sup>82</sup> se standpunt is dat toelating van enige getuienis afkomstig van die beskuldigde ná skending van sy swygreg, die verhoor onbillik maak. Die rasonaal daaragter is dat eerste-generasie getuienis nie sonder die beskuldigde se bystand tot stand sou gekom het nie terwyl tweede-generasie getuienis<sup>83</sup> nie sonder sy bystand tot die beskikking van die vervolging sou gewees het nie. Steytler<sup>84</sup> beskryf dit as “a clear breach of the right against self-incrimination if evidence is used which would not have been discovered but for an accused’s unconstitutionally compelled participation in the investigation”.

As gevolg van die besonder noue ooreenkomste tussen die Suid-Afrikaanse en Kanadese Grondwette behoort Suid-Afrikaanse houe hulle eerstens tot Kanadese gesag te wend wanneer hulle in verband met die uitleg van artikel 35(5) leiding soek oor aspekte waar ons reg te kort skiet. Hulle moet hulle egter nie blindstaar teen Kanadese gesag en van die standpunt uitgaan dat ander regstelsels nie ook ’n wesenlike bydrae tot die interpretasie van die billike-verhoor-vereiste kan lewer nie.<sup>85</sup> Die Amerikaanse openbare-veiligheid-uitsondering<sup>86</sup> kan met groot vrug gebruik word. Daar kan ook kennis geneem word van die Duitse beginsel dat ongrondwetlik-verkreë getuienis toelaatbaar is selfs al is dit ingesamel ná skending van ’n beskuldigde se grondwetlike regte indien die beskuldigde die demokrasie geskend of bedreig het en die optrede van die polisie daarop gemik was om dit te beveilig of te herstel.<sup>87</sup> Deurlopend moet egter in gedagte gehou word dat ’n billike

---

<sup>82</sup> *Constitutional Criminal Procedure* 36-37.

<sup>83</sup> Sien n 23 in par 5.2 *supra* vir die betekenis van die begrip “tweede-generasie getuienis”.

<sup>84</sup> *Constitutional Criminal Procedure* 37.

<sup>85</sup> Sien a 39 van die Grondwet – aangehaal in par 7.2 *supra*.

<sup>86</sup> Sien par 3.6.3 *supra*.

<sup>87</sup> Sien par 4.3.2 *supra*.

verhoor nie maar net 'n opwelling is van 'n regspreker se persoonlike voor- of afkeure in verband met wat billik en wat onbillik is nie.

Die faktor wat 'n verhoor in die Kanadese reg onbillik maak, is die feit dat die vervolging die saak teen die beskuldigde wil bewys met behulp van getuienis verkry van die beskuldigde of ingesamel met sy medewerking ná skending van sy grondwetlike regte.<sup>88</sup> Getuienis wat in hierdie verband ter sprake kom, is tweërlei van aard, naamlik (1) verklarings (waarby uitwysings ingesluit is), liggaamsstowwe en -vloeistowwe en die liggaam self; en (2) tweede-generasie getuienis.<sup>89</sup> Die wyse waarop die getuienis verkry is, speel nie 'n rol nie. Wat bepalend is, is die aard van die getuienis en die aard van die reg wat geskend is.<sup>90</sup> Bondig gestel is 'n billike verhoor 'n verhoor waarin die vervolging sy saak bewys sonder om gebruik te maak van selfinkriminerende getuienis verskaf deur die beskuldigde ná skending van sy reg(te) vervat in die *Charter*.<sup>91</sup> Indien toelating van getuienis 'n verhoor onbillik sal maak, is uitsluiting daarvan verpligtend.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> “The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction.” *Sopinka R in R v Burlingham supra* 273. Sien ook die uitspraak van *Lamer R in R v Ross supra* 379 waar gesê is: “Any evidence obtained, after violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression “emanating from him” since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence, for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.” Sien ook *R v Stillman supra* en *R v Feeney supra*.

<sup>89</sup> Sien par 5.2 *supra*.

<sup>90</sup> *R v Collins supra* 137; *Paciocco* (1990) 32 *Crim LQ* 355.

<sup>91</sup> Sien par 5.2 *supra*; *R v Stillman supra* 230-231.

<sup>92</sup> *Paciocco* (1990) 32 *Crim LQ* 355; *R v Stillman supra* 231. Sien egter *R v Feeney supra* 33 waar dit tog wil deurskemer asof buitengewone omstandighede soms 'n rol kan speel om selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis te laat deurglip.

Wat artikel 35(5) betref, moet gelet word op die woorde “of andersins” in die frase “indien die toelating van die getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees”. Die woord “of andersins” maak dit duidelik dat `n onbillike verhoor *een* voorbeeld is van `n geval waar toelating van die getuienis nadelig vir die regspleging sal wees. In hierdie verband moet kennis geneem word van Steytler<sup>93</sup> se beskouing en verdere ontleding van artikel 35(5):

“It should be noted that there is principally one test, whether the admission of evidence would be detrimental to the administration of justice. The test relating to the fairness of the trial is a specific manifestation of this broader enquiry; to have an unfair trial is demonstrably detrimental to the administration of justice. Having said this, it should be emphasised that section 35(5) has created two tests which should be kept separate; rules applicable to one are not necessarily applicable to the other.”

Daar is ook `n verdere rede waarom dit nodig mag wees om te let op die twee toetse wat in `n artikel 35(5)-ondersoek geld. In geval van `n noodtoestand wat, in sekere omskrewe omstandighede, ingevolge artikel 37 van die Grondwet verklaar mag word, kry `n mens `n uitsonderlike situasie: Ingevolge artikel 37(5)(c), soos gelees met kolomme 1 en 3 van die tabel van nie-aantasbare regte wat ook in artikel 37(5)(c) vervat is, mag `n parlementswet in geval van `n behoorlik-verklaarde noodtoestand nie inbreuk maak op die eerste been van die ondersoek ingevolge artikel 35(5) nie. Die reg op `n billike verhoor is, met die uitsondering van die reg vervat in artikel 35(3)(d), `n nie-aantasbare reg selfs al sou daar `n geldige noodtoestand verklaar word. Die onvermydelike implikasie is dat die tweede toets (of been) van die artikel 35(5)-ondersoek, naamlik of toelating van die getuienis nadelig vir die regspleging sou wees, wel tydens `n noodtoestand deur `n parlementswet ophef kan word. `n Mens het nie hier met `n “juridiese onmoontlikheid” te doen nie. Die twee toetse is inderdaad skeibaar en behoort ook in normale omstandighede, dit wil sê, wanneer daar geen formele noodtoestand is nie, as twee selfstandige

---

<sup>93</sup> Constitutional Criminal Procedure 36.

toetse in `n breë ondersoek hanteer te word.

In *Madiba*<sup>94</sup> het regter Hurt die twee toetse ineengerol deur te verklaar dat artikel 35(5) verskaf

“the plainest of indications that the court conducting the trial is vested with a discretion, which it must exercise in order to achieve the object of the section. That object, to paraphrase the section, must be to hold a trial which is fair and not detrimental to the administration of justice ... Both the concept of fairness and the concept of maintaining the standards of administration of justice have a reciprocal nature about them ... A trial in which a judge is bound by the absence of any discretion to close the door on evidence on the basis that it was procured in circumstances constituting a relatively unimportant infringement of a fundamental right may plainly be as unfair as a trial in which he admits evidence procured in deliberate disregard of an important right. [I]t seems to me that the section was plainly aimed at imposing a duty on the court, in the course of a trial, to make a decision which is fair to both sides and not aimed only at considerations of fairness or advantage to the accused ... Accordingly, I take the view that this Court does have a discretion which it must exercise within the precepts set by section 35(5).”

Daar moet met regter Hurt saamgestem word dat die hof `n diskresie het wat hy binne die voorskrifte van artikel 35(5) moet uitoefen. Maar `n mens moet versigtig wees om *Madiba* nie te interpreteer as gesag vir `n standpunt dat toelating moontlik is selfs al sal daar `n onbillike verhoor wees nie: Die vraag of toelating van die getuienis die beskuldigde se verhoor onbillik sal maak, kan nie beantwoord word nie deur te sê dat “the concept of fairness and the concept of maintaining the standards of justice have a reciprocal nature about them”. As toelating van die getuienis die verhoor onbillik sal maak, kan die onbillikheid wat *uitsluiting* vir die vervolging (en die slagoffer, die getuie en die publiek) tot gevolg mag hê, nie opgeweeg word om die reg op `n billike verhoor as't ware te kanselleer nie. Opweging van belange, die wederkerigheid waarvan die regter praat, is nie nou ter sprake nie. Billikheid teenoor die vervolging en persone wat `n direkte of indirekte belang in die saak het, kan doodeenvoudig nie `n verhoor wat in wese op die onbillike verhoor van `n beskuldigde sal neerkom, tot `n billike verhoor herstel nie. En `n onbillike verhoor is

---

<sup>94</sup> Hierdie saak is reeds volledig bespreek in par 6.3.1.4 *supra*.

ongrondwetlik. Onbillikheid teenoor die vervolging en ander belanghebbendes, speel wel deeglik 'n rol by die tweede toets in die artikel 35(5)-ondersoek, naamlik die vraag of toelating van die getuienis vir die regspleging nadelig sal wees.<sup>95</sup> Indien die hof egter eenmaal tevrede is dat toelating van die getuienis die verhoor onbillik sal maak, het 'n mens reeds, soos hierbo opgemerk is, te doen met 'n geval wat in artikel 35(5) self geïdentifiseer word as 'n geval waar toelating van die getuienis vir die regspleging nadelig sal wees. 'n Opweging van belange vind plaas by beantwoording van die tweede toets van die artikel 35(5)-ondersoek en is dus slegs geregverdig as die hof eenmaal tevrede is dat die toelating van die getuienis nie die verhoor onbillik sal maak nie.

Respekvol word in oorweging gegee dat wat regter Hurt in *Madiba* bedoel het maar nie behoorlik artikuleer het nie, was dat toelating van *nie-selfinkriminerende* getuienis wat ná skending van 'n beskuldigde se grondwetlike reg op privaatheid bekom is, nie 'n verhoor onbillik kan maak nie. In hierdie saak het dit gegaan om reële getuienis wat die polisie gevind het nadat hulle 'n woning betree het. Dit het nie hier gegaan om *selfinkriminerende* ongrondwetlik-verkreë getuienis nie: Uitwysings, erkennings en bekentenisse wat sonder die nodige grondwetlike voorskrifte en waarskuwings bekom is, was nie ter sprake nie. Die hof was vir alle praktiese doeleindes bloot geroepe om te beslis oor die tweede toets, naamlik of ontvangs van die *nie-selfinkriminerende* ongrondwetlik-verkreë getuienis nadelig vir die regspleging sou wees. Só beskou, was regter Hurt heeltemal geregtig om met 'n opweging van belange te werk en moet daar ook met sy volgende finale opmerking saamgestem word: "I do not consider the act of forcing entry into this particular room was a sufficiently grave violation to warrant a ruling that the evidence which [the police]

---

<sup>95</sup>Sien par 7.3.4 *infra*.

gained in the course of the search was inadmissible.”<sup>96</sup>

Alle getuienis wat in `n hof gebruik word, kan slegs uit twee bronne verkry word, naamlik óf van die beskuldigde self óf uit ander bronne as die beskuldigde. Dit word aanbeveel dat die eerste stap om vas te stel of toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis `n verhoor onbillik sal maak, is om, soos in die Kanadese reg, te bepaal of die getuienis deur die beskuldigde self (of met sy hulp) beskikbaar geword het en of dit deur `n ander bron sonder sy bystand beskikbaar geword het.<sup>97</sup> Indien dit sonder sy toedoen of bystand beskikbaar geword het is dit nie-selfinkriminerend en moet die toelaatbaarheid daarvan aan die hand van tweede toets in artikel 35(5)<sup>98</sup> bepaal word. Het die getuienis egter as gevolg van die beskuldigde se toedoen of bystand beskikbaar geword na skending van sy grondwetlike regte, moet dit as selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis, soos in *R v Stillman* uiteengesit, geklassifiseer word.<sup>99</sup> Toelating van nie-selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis sal nie die verhoor onbillik maak nie, maar toelating daarvan kan nog steeds vir die regspleging nadelig wees en daarom moet die toelaatbaarheid daarvan ook nog aan die hand van die tweede toets in artikel 35(5) getoets word.

Indien die hof bevind dat die getuienis selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis is,

---

<sup>96</sup> *S v Madiba* 1998 1 BCLR 38; 1998 1 SACR 127 (D) 44J.

<sup>97</sup> Sien *R v Stillman supra* 218 waar verklaar is: “It is apparent ... that the primary aim and purpose of considering the trial fairness factor ... is to prevent an accused person whose *Charter* rights have been infringed from being forced or conscripted to provide evidence in the form of statements or bodily samples for the benefit of the state. It is *because* the accused is *compelled* as a result of a *Charter* breach to participate in the creation or discovery of self-incriminating evidence in the form of confessions, statements or the provision of bodily samples, that the admission of that evidence would generally tend to render the trial unfair.” Beklemtoning in die oorspronklike.

<sup>98</sup> “of andersins vir die regspleging nadelig sou wees”.

<sup>99</sup> Par 5.2 *supra*.

moet, soos in *Stillman* beslis is, bepaal word of dit nie in elk geval ontdek sou gewees het selfs al het die beskuldigde *nie* tot die ontstaan of ontdekking daarvan bygedra nie.<sup>100</sup> Sou die getuienis in elk geval ontdek gewees het, sal toelating daarvan nie die verhoor onbillik maak nie en kan dit nie op grond van die eerste toets in die artikel 35(5)-ondersoek uitgesluit word nie. Om toegelaat te word sal die getuienis egter nog steeds die tweede toets in die ondersoek moet slaag.

Die tipiese voorbeelde waar toelating van die getuienis 'n verhoor onbillik sal maak, is gevalle waar 'n beskuldigde in die ondersoekstadium nie oor sy grondwetlike swygreg of reg op regsverteenvoording<sup>101</sup> ingelig is nie. Uitsluiting is egter nie geregverdig in gevalle waar 'n beskuldigde vrywillig, bewustelik en op ingeligte wyse afstand van voormelde regte gedoen het nie.<sup>102</sup> Ter oorweging word gegee dat 'n beskuldigde se reg op 'n billike verhoor ongeskonde bly indien hy van sy regte vervat in artikels 35(1) en 35(2) kennis dra maar nogtans 'n verklaring maak of uitwysings doen terwyl daardie regte nie aan hom verduidelik is nie. Die doel van artikels 35(1)(b), 35(1)(c), 35(2)(a) en 35(2)(b) is tog om 'n beskuldigde in staat te stel om 'n ingeligte besluit te neem of hy sy relevante regte wil uitoefen of nie. 'n Persoon met regs-kennis ('n regsprofessor, prokureur, advokaat, landdros of aanklaer) of 'n polisiebeampte wat al baie mense gearresteer en hulle grondwetlike regte aan hulle verduidelik het, sowel as 'n beskuldigde wie se regte ingevolge artikels 35(1) en 35(2) al tevore aan hom verduidelik was en dit dus ken, behoort tog nie in die posisie geplaas te word waar hy strafregtelike aanspreeklikheid kan ontduik omdat

---

<sup>100</sup> Sien die onafhanklike-bron-beginsel in para 3.5.2.1 en 5.2.1 *supra* en die noodwendige-ontdekking-beginsel in para 3.5.2.2 en 5.2.1 *supra*.

<sup>101</sup> Sien bv *S v Mphala* 1998 1 SACR 388; 1998 4 BCLR 494 (W) soos bespreek in par 6.3.1.2 *supra*.

<sup>102</sup> Sien ook oor die algemeen *Miranda v Arizona* 384 US 436 (1966).

hy nie “ingelig” was omtrent kennis waaroor hy reeds beskik nie.<sup>103</sup> Indien die vervolging byvoorbeeld in `n binneverhoor wat gehou word omdat die beskuldigde beweer dat sy swygreg en reg tot regsverteenvoordiging nie aan hom verduidelik was nie, die oorkonde van `n vorige saak inhandig waarin aangetoon word dat al die beskuldigde se regte vervat in die Handves van Regte reeds in die verlede aan hom verduidelik was en dat hy inderdaad sy swygreg uitgeoefen en van regsverteenvoordiging gebruik gemaak het, behoort hy nie te kan skuil agter `n ondersoekbeampte se versuim om hom van sy reg op regsverteenvoordiging in te lig indien hy `n bekentenis of erkenning gemaak het of reële getuienis uitgewys het nie.<sup>104</sup>

Ter oorweging word ook gegee dat indien `n beskuldigde tydens ondervraging deur die polisie in elk geval nie van regsverteenvoordiging gebruik sou gemaak het nie, die getuienis toegelaat behoort te word selfs al is hy nie van sy reg op regsverteenvoordiging verwittig nie.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Sien *S v Lwane supra* 440H: “A trained lawyer giving evidence could hardly legitimately complain that he had received no caution, even though a conscientious judicial officer might nevertheless elect to administer a caution even to such a witness.”; *S v Desai supra* 42c: “This country cannot afford acquittals because a magistrate did not ‘offer’ the right of re-examination to an advocate who was fully aware of his rights.” Die standpunt van Claassen R in *Mathebula supra* dat die beskuldigde elke keer wanneer die staat sy samewerking in die ondersoek verlang, weer van sy regte verwittig moet word, word derhalwe nie ondersteun nie.

<sup>104</sup> In *S v Mabaso* 1990 3 SA 185 (A) 204D-E het Hoexter AR verklaar dat daar nie “... an absolute duty in the sense that its non-observance will always and inevitably render the witness’ incriminating statement inadmissible against him in subsequent proceedings” op `n landdros rus om `n persoon van regte waarvan hy reeds kennis dra, te verwittig nie. Erasmus R verwys in *S v Nombewu supra* 421c-d na Cleary *McCormick on Evidence* 3e uitg 391-2 wat betoog dat die versuim van die polisie om `n beskuldigde van sy grondwetlike regte te verwittig, nie deur die feit dat die beskuldigde kennis dra van die wese van sy regte, herstel kan word nie. Erasmus R deel egter nie hierdie sentiment nie. Sien ook die posisie in die Duitse reg, par 4.3.2 *supra*.

