

Vonnisbespreking: Beheer oor eiendom as faktor by die oorweging van die toelaatbaarheid van getuienis wat by wyse van onregmatige visentering verkry is *S v Tiry* 2021 1 SASV 349 (HHA)

Pieter du Toit

Pieter du Toit, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit

Abstract

Control over property as factor considered in the context of the admissibility of evidence obtained on the strength of irregular searches

Section 35(5) of the Constitution requires of a criminal court to exclude evidence obtained in a manner that violates any right in the Bill of Rights if the admission of that evidence will render the trial unfair or otherwise be detrimental to the administration of justice. In *S v Tiry* 2021 1 SASV 349 (HHA) the Supreme Court of Appeal upheld a decision of a high court to admit evidence obtained as a result of a defective search warrant. The court relied on a number of factors normally considered at the inquiry into the issue of trial fairness and the interests of the administration of justice, such as the good faith of the officers executing the warrant, whether the breach was technical or flagrant and whether the evidence was obtained as a result of compelled participation or conscription. In this contribution it is argued that although these factors cannot be ignored, they do not always offer useful guidance in the context of evidence obtained on the strength of an irregular search warrant. In most cases evidence obtained in this fashion will be of a non-conscripted nature and the breach of the right to privacy will be seen as technical in nature. The law, however, requires extreme care and technical thoroughness in the application for and issuing of search warrants in order to guarantee the meaningful protection of individuals against arbitrary intrusions by the state. The Canadian Supreme Court has held that a reasonable expectation of privacy in the context of a search and seizure operation must be considered with reference to the totality of the circumstances. It had identified the following possible factors for consideration in the context of search and seizure: (a) the presence of the person affected by the search at the time of the search; (b) possession or control of the property or place searched; (c) ownership of the property or place; (d) historical use of the property or item; (e) the ability to regulate access to the property; (f) the existence of a subjective

expectation of privacy; and (g) the objective reasonableness of the expectation. If an accused person establishes a reasonable expectation of privacy, the inquiry must proceed to the second stage to determine whether the search had been conducted in a reasonable manner. South African jurisprudence also recognises that the right to privacy is closely linked to an individual's reasonable expectation of privacy. In this contribution it is argued that the proprietary interest of the individual whose rights are affected by the search offers useful additional guidance in determining the issue of the admissibility of evidence obtained as a result of a defective search warrant.

Keywords: reasonable expectation of privacy; search warrant; seizure; unconstitutionally obtained evidence

Trefwoorde: beslaglegging; ongrondwetlik verkreë getuienis; redelike privaatheidsverwagting; visenteringslasbrief

1. Inleiding

Die visentering van persone en persele behoort oor die algemeen slegs uit hoofde van 'n visenteringslasbrief te geskied. Die lasbriefvereiste is 'n belangrike maatreël om die regte van burgers teen die arbitrêre uitoefening van staatsmag te beskerm. Die hoewe het verskeie vereistes vir die geldigheid van lasbriewe neergelê. Die nienakoming van hierdie vereistes word nie ligtelik oor die hoof gesien nie. Indien 'n lasbrief gebrekkig is, beteken dit egter nie dat die getuienis wat as gevolg van die uitvoering daarvan verkry is, sonder meer by die verbandhoudende strafverhoor ontoelaatbaar is nie. Artikel 35(5) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 (hierna die Grondwet), wat oor die uitsluiting van ongrondwetlik verkreë getuienis handel, sal in hierdie konteks deurslaggewend wees.

In hierdie bydrae val die fokus op die uitspraak *S v Tiry* 2021 1 SASV 349 (HHA) (hierna *Tiry*). In hierdie saak het die Hoogste Hof van Appèl 'n bevinding van die Hooggeregshof bekragtig waarkragtens getuienis toegelaat is wat op grond van 'n wesenlik gebrekkige visenteringslasbrief bekom is. Daar sal eerstens aangetoon word dat die regspraak waarop die hof gesteun het om tot die gevolgtrekking te kom dat die getuienis wel toelaatbaar is, inderwaarheid nie oortuigende steun vir die bevinding bied nie. In die sake waarop gesteun is, was die gebreke in die visenteringslasbriewe van 'n veel minder ernstige aard. Voorts ontbloom hierdie saak die feit dat die faktore wat gewoonlik oorweeg word om oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik verkreë getuienis te beslis, nie noodwendig betekenisvol toegepas kan word in sake waar getuienis op grond van 'n onreëlmatige visenteringslasbrief verkry word nie. In hierdie konteks behoort die fokus eerder pertinent op die redelike privaatheidsverwagting van die individu wie se regte deur die onreëlmatige deursoeking geraak word, geplaas te word. In *Tiry* het die hof ook op die feit gesteun dat die eienaar van die eiendom wat deursoek is, dit verlaat het ten einde inhegtenisneming te vermy. In hierdie bydrae word aan die hand gedoen dat die verband tussen die persoon wie se fundamentele regte deur die visentering geraak word en die eiendom wat deursoek word, inderdaad ook 'n waardevolle faktor is in die beslissing oor die toelaatbaarheid van getuienis in omstandighede soos dié wat in *Tiry* voorgekom het. In hierdie verband sal verwys word na die benadering in die Kanadese hooggeregshof wat aandag aan hierdie kwessie geskenk het.

