

Vonnisbespreking: Die regte van verdagtes wat nie in hegtenis geneem of in aanhouding is nie *S v Makhala* 2022 1 SASV 485 (HHA); 2022 2 All SA 367 (HHA)

Pieter du Toit

Pieter du Toit, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit

Abstract

Conflicting judicial decisions exist on whether mere suspects, as opposed to arrested and detained persons, may claim the rights provided for in section 35 of the Constitution. Section 35(1)–(3) provides for the rights of arrested, detained and accused persons. According to some cases, suspects may indeed rely on these rights. In most cases, it was found that suspects cannot rely on section 35 but that the judges' rules adequately safeguard their rights. In the present case the Supreme Court of Appeal recognised that the pre-trial conduct of suspects may have significant adverse consequences that justify recognising that a suspect should be informed of certain fundamental rights.

The court, however, held that these rights do not derive from section 35 of the Constitution. The court raised several possibilities from which the rights of suspects to be warned may stem, without making a definite finding on the issue. In this contribution, it is argued that the judges' rules do not adequately cater for the right to legal representation and that the right to security of the person may indeed be a better foundation for recognising the rights of suspects.

Keywords: arrestee; constitutional exclusionary clause; detainee; judges' rules; legal representation; suspect

Trefwoorde: aangehoudene; gearreesteerde; grondwetlike uitsluitingsklousule; regsverteenvoordinging; regtersreëls; verdagte

1. Inleiding

Artikel 35 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 (hierna “die Grondwet”) waarborg die regte van gearresterde (art. 35(1)), aangehoue (art. 35(2)) en beskuldigde persone (art. 35(3)). In die konteks van die polisie-ondersoek is dit natuurlik veral die reg om te swyg, die reg om nie verplig te word om ’n bekentenis of erkenning te maak wat as getuienis teen die maker daarvan gebruik sou kon word nie, die reg op regsverteenvoerdiging, asook die reg om oor hierdie regte ingelig te word, wat ’n deurslaggewende rol speel by die vraag of getuienis, veral selfinkriminerende getuienis, in die opvolgende strafsak toelaatbaar sal wees. Artikel 35(5) van die Grondwet bepaal dat getuienis wat verkry is op ’n wyse wat enige reg in die Handves van Regte skend, uitgesluit moet word indien toelating van sodanige getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees.

Die vraag ontstaan dan wat die posisie van ’n persoon is wat verdink word van die pleging van ’n misdad, maar wat nie ’n gearresterde, aangehoue of beskuldigde persoon is nie. Die voor die hand liggende gevaar bestaan dat die polisie verdagte persone doelbewus nie arresteer en aanhou nie om sodoende selfinkriminerende verklarings te bekom ten einde die vereiste te omseil dat prosedurele billikheidsregte aan hierdie persone verduidelik word. In *S v Bomvana* 2019 1 SASV 418 (ECM) (par. 28) waarsku die hof ook: “Courts should be extremely loath to accept police’s assertions, even under oath, that a person was not under arrest simply because they say so or was not handcuffed or was not informed that he was under arrest”. Kan ’n blote verdagte dus aanspraak maak op die regte vervat in artikel 35 van Grondwet?

Daar bestaan teenstrydige uitsprake van die howe oor hierdie kwessie. In die *Makhala*-saak, wat hier bespreek word, het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat artikel 35 van die Grondwet inderdaad nie beskerming verleen aan ’n verdagte wat nie gearrester is of aangehou word nie. Die hof het egter ook aanvaar, sonder om finaal hieroor te beslis, dat ’n verdagte moontlik op grond van ander grondwetlike oorwegings daarop geregtig sou kon wees om oor bepaalde prosedurele billikheidsregte ingelig te word. Die doel van hierdie bydrae is om die *Makhala*-saak te ontleed en enkele voorstelle te maak oor die wyse waarop hierdie kwessie moontlik in die toekoms hanteer kan word.

In hierdie verband sal daar ook kortliks verwys word na die regsposisie in Kanada. Belangrike ooreenkomste bestaan tussen artikel 35(5) van die Suid-Afrikaanse Grondwet en die uitsluitingsklousule soos vervat in artikel 24(2) van die Kanadese Handves van Regte en Vryhede. (Vir ’n oorsig van die Kanadese uitsluitingsklousule, sien Stuart (2010:313 e.v.)) Kanadese regspraak het ’n belangrike invloed gehad op die wyse waarop Suid-Afrikaanse howe die uitsluiting van getuienis in strafsake hanteer (*S v Gumede* 2017 1 SASV 253 (HHA) par. 24).