<sup>105</sup> *R v Alladice supra* soos bespreek in par 2.3 *supra*; *R v Duran supra* soos bespreek in par 4.2.4.2 *supra*.



Toelating van getuienis afkomstig vanaf 'n beskuldigde of ingesamel as gevolg van sy medewerking en wat nie aan die bepalings van artikels 217(1) en 219(A) van die Strafproseswet voldoen nie,<sup>106</sup> of wat ingesamel is na verontagsaming van sy besluit om sy grondwetlike regte in artikels 35(1)(a) en 35(2)(b) uit te oefen, sal altyd die verhoor onbillik maak en moet uitgesluit word.<sup>107</sup>

In die finale instansie word aan die hand gedoen dat die volgende stellings van regter Erasmus in *S v Soci*<sup>108</sup> in elke geval die deurslag behoort te gee:

“[P]rejudice to the accused ... becomes relevant under the requirement in [section 35(5)] that the evidence must be excluded ‘if the admission of that evidence would render the trial unfair’ ... The question of prejudice is in my view inseparable from the question of fairness, in that a trial cannot be completely fair where the accused is in any way prejudiced; but, on the other hand, the trial can hardly be unfair where there is no prejudice. I find therefore that the presence or absence of prejudice is relevant to the question of a fair trial.”<sup>109</sup>

Die voorgaande beteken nie dat die Konstitusionele Hof se omskrywing van 'n “billike verhoor” geïgnoreer word nie. Dit beteken bloot dat benadeling 'n deurslaggewende faktor is om die begrip “onbillike verhoor” soos in artikel 35(5) gebesig, te kan omlyn. Die *afwesigheid* van benadeling (“prejudice”) beteken dat daar geen versteuring is of kan wees van wat die Konstitusionele Hof in *S v Zuma* as “notions of basic fairness and justice” beskryf het nie. Die afwesigheid of aanwesigheid van benadeling vir die beskuldigde, behoort dus die bepalende faktor by die uitleg

<sup>106</sup> Sien *R v Duetsimi* 1950 3 SA 674 (A) 678-679.

<sup>107</sup> *R v Hebert supra*. Sien ook *S v Mphala supra*.

<sup>108</sup> 1998 2 SACR 275; 1998 3 BCLR 376 (E) 392F-H.

<sup>109</sup> Nie-benadeling as rasionaal vir die toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis is in *Melani (1) supra* 153g verwerp. In *S v Nombewu supra* 420i-422b het Erasmus R egter met 'n beroep op die gemenerereg, tot die gevolgtrekking gekom dat nadeel vir die beskuldigde die rasionaal vir uitsluiting van getuienis is. Beide sake was egter onder die Oorgangsgrondwet, wat nie 'n uitsluitingsbepaling bevat het nie, beslis.

van die eerste toets in die artikel 35(5)-ondersoek te wees.<sup>110</sup>

#### 7.3.4 OF ANDERSINS VIR DIE REGSPLEGING NADELIG SOU WEES

Artikel 35(5) verskil van artikel 24(2) van die Kanadese *Charter* in dié opsig dat eersgenoemde bepaal dat getuienis uitgesluit moet word indien toelating daarvan vir die regspleging nadelig sal wees terwyl laasgenoemde bepaal dat dit uitgesluit moet word indien toelating daarvan die regspleging in diskrediet sal bring. Die twee begrippe (nadelig vir die regspleging *versus* die regspleging in diskrediet sal bring) is tot dusver deur die Suid-Afrikaanse howe as sinoniem beskou.<sup>111</sup>

Die kernvraag is watter kriterium aangewend moet word om te bepaal of toelating van die getuienis vir die regspleging nadelig sal wees. Die Skotse reg gebruik die kriterium van billikheid en 'n billike verhoor;<sup>112</sup> Ierland<sup>113</sup> en Australië<sup>114</sup> dié van openbare beleid; Nieu-Seeland dié van

---

<sup>110</sup> Die noodwendige-ontdekking-uitsondering (sien para 3.5.2.2 en 5.2.1 *supra*) kan ook aan die hand van afwesigheid van benadeling verklaar word. Omdat die getuienis in elk geval ontdek sou gewees het, kan daar nie sprake van benadeling voortvloeiende uit die skending van die beskuldigde se grondwetlike regte wees nie. Dit wil voorkom asof die Grondwetlike Hof ook nadeel in sommige gevalle as die deurslaggewende faktor beskou by die beslissing of die verhoor billik is of nie. Sien in hierdie verband die uitspraak van Ackermann R in *Ferreira v Levin NO supra* [145] waar die regter met goedkeuring verwys na die uitspraak van die Kanadese Hooggeregshof in *Thomson Newspapers Ltd v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) supra* en verklaar: "The qualification 'ought generally' was introduced because the learned Judge advocated the same discretion on the part of the trial Judge as is employed in the case of s 24(2) Charter exclusion, namely that the exercise of the discretion 'will depend on the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission.'" In *Ferreira v Levin* het dit juis gegaan om beweerde skending van die beskuldigde se swygreg (wat inbreuk maak op sy reg op 'n billike verhoor).

<sup>111</sup> Sien *S v Soci supra* 393H-394G; *S v Mphala supra* 504G; *S v Naidoo supra* 91E-93F.

<sup>112</sup> Sien par 4.2.1 *supra*.

<sup>113</sup> Sien par 4.2.1 *supra*.

<sup>114</sup> Sien par 4.2.3 *supra*.

billikheid en geregtigheid;<sup>115</sup> Duitsland dié van vlekkeloosheid van die regsproses en proporsionaliteit;<sup>116</sup> en Kanada<sup>117</sup> dié van die regspleging in diskrediet bring in die oë van die redelike persoon wat onpartydig is en kennis dra van die omstandighede van die saak, soos beoordeel aan die hand van die drie faktore wat in *Collins*<sup>118</sup> geïdentifiseer is.

Van der Merwe<sup>119</sup> stel voor dat die aangeleentheid aan die hand van openbare beleid (regsoortuiging van die gemeenskap, *boni mores*) beoordeel moet word. Hy word gesteun deur regter Erasmus in *Soci*.<sup>120</sup> In *Madiba*<sup>121</sup> en *Gumede*<sup>122</sup> is openbare beleid as kriterium nie by name genoem nie, maar dit is tog duidelik dat dit die toets is wat toegepas is om te beslis of toelating van die getuienis nadelig vir die regspleging sou wees.

Hoewel daar óók verskille tussen artikels 35(5) en 24(2) is, is daar so 'n sterk ooreenkoms tussen die twee artikels wat die tweede been van die toets vir toelating betref, dat aanbeveel word dat die kriterium *nadelig sal wees vir die regspleging* aan die hand van Kanadese gesag geïnterpreteer word. Suid-Afrikaanse hoewe het egter nie nodig om die eerste been van die trits wat die Kanadese

---

<sup>115</sup> Sien par 4.2.4.2 *supra*.

<sup>116</sup> Sien par 4.3.2 *supra*.

<sup>117</sup> Sien par 5.2 *supra*.

<sup>118</sup> [1987] 28 CRR 122; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>119</sup> (1992) 2 *Stell LR* 199. Die skrywer stel dit soos volg: "It is certainly no novelty to claim that issues pertaining to admissibility, ought at times to be decided by resorting to public policy ("openbare beleid", *boni mores*, "regsoortuiging van die gemeenskap"). Sien ook *R v Collins* [1987] 28 CRR 122 135; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>120</sup> 1998 2 SACR 275; 1998 3 BCLR 376 (E).

<sup>121</sup> 1998 1 BCLR 38; 1998 1 SACR 127 (D).

<sup>122</sup> 1998 5 BCLR 530 (D).

howe aanwend,<sup>123</sup> weer onder hierdie tweede been te ondersoek nie omdat dit reeds onder die eerste been van die artikel 35(5)-toets gedoen is. Indien die hof toe bevind het dat toelating van die getuienis die verhoor onbillik sal maak, is uitsluiting reeds 'n noodwendige gevolg. Indien die hof egter bevind het dat die gewraakte getuienis selfinkriminerende getuienis is wat verkry is na skending van die beskuldigde se grondwetlike regte maar dat toelating daarvan nie die verhoor onbillik sal maak nie, moet die ondersoek na die tweede en derde bene van die *Collins*-toets (die erns van die skending en die effek wat uitsluiting of toelating van die getuienis op die aansien van die regspleging sal hê) verskuif.<sup>124</sup>

Die eerste paar jaar na aanvaarding van die *Charter*, was die Kanadese howe traag om hul grondwetlike uitsluitingsbevoegdheid uit te oefen. Die howe se standpunt was dat ongrondwetlik-verkreë getuienis *prima facie* toelaatbaar is en dat die howe hulle uitsluitingsdiskresie spaarsaam moet uitoefen.<sup>125</sup> Die toleransievlak vir polisiewangedrag was hoog gestel. Die “community shock”-toets was aangewend om te bepaal wanneer die toelating van getuienis die regspleging, volgens die regsoortuiging van die gemeenskap, in diskrediet sou bring.<sup>126</sup> Die uitspraak van die Hooggeregshof in *Collins*<sup>127</sup> het egter 'n kentering teweeggebring. Hierdie uitspraak het die howe se diskresie om ongrondwetlik-verkreë getuienis toe te laat, aansienlik ingekort. Sedertdien is die teuels gaandeweg stywer getrek tot op die punt waar artikel 24(2) tans feitlik op dieselfde vlak as

---

<sup>123</sup> Sal toelating van die getuienis 'n effek op die billikheid van die verhoor hê – sien par 5.2.1 *supra*.

<sup>124</sup> Sien para 5.2.2 en 5.2.3 *supra*.

<sup>125</sup> Stuart *Charter Justice* 478-482. Sien verder par 5.2 *supra*.

<sup>126</sup> *R v Collins* [1987] 28 CRR 122 139; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC).

<sup>127</sup> *Supra*.

die Amerikaanse uitsluitingsreël<sup>128</sup> staan en tereg deur Paciocco as 'n "extremely aggressive exclusionary remedy" beskryf word.<sup>129</sup> Die skrywer kom tot die gevolgtrekking dat die howe so ywerig is om die aansien van die regspleging deur die uitsluiting van getuienis te beskerm, dat regters hulle eie subjektiewe siening aanwend in plaas daarvan om te probeer vasstel wat die regsoortuiging van die gemeenskap is. Hierdie ontwikkeling is in skrilte kontras met die oorspronklike stelling van regter Lamer in *Collins*<sup>130</sup> dat "disrepute necessarily involves some element of community views, and the determination of disrepute thus requires the judge to refer to what he conceives to be the views of the community at large."

Net soos die Kanadese howe aanvanklik 'n toelatingsuitleg aan artikel 24(2) verleen het, het die Suid-Afrikaanse howe artikel 35(5) ook tot dusver pro-insluiting geïnterpreteer. In *S v Madiba*<sup>131</sup> is verwys na die onbillikheid wat kan ontstaan indien 'n hof as gevolg van 'n gebrek aan 'n diskresie, verplig is om getuienis verkry as gevolg van 'n relatief onbelangrike skending van 'n beskuldigde se regte, uit te sluit. In *S v Malefo*<sup>132</sup> is bevind dat 'n hof nie net 'n diskresie het om ongrondwetlik-verkreë getuienis uit te sluit nie maar ook om dit toe te laat.

Suid-Afrikaanse howe moet nie die fout maak om by die interpretasie van artikel 35(5) dieselfde

---

<sup>128</sup> Sien par 5.6 *supra*.

<sup>129</sup> (1990) 32 *Crim LQ* 342. Sien ook L'Heureux-Dubé R se kritiek in *Burlingham supra* 282 op die rigting waarin die uitsluitingsreël deur die Hooggeregshof ontwikkel is sedert *Collins*.

<sup>130</sup> *Supra* 135.

<sup>131</sup> *Supra* 44G.

<sup>132</sup> 1998 2 BCLR 187 (W) 205H. Alhoewel *Malefo* ingevolge die Oorgangsgrondwet beslis is, is dié beslissing nog steeds van waarde op grond van die opmerkings wat m.b.t. a 24(2) van die Kanadese *Charter* gemaak is.

paadjie as hulle Kanadese eweknieë te loop nie. In paragraaf 5.6 *supra* is reeds aangetoon dat die Kanadese howe, as gevolg van hulle interpretasie van artikel 24(2), baie vinnig in die rigting van 'n omvattende uitsluitingsreël beweeg. Die VSA het ook die dure les geleer dat 'n streng en omvattende uitsluitingsreël die regstelsel uiteindelik van die gemeenskap vervreem. Die Hooggeregshof van die VSA het oor 'n aantal dekades die toepassingsgebied van hul uitsluitingsreël ingekort deur verskeie uitsonderings op die reël te skep, byvoorbeeld die goeietrou-uitsondering<sup>133</sup> en die noodwendige-ontdekking-uitsondering.<sup>134</sup> Die uitsprake van die Kanadese Hooggeregshof in *Stillman*<sup>135</sup> en *Feeney*<sup>136</sup> is aanduidend van hoe ver die Kanadese Hooggeregshof homself reeds geïdentifiseer het met die starre uitsluitingsreël wat oorspronklik deur die Hooggeregshof van die VSA geskep is.

In oorweging word gegee dat in beslissings rakende die tweede toets in artikel 35(5), daar deeglik op gemeenskapswaardes gelet sal moet word. Indien 'n hof nie meer die waardes van die gemeenskap uitleef nie, is dit op sigself reeds nadelig vir die regspleging. Met verwysing na die sinsnede “bring the administration of justice in disrepute” in artikel 24(2) van die Kanadese *Charter*, verklaar Paciocco:<sup>137</sup> “Disrepute has to do with reputation and reputation has to do with what others think of you, not with what standards you would like to emulate.” Mirfield<sup>138</sup> sluit hierby aan met die stelling dat die beskerming van openbare vertroue in die regspleging die

---

<sup>133</sup> Sien par 3.6.1 *supra*.

<sup>134</sup> Sien par 3.5.2.2 *supra*.

<sup>135</sup> [1997] 42 CRR 189 (SCC).

<sup>136</sup> [1997] 44 CRR (2d) 1 (SCC).

<sup>137</sup> (1990) 32 *Crim LQ* 341.

<sup>138</sup> (1988) 30 *Crim LQ* 451.

wesentliche grondslag is waarop getuienis toegelaat of uitgesluit word.

Suid-Afrikaanse howe moet daarteen waak dat hulle nie deur hul uitleg van artikel 35(5), van die gemeenskap vervreem word nie. Die land beleef 'n misdaadaanslag soos nog nooit in sy geskiedenis nie. Op 28 Oktober 1998 het die Nasionale Direkteur van Vervolgings aangekondig dat hy as gevolg van die geweldige omvang van bendegegeweld op die Kaapse Vlakte, politieke geweld in KwaZulu-Natal en voertuigkapings en roof in Gauteng, 'n persoon aangestel het om in beheer te staan van 'n spesiale ondersoekende eenheid wat hierdie tipe sake sal ondersoek. Die gemeenskap beskuldig die owerheid dat hy nie genoeg doen om misdaad hok te slaan nie en ook nie oor die wil en die vermoë beskik om dit te doen nie. Lukrake en liberale uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis sal net olie op die vuur van die gemeenskap wees en die gemeenskap se vertrouwe in die regspleging nog verder laat taan.

Regter Lamer se stelling in *Collins* dat die kriterium vir toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis behoort te wees of die toelating van die getuienis die regspleging in diskrediet sal bring in die oë van die redelike persoon wat onpartydig is en kennis dra van die omstandighede van die saak, is maar net die eggo van wat Van Wyk<sup>139</sup> reeds in 1983 gepropageer het. Die skrywer het betoog dat die tyd ryp is dat die toelaatbaarheid van relevante getuienis aan die hand van dit wat billik en redelik is ooreenkomstig die *boni mores* bepaal moet word.

Die kriterium van “die redelike persoon wat onpartydig is en kennis dra van die omstandighede van die saak” is 'n gepaste kriterium in 'n land waar die opvoedings- en ontwikkelingspeil en kultuur

---

<sup>139</sup> “Die *Boni Mores* as Toetssteen vir Toelaatbaarheid in die Bewysreg” (1983) ongepubl LL M Verhandeling *UOVS* 135.

van die bevolking min of meer op dieselfde vlak is. Maar in Suid-Afrika met sy veelvolkigheid, konglomeraat van kulture en verskille in opvoedings- en ontwikkelingspeil van mense, is so 'n toets uiters moeilik om toe te pas. Wat die regspleging in diskrediet sal bring in die oë van inwoners van die Kaapse Vlakte met sy bendegeweld, KwaZulu-Natal met sy politieke geweld en Gauteng met sy motorkapings en roof, sal dramaties verskil van wat die regspleging in diskrediet sal bring in die oë van inwoners van die meer rustige areas en woonbuurte. 'n Regspreker wat opgegroeï het en woon in een van die rustiger woongebiede, sal hom moeilik kan indink of die toelating van ongrondwetlik-verkreë getuïenis in die oë van mense wat in misdaadgeteisterde gebiede woon, tot nadeel van die regspleging sal wees. In tye van erge toename in misdaad, kan ook kwalik van hom verwag word om die gemeenskapsgevoel te vertolk soos dit sal of behoort te wees wanneer die gemeenskap nie skeefgetrek is deur emosie of terwyl die gemoedere nie hoog loop as gevolg van onlangse gebeure nie. Langtermynwaardes ten spyte, word die regspleging van die gemeenskap immers sterk deur die misdaadsituasie van die oomblik beïnvloed. Alhoewel regter Lamer in *Collins* gesê het dat 'n regspreker langtermyngemeenskapswaardes in aanmerking moet neem wanneer hy oor die toelating dan wel uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuïenis moet beslis,<sup>140</sup> is dit ook onvermydelik so dat die regspleging van die gemeenskap sterk deur die stand van misdaad op 'n bepaalde tydstip beïnvloed sal word. Die uitspraak van die regspreker sal derhalwe die regspleging van die gemeenskap in 'n gegewe tydsgewrig moet weerspieël. Realiteite in die land sal ook gewig in die skaal werp. Dit is inderdaad wat regter Erasmus in *S v Nombewu*<sup>141</sup> propageer het en waarom hy sê dat inagneming van die misdaadsituasie in die land 'n buigzaamheid aan die kriterium vir toelating of uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuïenis

---

<sup>140</sup> 136.