2. Die *Tiry*-beslissing

Tiry het aanvanklik 'n onwettige brandstoftenplaas in Limpopo bedryf van waar hy en sy meisie petroleumprodukte versprei het. Nadat sy bedrywighede aan die kaak gestel is, het hy bloot sy aktiwiteite na 'n plaas naby Warden in die Vrystaat oorgeplaas. Beide plase, dié in Limpopo en dié in die Vrystaat, was met hoë mure omhein en brandstoftenks is op die plase opgerig. Die werkswyse by die pleging van die misdrywe was dat vragmotorbestuurders wat petroleumprodukte ten behoeve van bekende petroleummaatskappye vervoer het, by die plase aangedoen het en die brandstof in die tenks op die plase gestort het. Die plase was strategies naby hoofweë wat deur die vervoerkontraakteurs gebruik is, geleë. Tiry het daarna die brandstof teen heelwat laer as die gereguleerde prys aan diensstasies verkoop (par. 7). Tiry, sy meisie en verskeie van die vragmotorbestuurders is in die Vrystaatse Hooggeregshof skuldig bevind aan aanklagte wat met hierdie aktiwiteite verband gehou het. Een van die kwessies in die verhoor het te make gehad met die toelaatbaarheid van getuienis wat op die plaas naby Warden op grond van 'n gebrekkige visenteringslasbrief bekom is. Die polisie het brandstof op die plaas gevind en monsters daarvan is vir forensiese ontleding geneem. Die ontleding het bevestig dat die brandstof 'n gesteelde produk was. Tiry was nie teenwoordig tydens hierdie visenteringsoperasie nie (par. 21).

Die feit dat die lasbrief onreëlmatig uitgereik was, was nie in geskil tydens die verhoor nie. 'n Kolonel in die polisie diens het die lasbrief op grond van blote mededelings van die ondersoekbeampte uitgereik. Daar is geen beëdigde verklaring aan die uitreiker voorgelê nie. Afsien van die probleme in die aansoekproses was die lasbrief self gebrekkig, omdat geen melding daarin gemaak is van 'n spesifieke misdryf of van 'n moontlike verdagte nie. Die verhoorhof het egter by die toepassing van artikel 35(5) van die Grondwet beslis dat die getuienis wat op grond van die lasbrief verkry is, nietemin toelaatbaar was (par. 45). Die Hoogste Hof van Appèl het hierdie bevinding gehandhaaf deur op twee uitsprake te steun, naamlik *Dos Santos v S* 2010 2 SASV 382 (HHA) (hierna *Dos Santos*) en *S v Van Deventer* 2012 2 SASV 263 (WCC) (hierna *Van Deventer*). In *Dos Santos* is 'n visenteringslasbrief deur 'n streeklanddros, in plaas van 'n distrikslanddros, uitgereik. Die Strafproseswet 51 van 1977 maak egter slegs vir die uitreiking daarvan deur 'n distrikslanddros voorsiening. Die Hoogste Hof van Appèl het egter die bevinding gehandhaaf dat die getuienis wat op grond van die lasbrief verkry is, toelaatbaar was. In *Dos Santos* is beslis dat die ondersoekspan nie met flagrante minagting van die grondwetlike regte van die appellant gehandel het nie, maar eerder 'n poging aangewend het om geregtelike goedkeuring vir die visentering te bekom. 'n Poging was aangewend om die gees en die letter van die wet te beskerm. Geeneen van die persone wat die lasbrief uitgevoer het, was bewus van die tekortkominge nie. In *Dos Santos* is verder bevind dat die ondersoekspan nie 'n onbillike voordeel vir hulself wou verkry nie, maar eerder gepoog het om die belange van die betrokke appellant te beskerm. Die hof het bevind dat hulle daarom eerder aangeprys behoort te word in plaas daarvan om hulle te straf deur die getuienis uit te sluit. Die uitsluiting van die getuienis sou nie bevorderlik vir 'n regverdige verhoor of regspleging wees nie. Deur die getuienis uit te sluit bloot omdat 'n streeklanddros die lasbrief uitgereik het (soos bespreek in *Tiry* par. 46), sou teen die gees en doel van die Grondwet indruis. In *Van Deventer* is die geldigheid van die lasbrief aangeveg omdat dit kragtens verkeerde wetgewing uitgereik is. Die hof het die getuienis wat op grond van die lasbrief bekom is, nietemin toegelaat na oorweging van 'n aantal faktore, naamlik: dat die dokumente waarop beslag gelê is, waardevolle getuienis blootgelê het van die bestaan en omvang van voorvalle van belastingontduiking en dat die dokumente by die lasbrief ingesluit was; dat die getuienis bekom is sonder enige gedwonge deelname deur die beskuldigde; dat die inbreukmaking op die appellant se regte tegnies en nie