Die *Makhala*-saak handel ook oor ’n ander belangrike bewysregtelike kwessie, naamlik die toelaatbaarheid as hoorsê-getuienis van ’n verklaring wat aan die polisie gemaak word in gevalle waar die verklaarder hom of haar later tydens getuienisaflegging in die hof van die verklaring distansieer. Hierdie aspek van die saak sal egter nie in hierdie bydrae aandag geniet nie.

2. Die Makhala-beslissing

2.1 Feite

Die twee appellante is in die Wes-Kaapse Hooggeregshof skuldig bevind aan moord en vuurwapenverwante aanklagte. Beide is tot lewenslange gevangenisstraf vir die moord en 'n termyn van direkte gevangenisstraf vir die ander misdade gevonniss. Die verhoorhof het aan beide die appellante verlof toegestaan om na die Hoogste Hof van Appèl te appelleer (par. 1). Die agtergrond van die saak is dat die oorledene, 'n munisipale raadslid, doodgeskiet is toe hy van 'n vergadering af op pad was na sy huis (par. 2). 'n Span polisiebeamptes is aangewys om die moord te ondersoek.

Die polisie het inligting ontvang dat een van die appellante saam met twee ander persone tydens die naweek wat die moord voorafgegaan het in 'n taverne in die woonbuurt was waar die moord gepleeg was. Een van die persone by die taverne was die betrokke appellant se broer, Luzuko Makhala (hierna LM). Die polisie het LM opgespoor en hy is deur 'n sersant Wilson ondervra. Tydens die ondervraging het LM sekere mededelings aan Wilson rakende sy bewegings op die betrokke naweek gemaak. LM het die polisie egter op 'n dwaalspoor gelei en verdere ondersoekwerk het daarop gedui dat sy verklaring rakende die gebeure vals was (par. 3). Die polisie het LM op 'n latere stadium met die beskikbare getuienis gekonfronteer waarna hy hom bereidwillig verklaar het om sy aandeel in die moord te openbaar. Hy is ook meegedeel dat hy as 'n sogenaamde artikel 204-getuie gebruik sou word (par. 4).

Artikel 204 van die Strafproseswet 51 van 1977 bepaal dat die hof aan 'n staatsgetuie vrywaring van vervolging vir 'n misdaad kan verleen indien die getuie eerlik en openhartig getuig en selfinkriminerende vrae beantwoord. LM het hierna twee verklarings oor die voorval aan die polisie gemaak. Die eerste verklaring is aan kolonel Ngxaki gemaak. Ngxaki, 'n ervare polisiebeampte, het getuig dat hy LM van sy reg op regsverteenvoording, swygreg, die privilegie teen selfinkriminasie, asook die bepalings van artikel 204 van die Strafproseswet verwittig het. Hierop het LM vrywilliglik 'n omvangryke verklaring gemaak wat deur Ngxaki genotuleer is (par. 5).

Volgens die verklaring was die tweede appellant, ook 'n munisipale raadslid, op soek na iemand om die oorledene om die lewe te bring. Die eerste appellant, synde LM se broer, het LM genader om vas te stel of hy bewus was van 'n persoon wat bereid sou wees om die moord te pleeg. LM het die moordenaar gewerf en ook sy en die ander appellante se verdere betrokkenheid by die moord bekend gemaak (par. 6). LM het later ook 'n tweede verklaring aan sersant Mdokwana gemaak waarin verdere duidelikheid oor die omstandighede van die moord verskaf is (par. 7). Die staat het LM as getuie geroep in die strafsak teen die persone wat hy in sy verklarings geïmpliseer het.

Tydens die verhoor, en sonder dat die aanklaer dit verwag het, het LM egter die waarheid rakende inhoud van die verklarings wat hy gemaak het, ontken. LM het beweer dat die inligting in die verklarings vervat versinsels was omdat hy deur die polisie geïntimideer en met aanranding gedreig is. Hy het dus net gesê wat hy gedink het die polisie graag van hom wou hoor. Op versoek van die aanklaer het die verhoorhof LM tot 'n vyandige getuie verklaar (par. 9). Die verhoorhof het nietemin sy verklarings aan die polisie as hoorsê-getuienis toegelaat. Die appellante se skuldigbevindings het grootliks op hierdie getuienis berus (par. 8).