<sup>141</sup> *Supra* 423b: “[I]t allows the court to have regard to prevailing circumstances.”



verleen.

Dit behoort duidelik te wees dat die regsortoering van die gemeenskap 'n bitter moeilike toets vir die toelaatbaarheid van getuienis is. Paciocco<sup>142</sup> betoog dat toelating of uitsluiting in 'n groot mate van die persoonlike gevoelens en emosies van die regspreker afhang. Dat dié toets probleme skep, word ook deur regterpresident Cooke in die Nieu-Seelandse saak *R v Goodwin*<sup>143</sup> beaam:

“While not averse from a disrepute test if applied in the light of the ‘long term community values’ spoken of by judge Lamer in *Collins v R* (1987) 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508, 525, I think that an examination of that case and other Canadian authorities brings out that it is a test likely to give rise to as many problems as it solves.”

Die groot aantal beslissings waarin die Kanadese hof van appèl verhoorhofs se toelaatbaarheidsbeslissings afskiet en die botsende uitsprake van regters in dieselfde hof van appèl (insluitende die Kanadese Hooggeregshof), is waarskynlik die beste bewys van die probleme rondom die kriterium “die regspleging in diskrediet bring in die oë van die redelike persoon wat onpartydig is en kennis dra van die omstandighede van die saak”. Die feit dat regters só van mekaar verskil in verband met die vraag of getuienis toegelaat dan wel uitgesluit behoort te word, dui aan dat dit nie die redelike persoon se siening is wat die regter in aanmerking geneem het nie maar die regter se eie subjektiewe siening. Dit is juis Gibson<sup>144</sup> se beswaar teen die toets. Die toets skep regsonsekerheid omdat die resultaat afhang van die persepsies van die individuele regspreker. Sy persepsies word weer ingekleur deur sy agtergrond, opvoeding en sosio-ekonomiese omstandighede. Die regsopvatting van 'n regter wat opgegroe het in 'n rustige rykmansbuurt, aan 'n spogskool skoolgegaan het, nog nooit nodig gehad het om sy finansiële rieme fyn te sny nie, in

---

<sup>142</sup> (1990) 32 *Crim LR* 337.

<sup>143</sup> 1993 2 NZLR 153 (CA) 171.

<sup>144</sup> (1983) 61 *Canadian Bar Rev* 380.

'n veilige spogwoonbuurt woon en nog nooit die stekelrige kant van misdaad ervaar het nie, kan beswaarlik ooreenstem met dié van 'n wetsgehoorsame persoon wat in die harde omgewing van die “townships” opgegroeï het, daaglik om finansiële oorlewing veg en misdaad gereeld aan sy lyf voel. Gibson<sup>145</sup> se betoog dat 'n regspreker bereid moet wees om wyer as sy eie ervaringsveld te delf om op hoogte te wees met die regsopvatting van die gemeenskap, is dus in die kol. So ook is regter L'Heureux-Dubé se stelling in *Burlingham*<sup>146</sup> dat dit noodsaaklik is dat regsprekers periodiek moet toets of hulle uitsprake nog verteenwoordigend van langtermyn-gemeenskapswaardes is, in die kol. Bryant<sup>147</sup> slaan die spyker op die kop met sy aandrag op empiriese studies waaraan 'n regspreker homself kan toets om te sien of sy denke nog verteenwoordigend is van die gemeenskap se opvatting oor die vraag of die toelating van bepaalde soorte ongrondwetlik-verkreë getuïenis die regspleging in diskrediet sal bring.

Ten spyte van bovermelde kritiek is die vasstelling van die gemeenskapsoortuiging darem ook nie 'n totaal onmoontlike taak nie. Die situasie is vergelykbaar met 'n voorbeeld wat uit die materiële reg geneem kan word: Sedert die laat sestiger jare word die regsoortuiging van die gemeenskap as toetssteen gebruik om te bepaal wanneer 'n late onregmatig is, sonder dat getuïenis daarvoor aangebied word.<sup>148</sup> Van Wyk<sup>149</sup> betoog dat die regspreker stilswyend of onbewustelik geregtelike kennis neem van die regsoortuiging van die gemeenskap. Waar relevante en toelaatbare getuïenis

---

<sup>145</sup> (1983) 61 *Canadian Bar Rev* 380.

<sup>146</sup> [1995] 28 CRR (2d) 244 285; 2 SCR 206; 97 CC (3d) 385; 38 CR (4<sup>th</sup>) 265; 124 DLR (4<sup>th</sup>) 7; 181 NR 1(SCC).

<sup>147</sup> (1990) 69 *Canadian Bar Rev* 9.

<sup>148</sup> *S v Russel* 1967 3 SA 739 (N); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); *S v Gaba* 1981 3 SA 745 (O) 751.

<sup>149</sup> “Die Bewys van *Boni Mores*” (1975) 4 *THRHR* 383 386.

in verband met die regsdoortuiging van die gemeenskap egter ontbreek, val die regspreker inderwaarheid op sy eie regsgevoel terug deur te aanvaar dat dit in ooreenstemming met die regsgevoel van die gemeenskap is. Na aanleiding van *Minister van Polisie v Ewels*<sup>150</sup>, waar die Appèlhof die “regsdoortuiging van die gemeenskap” aangewend het om oor die onregmatigheid van ’n late te beslis, verklaar Boberg<sup>151</sup> ook soos volg:

“It follows that we have to grapple with a notion of something stronger than positive morality, that the community is to be credited with the capacity to distinguish between what it regards as morally right and what it considers should be legally prescribed. But the apparent difficulty of this concept fades when it is realized that it is but a vehicle for the expression of the court’s own view. *The real merit of the ... approach is its recognition of the fact that a policy decision has to be made in these cases. The court will decide, in the light of all the circumstances, whether the defendant ought to have acted, and will give expression to its feeling by attributing it to the legal convictions of the society which it serves.*”

As die regsdoortuiging van die gemeenskap (“legal convictions of the community”) op ’n indirekte manier gebruik kan word om vir doeleindes van die materiële reg oor die onregmatigheid van ’n late te kan beslis, kan dit beslis ook in die konteks van die formele reg aangewend word om te kan bepaal of toelating van ongrondwetlik-verkreë getuienis “nadelig vir die regspleging” sal wees.<sup>152</sup>

Alhoewel empiriese studies van groot waarde mag wees om regsprekers op die hoogte te hou van die regsdoortuiging van die gemeenskap rakende die toelating of uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis, is sulke studies nie onontbeerlik nie. Deurgaans moet egter in gedagte gehou word dat die sogenaamde regsdoortuiging van die gemeenskap ’n vals persepsie skep want wat die regspreker eintlik as norm gebruik, is nie werklik die regsdoortuiging van die gemeenskap nie maar

---

<sup>150</sup> 1975 3 SA 590 (A).

<sup>151</sup> “The Wrongfulness of an Omission” (1975) 92 *SALJ* 361 364. Beklemtoning bygevoeg.

<sup>152</sup> In *R v Therens supra* 223 het Le Dain R verklaar dat die regter in die beste posisie is om te bepaal watter getuienis die regspleging in diskrediet sal bring.

sy eie subjektiewe regsdoortuiging wat hy op die gemeenskap projekteer. Prakties gesproke is die toets dus nie werklik die regsdoortuiging van die gemeenskap nie, maar die regspreker se regsdoortuiging wat hy aan die gemeenskap toeskryf.

’n Belangrike faktor wanneer oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis beslis moet word, is die rasionaal vir die uitsluiting. Die verskillende rasionale hoef nie hier herhaal te word nie – dit is reeds volledig in paragrawe 2.1 en 3.2 *supra* bespreek.<sup>153</sup> Die werklike rasionaal blyk duidelik uit artikel 35(5) self, naamlik die integriteit van die regspleging.<sup>154</sup> Regsprekers moet egter versigtig wees om nie deur die uitsluiting van getuienis te poog om hulle eie integriteit te beskerm nie. Indien die beskerming van die integriteit van die regspleging die werklike rasionaal is, moet in gedagte gehou word dat die regspleging nie net deur toelating van getuienis in diskrediet gebring kan word nie maar ook deur uitsluiting daarvan.<sup>155</sup> Die noodwendige-ontdekking-uitsondering en goeie-trou-uitsondering op die uitsluitingsreël, is juis deur die Hooggeregshof van die VSA geskep omdat dit noodsaaklik geword het vir die behoud van respek vir die regspleging. Artikel 35(5) bepaal dat getuienis uitgesluit moet word indien toelating daarvan vir die regspleging nadelig sou wees. Die toetssteen is die regsgevoel van die gemeenskap<sup>156</sup> soos verpersoonlik deur die regspreker.

In artikel 35(5) het die wetgewer aan ’n hof ’n diskresie verleen om getuienis óf toe te laat óf uit

---

<sup>153</sup> Sien ook Paciocco (1990) 32 *Crim LR* 335-336.

<sup>154</sup> Ook hierdie rasionaal word egter deur Paciocco (1990) 32 *Crim LR* 337-338 bevraagteken.

<sup>155</sup> Sien *R v Collins supra* 138; Paciocco (1990) 32 *Crim LR* 337-338.

<sup>156</sup> Sien Van der Merwe (1992) 2 *Stell LR* 199.

te sluit.<sup>157</sup> Hy moet self sy diskresie uitoefen en beslis of toelating van die getuienis nadelig vir die regspleging sal wees. Sy diskresie moet op 'n regterlike wyse uitgeoefen word,<sup>158</sup> regsbeginsels moet korrek toegepas word, alle relevante feite moet in aanmerking geneem word en irrelevante oorwegings moet buite rekening gelaat word.<sup>159</sup> Hierdie been is by uitstek een waar die belange van die gemeenskap teen mekaar opgeweeg word. Die twee kriteria geskep in *Collins* – naamlik die erns van die skending en die effek wat uitsluiting van die getuienis op die aansien van die regspleging sal hê, pas volmaak in by hierdie toets. Laasgenoemde kriterium moet egter nie net 'n skynoorweging wees om die regspreker se gewete te sus nie,<sup>160</sup> maar moet werklik teenoor die erns van die skending in die weegskaal geplaas word om die regsoortuiging van die gemeenskap te bepaal. Ek beveel aan dat genoemde twee oorwegings<sup>161</sup> deur die Suid-Afrikaanse howe gebruik word as toetssteen vir die tweede been van artikel 35(5).

#### 7.3.4.1 DIE ERNS VAN DIE SKENDING

By oorweging van bogenoemde moet die volgende in ag geneem word:

(a) Was die skending flagrant of grof, of slegs tegnies of onbenullig?<sup>162</sup> Getuienis

---

<sup>157</sup> Sien ook *S v Shongwe supra*.

<sup>158</sup> Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 441.

<sup>159</sup> Sien *R v Scarrott supra*.

<sup>160</sup> Sien Stuart *Charter Justice* 515 se beskuldiging in hierdie verband teen die Kanadese regters, par 5.2.3 *supra*.

<sup>161</sup> Die erns van die skending en die effek wat uitsluiting of toelating van die getuienis op die aansien van die regspleging sal hê.

<sup>162</sup> *People v O'Brien supra*.

verkry as gevolg van 'n bloot tegniese of onbenullige skending, sal meer geredelik oor die hoof gesien word as getuienis verkry as gevolg van 'n growwe of ernstige skending. Indien die getuienis verkry is as gevolg van 'n flagrante of growwe skending terwyl die misdryf wat die beskuldigde gepleeg het gering is, sal uitsluiting 'n sterk moontlikheid wees.

- (b) Het die skending plaasgevind onder dringende omstandighede veroorsaak deur die moontlikheid dat getuienis vernietig of verwyder sal word indien wetstoepassers eers 'n visenteringslasbrief moes gaan kry?<sup>163</sup>
- (c) Was daar redelike voorsienbaarheid van fisiese gevaar vir die wetstoepassers en ander persone?<sup>164</sup>
- (d) Wat was die geestesingesteldheid van die wetstoepassers ten tye van die skending? *Bona fides* aan hulle kant sal 'n sterk argument ten gunste van toelating wees.<sup>165</sup> Aan die ander kant het *mala fides* in die meeste regstelsels uitsluiting van getuienis tot gevolg.<sup>166</sup> Die toets wat onder die Oorgangsgrondwet en tot dusver onder die Grondwet verreweg die meeste gebruik is om oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis te beslis, is of daar *bona fides* of *mala fides* aan die kant van die wetstoepassers was. In die praktyk het dit bevredigende resultate gelewer. Indien 'n hof sou bevind dat 'n bepaalde polisiebeampte *bona fide*

<sup>163</sup> *R v Goodwin supra*; *R v Silveira supra*; *R v Therens supra* 223; *Hay v H M Advocate supra*; Heydon (1973) *Crim LR* 608-609.

<sup>164</sup> Die openbare-veiligheid-beginsel. Sien *New York v Quarles supra*; *Terry v Ohio supra*. Sien ook *R v Goodwin supra*.

<sup>165</sup> *United States v Leon supra*; *S v Madiba supra*; *S v Gumede supra*; *S v Shongwe supra*. Sien ook Van der Merwe (1998) 11 *SACJ* 462.

<sup>166</sup> *S v Naidoo supra*; *S v Mphala supra*; *S v Soci supra*; *S v Madiba supra*; *S v Gumede supra*; *R v Mason supra*; *R v H supra*; *R v Bryce supra*; *R v Hannah supra*; *R v Kirifi supra*.

opgetree het, beteken dit egter nog nie noodwendig dat die getuienis toegelaat sal word nie. Een of meer van die ander oorwegings onder hierdie been mag tot gevolg hê dat uitsluiting daarvan nog steeds nadelig vir die regspleging sal wees. Die uitsonderings op die goeie-trou-uitsondering van die VSA<sup>167</sup> en die sistemiese *mala fide*-beginsel geïdentifiseer deur Van der Merwe,<sup>168</sup> is sprekende voorbeelde van sulke gevalle.

- (e) Watter tipe getuienis is verkry? Die howe sal meer geneë wees om getuienis wat reeds bestaan het voordat die skending plaasgevind het, toe te laat as getuienis wat as gevolg van die skending tot stand gekom het.<sup>169</sup>
- (f) Watter reg in die Handves van Regte is geskend? Skending van sommige van die regte vervat in die Handves van Regte behoort soms meer geredelik as ander uitsluiting van getuienis tot gevolg te hê.<sup>170</sup>
- (g) Was ander ondersoekmetodes beskikbaar sodat die getuienis op 'n regmatige wyse ontdek kon word? *Bunning v Cross*<sup>171</sup> bied 'n goeie voorbeeld van hierdie situasie. Die polisie het die beskuldigde se motor gestop omdat hy die snelheidsgrens oorskry en die motor op 'n onbekwame wyse bestuur het. Nadat die motor tot stilstand gekom het, het 'n polisiebeampte die beskuldigde beveel om uit te klim. Terwyl hy besig was om uit te klim, het die motor vorentoe begin beweeg. Die

---

<sup>167</sup> Sien par 3.6.1.1 *supra*.

<sup>168</sup> (1998) 11 *SACJ* 462.

<sup>169</sup> *R v Collins* [1987] 28 CRR 122 137; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC). Sien ook par 5.2.2(i) *supra*.

<sup>170</sup> Sien para 5.2.2(g) en (h) *supra*.

<sup>171</sup> *Supra* 641.

polisiebeampte moes vinnig die noodrem vastrek en die masjien afskakel. (Dit het later geblyk dat die motor vorentoe beweeg het omdat dit 'n model met 'n outomatiese ratkas was en die beskuldigde nie die noodrem vasgetrek het nie.) Nadat die beskuldigde uitgeklim het, het die polisiebeampte opgemerk dat hy onvas op sy voete was. Sy asem het na sterk drank geruik en hy het erken dat hy drie biere gedrink het. 'n Asem-toets-apparaat, waarmee die alkoholvlak in sy bloed gemeet kon word, was beskikbaar maar die polisiebeampte het dit nie gebruik nie. Hy het geglo dat daar voldoende kliniese tekens was dat die beskuldigde onder die invloed van drank was sodat gebruik van die apparaat onnodig was. Hy het die beskuldigde toe gearrester vir bestuur van die voertuig terwyl hy onder die invloed van sterk drank was en hom na die polisiestasie geneem om 'n "breathalyzer"-toets te ondergaan.

'n Wet het bepaal dat die bestuurder van 'n voertuig slegs in drie gevalle na 'n polisiestasie geneem mag word sodat getoets kan word of sy bestuursvermoë tot so 'n mate deur sterk drank aangetas is dat hy onbevoeg is om 'n voertuig met veiligheid te bestuur, naamlik (1) indien hy op die toneel waar hy gestop word, aan 'n voorlopige toets met 'n draagbare alkoholtoetsapparaat onderwerp word en die resultaat van die toets aandui dat daar meer alkohol in sy bloed is as wat die wet toelaat; of (2) indien hy weier om hom aan die voorlopige toets te onderwerp of so dronk is dat hy nie in staat is om hom daaraan te onderwerp nie; of (3) indien die polisiebeampte redelike gronde het om te glo dat hy só onder die invloed van drank is, dat hy nie in staat is om 'n voertuig met veiligheid te bestuur nie.



Die uitslag van die “breathalyzer”-toets het getoon dat die alkoholvlak in die beskuldigde se bloed die regtens toelaatbare maksimum perk oorskry het.