flagrant van aard was nie; dat die beamptes wat die lasbrief uitgevoer het, *bona fide* opgetree het; en dat die getuienis in elk geval by wyse van 'n regmatige proses gevind sou kon gewees het (soos bespreek in *Tiry* par. 47). Die hof bevind in *Tiry* dat die beginsels soos neergelê in *Dos Santos* en *Van Deventer* toepassing vind. Die hof het daarop gewys dat die deursoeking reële en waardevolle getuienis van 'n omvangryke netwerk van die diefstal van petroleumprodukte blootgelê het en dat gesteelde items inderdaad gevind is. Voorts het die betrokkenes die plaas verlaat en op die vlug geslaan. Die hof bevind daarom dat die verhoorhof korrek opgetree het deur die getuienis wat op grond van die lasbrief verkry is, toe te laat (par. 48).

3. Bespreking

3.1 Die grondwetlike en statutêre raamwerk

Die reg op privaatheid vloei voort uit die reg op menswaardigheid (*Bernstein v Bester* 1996 2 SA 751 (KH) par. 77 –hierna *Bernstein*; Currie en De Waal 2013:301–2). Artikel 14 van die Grondwet waarborg die reg op privaatheid en laat geen twyfel nie dat hierdie reg ook in die ondersoek van misdade geld. Dit verbied spesifiek die deursoeking van persone, hul wonings en hul eiendom. Dit verbied ook die beslaglegging op persone se besittings. Visentering en beslagleggings skend dus die reg op privaatheid en sal slegs geregverdig kan word indien die magtigende wetgewing voldoen aan die vereistes deur artikel 36 van die Grondwet gestel, synde die grondwetlike beperkingsklousule (sien *Investigating Directorate: Serious Economic Offences v Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd In re: Hyundai Motor Distributors (Pty) Ltd v Smit* 2001 1 SA 545 (KH) par. 20 – hierna *Hyundai Motor Distributors; Thint (Pty) Ltd v National Director of Public Prosecutions; Zuma v National Director of Public Prosecutions* 2008 2 SASV 421 (KH) par. 282 – hierna *Thint; Minister of Police v Kunjana* 2016 2 SASV 473 (KH) par. 15 – hierna *Kunjana*; sien verder Basdeo 2009:307 e.v.).

Artikel 21 van die Strafproseswet maak voorsiening vir die aansoek om en uitreiking van 'n visenteringslasbrief. Die Strafproseswet bevat wel 'n voorbehoudsbepaling (art. 19) waarin erkenning daaraan verleen word dat die bepalings van die Strafproseswet nie afbreuk doen aan die voorskrifte van ander wetgewing wat vir visentering en beslaglegging voorsiening maak nie. Daar bestaan inderdaad verskeie ander sodanige wetgewing (sien Kruger 2008:2–2; Du Toit e.a. 1987:2-4-2-15). Alhoewel die Strafproseswet voorsiening maak vir die uitreiking van 'n visenteringslasbrief deur die voorsittende beampte in 'n strafverhoor (sien art. 21(1)(b)), word visenteringslasbriewe meer algemeen tydens die ondersoekfase uitgereik. Die lasbrief kan deur 'n landdroos of vrederegter uitgereik word. Inligting moet onder eed voor die uitreiker geplaas word waaruit dit blyk dat daar redelike gronde bestaan om te vermoed dat 'n voorwerp vermeld in artikel 20 van die wet in die besit of beheer is van, of aan 'n persoon is, of op of by 'n perseel binne die regsgebied van die uitreiker van die lasbrief (sien art. 21(1)(a)). Artikel 20 het betrekking op voorwerpe wat betrokke is of op redelike gronde vermoed word betrokke te wees by die pleging of vermeende pleging van 'n misdryf (art. 20(a)), voorwerpe wat tot bewys kan strek van die pleging of vermeende pleging van 'n misdryf (art. 20(b)), of voorwerpe wat bestem is of op redelike gronde vermoed word bestem te wees om by die pleging van 'n misdryf gebruik te word (art. 20(c)). Die jurisdiksionele voorvereistes vervat in artikel 21(1)(a) vir die uitreiking van 'n lasbrief speel 'n belangrike rol om te verseker dat daar nie ligtelik in die regte van individue ingemeng word nie (*Minister for Safety and Security v Van der Merwe* 2011 2 SASV 301 (KH) par. 39 – hierna *Van der Merwe*– waar daar in dieselfde paragraaf met

betrekking tot die jurisdiksionele voorvereistes beslis is: “When even one of them is missing that should spell doom to the application for a warrant”). Regspraak vereis die nougesette nakoming van die bepalings van artikel 21(1)(a) van die Strafproseswet (*S v Malherbe* 2020 1 SASV 227 (HHA) par. 8 – hierna *Malherbe*).