2.2 Die kwessies wat deur die Hoogste Hof van Appèl oorweeg moes word

Die Hoogste Hof van Appèl moes beslis of die verhoorhof die verklarings wat LM gemaak het tereg as getuienis toegelaat het. Indien daar bevind sou word dat die getuienis uitgesluit moes word, sou dit onvermydelik lei tot die tersydestelling van die appellante se skuldigbevindings (parr. 8 en 15). Die hof identifiseer vyf verskillende gronde waarop die appellante se saak vir doeleindes van die appèl berus (parr. 16–20). Soos aangedui, fokus hierdie bydrae slegs op een daarvan, wat die hof as die legaliteitsbetwisting (“legality challenge”) identifiseer. Dit is naamlik dat LM die verklarings nie vrywillig gemaak het nie en dat dit strydig met sy fundamentele regte bekom is.

Volgens die appellante moes die verhoorhof hierdie onregmatig verkreë getuienis uitgesluit het (par. 16). Later, uit die uitspraak, blyk dit dat hierdie betoog op twee gronde berus het. Die eerste grond was dat LM die verklarings nie vrywillig gemaak het nie, maar dat hy dit afgelê het omdat daar valse beloftes aan hom gemaak is rakende sy vrywaring van vervolging. Die tweede grond was dat hy nie die geleentheid gegun is om met ’n regsvertegenwoordiger te konsulteer nie en dat hy nie ingelig is dat hy oor die reg beskik om homself nie te inkrimineer nie (par. 24).

2.3 Beslissing

2.3.1 *Het die grondwetlike uitsluitingsreël slegs te make met gearresterdes, aangehoudenenes en beskuldigdes?*

Waarnemende appèlregter Unterhalter som eerstens die regsposisie rakende onregmatig verkreë getuienis op deur te begin by die gemene reg. Hiervolgens is alle relevante getuienis toelaatbaar, ongeag die wyse waarop dit verkry is. Die hof het egter oor die diskresie beskik om getuienis uit te sluit wat die beskuldigde onbillik sou benadeel. Die hof meld daarna dat hierdie diskresionêre uitsluitingsreël deur die inwerkingtreding van artikel 35(5) van die Grondwet verander is. In hierdie verband steun die hof op *S v Tandwa* 2008 1 SASV (HHA) parr. 117–220 waar beslis is dat die toelating van ongrondwetlik verkreë getuienis nie noodwendig tot ’n onbillike verhoor sal lei nie, maar dat die getuienis uitgesluit moet word indien dit wel die geval is.

Eweneens kan dit wees dat sodanige getuienis nie die verhoor onbillik maak nie, maar andersins nadelig vir die regspleging kan wees. Ook in so ’n geval moet die getuienis uitgesluit word (par. 22). Die hof bevind dat artikel 35(5) nie slegs betrekking het op die regte van gearresterdes, aangehoudenenes en beskuldigdes, soos in die geval van artikel 35(1)–(3) van die Grondwet nie. Die hof steun op *S v Mthembu* 2008 2 SASV 407 (HHA) waar daar beslis is dat artikel 35(5) vereis dat getuienis wat onbehoorlik van enige persoon verkry is, en nie slegs van die beskuldigde nie, uitgesluit moet word. Artikel 35 is gemik op ’n billike verhoor en die bevordering van die regspleging.

Alhoewel die billikheid van die verhoor grootliks te make het met die regte van die beskuldigde, strek die regspleging wyer en het dit ook te make met die handhawing van die integriteit van die instellings van strafregpleging. Die hof bevind dat artikel 35(5) daarom van toepassing sou wees indien die verklarings wat LM afgelê het en as getuienis teen die appellante gebruik is, strydig met die regte in die Handves van Regte bekom is (par. 23).