Tydens die beskuldigde se verhoor het dit geblyk dat sy abnormale gang aan ’n ou kniebesering te wyte was en nie aanduidend van sy kliniese toestand was nie. Sy kliniese toestand was dus nie sodanig dat die polisiebeampte redelike gronde kon hê om te glo dat hy só onder die invloed van drank was dat hy nie in staat sou wees om ’n voertuig met veiligheid te bestuur nie. Die uitslag van die “breathalyzer”-toets was dus noodsaaklik om te bewys dat die alkoholvlak in sy bloed só hoog was, dat hy in elk geval nie in staat was om die motor met veiligheid te bestuur nie. Die *Court of Petty Sessions* het bevind dat aan geeneen van die drie statutêre vereistes hierbo genoem, voldoen is voordat die beskuldigde na die polisiestasie geneem en hy die “breathalyzer”-toets ondergaan het nie. Die hof het bevind dat die “breathalyzer”-toets onregmatig gedoen was en dat die resultaat daarvan dus onregmatig verkry was. Die verhoorhof het die resultaat derhalwe uitgesluit. Indien die voorlopige toets met die draagbare alkoholtoetsapparaat vooraf uitgevoer sou gewees het, sou die resultaat van die “breathalyzer”-toets op ’n regmatige wyse verkry gewees het.<sup>172</sup>

- (h) Was die skending onbelangrik omdat die getuienis sonder die skending in elk geval

---

<sup>172</sup> Die vervolging het die beslissing egter na die *Supreme Court* op hersiening geneem omdat die magistraat skynbaar onder die indruk was dat hy weens die feit dat die getuienis onregmatig verkry was, verplig was om dit uit te sluit. Die *Supreme Court* het die saak na die magistraat terugverwys met die opdrag dat hy sy diskresie moes uitoefen. Hy het die getuienis weer uitgesluit en die beslissing is weer op hersiening geneem. Die *Supreme Court* het egter beslis dat hy fouteer het en het die saak weer na hom terugverwys. Die aangeleentheid het uiteindelik in die *High Court* beland. Daar is beslis dat die getuienis toegelaat moes word. Een van die gronde vir die toelating daarvan word in (i) *infra* bespreek. Sien verder ook par 5.2.2(d) *supra*.

verkry sou gewees het?<sup>173</sup>

- (i) Hoe ernstig is die misdaad? Hoe ernstiger die misdaad, hoe meer geredelik sal getuienis toegelaat word. In *Bunning v Cross*<sup>174</sup> het die *High Court* beslis dat die getuienis toegelaat moet word nieeenstaande die feit dat dit onregmatig verkry is. Die hof het bevind dat die misdryf een is waaroor die publiek uiters besorg is weens die groot risiko wat dit vir die lewens van duisende padverbruikers inhou.<sup>175</sup> In *S v Naidoo*<sup>176</sup> is getuienis egter uitgesluit ondanks die feit dat die misdaad as die grootste rooftog in die geskiedenis van Suid-Afrika beskryf is. Maar hier het die *mala fides* van die polisie die deurslag gegee.<sup>177</sup>
- (j) Is die getuienis noodsaaklik om die aanklag te bewys? Hoe belangriker en hoe meer relevant die getuienis vir die vervolging is om sy saak te bewys, hoe groter is die behoefte aan toelating daarvan.<sup>178</sup>
- (k) Was daar 'n geskiedenis van skending van persone se fundamentele regte deur die betrokke wetstoepassers?<sup>179</sup>
- (l) Het die beskuldigde van sy regte afstand gedoen of nie?<sup>180</sup>

---

<sup>173</sup> Sien die onafhanklike-bron-beginsel – para 3.5.2.1 en 5.2.1.1 *supra* – en die noodwendige-ontdekking-beginsel – para 3.5.2.2 en 5.2.1.1 *supra*; *Murray v United States supra*; *Nix v Williams supra*; *R v Stillman supra*.

<sup>174</sup> *Supra*.

<sup>175</sup> Sien ook *S v Shongwe supra*.

<sup>176</sup> 1998 1 BCLR 46 (D)

<sup>177</sup> Van der Merwe (1998) 11 SACJ 462.

<sup>178</sup> Mirfield (1988) 30 *Crim LQ* 463.

<sup>179</sup> *R v Hannah supra*; *S v Soci supra*. Sien ook par 5.2.2(e) *supra*.

<sup>180</sup> *R v Goodman supra*.

- (m) Is dit 'n verfoeilike misdaad wat in die geheim gepleeg word op plekke en onder omstandighede waar die polisie dit nie deur normale ondersoekmetodes kan ontdek of getuienis deur normale metodes kan insamel nie?<sup>181</sup>
- (n) Wat was die duur en intensiteit van aanhouding in geval van skending van 'n reg vervat in artikel 12 van die Grondwet?<sup>182</sup>

#### 7.3.4.2 DIE EFFEK WAT UITSLUITING VAN DIE GETUIENIS OP DIE AANSIEN VAN DIE REGSPLEGING SAL HÊ

Die erns van die skending mag *prima facie* daarop dui dat die getuienis uitgesluit behoort te word. Maar wanneer dit opgeweeg word teen die effek wat uitsluiting daarvan op die aansien van die regspleging sal hê, mag 'n totaal ander scenario na vore kom. Veral geweldsmisdade is tans so aan die orde van die dag in Suid-Afrika, dat uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis in veral ernstige geweldsmisdade, die verkeerde boodskap na die gemeenskap sal uitdra. Geoordeel aan berigte in die media het die persepsie reeds by die wetsgehoorsame deel van die gemeenskap posgevat dat die Handves van Regte 'n stel reëls is wat misdadigers beskerm teen hul verdiende loon. Die howe moet daarteen waak om nie hierdie persepsie by die gemeenskap te versterk deur die arbitrêre uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis nie. In *Shongwe* het waarnemende regter Preller verklaar:<sup>183</sup>

“Die land in die algemeen beleef 'n ongekende vlaag van wetteloosheid en in die

<sup>181</sup> *Hopes v H M Advocate supra*.

<sup>182</sup> Par 5.2.2(k) *supra*.

<sup>183</sup> 1998 2 SACR 321; 1998 9 BCLR 1170 (T) 1193I-1194C.

betrokke omgewing het boonop tot onlangs 'n bloedige taxi oorlog gewoed. Die publiek eis optrede teen misdaad. Die howe moet sigbaar 'n ferm standpunt inneem teen alle vorms van misdaad, onder andere om te verhoed dat die publiek in die versoeking kom om die reg in eie hande te neem ... Die bevordering van 'n kultuur van menseregte is 'n prioriteit wat in artikel 1(a) van die Grondwet uitgespel word. Hierdie kultuur is nog in die proses van vestiging by selfs die Westerse deel van ons land se bevolking. Die misdaad is gepleeg in 'n landelike gebied en binne die tipe gemeenskap wat in baie gevalle nog nie eens vrede gemaak het met die Westerse strafproses van die vorige grondwetlike bedeling nie. As 'n skuldige persoon in hierdie omstandighede vry uitgaan, sal dit teenproduktief wees vir die bevordering van 'n kultuur van menseregte, menseregte moet nie gesien word as bloot 'n skuiwergat waardeur misdadigers aan die gevolge van hulle dade kan ontsnap nie."

Regsprekers moet Paciocco<sup>184</sup> se waarskuwing dat "disrepute has to do with reputation and reputation has to do with what others think of you, not with what standards you would like to emulate", in gedagte hou wanneer hulle oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis beslis. Die regspleging word alreeds deur 'n beduidende deel van die gemeenskap met groot skeptisisme bejeën. 'n Beduidende deel van die gemeenskap beskou die howe reeds as organe wat ten koste van wetsgehoorsame burgers, hand om die lyf met misdadigers loop. Die gemeenskap is siek en sat van ernstige misdaad. Die howe moet daarteen waak om na die beskuldigde oor te hel en hom met onverdiende simpatie te behandel wanneer hulle oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik-verkreë getuienis moet beslis.<sup>185</sup> So 'n benadering kan die reputasie van die regspleging ernstig skaad op 'n tydstip wat Suid-Afrika nog sukkel om demokrasie gevestig te kry en dit wil voorkom asof ernstige misdaad die oorhand oor die demokrasie kry.

---

<sup>184</sup> (1990) 32 *Crim LQ* 341.

<sup>185</sup> In *Key v Attorney General, Cape Provincial Division, and Another supra* par 13 het Kriegler R verwys na die volgehoue "endeavour by international human rights bodies, enlightened legislatures and courts to prevent or curtail excessive zeal by State agencies in the prevention, investigation or prosecution of crime". Die regter verklaar egter dat "none of that means sympathy for crime and its perpetrators. Nor does it mean a predilection for technical niceties and ingenious legal stratagems".

Dit word aanbeveel dat die howe nie rojaal raak in die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis nie.

#### 7.4 DIE BEPERKINGSBEPALINGS IN ARTIKEL 36 EN DIE INTERPRETASIE VAN ARTIKEL 35(5)

In *S v Mathebula*<sup>186</sup>, wat beslis is terwyl die Oorgangsgrondwet van krag was en ook reeds in paragraaf 6.2.1.5 *supra* bespreek is, het regter Claassen op die beperkingsbepalings in artikel 33(1) van die Oorgangsgrondwet gesteun ten einde die bestek van die desbetreffende uitsluitingsreël te kon bepaal. Vandag word die beperkingsbepalings in artikel 36 van die Grondwet aangetref en word daar – anders as in die geval van die Oorgangsgrondwet – in artikel 35(5) van die Grondwet spesifiek voorsiening vir 'n uitsluitingsreël gemaak. Die vraag ontstaan of die benadering in *Mathebula* steeds geldig is: Kan artikel 36 aangewend word om beperkings op artikel 35(5) te plaas? In *S v Naidoo*<sup>187</sup> het regter McCall soos volg bevind:

“I am ... of the view that Claassen J’s approach in *Mathebula*’s case of testing the admissibility of unlawfully obtained evidence against justification in terms of the limitation clause in the Constitution, still has its place but in a different context to that contemplated by Claassen J. If conduct which would otherwise constitute a violation of any right contained in the Bill of Rights is authorised by a law of general application then the validity of that law, which may include the common law, must be adjudged in accordance with the provisions of the limitation clause (clause 33(1) of the interim Constitution and clause 36(1) of the new Constitution).”

Regter McCall se benadering is korrek. Alhoewel artikel 36 nie aangewend kan word om beperkings op artikel 35(5) te plaas nie, het die artikel wel 'n impak op artikel 35(5). Die artikel fnuik artikel 35(5) in sommige gevalle. Artikel 36 verleen magtiging vir die beperking van regte

<sup>186</sup> 1997 1 SACR 10 (W).

<sup>187</sup> 1998 1 BCLR 46 (D) 65H. Die saak is reeds in par 6.3.1.3 *supra* bespreek.

vervat in die Handves van Regte. Word bevind dat die beskuldigde se grondwetlike regte wel beperk is,<sup>188</sup> sal verontagsaming van daardie “regte” nie artikel 35(5) aktiveer nie.<sup>189</sup> Word egter bevind dat die beskuldigde se regte nie beperk is nie of dat die voorvereistes vir die beperking nie nagekom is nie,<sup>190</sup> geld artikel 35(5) steeds.<sup>191</sup>

## 7.5 KAN ARTIKEL 35(5) GEAKTIVEER WORD AS GEVOLG VAN DIE SKENDING VAN 'n DERDE PARTY SE GRONDWETLIKE REGTE?

Bovermelde vraag sluit aan by die sogenaamde probleem van “standing”<sup>192</sup> wat al in die VSA<sup>193</sup> en Kanada<sup>194</sup> na vore getree het. Kan 'n hof getuienis wat bekom is na skending van 'n derde party (dit wil sê iemand anders as die beskuldigde) se regte, uitsluit? Die huidige posisie in die VSA<sup>195</sup>,

<sup>188</sup> Wat in die praktyk daarop neerkom dat dit voorwaardelik ingekort is.

<sup>189</sup> Die verdediging kan natuurlik aanvoer dat (1) die Wet wat die beperking magtig, ongrondwetlik is (in welke geval dit nie die beskuldigde se regte kan beperk nie); of (2) die Wet geldig is maar die voorvereistes vir die beperking nie nagekom is nie (die beëdigde verklaring benodig vir 'n visenteringslasbrief het bv nie 'n redelike verdenking openbaar nie) en gevolglik was daar nie 'n feitlik regsgeldige beperking ingevolge a 36 nie. Kennis moet ook geneem word van die bepalings van aa 170 en 167(5) van die Grondwet. Artikel 170 bepaal dat 'n hof met laer status as 'n Hoë Hof, nie mag ondersoek instel na of beslis oor die grondwetlikheid van enige wetgewing of optrede van die President nie. Artikel 167(5) bepaal dat geen bevel van ongeldigheid van 'n Parlements wet, 'n provinsiale wet of optrede van die President, wat deur die Hoogste Hof van Appèl, 'n Hoë Hof of 'n hof met soortgelyke status gegee is, van krag is voordat daardie bevel nie deur die Konstitusionele Hof bevestig is nie.

<sup>190</sup> Sien bv *S v Naidoo supra*.

<sup>191</sup> Sien ook De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* 594.

<sup>192</sup> Sien oor die algemeen Steytler *Constitutional Criminal Procedure* 35.

<sup>193</sup> Sien oor die algemeen Cleary (red) *McCormick on Evidence* 514-518; Kuhns “The Concept of Personal Aggrievement in Fourth Amendment Standing Cases” (1980) 65 *Iowa LR* 493.

<sup>194</sup> Die streng standpunt wat die Kanadese howe tov hierdie aangeleentheid inneem, is reeds in par 5.4 *supra* bespreek. Dáár is aangetoon dat uitsluiting van getuienis in beginsel slegs deur skendings van die beskuldigde se grondwetlike regte, geaktiveer kan word.

<sup>195</sup> Sien bv *Rakas v Illinois* 439 US 128 131 n 1 (1978) waar verklaar is: “The proponent of a motion to

en die kritiek daarteen, word soos volg deur Bradley<sup>196</sup> geskets:

“Somewhat inconsistent with the deterrence rationale for the exclusionary rule is the Court’s insistence that a defendant must have ‘standing’ to press an exclusionary rule claim. Thus if the police illegally interrogate A, or illegally search his house, any evidence they acquire that incriminates B may be used at B’s trial (but not at A’s). Since B’s rights were not violated, the Court reasons, he has no right to exclude the evidence. Arguably, though, since the police engaged in wrongdoing, *any* affected party ought to be able to exclude the evidence if the purpose of exclusion is to deter police misconduct. ‘Standing’ doctrine illustrates the Court’s general distaste for the exclusionary rule, and it’s consistent efforts in recent years, to cabin its use, while still retaining it where it seems likely to have a meaningful deterrent impact on police.”

Sover vasgestel kon word is die “standing”-vraagstuk nog nie in Suid-Afrikaanse regspraak beantwoord nie. *Prima facie* wil dit blyk asof artikel 35(5) wyd genoeg bewoord is om ook gevalle van skending van derde partye se grondwetlike regte, te dek. Artikel 35(5) verwys na getuienis wat verkry is op `n wyse wat “`n reg” in die Handves van Regte skend. Om “`n reg” te beperk tot `n reg van die beskuldigde, sal op `n onverdedigbare en ongeregverdigde inkortingsuitleg van artikel 35(5) neerkom. Dit sal ook beteken dat een belangrike prinsipiële basis van artikel 35(5), regterlike kontrole oor ongrondwetlike owerheidsoptrede,<sup>197</sup> negeer word.

In oorweging word gegee dat daar as fundamentele vertrekpunt aanvaar moet word dat artikel 35(5) ook deur skending van `n derde se grondwetlike regte geaktiveer kan word. Maar dit is nie die einde van die aangeleentheid nie. Die uitsluitingskwessie sal steeds aan die hand van sowel die eerste as die tweede toets van die artikel 35(5)-ondersoek bereg moet word: Sal toelating van getuienis wat in stryd met `n derde se grondwetlike regte bekom is, die beskuldigde se verhoor

---

suppress has the burden of establishing that his *own* ... rights were violated by the challenged search or seizure.” Beklemtoning bygevoeg.

<sup>196</sup> Bradley “United States” in Bradley (red) *Comparative Criminal Procedure: A Worldwide Study* (1999) 407.

<sup>197</sup> Sien par 3.2(a)(iv) *supra*.

onbillik maak of andersins vir die regspleging nadelig wees?

Dit is nodig om bovermelde toetse apart toe te pas. Soos vroeër aangetoon, sal die verhoor onbillik wees as daar nadeel vir die beskuldigde is. Nadeel is aanwesig in geval van *selfinkriminerende ongrondwetlik-verkreë getuienis*. Sulke getuienis kan egter nie verkry word deur skending van 'n derde party se grondwetlike regte nie aangesien dit hier gaan om 'n beskuldigde se grondwetlike reg op 'n billike verhoor wat manifesteer in sy reg om nie verplig te wees om getuienis teen homself te verskaf nie.

Die posisie met betrekking tot die tweede toets (indien toelating van die getuienis vir die regspleging nadelig sou wees) is egter nie so vanselfsprekend soos die billike-verhoor-toets nie. Die uitsluiting van ongrondwetlike-verkreë getuienis is nie 'n persoonlike remedie vir skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte nie, maar 'n indirekte meganisme om *alle* individue se grondwetlike regte te beskerm.<sup>198</sup>

Indien die howe owerheidsamptenare sou laat wegkom met ongrondwetlike optrede teenoor derdes tydens die ondersoek van misdaad, mag die indruk geskep word dat sulke optrede aanvaarbaar of selfs toelaatbaar is solank dit net nie teen die beskuldigde geskied het nie.<sup>199</sup> Só 'n benadering sal

---

<sup>198</sup> Hendel & Sankoff "R v Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right" (1996) 45 CR (4<sup>th</sup>) 339: "[I]t concentrates on the protection of everyone's rights." Sien ook *R v Young* [1993] 20 CR (4<sup>th</sup>) 81 88; 13 CRR (2d) 193 (CA) waar gesê is: "The appellant is in truth guilty of the offences in question and should be punished. To exclude the evidence is to that extent a disservice to the administration of justice ... That characterization is, in my view, more than offset in this case by the necessity to assure that the courts do not condone conduct which represents a real threat to all persons, whether innocent or guilty, from wilful abuse of police powers."