Die lasbriefvereiste werk die beskerming van individue se fundamentele regte teen die mag van die staat in die hand. Die Konstitusionele Hof het vantevore beslis dat een van die belangrike beskermingsmaatreëls teen die misbruik van staatsmag is dat ’n regterlike beampte as ’t ware tussen die staat en die individu kom staan. Regsprekers beskik oor die nodige vaardighede en eienskappe wat noodsaaklik is vir die behoorlike uitoefening van die bevoegdheid om ’n lasbrief te magtig. Dit sluit onafhanklikheid in en die vermoë om relevante inligting te evalueer ten einde tot ’n ingeligte besluit te kom of die uitreiking van ’n lasbrief geregverdig is in die omstandighede van die aansoek wat voor hulle dien (*Thint* par. 83; *Van der Merwe* par. 38). Soos egter hier bo uitgewys, mag visenteringslasbriewe tydens die ondersoekstadium ook deur vrederegters, wat senior polisiebeamptes insluit, uitgereik word. Die wenslikheid daarvan om hierdie bevoegdheid aan persone te verleen wat moontlik nie oor die nodige onafhanklikheid beskik nie, kan betwyfel word, maar hierdie kwessie val buite die bestek van hierdie bespreking.

In *Van der Merwe* beslis die Konstitusionele Hof dat ’n deursoekingslasbrief geldig kan wees slegs indien dit aan die gemeenregtelike verstaanbaarheidsbeginsel voldoen. Ten einde hieraan te voldoen, moet die lasbrief: (a) die statutêre bepaling waarkragtens dit uitgereik is, vermeld; (b) die deursoeker identifiseer; (c) die magtiging wat die lasbrief aan die deursoeker verleen, duidelik vermeld; (d) die persoon, houër of perseel identifiseer; (e) die voorwerp waarop beslag gelê moet word, in voldoende besonderhede beskryf; (f) die misdryf vermeld wat aanleiding tot die ondersoek gegee het; en (g) die naam van die vermoede oortreder vermeld (par. 55). Hierbenewens lê die hof ook waardevolle riglyne neer wat ’n hof by die oorweging van die geldigheid van die lasbrief moet nakom, naamlik: (a) Die persoon wat die lasbrief uitreik, moet oor die nodige bevoegdheid en jurisdiksie beskik om die lasbrief uit te reik. (b) Die uitreiker moet hom- of haarself tevrede stel dat die lasbrief voldoende inligting bevat rakende die bestaan van die jurisdiksionele voorvereistes vir die uitreiking van ’n lasbrief. (c) Die bepalings van die lasbrief moet nie vaag of wyd wees nie (sien in hierdie verband ook *Pullen v Waja* 1929 TPD 838, 846–7). (d) Die lasbrief moet redelik verstaanbaar wees vir beide die deursoeker en die persoon wat deursoek gaan word. (e) By die beoordeling van die geldigheid van die lasbrief moet die hof jaloers waak oor die grondwetlike regte van die deursoekte persoon. (f) Die bepalings van die lasbrief moet met redelike strengheid uitgelê word (par. 56).

In *Goqwana v Minister of Safety and Security* 2016 1 SASV 384 (HHA) (hierna *Goqwana*) verstrek die Hoogste Hof van Appèl verdere duidelikheid, en bevestig dat die lasbrief die naam van minstens een polisiebeampte moet bevat wat in beheer van die deursoeking is. Voorts beslis die hof dat waar die deursoeking met ’n statutêre oortreding verband hou, in teenstelling met ’n gemeenregtelike misdaad, die lasbrief na betrokke wetgewing moet verwys, asook na die betrokke artikel en subartikel van die statutêre verbodsbepaling. Die hof bevind voorts dat die beëdigde verklaring op grond waarvan die lasbrief uitgereik is, die lasbrief tydens die deursoeking moet vergesel sodat ’n afskrif daarvan oorhandig kan word aan die party wie se regte deur die deursoeking geraak word, indien hy of sy dit sou versoek.

Getuienis moet onder eed voor die uitreiker van die lasbrief geplaas word. Versuim om hieraan te voldoen kan tot die tersydestelling van die lasbrief lei (*Toich v The Magistrate, Riversdale* 2007 4 All SA 1064 (K)). Die beëdigde verklaring wat as grondslag vir die uitreiking van die

lasbrief dien, moet behoorlik voor 'n kommissaris van ede onderteken en beëdig word ooreenkomstig die Wet op Vrederegters en Kommissarisse van Ede 16 van 1963. Indien die beëdigde verklaring geteken is voordat dit aan die kommissaris van ede voorgelê word, sal die lasbrief wat op grond daarvan uitgereik word, ongeldig wees (*Mogale v Minister of Safety and Security* 2016 2 SASV 682 (GP); *Malherbe* par. 8).