2.3.2 Was LM 'n gearresterde, aangehoudene of beskuldigde?

Die hof moes beslis of LM 'n gearresterde, aangehoudene of beskuldigde was, en indien nie, of enige van sy regte, vervat in die Handves van Regte, geskend is. Hierdie kwessie is ter sake omdat artikel 35 van die Grondwet regte aan gearresterde (art. 35(1)), aangehoue (art. 35(2)), en beskuldigde persone (art. 35(3)) verleen. Die hof beslis dat, in ag genome die getuienis wat deur die verhoorhof aanvaar is, LM nie in een van hierdie kategorieë geval het nie. Toe Wilson die eerste keer vir LM genader het, was hy geensins 'n verdagte in die saak nie. Eers nadat verdere getuienis bekom en LM deur die polisie daarmee gekonfronteer is, het hy verklarings gemaak waarin hy sy betrokkenheid by die pleging van die misdrywe geopenbaar het (par. 25).

Uit sy verklarings het dit geblyk dat LM 'n medepligtige by die moord was. Hy is egter in geen stadium in hegtenis geneem of in aanhouding geplaas nie. Hy het beide die verklarings vrywillig gemaak. Dit was deurgaans duidelik dat die vervolgingsgesag hom as 'n staatsgetuie sou gebruik en dat die aanklaer onkant betrap was deur sy ontkenning van die waarheid van die inhoud van sy verklarings. Die verhoorhof het LM daarom tot 'n vyandige getuie verklaar. Die Hoogste Hof van Appèl bevind dat, selfs onder die mees uitgebreide moontlike betekenis van die begrippe, LM nooit 'n gearresterde, aangehoue of beskuldigde persoon was nie (par. 26).

Hy het dus oor geen regte ingevolge artikel 35 van die Grondwet beskik nie en sy regsverteenvoerders kon ook nie aantoon dat hy hom in die omstandighede van die saak op enige ander regte vervat in die Handves van Regte kon beroep nie (par. 27).

2.3.3 Kan 'n verdagte hom of haar op artikel 35(1)–(3) van die Grondwet beroep?

Daar is egter namens die appellante aangevoer dat LM, toe hy hom bereid verklaar het om verklarings aan die polisie te maak, minstens 'n verdagte was en dat hy daarom daarop geregtig was om ingelig te word van die reg op regsverteenvoerding, die reg om te swyg en die reg om 'n verklaring op vrywillige grondslag te maak (par. 28). Die hof verwys na *S v Orrie* 2005 2 All SA 212 (K); 2005 1 SASV 63 (K) (hierna *Orrie*) waar die regspraak oor die kwessie ontleed is en waaruit dit blyk dat uitsprake oor hierdie kwessie nie eenstemmig is nie.

Die Hoogste Hof van Appèl beslis dat wanneer 'n verdagte 'n selfinkriminerende verklaring maak, dit waarskynlike gevolge vir die persoon inhou. So 'n persoon kan byvoorbeeld gearrester en aangehou word en uiteindelik selfs 'n beskuldigde word. Hy of sy kan ook die vervolgingsgesag nader oor die moontlikheid om as 'n getuie vir die staat te dien. Hierdie belangrike regsimplikasies kan as regverdiging dien dat verdagtes oor bepaalde fundamentele regte ingelig behoort te word (par. 29).

Die hof staan egter vas daarop in die bevinding dat hierdie regte nie uit artikel 35 van die Grondwet voortspruit nie. Die hof wys daarop dat om 'n verdagte te wees normaalweg ook die basis sal wees vir 'n persoon om 'n gearresterde, aangehoudene of beskuldigde te wees. Dit volg egter nie noodwendig dat 'n verdagte inderdaad 'n gearresterde, aangehoudene of beskuldigde sal wees nie. Die regte van 'n verdagte wat nie 'n gearresterde, aangehoudene of beskuldigde is nie, kan moontlik binne die trefwydte van ander grondwetlike regte val ten einde die toelaatbaarheid van verklarings te bepaal wat deur hom of haar gemaak is. Dit sluit in die reg op sekerheid van die persoon (art. 12); die reg op menswaardigheid (art. 10); of op die basis dat dit moontlik deel uitmaak van die beskerming wat deur die regtersreëls aan verdagtes gebied word (par. 30).

Die hof aanvaar, sonder om finaal daarvoor te beslis, dat 'n verdagte ingelig behoort te word oor die reg om te swyg en die reg op regsverteenvoerding alvorens enige stap in die polisie-

ondersoek gedoen word wat wesenlike gevolge vir die verdagte inhou. Die hof aanvaar verder, sonder om daarvoor te beslis, dat die gemeenregtelike diskresie om getuienis uit te sluit steeds geld in gevalle waarin artikel 35(5) van die Grondwet nie toepassing vind nie (par. 31).