<sup>199</sup> Hendel & Sankoff (1996) 45 CR (4<sup>th</sup>) 340 betoog ook dat die toelating van enige getuienis wat deur onaanvaarbare polisieoptrede verkry is, in stryd is met die beginsels van basiese geregtigheid gewaarborg deur 'n Grondwet.



onversoenbaar wees met die belangrikste prinsipiële grondslae waarop 'n uitsluitingsreël berus, naamlik, behoud van die integriteit van die regspleging;<sup>200</sup> die beginsel van selfkorreksie;<sup>201</sup> die beginsel van sistemiese dissiplinerings;<sup>202</sup> en verder, die sentrale idee dat 'n uitsluitingsreël 'n vorm van afstandbeheer<sup>203</sup> aan howe verskaf om grondwetlike owerheidsoptrede teenoor alle individue te bevorder wanneer daar geen onmiddellike regterlike toesig oor sodanige optrede is of kan wees nie. Prinsipieel beskou sal die toelating van enige getuienis ingesamel na skending van derdes se regte, die moontlikheid van nadeel vir die regspleging inhou.

In oorweging word gegee dat – anders as in geval van die billike-verhoor-maatstaf gestel in die eerste toets van die artikel 35(5)-ondersoek – die tweede toets noodwendig wyd geïnterpreteer moet word sodat getuienis bekom in stryd met derde partye se grondwetlike regte, ook betrek word.<sup>204</sup> Soos in die geval van skending van 'n beskuldigde se regte, sal die hof aan ten minste die volgende twee vrae aandag moet skenk: Hoe ernstig is die skending?<sup>205</sup> Wat sal die effek van uitsluiting van die getuienis op die aansien van die regspleging wees?<sup>206</sup>

In oorweging word gegee dat die feit dat die grondwetlike regte van 'n derde, en nie die van die beskuldigde nie, tydens die misdaadondersoek geskend is, normaalweg aansienlike gewig sal dra

---

<sup>200</sup> Sien par 3.2(a) *supra* soos gelees met par 7.3 *supra*.

<sup>201</sup> Sien par 3.2(f) *supra*.

<sup>202</sup> Sien par 3.2(b) *supra*.

<sup>203</sup> Sien par 3.2(e) *supra*.

<sup>204</sup> Sien ook Steytler *Constitutional Criminal Procedure* 35.

<sup>205</sup> Sien par 7.3.4.1 *supra*.

<sup>206</sup> Sien par 7.3.4.1 *supra*.

ten gunste van 'n bevinding dat toelating van die getuienis *nie* nadelig vir die regspleging sal wees nie.

Daar kan byvoorbeeld betoog word dat indien getuienis uitgesluit word omdat dit bekom is as gevolg van skending van 'n derde party se grondwetlike regte, die beskuldigde, wie se grondwetlike regte nie geskend is nie, beter daaraan toe is as die derde party wie se regte geskend is. Die derde party sal moet litigeer ter herstelling of afdwinging van sy grondwetlike regte terwyl die beskuldigde, wie se regte nie eers geskend is nie, by die uitsluiting van die getuienis baat. Die derde party mag selfs finansiële nadeel in die vorm van reghoofte ervaar om sy regte herstel te kry. Daar kan gesê word dat dit uiters onbillik teenoor die werklike slagoffer van die skending en as sulks ook teenoor die gemeenskap sal wees dat 'n persoon wie se regte glad nie geskend is nie, beter daaraan toe is as die persoon aan die ontvangkant van die skending.

Die onhoudbaarheid van 'n ongekwalfiseerde uitgangspunt dat die tweede toets in artikel 35(5) heel geredelik tot uitsluiting van getuienis bekom as gevolg van skending van derdes se grondwetlike regte, aanleiding moet gee, sal blyk uit die volgende voorbeeld: A breek B se werkwinkel oop en steel sy eiendom. Die eiendom is gemerk met B se identiteits- en telefoonnommer. A verkoop die gesteelde goedere aan C, die eienaar van 'n besigheid wat handel dryf in tweedehandse goedere. (Die feit dat C moontlik willens en wetens gesteelde goed gekoop het, is onbelangrik vir doeleindes van die argument). D, 'n *bona fide* koper, koop die goedere van C. D laai dit in sy motor en ry huistoe. Op pad word hy *mala fide* en ongrondwetlik deur die polisie gestop. Sy motor word gevisenteer en die goedere word gevind. Deur middel van die telefoonnommer op die goedere kom die polisie by B uit en stel vas dat die goedere gesteel is. D deel hulle mee dat hy die goedere van C gekoop het en C neem hulle na A. Die goedere is die

enigste skakel tussen A en die misdaad. Geen enkele grondwetlike reg van A is geskend nie. A en D ken mekaar glad nie en het mekaar trouens nog nooit tevore eers gesien nie. Die enigste skakel tussen hulle is die feit dat D te goeder trou in besit was van die goedere wat A gesteel het. D is geensins ongelukkig oor die ongrondwetlike visentering nie want daardeur het hy indirek gehelp om 'n misdadiger na wie die polisie al lank soek, aan die man te bring. Ter oorweging word gegee dat uitsluiting van die getuienis in hierdie tipe situasie, inderdaad tot nadeel van die regspleging sal wees.

Daar word dus aanbeveel dat die howe konserwatief te werk gaan by oorweging van die vraag of getuienis bekom in stryd met 'n derde se grondwetlike regte, aan die hand van die tweede toets in die artikel 35(5)-ondersoek uitgesluit behoort te word. Die gemeenskap staan reeds skepties teenoor die uitsluiting van getuienis op grond van die skending van 'n *beskuldigde* se grondwetlike regte. Uitsluiting op grond van die blote skending van 'n *derde* se grondwetlike regte, sal vir die gemeenskap des te meer onaanvaarbaar wees. Daar moet egter toegegee word dat die erns van die skending van 'n derde se grondwetlike regte soms die deurslag ten gunste van uitsluiting sal gee. Maar vir hierdie gevalle sal die gemeenskap die uitsluitingsgrondslag, naamlik die erns van die skending van die derde se grondwetlike reg, met groter begrip bejeën.

## **7.6 AANBEVELINGS TEN OPSIGTE VAN UITKENNINGSPARADES**

Die howe se botsende standpunte oor die vraag of die afwesigheid van 'n regsverteenvoerder vir 'n beskuldigde by 'n uitkenningsparade tot uitsluiting van getuienis in verband met sy

uitkenning op die uitkenningsparade, aanleiding moet gee, is reeds vroeër uitgelig.<sup>207</sup> Daar word aanbeveel dat hierdie aangeleentheid primêr beantwoord moet word aan die hand van die billike-verhoor-toets soos vervat in artikel 35(5) en die betekenis wat in konteks van artikel 35(5) aan die begrip “billike verhoor” geheg moet word.<sup>208</sup> Só ’n benadering lewer die volgende praktiese resultate: Die stelling in *Mokoena*<sup>209</sup> dat ’n beskuldigde nie selfinkriminerende getuienis verskaf wanneer hy aan ’n uitkenningsparade deelneem nie en dat sy deelname aan die parade nie bots met sy swygreg of sy reg teen selfinkriminasie nie, is korrek.<sup>210</sup> Maar vir doeleindes van ’n billike verhoor is dit ’n halwe waarheid. Dit is nie nét bekentenisse, verklarings of uitwysings, gemaak deur ’n beskuldigde, wat die billikheid van sy verhoor affekteer nie: Alle getuienis afkomstig van die beskuldigde of ingesamel as gevolg van sy medewerking ná skending van sy grondwetlike regte en wat gebruik word om ’n saak teen hom te bewys, skend sy reg op ’n billike verhoor.<sup>211</sup>

Die oogmerk van ’n uitkenningsparade is tog om te poog om die vervolging se saak te versterk. So ’n parade word nie gehou wanneer die identiteit van die dader nie in geskil is nie, maar juis wanneer dit wel in geskil is. ’n Positiewe uitkenning word aangewend om die betroubaarheid van die uitkennende getuies se uitkenning van die beskuldigde, te versterk. Deur op die uitkenningsparade te staan bevorder die beskuldigde dus die vervolging se saak want hy help die

---

<sup>207</sup> Sien en vergelyk bv para 6.1.4, 6.2.2 en 6.3.2 *supra*.

<sup>208</sup> Sien par 7.3.3 *supra*.

<sup>209</sup> 1998 2 SACR 642 (W) 648*i-j*.

<sup>210</sup> Vgl ook oor die algemeen *S v Huma* 2 1995 2 SACR 411 (W) 417*e*-419*e* en *S v Mphala* 1988 1 SACR 654 (W) 660*f*.

<sup>211</sup> Sien par 7.3.3 *supra*.

uitkennende getuie om die vervolging se saak teen hom te versterk.<sup>212</sup>

Ofskoon 'n beskuldigde deur aan 'n uitkenningsparade deel te neem, dus nie 'n bekentenis of ander getuienis teen homself verskaf of direk bydra om getuienis teen homself te produseer nie, help hy die vervolging tog om hul saak teen hom uit te maak. Omdat hy verplig word om die vervolging se saak teen hom te bevorder, is hy geregtig op regsverteenvoerding tydens die parade. As gevolg van die “ingeperkte situasie” waarin hy verkeer, is hy nie in staat om volle aandag aan alle gebeure tydens die parade te skenk nie. Sy regsverteenvoerder sal kan toesien dat die spel volgens die voorskrifte gespeel word.<sup>213</sup>

In lig van voorgaande kan aangevoer word dat 'n beskuldigde se reg op 'n billike verhoor geskend word indien hy deelneem aan 'n uitkenningsparade wat geskied sonder dat hy die geleentheid gegun is om regsbystand te bekom en sonder dat hy van sy reg op regsverteenvoerding afstand gedoen het.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Sien *R v Ross* [1989] 37 CRR 369 (SCC).

<sup>213</sup> Sien Van der Merwe (1998) 2 *Stell LR* 130-134.

<sup>214</sup> In *United States v Wade* 388 US 218 236 (1967) het Brennan R bv soos volg verklaar: “[T]he first line of defense must be the prevention of unfairness and the lessening of the hazards of eyewitness identification at the lineup itself. *The trial which might determine the accused's fate may well not be that in the courtroom but that at the pretrial confrontation, with the state aligned against the accused, the witness the sole jury, and the accused unprotected against the overreaching, intentional or unintentional, and with little or no effective appeal from the judgement there rendered by the witness – ‘that’s the man’ ... Since it appears that there is grave potential for prejudice, intentional or not, in the pretrial lineup, which may not be capable of reconstruction at the trial, and since presence of counsel itself can often avert prejudice and assure a meaningful confrontation at trial, there can be little doubt that for Wade the post-indictment line-ups was a critical stage of the prosecution at which he was ‘as much entitled to such aid [of counsel] as at the trial itself’.* Beklemtoning bygevoeg.

Dit word aanbeveel dat die *Mhlakaza*-beslissing<sup>215</sup> gevolg word, naamlik dat 'n beskuldigde se verhoor onbillik sal wees indien hy verplig was om aan 'n uitkenningsparade deel te neem na skending van sy reg op regsverteenvoording en die hof die parade-uitkenning as getuienis ontvang.

Voorts kan daar aangevoer word dat sodanige getuienis ook aan die hand van die tweede toets in artikel 35(5) uitgesluit behoort te word. Dit sál vir die regspleging nadelig wees as die howe deur middel van hulle beslissings aan die polisie die boodskap sou uitdra dat skending van 'n 'beskuldigde se reg op regsverteenvoording by 'n uitkenningsparade, geen uitsluitingsgevolge sal hê nie.<sup>216</sup>

## 7.7 AANBEVELINGS TEN OPSIGTE VAN GETUIENIS VERKRY AS GEVOLG VAN 'n LOKVAL

Artikel 252A<sup>217</sup> van die Strafproseswet skep die indruk dat bovermelde tipe getuienis buite die omvang van artikel 35(5) val. Die rede hiervoor is dat getuienis verkry in stryd met die bepaling van artikel 252A van die Strafproseswet oënskynlik *onregmatig*-verkreë getuienis<sup>218</sup> is, terwyl artikel 35(5) op *ongrondwetlik*-verkreë getuienis betrekking het. Daar is nogtans 'n parallel tussen artikel 252A(2) en artikel 35(5). Beide artikels bepaal dat die gewraakte getuienis uitgesluit moet

<sup>215</sup> 1996 2 All SA 130 (C). Hierdie saak is reeds in par 6.2.2 *supra* bespreek. *Mhlakaza* was ingevolge die Oorgangsgrondwet beslis, maar behoort *a fortiori* in die lig van die bepaling van a 35(5) van die Grondwet nagevolg te word.

<sup>216</sup> Sien ook Van der Merwe (1998) 2 *Stell LR* 137.

<sup>217</sup> Die inhoud van hierdie artikel is reeds in par 6.3.3 *supra* bespreek.

<sup>218</sup> Sien n 1 in par 2 *supra*.

word indien toelating daarvan die verhoor onbillik sal maak of andersins vir die regspleging nadelig sal wees. In paragraaf 6.3.3 *supra* is egter reeds aangetoon dat 'n onbillike lokval ook skending van grondwetlike regte betrek. Kan artikel 252A(2) dus in sommige gevalle deur artikel 35(5) van die Grondwet ondervang word?

Met die invoeging van artikel 252A in die Strafproseswet, wou die wetgewer die Suid-Afrikaanse reg betreffende lokvalle op dieselfde voet as dié van Kanada,<sup>219</sup> Australië<sup>220</sup> en Nieu-Seeland<sup>221</sup> plaas. Maar 'n meer subtiele benadering is gevolg. Artikel 252A verleen aan die Suid-Afrikaanse howe die bevoegdheid om die vervolging se saak te laat doodbloei weens 'n gebrek aan getuienis, in plaas daarvan om die funksie van die vervolgingsgesag oor te neem en die vervolging te staak. Die artikel ban slegs een soort getuienis, naamlik dié ingesamel tydens 'n lokval of klandestiene operasie wat verder gegaan het as om bloot vir die beskuldigde die geleentheid te skep om die misdaad te pleeg. Getuienis ingesamel tydens 'n lokval of klandestiene operasie wat vir 'n beskuldigde slegs die geleentheid geskep het om 'n misdryf te pleeg, is toelaatbaar.

Steytler betoog egter dat 'n onbillike lokval op 'n persoon se grondwetlike regte op privaatheid en menswaardigheid inbreuk maak.<sup>222</sup> Sy betoog is geldig. Indien owerheidsamptenare sonder enige regverdiging (met ander woorde sonder dat die beskuldigde in enige kriminele transaksie betrokke is of dit beplan) inbreuk maak op persone se privaatheid en selfs hulle lewensruimte binnedring<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> Sien par 5.5 *supra*.

<sup>220</sup> Sien par 4.2.3.3 *supra*.

<sup>221</sup> Sien par 4.2.4.3 *supra*.

<sup>222</sup> Sien die bespreking van Steytler se beskouing in par 6.3.3 *supra*.

<sup>223</sup> Sien bv die Duitse kernarea van privaatheid soos bespreek in par 4.3.2 *supra*.

om hulle uit te lok om misdaad te pleeg, kom hulle optrede neer op skending van sodanige persone se privaatheid soos gewaarborg in artikel 14 van die Grondwet. Artikel 35(5) is derhalwe van toepassing op getuienis wat op so 'n wyse verkry is.

Getuienis verkry as gevolg van 'n onbillike lokval kan ook op 'n ander grond as artikel 14 onder die bepalings van artikel 35(5) tuisgebring word. Artikel 10 van die Grondwet waarborg aan elke persoon ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word. Steytler<sup>224</sup> betoog dat wanneer 'n persoon wat nie in kriminele aktiwiteite betrokke is nie of dit nie beplan nie, in 'n lokval betrek word sodat hy as 'n beskuldigde in die hof moet verskyn en selfs skuldig bevind word, daar inbreuk gemaak word op sy regte vervat in artikel 10 van die Grondwet. Hierdie sentiment word onderskryf. Ook op hierdie basis word artikel 252A dus onder die bepalings van artikel 35(5) ingetrek.

## **7.8 AANBEVELINGS MET BETREKKING TOT 'n REMEDIE VIR DIE SLAGOFFERS VAN MISDAAD WAT "BENADEEL" WORD DEUR DIE UITSLUITING VAN ONGRONDWETLIK-VERKREË GETUIENIS**

In die loop van hierdie proefskrif is telkens aangetoon dat 'n uitsluitingsreël (wat 'n gekwalifiseerde uitsluitingsreël soos vervat in artikel 35(5) insluit) byna altyd een of meer belanghebbendes met 'n gevoel van magteloosheid en wrewel sal laat. Dit is onvermydelik. Beskerming van grondwetlike regte regverdig en vereis die bestaan van 'n uitsluitingsreël. Ons kan nie teruggaan na die regsposisie in 1861 toe regter Crompton in *R v Leatham* die volgende gesê

---

<sup>224</sup>

*Constitutional Criminal Procedure* 219.



het nie: “It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible”.<sup>225</sup>

In oorweging word gegee dat artikel 35(5) van die Grondwet 'n prysenswaardige poging is om die botsende belange wat by die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis ter sprake is, te versoen. Maar feit van die saak is dat die houe in sommige gevalle geen keuse het nie as om die getuienis aan die hand van artikel 35(5) uit te sluit en 'n feitelik skuldige persoon weens gebrek aan toelaatbare getuienis vry te spreek nie. In die geval van slagofferlose misdrywe<sup>226</sup> is hierdie ongelukkige resultaat “verteerbaar”. 'n “Gesiglose publiek” berus by die resultaat. Maar wat gebeur in gevalle waar daar inderdaad 'n individueel-identifiseerbare slagoffer is wat die vrypraak van die beskuldigde moet ervaar en aanvaar? Is daar nie, by die toepassing van 'n uitsluitingsreël en binne die kader van die strafregspiegling, genoegsame gronde om individuele slagoffers (en naasbestaandes van oorledenes) se regmatige aansprake te akkommodeer nie? Dit is ongetwyfeld so dat viktimologie (slagofferkunde, “victimology”) in Suid-Afrika en elders<sup>227</sup> die stiefkind van die geesteswetenskappe (insluitende die regs wetenskap) is en dat daar in die Suid-Afrikaanse strafregspiegling maar bitter min gedoen word om viktimologiese oorwegings toe te pas ten einde misdaadslagoffers se aansprake te bevredig.<sup>228</sup>

In die res van hierdie hoofstuk sal gepoog word om sinvolle voorstelle te doen wat betrekking het

---

<sup>225</sup> 1861 8 Cox CC 498 501.