Alhoewel die reg hoë vereistes vir die geldigheid van visenteringslasbriewe stel, beteken dit nie dat getuienis wat as gevolg van 'n ongeldige lasbrief verkry is, sonder meer by die verhoor uitgesluit sal word nie. Die verhoorhof is in die beste posisie om die toelaatbaarheid van sodanige getuienis te oorweeg. Kragtens artikel 35(5) van die Grondwet moet getuienis uitgesluit word indien die toelating daarvan die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees. By die beoordeling van die vraag of die getuienis toegelaat behoort te word al dan nie, neem die hof botsende gemeenskapsbelange in ag, naamlik die noodsaak dat persone wat na bewering 'n misdaad gepleeg het, tot verantwoording geroep word aan die een kant, en die beskerming van die fundamentele regte van aangeklaagdes aan die ander kant. Faktore wat in hierdie verband oorweeg kan word, is die mate waarin die tersaaklike reg geskend is, die benadeling wat dit vir die beskuldigde meebring, en die openbare belang daarvan om misdadigers aan die pen te laat ry. Indien die polisie die regte van 'n burger op 'n bewustelike en flagrante wyse skend, sal dit as 'n ernstige skending van die reg beskou word. Voorts is daar 'n groot mate van benadeling indien 'n noue kousale verband tussen die skending van die reg en enige selfinkriminerende gedrag van die beskuldigde bestaan. Indien die polisie se optrede objektief redelik was en nie doelbewus of flagrant nie, sal die skending van die reg nie as ernstig beskou word nie en sal dit moeiliker wees om 'n saak uit te maak dat die reg op 'n billike verhoor geskend sal word (*S v Tandwa* 2008 1 SASV 613 (HHA) par. 117; sien ook *S v Pillay* 2004 2 SASV 419 (SCA); *S v Gumede* 2017 1 SASV 253 (HHA) parr. 20–5 – hierna *Gumede*; *S v Magwaza* 2016 1 SASV 53 (HHA) parr. 10–15; *Polonyfis v Minister of Police* 2012 1 SASV 57 (HHA); *Ndlovu v S* 2021 1 All SA 538 (OKG); Schmidt en Rademeyer 2003: 13-12–13-17; Currie en De Waal 2013:805–11; Bellengère e.a. 2019:174–94; Theophilopoulos (red.) 2020:116–23).

Die Strafproseswet maak wel voorsiening vir lasbrieflose visentering. Dit mag geskied met die ingeligte toestemming van die persoon wie se regte deur sodanige visentering geraak word (art. 22(a)), of in gevalle van dringendheid waar die doel van die visentering verydel sou word indien daar eers aansoek om 'n lasbrief gedoen moet word (art. 22(b)(ii)). In laasgenoemde geval sal die polisie egter steeds moet kan aantoon dat daar redelike gronde bestaan het om te glo dat 'n lasbrief uitgereik sou word indien daarvoor aansoek gedoen sou word (art. 22(b)(i)). Die versuim om 'n lasbrief te bekom in omstandighede waar voldoende tyd beskikbaar was om daarvoor aansoek te doen, en geen dringendheid daarvoor bestaan het nie, sal egter meebring dat die visentering as onregmatig beskou sal word (par. 32). Lasbrieflose visentering behoort egter die uitsondering op die lasbriefvereiste te wees, eerder as die reël (*Magajane v Chairperson, North West Gambling Board* 2006 2 SASV 447 (KH) par. 74; *Gaertner v Minister of Finance* 2014 1 SA 442 (KH) par. 69; *Kunjana* par. 27).

3.2 Kommentaar op die Tiry-beslissing

Dit is duidelik dat die visenteringslasbrief in *Tiry* mank gegaan het aan gebreke en nie voldoen het aan die vereistes wat deur artikel 21(1)(a) die Strafproseswet en regspraak (onder meer *Van der Merwe*) neergelê is nie. In *Tiry* is daar op die *Dos Santos*-saak gesteun. Die enigste gebrek in die lasbrief in *Dos Santos* was egter dat die lasbrief deur 'n streeklandddros in plaas