2.3.4 *Het die polisie enige van LM se regte geskend?*

Gegewe bevindings hier bo, het die vraag ontstaan of enige van LM se regte geskend is, en indien wel, of die toelating van sy verklaring aan die polisie by die verhoor daartoe gelei het dat die appellante se verhoor onbillik of andersins nadelig vir die regspleging was (par. 32). Uit die dokument waarin LM se eerste verklaring aangeteken is, het dit geblyk dat die polisie hom gewaarsku het dat (i) slegs die Direkteur van Openbare Vervolgings (DOV) 'n besluit kon neem of hy as 'n artikel 204-getuie gebruik sou word; (ii) indien die DOV sou kies om hom nie as sodanig aan te wend nie, sy verklaring nie as getuienis teen hom gebruik sou word nie; (iii) hy geensins verplig was om 'n selfinkriminerende verklaring af te lê nie; (iv) hy met 'n regspraktisyn kon konsulteer of regsadvies kon bekom alvorens hy enige verklaring aflê; en (v) hy die verklaring vrywillig moes aflê. Die appellante het egter aangevoer dat dit nie uit die verklaring geblyk het hoe LM op die waarskuwings en inligting gereageer het nie, of dat hy dit behoorlik begryp het nie (par. 33).

Die hof beslis egter dat die betoë namens die appellante problematies is (par. 34). Die eerste vraag ter sprake is: Indien LM wel regte as 'n verdagte gehad het, in watter stadium het hy dan 'n verdagte geword? Toe LM tydens sy tweede ondervraging met die beskikbare getuienis gekonfronteer is, was hy verskonend en het aangedui dat hy die polisie wou vertel wat werklik gebeur het. In daardie stadium was hy nie 'n verdagte nie, maar het spontaan geantwoord omdat hy in 'n ooglopende leuen vasgevang was.

Wat ook al LM se beweegredes was, hy het besluit om sy samewerking te gee vóórdat hy 'n verdagte was en sonder dat hy daartoe gedwing is. LM was dus nie 'n verdagte nie en die polisie was nie verplig om hom van sy reg om te swyg en sy reg op regsverteenvoording in te lig nie. Hy was bloot 'n persoon wat die polisie met hul ondersoek behulpsaam was en wat gekies het om aan hulle te vertel wat hy weet. Die hof bevind dat dit wel so kan wees dat hy 'n verdagte geword het nadat hy die polisie meegedeel het dat hy bereid was om die ware weergawe van gebeure bekend te maak. Die koeël was egter toe reeds deur die kerk en LM het sy keuse uitgeoefen.

Die hof bevind dat dit moeilik is om in te sien waarom hy in daardie stadium op enige van die regte ter sprake aanspraak sou maak (par. 35). Die hof bevind voorts dat, selfs indien LM 'n verdagte was, die aanvaarde getuienis in elk geval daarop gedui het dat geeneen van sy regte geskend is nie. Hy is inderdaad oor sy regte ingelig en sy posisie as potensiële staatsgetuie is aan hom verduidelik. Die oogmerk van die verklaring is aan hom verduidelik en hy het die verklaring vrywillig gemaak. Die verhoorhof het sy weergawe dat hy gedwing is om die verklaring te maak, tereg verwerp (par. 36).

Daar is verder namens die appellante aangevoer dat die polisie LM mislei het deur hom mee te deel dat die inkriminerende verklaring nie teen hom gebruik sou word indien hy nie as 'n staatsgetuie gebruik sou word nie. Daar is betoog dat hierdie mededeling nie die ware posisie weerspieël nie, omdat artikel 204 van die Strafproseswet nie van toepassing is op die verklaring van 'n potensiële staatsgetuie wat moontlik nooit vir die staat mag getuig nie. Die hof bevind dat daar geen aanduiding was dat die ondernemings wat deur die polisie gegee is enigsins as beweegrede gedien het vir LM se verklaring nie. Hy het hom reeds gewillig verklaar om 'n verklaring te maak voordat hierdie regte aan hom verduidelik is (par. 37).