<sup>226</sup> In *R v Mack supra* 287 het Lamer R misdade ingedeel in slagofferlose misdade en misdade waarin daar 'n slagoffer is.

<sup>227</sup> Die eerste internasionale simposium oor viktimologie is maar eers in 1973 gehou. Sien Drapkin (red) *First International Symposium on Victimology* (1976).

<sup>228</sup> Sien oor die algemeen Moolman “Victim Rights in Anglo-American and Continental European Countries: What Can South Africa Learn?” (1997) 10 *SACJ* 273.

op misdadslagoffers en die ongelukkige resultate wat die uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis in hul oë het.

Alhoewel 'n uitsluitingsreël noodsaaklik is om ongrondwetlike optrede deur wetstoepassers aan bande te lê, is dit egter ook waar dat selfs die getrouste ondersteuner van die reël toegee dat die reël ernstige inherente tekortkominge het. In misdade waar daar 'n slagoffer is, is die slagoffer dikwels die een wat die slegste af is wanneer inkriminerende getuienis uitgesluit word. Die slagoffer is reeds getraumatiseer deur die misdaad. En indien uitsluiting van getuienis tot die vrypraak van die beskuldigde lei, word die slagoffer verder getraumatiseer omdat die onregpleger nie gestraf word nie. Dit is egter nie net slággoffers van misdaad wat 'n belang daarby het dat misdadigers gestraf word nie. Misdaad is 'n openbare aangeleentheid<sup>229</sup> en raak die gemeenskap as 'n geheel. Die uitsluitingsreël skep die risiko dat die belange van sowel die slagoffer as die gemeenskap, bewustelik of onbewustelik op die agtergrond geskuif word.

In misdade waarin daar slagoffers is, het die twee opponerende partye botsende belange. Die slagoffer verlang dat die misdadiger gestraf word, terwyl die misdadiger nie gestraf wil wees nie.<sup>230</sup>

Uitsluiting van getuienis het dikwels tot gevolg dat die gemeenskap die indruk kry dat die belang van die misdadiger voorkeur bo dié van die slagoffer geniet.<sup>231</sup> Die gevolg is dat die gemeenskap

---

<sup>229</sup> Schlesinger *Exclusionary Injustice* 48.

<sup>230</sup> 'n Mens hoef maar net na Packer *Limits of the Criminal Sanction* 149 te luister om te beseef dat dit universeel is. Hy verklaar: "People who commit crimes appear to share the prevalent impression that punishment is an unpleasantness that is best avoided. They ordinarily take care to avoid being caught. If arrested, they ordinarily deny their guilt and otherwise try not to co-operate with the police. If brought to trial, they do whatever their resources permit to resist being convicted. And even after they have been convicted and sent to prison, their efforts to secure their freedom do not cease. It is a struggle from start to finish."

<sup>231</sup> L'Heureux-Dubé R verklaar in *R v Duguay supra* dat die gemeenskap en die slagoffers van misdaad die persone is wat deur uitsluiting van getuienis geaffekteer word.

dikwels die stelling maak dat 'n Handves van Regte nie die slággoffer van misdaad beskerm nie, maar net die misdadiger. 'n Klaer in 'n saak van poging tot moord het onlangs in die streekhof te Parow geweier om in die afwesigheid van sy regsverteenvoerder getuie af te lê omdat "slegs persone wat misdaad pleeg regte het, onskuldige slagoffers het geen regte nie."<sup>232</sup> Die uitsluiting van getuie skep by die gemeenskap die persepsie dat die regte van misdadigers swaarder weeg by die howe as dié van die slagoffers van misdaad. Die omstredenheid van die uitsluitingsreël is dus nie soseer geleë in die feit dat dit 'n beskuldigde teen wandade van wetstoepassers beskerm nie, maar eerder in die feit dat die uitsluitingsreël tot gevolg het dat die beskuldigde ten koste van die slagoffer beskerm word.

Schlesinger<sup>233</sup> het al twee-en-twintig-jaar gelede<sup>234</sup> aanbeveel dat al die state van die VSA 'n ondersoek na alternatiewe vir die uitsluitingsreël moet instel. Tot dusver het niemand nog met 'n sinvolle alternatief vorendag gekom nie. Intussen is misdaadslagoffers die persone wat in die koue gelaat word in gevalle waar getuie uitgesluit word omdat dit ongrondwetlik verkry is.<sup>235</sup> Om hulle te akkommodeer, behoort 'n meganisme ontwerp te word wat in werking tree wanneer 'n beskuldigde wat aangekla is van 'n misdaad waarin daar 'n slagoffer is, as gevolg van die uitsluiting

---

<sup>232</sup> Dit was sy stelling. Die skrywer was die voorsittende streeklanddros.

<sup>233</sup> *Exclusionary Injustice* 6.

<sup>234</sup> In 1977 toe hy sy boek geskryf het.

<sup>235</sup> Op bl 11 van *Die Burger* van 12 Mei 1999 skryf Camerer onder die opskrif "In Misdaadgeteisterde SA Moet Soeklig na Slagoffers Verskuif" dat as gevolg van die ongebreidelde misdaad wat Suid-Afrika beleef, die tyd nou ryp geword het dat die soeklig vanaf die beskuldigde na die slagoffer van misdaad verskuif. 'n Slagofferhandves waarin die regte van slagoffers van misdaad tov beskerming en privaatheid uiteengesit word, behoort opgestel te word. Howe moet ook meer gebruik maak van a 300 van die Strafproseswet om benadeeldes vir hulle skade te vergoed. Sien ook *S v Desai supra* 42e waar Fleming ARP verklaar: "Victims and those around them and also society at large have an interest which is real and legitimate".

van ongrondwetlik-verkreë getuienis vrygespreek word.<sup>236</sup>

Getuienis word uitgesluit as gevolg van ongrondwetlike optrede van amptenare van die owerheid. Dieselfde handeling van die wetstoepasser wat veroorsaak het dat die getuienis uitgesluit en die beskuldigde vrygespreek word, veroorsaak ook dat die slagoffer van die misdaad verder getraumatiseer word. Deur die optrede van sy amptenare kom die owerheid nie sy plig na om redelike sorg te tref dat misdadigers wat skuldig is, gestraf word nie. Die slagoffer behoort vergoeding van die owerheid te ontvang vir die trauma aan hom veroorsaak deur die verteenwoordiger van die owerheid. Daar kan met reg gevra word waarom die staat dan aanspreeklik is en behoort te betaal? Die antwoord is voor-die-hand-liggend. Deur die ongrondwetlike optrede van die amptenare van die owerheid, ervaar die slagoffer van misdaad onder andere emosionele skok as gevolg van die vryspraak van die onregpleger wat sy (die slagoffer se) grondwetlike regte geskend het. Uitsluiting van ongrondwetlik-verkreë getuienis het nie 'n nadelige effek op die owerheid nie. Die owerheid word ook nie gepenaliseer nie. Indien die owerheid egter verplig sou word om vergoeding aan die slagoffer te betaal, sal hy dit aan sy sak voel. Dit sal tot gevolg hê dat die owerheid sy wetstoepassers beter sal oplei en strenger beheer oor hulle uitoefen om beskuldigdes se fundamentele regte te respekteer. Sodoende word 'n sistemiese afskrikmiddel teen skending van misdadigers se grondwetlike regte geskep.

---

<sup>236</sup> Selfs in die internasionale arena is daar steun vir 'n meganisme om die slagoffers van misdaad te vergoed vir nadeel “including physical and mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws ...” wat hulle gelyk het as gevolg van misdaad. Sien die algemene vergadering van die VVO se “Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power” (A/RES/40/34 ged 29 Nov 1985). Par 5 van die resoluësie bepaal: “Judicial and administrative mechanisms should be established and strengthened where necessary to enable victims to obtain redress through formal or informal procedures that are expeditious, fair, inexpensive and accessible.” Par 11 bepaal: “Where public officials or other agents acting in an official or quasi-official capacity have violated national criminal laws, the victims should receive restitution from the State whose officials or agents were responsible for the harm inflicted.”

Die vraag kan ook met reg gevra word wat die basis van so 'n remedie sal wees en hoe die vergoeding bereken behoort te word.

Wetgewing sal voorsiening vir so 'n aksie moet maak. Die aanspreeklikheid van die staat sal statutêr omskryf moet word en skuldlose aanspreeklikheid sal die aangeleentheid moet dek. Die Strafproseswet maak reeds in 'n verskeidenheid van gevalle voorsiening vir die toekenning van skadevergoeding aan slagoffers van misdaad.<sup>237</sup> Die Strafproseswet maak óók reeds voorsiening vir vergoeding as gevolg van verwytbare optrede deur organe van die owerheid.<sup>238</sup> Waarom kan vergoeding soos voorgestel, nie ook betrek word nie? Die houe is in staat om skadevergoeding en genoegdoening, betaalbaar aan benadeelde persone op grond van 'n wye reeks onregmatige handeling (soos laster, beserings togedien, ensovoorts), te bereken. Sedert die beslissing in *Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk*<sup>239</sup> word ook reeds voorsiening gemaak vir vergoeding (“compensation”) op grond van 'n persoonlikheidskrenking wat op onregmatige en nalatige wyse deur die toediening van emosionele skok veroorsaak is.<sup>240</sup> Omdat die raamwerk vir die berekening van vergoeding reeds bestaan, behoort dit nie moeilik te wees om oor hierdie hekkie te kom nie. Faktore wat 'n rol behoort te speel, is die erns van die oorspronklike misdaad en die erns van die skending van die beskuldigde se regte.<sup>241</sup>

---

<sup>237</sup> Sien aa 297(1)(a)(aa), 297(1)(b) en 300; Du Toit et al *Commentary on the Criminal Procedure Act* 28-45.

<sup>238</sup> Sien a 342(A)(3)(e). Hierdie artikel het egter nog nie in werking getree nie.

<sup>239</sup> 1973 1 SA 769 (A). Sien voorts *Barnard v Santam Bpk* 1998 1 All SA 403 (HHA).

<sup>240</sup> Van der Merwe & Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid Afrikaanse Reg* 5e uitg (1985) 239 ev.

<sup>241</sup> Sien Schlesinger *Exclusionary Injustice* hfst 4.

Dit kan betoog word dat so 'n ondersoek die oorspronklike verrigtinge nóg verder gaan verhoog omdat die hof op nog 'n spoor moet afdwaal om die meriete van die trauma te bepaal en die vergoedingsbedrag te bereken. Maar die hof wat getuienis uitsluit moes in elk geval die getuienis in verband met die skending van die beskuldigde se grondwetlike regte aangehoor het ten einde oor die toelaatbaarheid van die getuienis te kon beslis en is dus reeds vertrouwd met die feite. 'n Nuwe ondersoek hoef dus nie weer gehou te word nie.<sup>242</sup> Al wat gedoen hoef te word, is om die bedrag van die vergoeding op grond van die bewese feite te bepaal. Berekening van die bedrag behoort dus nie noemenswaardige tyd in beslag te neem nie.

Die argument kan natuurlik geopper word dat so 'n beginsel net in sake waarin daar 'n slagoffer is, sal werk. Daar is egter geen rede waarom dit nie sal werk in sake soos moord en strafbare manslag waarin die slagoffer nie meer daar is om getuienis af te lê nie. Emosionele skok word ook deur onmiddellike naasbestaendes van die slagoffers ervaar. In sake waarin daar nie 'n slagoffer is nie, sal die beginsel egter nie geld nie.

So 'n stelsel kan natuurlik gekritiseer word op grond daarvan dat die aksie net in sekere tipe sake beskikbaar sal wees. Dit is nie vreemd aan die uitsluitingsreël nie. Een van die besware teen die uitsluitingsreël is juis dat beskuldigdes wie se grondwetlike regte geskend is, maar wat nie in die hof beland nie, nie die “voordeel” van die uitsluitingsreël ontvang nie.

---

<sup>242</sup> 'n Dubbeldoor-aksie waarin 'n beskuldigde aangekla word maar die slagoffer terselfdertyd ook skadevergoeding kan verhaal vir skade wat hy gely het, is nie vreemd in die regs-wêreld nie. Verskeie regstelsels, onder andere dié van Frankryk, bevat reeds so 'n beginsel. Sien Dadomo & Farran *The French Legal System* 188. Die skrywers verklaar: “Moreover, since in most cases an offence causes harm, the victim may join the proceedings as a civil party to seek damages by means of an *action civile*, such procedure being called *constitution de partie civile*.”

Net soos die uitsluitingsreël nie 'n towerstaf is waarmee alles wat "krom" is "reguit" gemaak word nie, is die voorgestelde beginsel ook nie 'n wonderkuur wat alle ongelukkigheid rondom die uitsluitingsreël sal regdokter nie. Dit behoort egter die histerie rondom uitsluiting van getuienis as gevolg van ongrondwetlike optrede van wetstoepassers, ietwat te kalmeer.

Daar is nie alternatiewe vir die uitsluitingsreël nie. Maar die impak van uitsluiting van getuienis op misdaadslagoffers kan versag word.

## BIBLIOGRAFIE

## BOEKE

Abraham *Freedom and the Court: Civil Liberties in the United States* 5e uitg (1988) Oxford University Press, Oxford

Allen *Practical Guide to Evidence* (1998) Cavendish Publishing Limited, Londen

Aronson & Hunter *Litigation: Evidence and Procedure* 6e uitg (1998) Butterworths, Sydney

Archbold *Criminal Pleading, Evidence and Practice* 30e uitg (1997) Sweet & Maxwell, Londen

Beaudoin & Ratushny (reds) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* 2e uitg (1989) Carswell, Toronto

Bradley (red) *Comparative Criminal Procedure: A Worldwide Study* (1999) Carolina Academic Press, Durham, North Carolina

Byrne en Heydon *Cross on Evidence: Fourth Australian Edition* 4e uitg (1991) Butterworths, Sydney

Cardozo *The Nature of the Judicial Process* (1921) Yale University Press, New Haven Connecticut

Charles, Cromwell & Jobson *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989) Butterworths, Toronto

Chaskalson, Kentridge, Klaaren, Marcus, Spits & Woolman *Constitutional Law of South Africa* (1996) Juta, Kenwyn

Cleary (red) *McCormick on Evidence* 4e uitg (1984) West Publishing Co, St Paul, Minnesota

Cosgrove *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist* (1980) University of North Carolina Press, Durham

Dadomo en Farran *The French Legal System* (1993) Sweet & Maxwell, Londen

Delisle *Evidence: Principles and Problems* 4e uitg (1997) Carswell, Toronto

De Waal, Currie & Erasmus *The Bill of Rights Handbook* 2e uitg (1999) Juta, Kenwyn

Dicey *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1939) MacMillan, Londen

Drapkin (red) *First International Symposium on Victimology* (1976) Hebrew University of Jerusalem, Jerusalem

Dressler *Understanding Criminal Procedure* (1991) Bender, New York



Du Toit, De Jager, Paizes, Skeen & Van der Merwe *Commentary on the Criminal Procedure Act* (1987) Juta, Kenwyn

Easton *The Right to Silence* 1e uitg (1991) Avebury, Aldershot

Findlay, Odgers en Yeo *Australian Criminal Justice* (1994) Oxford University Press, Melbourne

Gard *Jones on Evidence: Civil and Criminal Vol 2* 6e uitg (1972) Lawyers Co-Operative Publishing Co, New York

Gillies *Australian Evidence: Cases and Commentary* (1988) Butterworths, Sydney

Hahlo & Kahn *The South African Legal System and Its Background* (1979) Juta, Kenwyn

Heydon & Ockelton *Evidence: Cases and Materials* 4e uitg (1996) Butterworths, Londen

Hoffmann & Zeffertt *South African Law of Evidence* 4e uitg (1989) Butterworths, Durban

Hogg *Constitutional Law of Canada* 4e uitg (1997) Carswell, Scarborough

Joubert (red) *Strafprosesreg-handboek* 3e uitg (1998) Juta, Kenwyn

Joubert (red) *Criminal Procedure Handbook* 3e uitg (1998) Juta, Kenwyn

Keane *The Modern Law of Evidence* 4e uitg (1996) Butterworths, Londen

Lafave *Arrest, The Decision to Take a Suspect into Custody* (1965) Little Brown, Boston

Landynski *Search & Seizure and the Supreme Court: A Study in Constitutional Interpretation* (1966) John Hopkins Press, Bultimore

Lasson *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States Constitution* (1970) Da Capo Press, New York

Matthews *Freedom, State Security and the Rule of Law — Dilemmas of the Apartheid Society* (1986) Juta, Kenwyn

May *Criminal Evidence* 2e uitg (1990) Sweet & Maxwell, Londen

Meehan et al *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1997) Butterworths, Toronto

Miller *Prosecution: The Decision to Charge a Suspect with a Crime* (1969) Little Brown, Boston

Mirfield *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* (1997) Clarendon Press, Oxford