van 'n distrikslanddros uitgereik is. Hierdie tekortkoming is geensins vergelykbaar met die wesenlike tekortkominge van die lasbrief wat in *Tiry* ter sprake was en wat die lasbrief-prosedure eintlik geheel en al verydel het nie. Ongelukkig het die hof in *Tiry* ook nie duidelik aangedui hoe die *Van Deventer*-faktore presies inspeel op die feite in *Tiry* nie. Voorts word aan die hand gedoen dat die faktore waarna in *Van Deventer* verwys word, van beperkte waarde is om te beslis oor die toelaatbaarheid van getuienis wat op grond van 'n onreëlmatige visenteringslasbrief bekom is. Betreffende die faktor dat daar waardevolle getuienis bekom is, is dit natuurlik so dat die staat uiteraard nie getuienis van die resultaat van 'n deursoeking sou wou aanbied indien dit nie waardevolle bewysmateriaal van die pleging van 'n misdryf, dikwels 'n ernstige misdryf, bied nie. In *Malherbe* byvoorbeeld, waar die lasbrief uitgereik is sonder dat inligting onder eed voor die uitreiker geplaas is, kon die Hoogste Hof van Appèl nie daarvan oortuig word om getuienis rakende die besit van kinderpornografie, 'n weersinwekkende misdaad, toe te laat nie. Betreffende die faktor dat die getuienis op 'n ongedwonge wyse bekom is, is dit natuurlik so dat 'n visentering op grond van 'n lasbrief inderdaad selde die samewerking of selfinkriminerende van die verdagte sal vereis. Wat die kwessie van die tegniese en nieflagrante aard van die skending van die reg as faktor betref, lê die waarde van die lasbrief juis in die noulettende nakoming van hierdie vereistes. In *Goqwana* is immers beslis dat 'n visenteringslasbrief nie 'n blote formaliteit, interdepartementele skrywe of 'n nota is nie, maar 'n belangrike wapen in diens van die staat, en die hof het bygevoeg: "It embodies awesome powers as well as formidable consequences." Die hof wys daarop dat 'n visenteringslasbrief met sorgsaamheid en versigtige oorsig uitgereik moet word nadat 'n landdros of vrederegter behoorlike oorweging aan die aangeleentheid gegee het (par. 10). In *Powell v Van der Merwe* 2005 1 All SA 149 (HAA) (hierna *Powell*) het appèlregter Cameron die volgende te sê gehad oor die tegniese aard van visenteringslasbriewe: "Our law has a long history of scrutinising search warrants with rigour and exactitude – indeed, with sometimes *technical rigour and exactitude*" (par. 50 – my kursivering). Alhoewel 'n mens nie weet of die gebreke in die aansoek om en uitreiking van die lasbrief in *Tiry* aan onkundigheid of kwaadwilligheid toe te skryf was nie, is dit natuurlik heeltemal onaanvaarbaar dat senior polisiebeamptes wat met die bevoegdheid bekleed is om visenteringslasbriewe te mag uitreik, nie met die basiese regsvereistes vertrou is nie. Die hof het natuurlik ook 'n rol te speel om onregmatige polisie-optrede te ontmoedig (sien Schwikkard en Van der Merwe 2015:267–72; Ally 2012:477 e.v.). Dit is belangrik dat die lede van die polisie diens in 'n demokratiese samelewing hul bevoegdhede streng binne die regsraamwerk moet uitoefen. Die reëls van die Strafprosesreg het immers nie alleen te make met die skuldigbevinding van aangeklaagdes nie, maar moet ook verseker dat getuienis op 'n prosedureel billike manier ingesamel word (sien *S v Mthembu* 2008 2 SASV 407 (HHA) par. 26; Bellengère e.a. 2019:177). Betreffende die faktor van *bona fide*-optrede deur die deursoekers, doen dit natuurlik nie afbreuk aan die wesenlike gebreke in die lasbrief nie. Daar sal sekerlik selde kwaadwilligheid toegedig kan word aan deursoekers wat nie betrokke was by die aansoek om, of uitreiking van, die lasbrief nie. Die gevaar verbonde aan die goedertrou-uitsondering is natuurlik dat polisiebeamptes aangemoedig kan word om maar altyd onkunde te pleit indien hulle nie hul grondwetlike pligte ten aansien van die ondersoek van misdaad behoorlik nakom nie (Schwikkard en Van der Merwe 2015:268). Die hof bevind voorts dat die getuienis in elk geval op regmatige wyse bekom sou gewees het. Om dit te bewerkstellig, sou daar egter waarskynlik opnuut om 'n lasbrief aansoek gedoen moes word. Die deursoeking sou byvoorbeeld nie sonder 'n lasbrief kon plaasgevind het nie, want daar was wel voldoende tyd om aansoek om die lasbrief te doen. In sodanige omstandighede sou 'n lasbrieflose deursoeking nie geoorloof wees nie. Die meer oortuigende faktor wat in *Tiry* vermeld word, is dat die individue reeds die plaas verlaat en op vlug geslaan

het in die stadium toe die visentering uitgevoer is. Hierbenewens het die deursoeking nie in 'n woonhuis geskied nie. Hierdie aspek van die saak word hier onder verder oorweeg.

4. Aanbeveling

Die regmatigheid van 'n deursoeking en beslaglegging hang ten nouste saam met die individu se redelike privaatheidsverwagting (*Bernstein* par. 76; Currie en De Waal 2013:297–8; *Goldberg v Director of Public Prosecutions, Western Cape* 2014 2 SASV 57 (WK) parr. 38–40; sien ook Price 2014:245 e.v.). Hoe verder wegbeweeg word van die woonplek wat as 'n persoonlike hawe beskou kan word, hoe swakker word die aanspraak op privaatheid. Die aanspraak van besighede op privaatheid, veral van dié wat in die openbaar bedryf word en dus potensiele gevare vir die publiek inhou, is daarom swakker (*Bernstein* par. 67; *Mistry v Interim National Medical and Dental Council* 1998 4 SA 1127 (KH) par. 27; Currie en De Waal 2013:298–301). Die aanspraak op privaatheid duur voort buite die woonplek, maar verswak hoe verder individue wegbeweeg van hierdie persoonlike ruimte (*Hyundai Motor Distributors* par. 15). Currie en De Waal (2013:309) doen aan die hand dat drie stappe gevolg behoort te word om oor die toelaatbaarheid van visentering en beslagleggings te beslis: Eerstens moet vasgestel word of die getuienis regmatig bekom is; tweedens moet die omvang van die reg op privaatheid vasgestel word, met ander woorde of daar 'n subjektiewe privaatheidsverwagting bestaan wat, objektief gesien, redelik is; en laastens moet die toets, soos in artikel 35(5) van die Grondwet neergelê, toegepas word.

Die Kanadese Hooggeregshof het nuttige riglyne neergelê aan die hand waarvan bepaal kan word of daar binne die konteks van visentering en beslagleggings 'n redelike privaatheidsverwagting bestaan. Dit is sinvol om na hierdie jurisdiksie te verwys, aangesien daar belangrike ooreenkomste tussen artikel 35(5) en die uitsluitingsklousule soos vervat in die Kanadese Handves van Regte en Vryhede bestaan (art. 24(2)). Vir 'n oorsig oor die Kanadese uitsluitingsklousule, sien Stuart (2010:313 e.v.). Weens hierdie ooreenkomste het Kanadese regspraak tot dusver 'n belangrike invloed gehad op die wyse waarop Suid-Afrikaanse howe die kwessie van die uitsluiting van getuienis hanteer het (*Gumede* par. 24).

In *R v Edwards* 1996 S.C.J. No 11, 45 C.R. 4th 47 (SCC) het die Kanadese hooggeregshof bevind dat ter beantwoording van die vraag of 'n redelike privaatheidsverwagting bestaan, die totaliteit van die heersende omstandighede oorweeg moet word (par. 5). Die hof het beslis dat die volgende faktore oorweeg kan word: (a) die teenwoordigheid van die persoon wie se belange geraak word, tydens die deursoeking; (b) die besit van of beheer oor die eiendom wat deursoek word; (c) die eienaarskap van die eiendom; (d) die historiese gebruik van die eiendom of item; (e) die vermoë om toegangsbeheer toe te pas; (f) die aanwesigheid van 'n subjektiewe privaatheidsverwagting; en (g) die objektiewe redelikheid van die privaatheidsverwagting (par. 6). (Vir kritiek op hierdie uitspraak sien Lawn en Bernstein 1997:341 e.v. en Quigley 2008:117 e.v.) Hierdie praktiese riglyne plaas klem op die verhouding tussen die persoon wie se regte geraak word en die perseel of houer wat deursoek word. Steward (2011:338–9) verwys hierna as die risikobenadering, waarvolgens die klem geplaas word op die mate waarin die plek teen visentering deur die buitewêreld beveilig word. Indien die beskuldigde versuim om die perseel te beveilig teen inmenging deur die buitewêreld, aanvaar hy of sy 'n moontlike skending van sy of haar privaatheidsbelange, ook deur agente van die staat.