Murphy *Murphy on Evidence* 6e uitg (1997) Blackstone Press, Londen

- Murrell *Constitutional Law Outline for the Fourth and Fifth Amendments of the United States Constitution* (1996) Carolina Academic Press, Durham, North Carolina
- Nijboer *Strafrechtelijk Bewijsrecht* 2e uitg (1995) Ars Aequi Libri, Nijmegen
- Nijboer & Reijntjes (reds) *Proceedings of the First Conference on New Trends in Criminal Investigation* (1997) Koninklijke Vermande, Lelystad
- Nokes *An Introduction to Evidence* 4e uitg (1967) Sweet & Maxwell, Londen
- Packer *The Limits of the Criminal Sanction* (1968) Stanford University Press, Stanford, California
- Schlesinger *Exclusionary Injustice: The Problem of Illegally Obtained Evidence* (1977) Marcel Dekker Inc, New York
- Schmidt *Bewysreg* 3e uitg (1989) Butterworths, Durban
- Schwikkard, Skeen & Van der Merwe *Principles of Evidence* (1997) Juta, Kenwyn
- Sharpe *Judicial Discretion and Criminal Investigation* (1998) Sweet & Maxwell, Londen
- Sheppard *Evidence* (1988) Carswell, Toronto
- Smith *Criminal Evidence* (1995) Sweet & Maxwell, Londen
- Stavros *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights* (1993) Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, Nederland
- Steytler *Constitutional Criminal Procedure: A Commentary on the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* (1998) Butterworths, Durban
- Stuart *Charter Justice in Canadian Criminal Law* 2e uitg (1996) Carswell, Ontario
- Tapper *Cross & Tapper on Evidence* 8e uitg (1995) Butterworths, Londen
- Tarnopolsky *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982) Carswell, Toronto
- Templeman (red) *Evidence Textbook* (1997) Old Bailey Press, Londen
- Torcia *Wharton's Criminal Evidence* 13e uitg (1973) Lawyers Co-operative Publications, Rochester, New York
- Tronc, Crawford en Smith *Search and Seizure in Australia and New Zealand* (1996) LBC, North Ryde
- Twining *Rethinking Evidence* (1994) North Western University Press, Evanston, Illinois
- Uglow *Evidence; Text and Materials* (1997) Sweet & Maxwell, Londen

Van den Wyngaert & Stessens *International Criminal Law* 1e Uitg (1996) Kluwer Law International, Den Haag

Van den Wyngaert *Criminal Procedure Systems in the European Community* (1993) Maklu, Antwerpen

Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid Afrikaanse Reg* 5e uitg (1985) Van der Walt, Pretoria

Van Niekerk, Van der Merwe, Van Wyk & Barton *Privileges in die Bewysreg* (1984) Butterworth, Durban/Pretoria

West, Desdevises, Fenet, Gaurier & Heussaff *The French Legal System: An Introduction* (1992) Fourmat Publishing Londen

Wigmore *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* 3e uitg (1940) Little Brown, Boston

Zander *The Police and Criminal Evidence Act, 1984* 3e uitg (1995) Sweet & Maxwell, Londen

Zuckerman *The Principles of Criminal Evidence* (1989) Clarendon Press, Oxford

**ARTIKELS**

Andrews "Involuntary Confessions and Illegally Obtained Evidence in Criminal Cases" (1963) *Crim LR* 15

Ashworth "Excluding Evidence as Protecting Rights" (1977) *Crim LR* 723

Bertelsman "Lokvinke" (1970) *THRHR* 348

Boberg "The Wrongfulness of an Omission" (1975) 92 *SALJ* 361

Bradley "The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules" (1993) 14 *Michigan Journal of Int'l Law* 171

Bronstein "Unconstitutionally Obtained Evidence — A Study of Entrapment" (1997) 1 *SALJ* 108

Bryant, Gold, Stevenson & Northrup "Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1990) 69 *Canadian Bar Rev* 1.

Burns "*Mapp v Ohio*: An All-American Mistake" (1969) 19 *De Paul LR* 80

Camerer "In Misdaadgeteisterde SA moet Soeklig na Slagoffers Verskuif" *Die Burger* 12 Mei 1999 11

Damaška "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study" (1973) 121 *Univ of Pennsylvania LR* 506

Dennis "Codification and Reform of Evidence Law in Australia" (1996) *Crim LR* 477

Dennis "Instrumental Protection, Human Right or Functional Necessity? Reassessing the Privilege Against Self-Incrimination" (1995) *Cambridge LJ* 342

Delisle "Annotation to *Kuldip*" (1991) 1 *CR* (4<sup>th</sup>) 286

Deutscher "Section 24(2) of the *Charter* in the Manitoban Court of Appeal" (1990) 19 *Manitoba LJ* 174

De Vos "Die Grondwetlike Beskerming van Siviele Prosesregtelike Waarborge in Suid-Afrika" (1991) 3 *TSAR* 353

De Vos "The Impact of the New Constitution upon Civil Procedural Law" (1995) 1 *Stell LR* 34

De Vos "Civil Procedural Law and the Constitution of 1996: An Appraisal of Procedural Guarantees in Civil Proceedings" (1997) 3 *TSAR* 444

De Vos en Van der Merwe "Hoorsê: Verlede, Hede en 'n Handves" (1993) 1 *Stell LR* 7 32

Du Plooy “Die Lokvink” (1981) *TM* 103

Erasmus “ ‘n Billike Siviele Verhoor” (1996) *Obiter* 291

Feldman “Regulating Treatment of Suspects in Police Stations: Judicial Interpretation of Detention Provisions in the Police and Criminal Evidence Act 1984” (1990) *Crim LR* 452

France “Exclusion of Improperly Obtained Evidence” (1984-1985) *New Zealand Univ LR* 334

Gelowitz “Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984: Middle Ground or No Man’s Land” (1990) 106 *Law QR* 327

Gibson “Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1983) 61 *Canadian Bar Rev* 377

Gibson “Shocking The Public: Early Indications of the Meaning of ‘Disrepute’ in Section 24(2) of the Charter” (1984) 13 *Manitoba LJ* 495

Goldstein “The State and the Accused: Balance of Advantage in Criminal Procedure” (1960) 69 *Yale LJ* 1149.

Gotlieb “Confirmation by Subsequent Facts” (1956) 72 *Law QR* 209

Grevling “Fairness and the Exclusion of Evidence under Section 78(1) of the Police and Criminal Evidence Act” (1997) 113 *Law QR* 667

Hendel & Sankoff “R v Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right” (1996) 45 *CR* (4<sup>th</sup>) 330.

Heydon “Illegally Obtained Evidence” (1) (1973) *Crim LR* 603

Heydon “Illegally Obtained Evidence” (2) (1973) *Crim LR* 690

Inbau “Restrictions in the Law of Interrogations and Confessions” (1958) 52 *Nw ULR*

Kamisar “‘Comparative Reprehensibility’ and the Fourth Amendment Exclusionary Rule” (1987) 86:1 *Michigan LR* 1

Kaplan “The Limits of the Exclusionary Rule” (1974) 26 *Stan LR* 1027

Klink “The Quest for Meaning in *Charter* Adjudication: Comment on *R v Therens*” (1985) 30 *McGill LJ* 104

Kuhns “The Concept of Personal Aggrievement in Fourth Amendment Standing Cases” (1980) 65 *Iowa LR* 493

Labuschagne “Die Lokvink en Lokvinkbetrapte in die Strafrechtspleging” (1976) *DJ* 16

May "Fair Play at Trial: an Interim Assessment of Section 78 of the Police and Criminal Evidence Act" (1988) *Crim LR* 722

Mirfield "The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1988) 30 *Crim LQ* 434

Moolman "Victim Rights in Anglo-American and Continental European Countries: What Can South Africa Learn?" (1997) 10 *SACJ* 273

Morisette "The Exclusion of Evidence under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do" (1984) 29 *McGill LJ* 521.

Oaks "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure" (1970) 37 *U Chi LR* 665

Paciocco "The Development of Miranda-Like Doctrines Under the Charter" (1987) 19 1 *Ottawa LR* 49

Paciocco "The Judicial Repeal of s 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990) 32 *Crim LQ* 326

Pakter "Exclusionary Rules in France, Germany and Italy" (1985) 9 *Hastings Int'L and Comp LR* 1

Peiris "The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis" (1981) 13:2 *Ottawa LR* 309

Peterson "Restrictions in the Law of Search and Seizure" (1958) 52 *Nw ULR* 46

Rose "*Calder* Successes Will Be Rare and the Procedure Uncertain" (1996) 46 *CR* (4<sup>th</sup>) 151

Sanders "Die 'Rule of Law' - 'n Gemeenskaplike Westerse Gedragkode" (1971) 34 *THRHR* 164 en (1971) 34 *THRHR* 284

Schutte "Vrywilligheid en die Reg op Regsverteenwoordiging as Grondwetlike Maatstawwe vir die Toelaatbaarheid van Inkriminerende Verklarings in die Verenigde State van Amerika" (1996) 9 *SAS* 167

Schwikkard "Pointing out and Inadmissible Confessions" (1991) 14 *SAS* 214.

Scott "*Calder* — The Charter Triumphs the Truth-seeking Tool of Impeaching the Accused with a Prior Inconsistent Statement" (1996) 46 *CR* (4<sup>th</sup>) 161

Shanks "Comment: Comparative Analysis of the Exclusionary Rule and Its Alternatives" (1983) 57 *Tulane LR* 648

Skeen "The Admissibility of Improperly Obtained Evidence in Criminal Trials" (1988) 3 *SACJ* 389

Stewart "The Road to *Mapp v Ohio* and Beyond: The Origins, Development and Future of the Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases" (1983) 83 *Columbia LR* 1365

Tanovich “*Calder*: Using Unconstitutionally Obtained Evidence to Impeach” (1994) 35 CR (4<sup>th</sup>) 82

Van der Merwe “Die Evolusie van die Mondelinge Karakter en Uitsluitingsreëls van die Engelse Gemene Bewysreg” (1991) 3 *Stell LR* 281

Van der Merwe “Parade-Uitkennings, Hofuitkennings en die Reg op Regsverteenvoording: Enkele Grondwetlike Perspektiewe” (1998) 2 *Stell LR* 129

Van der Merwe “The ‘Good Faith’ of the Police and the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence” (1998) 11 *SACJ* 462

Van der Merwe “Unconstitutionally Obtained Evidence: Towards a Compromise Between the Common Law and the Exclusionary Rule” (1992) 2 *Stell LR* 173

Van Dijkhorst “The Criminal Justice System in Jeopardy — is the Constitution Our Bane?” (1998) *Consultus* 136

Van Rooyen “The Investigation and Prosecution of Crime: Lead-in Paper” (1975) *Acta Juridica* 70

Van Wyk “Die Bewys van Boni Mores” (1975) 4 *THRHR* 383

Waite “Judges and the Crime Burden” (1955) 54 *Michigan LR* 169

Wingo “Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule (1971) 25 *Southwestern LJ* 573

Wolf “A Survey of the Expanded Exclusionary Rule” (1963) 32 *Geo Wash LR* 193

Zeffertt (1990) *Annual Survey of South African Law* 498

Zuckerman “Miscarriage of Justice and Judicial Responsibility” (1991) *Crim LR* 492

**ONGEPUBLISEERDE WERKE**

Du Toit “n Beginselmatige Ontleding van Onreëlmatighede in die Strafproses — met Besondere Verwysing na die Ondervragingsprosedure by Pleitverrigtinge” (1994) ongepubl LL M Verhandeling, *US*

Langenhoven “n Gearreesteerde se Swygreg: Moet Suid Afrika *Harris v New York* en *Doyle v Ohio* Volg?” (1996) ongepubl LL M-werkstuk, *US*

Regskommissie “Interim Verslag oor Groeps- en Menseregte” Projek 58 (Ged Augustus 1989)

Regskommissie “Finale Verslag oor Groeps- en Menseregte” Projek 58 (Ged Oktober 1995)

Swart “The Admissibility of Unconstitutionally Obtained Evidence Under the Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993” (1995) ongepubl LL M-werkstuk, *Unisa*

Van der Merwe “Representations to the South African Law Commission ‘The Exclusionary Rule and a Bill of Rights: SA Law Commission’s Working Paper 25, Project 58, Group and Human Rights’” (ged 30 Mei 1989)

Van Wyk “Die *Boni Mores* as Toetssteen vir Toelaatbaarheid in die Bewysreg” (1983) ongepubl LL M Verhandeling, *UOVS*



## SAKE

### AUSTRALIË

*Bunning v Cross* 1978 141 CLR 54

*George v Rockett* 64 ALJR 384 (1990)

*R v Ireland* 1970 126 CLR 321

*Petty v Queen* 65 A LJR 625 (1991)

*R v Ridgeway* 1995 78 A Crim R 307

### DUITSLAND

B VerfG W Ger, 44 B VerfGE 353 (1977)

Uitspraak van 1 Julie 1980 Landgericht Bonn 1 ZIP 805 (1980)

1992 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BverfGE] 60 (FRG)

### ENGLAND

*Callis v Gunn* 1963 3 All ER 677

*Director of Public Prosecutions v Marshall* 1988 3 All ER 683

*Entick v Carrington* 19 Howell's State Trials 1002 (1765)

*Harris v Director of Public Prosecutions* 1952 1 All ER 1044; [1952] AC 694

*Ibrahim v R* 1914 AC 599

*Jeffrey v Black* 1978 1 All ER 555

*Jit Singh Matto v Director of Public Prosecutions* 1987 Crim LR 641

*Kuruma, Son of Kaniu v R* 1955 AC 236

*Pearse v Pearse* 1846 1 De G & Sm 12 (63 ER 950) 957

*R v Alladice* *The Times* (11 Mei 1988)

*R v Apicella* 1985 82 Cr App R 295

*R v Bailey* 1993 3 All ER 513

- R v Barker* 1941 2 KB 381, 1941 3 All ER 33 CCA
- R v Barry* 1991 95 CR App Rep 384
- R v Berriman* 1854 6 Cox CC 388
- R v Bryce* 1992 4 All ER 567
- R v Christie* 1914 AC 545
- R v Christou* 1992 4 All ER 559
- R v Cook* 1959 2 QB 340 (CA)
- R v Cooke* 1995 1 Cr App R 456
- R v Court* 1962 Crim LR 697 CA
- R v Fulling* 1987 2 All ER 65
- R v H* 1987 Crim LR 47
- R v Jenkins* 1945 31 Cr App
- R v Keenan* 1989 3 All ER 598
- R v Khan* 1996 3 All ER 289
- R v King's Lynn Magistrates, ex p Holland* 1993 2 All ER 377
- R v Leatham* (1861) 8 Cox CC 498
- R v Mason* 1987 3 All ER 481
- R v Nathanie* 1995 2 Cr App R 565
- R v O'Leary* *The Times* 18 Mei 1988.
- R v O'Loughlin* 1988 3 All ER 431
- R v Payne* 1963 1 All ER 848, 1963 1 WLR 637
- R v Samuel* 1988 2 All ER 135
- R v Sang* 1979 2 All ER 1222
- R v Sat-Bhambra* 1989 88 Cr App R 55
- R v Scarrott* 1978 QB 1016 (CA)

*R v Smurthwaite* 1994 1 All ER 898

*R v Walsh* 1990 91 Cr App R 161

*R v Watson* (1913) 8 Cr App R 249

*R v Warickshall* 1783 1 Leach 263

*Scott v Baker* 1969 1 QB 659

*Selvey v Director of Public Prosecutions* 1968 2 All ER 497

*Vel v Owen* 1987 Crim LR 496

*Wilkes v Wood* 98 Eng Rep 489 (KB 1763)

*Williams v Director of Public Prosecutions* 1993 3 All ER 365

## **DIE EUROPESE KOMMISSIE EN EUROPESE HOF VIR MENSEREGTE**

App No 7450/76 *v Belgium*

App No 8876/80 *v Belgium*

*Huvig v France* 1990 12 EHRR 528

*Kruslin v France* 1990 12 EHRR 547

*Klass and Others v Germany* 1978 2 EHRR 528

*Malone v UK* 1984 7 EHRR 14

*Scheibelbauer v Austria* 16.12.70 14 Yearbook 902 (uitspraak van die Europese Kommissie)

*Schenk v Switzerland* 12.7.88 Serie A no 140 (uitspraak van die Europese Hof).

## **FRANKRYK**

*Crim.* 17.3. 1960, *Kissari*, *JCP*, 1960 II, 11641 Texts, No 5

(*Isnard*) Cass Crim Fr 1953 DP I 533 note C Lapp, 1953 J C P II No 7456

(*Tournet*) Cass Crim Fr 1981 DS Jur 332

## IERLAND

*Larkin v O'Dea* 1995 2 ILRM 1

*People (Director of Public Prosecutions) v Kenny* 1990 2 IR 110

*People v O'Brien* 1965 IR 142

*People v Shaw* 1982 IR 1

## INDIË

*Emperor v Ali Ahmad Khan* 46 Indian LR Allahabad 86 9

## ITALIË

Corte cass. Italy 133 Guir Ital II 113 (1981)

34 Corte cost Italy 18 Guir Cost 316 (1973), 96 Foro It I 953 (1973)

## KANADA

*Amato v R* [1982] 2 SCR 418; 69 CCC (2d) 31; 140 DLR (3d) 405 (SCC)

*Asencios v The Queen* [1987] 31 CRR 305 (QB CA)

*Hunter et al v Southam Inc* [1984] 9 CRR 355, 2 SCR 145, 14 CCC (3d) 97(SCC)

*Quebec (A G) v Begin* [1955] SCR 593

*R v Arason* [1992] 78 CCC (3d) 1 (BCCA)

*R v Bartle* [1994] 23 CRR (2d) 193; 3 SCR 173 (SCC)

*R v Belnavis and Lawrence* [1996] 107 CCC (3d) 195; 36 CRR (2d) 53 (Ont CA)

*R v Bent* [1987] 79 NSR (2d) 169 (CA)

*R v Black* [1989] 47 CRR 171; 2 SCR 138, 70 CR (3d) 97, 50 CCC (3d) 1 (SCC)

*R v Borden* [1994] 24 CRR (2d) 51; 3 SCR 145; 92 CCC (3d) 404; 33 CR (4<sup>th</sup>) 147; 171 NR 1 (SCC)

*R v Brydges* [1990] 53 CCC (3d) 330; 103 NR 202; 46 CRR 236; [1990] 2 WWR 220 (SCC)

*R v Burlingham* [1995] 28 CRR (2d) 244; 2 SCR 206; 97 CCC (3d) 385; 38 CR (4<sup>th</sup>) 265; 124 DLR (4<sup>th</sup>) 7; 181 NR1 (SCC)

- R v Calarusso* [1994] 19 CRR (2d) 193; 1 SCR 20 (SCC)
- R v Calder* [1996] 46 CR (4<sup>th</sup>) 133; 34 CRR (2d) 189 (SCC)
- R v Clarkson* [1986] 50 CR (3d) 289; 19 CRR 209 (SCC)
- R v Collins* [1983] 33 CR (3d) 130 (BCCA)
- R v Collins* [1987] 28 CRR 122; 1 SCR 265; 13 BCLR (2d) 1; 33 CCC (3d) 1; 38 DLR (4<sup>th</sup>) 508 (SCC)
- R v Dersch* [1993] 18 CRR (2d) 87; 3 SCR 768 (SCC)
- R v Duguay* [1989] 38 CRR 1, 1 SCR 93; 67 CR (3d) 252 (SCC)
- R v Dymont* [1988] 66 CR (3d) 348; 45 CCC (3d) 244 (SCC)
- R v Edwards* [1996] 1 SCR 128; 33 CRR 2d 226; 45 CR (4<sup>th</sup>) 307 (SCC)
- R v Elshaw* [1991] 7 CR (4<sup>th</sup>) 333; 6 CRR (2d) 1 (SCC)
- R v Evans* [1991] 4 CR (4<sup>th</sup>) 144; 3 CRR (2d) 315 (SCC)
- R v Feeney* [1997] 44 CRR (2d) 1(SCC)
- R v Genest* [1989] 45 CCC (3d) 385, 67 CR (3d) 224, 1 SCR 59, 37 CRR 252 (SCC)
- R v Grant* [1992] 11 CRR (2d) 159 BCCA)
- R v Greffe* [1990] 75 CR (3d) 257; 46 CRR 1 (SCC)
- R v Hamill* [1984] 41 CR (3d) 123 (BCCA)
- R v Harris and Lighthouse Video Centres Ltd* [1987] 35 CCC (3d) 1, 57 CR (3d) 356 (SCC)
- R v Hebert* [1990] 77 CR (3d) 145; 49 CRR 114 (SCC)
- R v Jacoy* [1988] 38 CRR 290 (SCC)
- R v Jewitt* [1985] 2 SCR 128; 21 CCC (3d) 7; 47 CR (3d) 193; 20 DLR (4<sup>th</sup>) 651 (SCC)
- R v Kokesch* [1990] 50 CRR 285, 3 SCR 3, 51 BCLR (2d) 157, 61 CCC (3d) 207 (SCC)
- R v Kuldip* [1990] 1 CR (4<sup>th</sup>) 285; 1 CRR (2d) 110 (SCC)
- R v Mack* [1988] 37 CRR 277 (SCC)
- R v Manninnen* [1987] 38 CRR 37; 1 SCR 1233 (SCC)
- R v Mellenthin* [1992] 16 CR (4<sup>th</sup>) 273; 12 CRR (2d) 65 (SCC)

*R v Nugent* [1988] 63 CR (3d) 351 (NSCA)

*R v Pohoretsky* [1987] 1 SCR 945; 58 CR (3d) 113; 33 CCC (3d) 398 (SCC)

*R v Richardson* [1989] 49 CRR 304 (BCCC)

*R v Ross* [1989] 37 CRR 369; 1 SCR 3, 31 OAC 321 (SCC)

*R v Rothman* [1981] 59 CCC (2d) 30; 1 SCR 640 (SCC)

*R v Rousseau* [1990] 54 CCC (3d) 378; 49 CRR 181 ( Ont Dist Ct)

*R v S (R J)* [1995] 26 CRR (2d) 1 (SCC)

*R v Samson* [1982] 37 (OR) (2d) 237 (Ont Cty Ct)

*R v Sandhu* [1993] 22 CR (4<sup>th</sup>) 300 (BCCA)

*R v Silveira* [ 1994] 20 CRR (2d) 161 (Ont CA)

*R v Silveira* [1995] 38 CR (4<sup>th</sup>) 330; 28 CRR (2d) 189 (SCC)

*R v Simmons* [1988] 2 SCR 495, 66 CR (3d) 297, 45 CCC (3d) 296; 38 CRR 252 (SCC)

*R v Smith* [1991] 4 CR (4<sup>th</sup>) 125 (SCC)

*R v Spinelli* [1995] 101 CCC (3d) 385 (BCCA)

*R v Stillman* [1997] 42 CRR 189 (SCC)

*R v Strachan* [1988] 67 CR (3d) 87; 37 CRR 335; [1989] 1 WWR 385 (SCC)

*R v Therens* [1985] 13 CRR 193; 1 SCR 613; 18 CCC (3d) 481; 18 DLR (4<sup>th</sup>) 655; 45 CR (3d) 97 (SCC)

*R v Thompson* [1983] 2 CRD 850

*R v Upston* [1988] 42 CCC (3d) 564; 63 CR (3d) 299; 1 SCR 1083; 41 CRR 130 ( SCC)

*R v Woolley* [1988] 37 CRR 126; 40 CCC (3d) 531 (Ont CA)

*R v Wray* [1970] 11 DLR (3d) 673 (SCC)

*R v Young* [1993] 20 CR (4<sup>th</sup>) 81; 13 CRR (2d) 193 (CA)

*Rahey v R* [1987] 33 CRR 275 (SCC)

*Thomson Newspapers Ltd v Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* [1990] 47 CRR 1 (SCC)

**NIEU-SEELAND**

*R v Butcher* 1991 NZLJ 400

*R v Butcher* 1992 2 NZLR 257 (CA)

*R v Duran* (CA Wellington) CA 441/91, 27 Mei 1992

*R v Goodwin* 1993 2 NZLR 153 (CA)

*R v Hall* 1976 2 NZLR 678

*R v Hannah* T 58/83

*R v Katipa* 1986 2 NZLR 121

*R v Kirifi* 1992 2 NZLR 8 (CA)

*R v Menzies* 1982 1 NZLR 40

**SKOTLAND**

*Bell v Hogg* 1967 SLT 290

*Chalmers v HM Advocate* 1954 JC 66

*Graham v Orr* 1995 SCCR 30

*Hay v H M Advocate* 1968 SLT 334

*H M Advocate v M'Guigan* 1936 JC 16

*H M Advocate v Turnbull* 1951 SLT 409

*Hopes v H M Advocate* 1960 JC 104

*Lawrie v Muir* 1950 SLT 37

*McGovern v H M Advocate* 1950 SLT 133

*Wilson v Brown* 1996 SCCR 470

**SRI LANKA**

*Karalina v Excise Inspector, Matara* 52 CLR 89 (Ceylon SC 1950)

*Silva v Menikrala* 9 CLR 78 (Ceylon S 1928)

*Ekanayaka v Deen* 18 CLW 60 (Ceylon SC 1940)

*Rayapakse v Fernando* 52 CLR 361 (Ceylon SC 1951)

## **SUID AFRIKA**

*Barnard v Santam Bpk* 1998 1 All SA 403 (HHA).

*Bester v Commercial Union Versekeringsmaatskappy van SA Bpk* 1973 1 SA 769 (A)

*Ex Parte Minister of Justice: In re R v Matemba* 1941 AD 75

*Fedics (Pty) Ltd v Matus* 1997 9 BCLR 1199 (C)

*Ferreira v Levin NO and Others: Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* 1996 1 SA 984; 1996 1 BCLR 1 (CC)

*Fose v Minister of Safety and Security* 1997 7 BCLR 851; 1997 3 SA 786 (CC)

*Key v Attorney-General, Cape Provincial Division, and Another* 1996 4 SA 187 (CC)

*Lenco Holdings Ltd v Ekstein* 1996 2 SA 693 (N)

*Levack v The Regional Court Magistrate, Wynberg & another* 1999 2 SACR 151 (C)

*Mendes and Another v Kitching NO and Another* 1995 2 SACR 634 (E)

*Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A)

*Motor Industry Fund Administrators (Pty) Ltd v Janit* 1994 3 SA 56 (W)

*Motor Industry Fund Administrators (Pty) Ltd v Janit* 1995 4 SA 293 (A)

*Nortje and Another v Attorney-General, Cape and Another* 1995 1 SACR 446; 1995 2 SA 460 (C)

*Park-Ross and Another v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 1 SACR 530; 1995 2 SA 148 (C)

*Protea Technology Ltd v Wainer* 1997 9 BCLR 1225 (W)

*R v B* 1933 OPD 139

*R v Brown* 1935 CPD 286

*R v Camane and Others* 1925 AD 570

*R v Duetsimi* 1950 3 SA 674 (A)



- R v Gama* 1916 EDL 34
- R v Gani* 1958 1 SA 102 (A)
- R v Goorpurshad* 1914 NLR 35
- R v Jenkins* 1919 GWL 115
- R v Mabuya* 1927 CPD 181
- R v Maleleke* 1925 TPD 491
- R v Samhando* 1943 AD 608
- R v Schaub-Kuffler* 1969 2 SA 40 (RA)
- R v Sulski* 1935 TPD 292
- R v Trupedo* 1920 AD 58.
- R v Uys and Uys* 1940 TPD 405
- S v Agnew and Another* 1996 2 SACR 535 (C)
- S v Boesman and Others* 1990 2 SACR 389 (E)
- S v Cloete* 1999 2 SACR 137 (C)
- S v Desai* 1997 1 SACR 38; 1997 2 All SA 298 (W)
- S v Ebrahim* 1991 2 SA 553 (A)
- S v Forbes and Another* 1970 2 SA 594 (K)
- S v Gaba* 1981 3 SA 745 (O)
- S v Gasa and Others* 1998 1 SACR 446 (D& CLD)
- S v Gokool* 1965 3 SA 461 (N)
- S v Gumede* 1998 5 BCLR 530 (D)
- S v Hammer and Others* 1994 2 SACR 496 (C)
- S v Hassan and Another* 1997 1 SACR 247 (T)
- S v Hlalikaya and Others* 1997 1 SACR 613 (SECLD)
- S v Hoho* 1999 2 SACR 159 (C)

- S v Huma* 2 1995 2 SACR 411 (W)
- S v Ismail and Others* (1) 1965 1 SA 446 (N)
- S v January; Prokureur-Generaal, Natal v Khumalo* 1994 2 SACR 801 (A)
- S v Khan* 1997 2 SACR 611 (SCA)
- S v Lange and Others* 1998 1 SACR 1 (SCA)
- S v Lwane* 1966 2 SA 433 (A)
- S v Mabaso and Another* 1990 3 SA 185 (A)
- S v Madiba* 1998 1 BCLR 38; 1998 1 SACR 127 (D)
- S v Makhathini*, ongerapporteerde uitspraak van die Durban en Kus Plaaslike Afdeling van die Hoë Hof. Saak no CC73/97. Uitspraak gelewer op 21 Nov 1997
- S v Malefo en Andere* 1998 1 SACR 127; 1998 2 BCLR 187 (W)
- S v Manuel* 1997 2 SACR 505 (K)
- S v Marx and Another* 1996 2 SACR 140 (W)
- S v Mathebula and Another* 1997 1 SACR 10 (W)
- S v Mayekiso en Andere* 1996 2 SACR 298 (K)
- S v Mbatha; S v Prinsloo* 1996 2 SA 464 (CC)
- S v Melani en Andere* 1995 2 SACR 141 (OK)
- S v Melani and Others* 1996 1 SACR 335; 1996 1 All SA 137 (E)
- S v Mhlakaza* 1996 2 All SA 130 (C)
- S v Mhlungu and Others* 1995 3 SA 867 (CC)
- S v Minnies and Another* 1991 1 SACR 355; 1991 3 SA 364 (NmHC)
- S v Mokoena en Ander* 1998 2 SACR 642 (W)
- S v Motloutsi* 1996 1 SACR 78 (C)
- S v Mphala and Another* 1998 1 SACR 654 (W)
- S v Mphala and Another* 1998 1 SACR 388; 1998 4 BCLR 494 (W)
- S v Mushimba en andere* 1977 2 SA 829 (A)

*S v Naidoo* 1998 1 BCLR 46 (D)

*S v Nel* 1987 4 SA 950 (W)

*S v Ngwenya and Others* 1998 2 SACR 503 (W)

*S v Nombewu* 1996 2 SACR 396 (EC)

*S v Nortjé* 1997 1 SA 90 (C)

*S v Rudman and Another: S v Mthwana* 1992 1 SA 343 (A)

*S v Russel* 1967 3 SA 739 (N)

*S v Sellem* 1992 2 SA 795 (A)

*S v Sheehama* 1991 2 SA 860 (A)

*S v Shongwe en Andere* 1998 2 SACR 321; 1998 9 BCLR 1170 (T)

*S v Soci* 1998 2 SACR 275; 1998 3 BCLR 376 (EC)

*S v Sokoyi* 1984 3 SA 935 (NK)

*S v Tyebela* 1989 2 SA 22 (A)

*S v Van der Merwe* 1998 1 SACR 194 (O)

*S v Zuma and Others* 1995 1 SACR 568; 1995 2 SA 642 (CC)

*Shell SA (Edms) Bpk v Voorsitter, Dorperaad van die OVS* 1992 1 SA 906 (O)

## VSA

*Adams v New York* 192 US 585 (1904)

*Adams v United States* 317 US 269 (1942)

*Agnello v United States* 269 US 20 (1925)

*Benanti v United States* 355 US 96 (1957)

*Bivens v Six Unknown Named Agents* 403 US 388 (1971)

*Boyd v United States* 116 US 616 (1886)

*Brewer v Williams* 430 US 387 (1977)

*Burdeau v McDowell* 256 US 465 (1921)

*Byars v United States* 273 US 28 (1927)

*Doyle v Ohio* 426 US 610 (1976)

*Elkins v United States* 364 US 206 (1960)

*Franks v Delaware* 438 US 154 (1978)

*Gambino v United States* 275 US 310 (1927)

*Gideon v Wainwright* 372 US 335

*Gilbert v California* 388 US 263 (1967)

*Gouled v United States* 255 US 298 (1921)

*Griffin v California* 380 US 609

*Harris v New York* 401 US 222 (1971)

*Holt v United States* 218 US 245

*Irvine v California* 347 US 128 (1954)

*Island v Innes* 446 US 291(1980)

*Janis v United States* 428 US 433 (1966)

*Katz v United States* 389 US 347 (1967)

*Lustig v United States* 338 US 74 (1949)

*Mapp v Ohio* 367 US 643 (1961)

*Massachusetts v Sheppard* 468 US 981 (1984)

*McNabb v United States* 318 US 332 (1943)

*Miranda v Arizona* 384 US 436 (1966)

*Murray v Hoboken Land Co* 18 Howard 272 (1855)

*Murray v United States* 487 US 533 (1988)

*Nardone v United States* 308 US 338 (1939)

*New York v Quarles* 467 US 649 (1984)

*Nix v Williams* 467 US 431(1984)

- Olmstead v United States* 277 US 438 (1928)
- People v Cahan* 44 Cal 2d 434, 282 P 2d 905, 50 ALR2d 513 (1955)
- People v Defore* 150 NE 585 (1926)
- People v Mayen* 188 Cal 237
- Rakas n Illinois* 439 US 128
- Rhode Island v Innis* 446 US 291 (1980)
- Rochin v California* 342 US 165 (1952)
- Schwartz v Texas* 344 US 199 (1952)
- Sherman v United States* 356 US 369 (1958)
- Silverthorne Lumber Co v United States* 251 US 385 (1920)
- Stone v Powell* 428 US 465 (1976)
- Terry v Ohio* 392 US 1(1967)
- United States v Calandra* 414 US 338 347-348 (1974)
- United States v Hensley* 469 US 221(1985)
- United States v Leon* 468 US 897 (1984)
- United States v Wade* 388 US 218 (1967)
- Walter v United States* 447 US 649 (1980)
- Weeks v United States* 232 US 383 (1914)
- Wolf v Colorado* 338 US 25 (1949)
- Wong Sun v United States* 371 US 471 (1963)

**LYS VAN AFKORTINGS**

<i>Cambridge LJ</i>	<i>The Cambridge Law Journal</i>
<i>Canadian Bar Rev</i>	<i>The Canadian Bar Review</i>
<i>CILSA</i>	<i>The Comparative and International Law Journal of South Africa</i>
<i>Columbia LR</i>	<i>Columbia Law Review</i>
<i>Crim LR</i>	<i>The Criminal Law Review</i>
<i>Crim LQ</i>	<i>Criminal Law Quarterly</i>
<i>DJ</i>	<i>De Jure</i>
<i>De Paul LR</i>	<i>De Paul Law Review</i>
<i>Geo Wash LR</i>	<i>George Washington Law Review</i>
<i>Hastings Int'l and Comp LR</i>	<i>Hastings International and Comparative Law Review</i>
<i>Iowa LR</i>	<i>Iowa Law Review</i>
<i>Law QR</i>	<i>The Law Quarterly Review</i>
<i>Manitoba LJ</i>	<i>Manitoba Law Journal</i>
<i>McGill LJ</i>	<i>McGill Law Journal</i>
<i>Michigan Journal of Int'l Law</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Michigan LR</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>New Zealand Univ LR</i>	<i>New Zealand Universities Law Review</i>
<i>Nw ULR</i>	<i>Northwestern Universities Law Review</i>
<i>Ottawa LR</i>	<i>Ottawa Law Review</i>
<i>SACJ</i>	<i>South African Journal of Criminal Justice</i>
<i>SALJ</i>	<i>South African Law Journal</i>

<i>Stan LR</i>	<i>Stanford Law Review</i>
<i>SAS</i>	<i>Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreë en Kriminologie</i>
<i>Southwestern LJ</i>	<i>Southwestern Law Journal</i>
<i>Stell LR</i>	<i>Stellenbosch Law Review</i>
<i>THRHR</i>	<i>Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg</i>
<i>TM</i>	<i>The Magistrate/Die Landdros</i>
<i>TSAR</i>	<i>Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg</i>
<i>Tulane LR</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>U Chi LR</i>	<i>The University of Chicago Law Review</i>
<i>Univ of Pennsylvania LR</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
<i>Yale LJ</i>	<i>Yale Law Journal</i>