Daar word aan die hand gedoen dat hierdie faktore wat grootliks te make het met die nut en waarde van die eiendom (Van der Walt en Pienaar 2009:15) aanvullende en selfs nuttiger riglyne bied wanneer bepaal word of 'n visentering grondwetlik aanvaarbaar is al dan nie. Indien die feite van *Tiry* teen hierdie faktore opgeweeg word, is die sterkste oorweging ten gunste van die appellant, Tiry, dat hy die eienaar van die eiendom was. Hierdie saak word egter van minder waarde indien daar in ag geneem word dat hy die eiendom verlaat het en op die vlug geslaan het en dat hy ten tye van die visentering skynbaar nie meer enige toesig of beheer oor die eiendom uitgeoefen of toegangsbeheer toegepas het nie. Daarbenewens is die eiendom van meet af aan vir georganiseerde misdaadbedrywighede geoormerk. As sodanig kon sy subjektiewe privaateitsverwagting nie sterk of redelik wees nie. Dit blyk ook dat dit nie nodig was om die woonhuis te betree om die getuienis in te samel nie, in welke geval die visentering sonder 'n behoorlike lasbrief moeiliker sal wees om te regverdig. Voorts is daar ook hier met uiters gevaarlike produkte gehandel wat 'n wesenlike gevaar vir die publiek ingehou het. Die moontlikheid bestaan wel dat hierdie benadering die omvang van die idee van redelike privaateitsverwagting kan verklein deur meer klem te plaas op die bestaan van 'n besit- of eienaarskap, in plaas van die individuele reg op privateit (Quigley 2008:133). Anders as in die geval van Kanada, waar die reg op privateit slegs met individue in verband gebring kan word, verleen die Suid-Afrikaanse Grondwet boonop pertinent erkenning aan eiendomsbeskerming binne die grondwetlike privateitswaorborg. In *Powell* par. 59 (my kursivering) beslis die hof met verwysing na ouer regspraak: "These cases establish this: Because of the great danger of misuse in the exercise of authority under search warrants, the courts examine their validity with a jealous regard for the liberty of the subject and his or her rights to privacy and property."

Reeds in 1990 word ook in *Naidoo v Minister of Law and Order* 1990 2 SA 158 (W) 159D-I beslis: "[I] have a fundamental approach to a matter of this nature which I believe is founded on precedent. All persons enjoy an exclusive right to property which is their own. All persons enjoy the right to determine who may and may not enter premises which they lawfully control."

5. Slotsom

Die uitspraak in *Tiry* kan die belangrikheid daarvan dat die regsvereistes vir die geldige visenteringslasbriewe streng nagekom behoort te word, moontlik ondermyn. Die hof se gebruik van die faktore wat normaalweg in ag geneem word om oor die toelaatbaarheid van ongrondwetlik verkreë getuienis te beslis, is nie noodwendig geskik om oor die kwessie te beslis waar die visentering op grond van 'n onreëlmatige lasbrief plaasgevind het nie. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie faktore aangevul kan word deur sterker klem te plaas op die subjektiewe privaateitsverwagting van die deursoekte, met besondere inagneming van die mate waarin hy of sy beheer uitgeoefen het oor die eiendom of items waarop beslag gelê is. Die visentering van 'n persoon of woonhuis is reeds 'n sterk aanduiding van 'n wesenlik subjektiewe privaateitsverwagting. In omstandighede waar die eiendom uitsluitlik vir misdadige doeleindes bedryf word en boonop deur die beskuldigde verlaat is, taan hierdie verwagting.

Bibliografie

Ally, D. 2012. Determining the effect (the social costs) of exclusion under the South African exclusionary rule: Should factual guilt tilt the scales in favour of the admission of unconstitutionally obtained evidence? *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 15(5):477–513.

Basdeo, V. 2009. The constitutional validity of search and seizure powers in South African criminal procedure. *Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 12(4):307–60.

Bellengère, A., C. Theophilopoulos en R. Palmer (reds.). 2019. *The law of evidence in South Africa*. Kaapstad: Oxford University Press.

Currie, I. en J. de Waal. 2013. *The Bill of Rights handbook*. 6de uitgawe. Claremont: Juta.

Du Toit, E., F. de Jager, A. Paizes en S.E. van der Merwe. 1987. *Commentary on the Criminal Procedure Act*. Diensuitgawe 64. Kaapstad: Juta.

Kruger, A. 2008. *Hiemstra's criminal procedure*. Diensuitgawe 13. Durban: LexisNexis.

Lawn, J. en A. Bernstein. 1997. Primacy to privacy? The Supreme Court and the privacy threshold in Edwards. *University of Toronto Faculty of Law Review*, 55(2):341–50.

Price, A. 2014. Search and seizure without warrant. *Constitutional Court Review*, 16:245–57.

Quigley, T. 2008. The impact of the Charter on the law of search and seizure. *Supreme Court Law Review*, 40(2):117–45.

Schmidt, C.W.H. en H. Rademeyer. 2003. *Law of evidence*. Diensuitgawe 18. Durban: LexisNexis.

Schwikkard, P.J. en S.E. van der Merwe. 2016. *Principles of evidence*. 4de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Steward, H. 2011. Normative foundations for reasonable expectations of privacy. *Supreme Court Law Review*, 54(2):336–55.

Stuart, D. 2010. Welcome flexibility and better criteria from the Supreme Court of Canada for exclusion of evidence obtained in violation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. *Southwestern Journal of International Law*, 16(2):313–33.

Theophilopoulos, C. (red.). 2020. *Criminal procedure in South Africa*. Kaapstad: Oxford University Press.

Van der Walt, A.J. en G. Pienaar. 2009. *Sakereg*. 6de uitgawe. Claremont: Juta.