Die hof beslis verder dat die appellante in elk geval nie 'n saak kon uitmaak dat die getuienis die verhoor onbillik sou maak of andersins nadelig vir die regspleging sou wees nie. LM het immers getuienis by die verhoor gelewer en hy kon in kruisverhoor geneem gewees het oor elke aspek van die verklaring wat hy gemaak het. Hy het egter afgewyk van sy verklaring en het tydens die verhoor alles gedoen wat hy kon om die appellante se saak te bevoordeel. Die appellante het dus geen nadeel gely nie. LM het die verklarings vrywillig afgelê, deels weens sy skuldgevoel en deels in sy eie belang (par. 38). Die hof bevind ongeag die toepassing van artikel 35(5) van die Grondwet of die gemeenregtelike uitsluitingsreëls dat geeneen van LM se regte geskend is toe die verklarings bekom is nie (par. 39).

3. Bespreking

3.1 Die begrippe verdagte, aangehoudene en beskuldigde

Soos reeds hier bo uitgewys, word in artikel 35 van die Grondwet onderskeid getref tussen die regte van gearresterdes (art. 35(1)), aangehoudenenes (art. 35(2)) en beskuldigdes (art. 35(3)). Dit maak nie melding van verdagtes nie. Viljoen (1998:par. 5B12) beskryf 'n verdagte as “someone who does not know that he or she is at the risk of being charged”. In *S v Sebejan* 1997 1 SASV 626 (W) (hierna *Sebejan*) 627a omskryf regter Satchwell 'n verdagte as “one about whom there is some apprehension that she may be implicated in the offence under investigation and, it may further be, whose version of events is mistrusted or disbelieved”.

In ander sake is egter beslis dat hierdie toets onvoldoende is en dat 'n objektiewe toets gebruik moet word, met ander woorde daar moet eerder gevra word of daar 'n redelike vermoede bestaan dat die individu by die pleging van die misdaad betrokke is (*S v Ndlovu* 1997 12 BCLR 1785 (N) 1792b; *S v Khan* 2010 2 SASV 476 (KZP) par. 26). In *S v Thebus* 2003 6 SA 505 (KH); 2003 10 BCLR 1100 (KH) (hierna *Thebus*) het regter Yacoob in 'n afsonderlike uitspraak beslis dat die drie bovermelde subartikels van artikel 35 raakpunte het en mekaar ook aanvul.

Die subartikels dui op 'n logiese vloei in die strafregstelsel wat van toepassing is op 'n persoon wat verdink word van die pleging van 'n misdryf. Die eerste stap is die inhegtenisneming van 'n persoon wat na bewering 'n misdaad gepleeg het. Sodanige persoon word nog nie as 'n beskuldigde geag nie. Die inhegtenisneming lei ook nie sonder meer daartoe dat die persoon 'n aangehoudene is en dus op die regte vervat in artikel 35(2) geregtig is nie. Artikel 35(1) en (2) is van toepassing op almal wat gearrester en aangehou word. Elke gearresterde is daarop geregtig om by sy of haar eerste hofverskyning aangekla te word, van die rede vir sy of haar verdere aanhouding ingelig te word, of vrygelaat te word. Indien hy of sy vrygelaat word, bring dit 'n einde aan die proses. Waar 'n persoon vir verdere ondersoek aangehou word, bly hy of sy 'n aangehoudene en is as sodanig geregtig op die regte vervat in beide artikel 35(1) en (2). Dit is eers wanneer die persoon aangekla word dat hy as 'n beskuldigde geklassifiseer kan word en op die reg op 'n billike verhoor, soos vervat in artikel 35(3) van die Grondwet, aanspraak kan maak (*Thebus* par. 103).

Gegrand hierop het die Konstitusionele Hof in 'n latere uitspraak ook beslis dat die Strafproseswet dieselfde raamwerk as die Grondwet volg en dat inhegtenisneming en aanhouding twee afsonderlike regsproesse is. Artikel 40 van die Strafproseswet maak voorsiening vir inhegtenisneming sonder 'n lasbrief, terwyl artikel 41 van die wet vir inhegtenisneming met 'n lasbrief voorsiening maak. Aanhouding word deur artikel 50 van die Strafproseswet gereguleer (*Raduvha v Minister of Safety and Security* 2016 10 BCLR 1326 (KH); 2016 2 SASV 540 (KH) parr. 37–8).

Alhoewel inhegtenisneming en aanhouding afsonderlike fases is, wek die benadering van regter Yacoob in die *Thebus*-uitspraak die indruk dat daar moontlik 'n fase kan wees waartydens 'n gearresterde nog nie 'n aangehoudene is nie. Hierdie benadering is problematies, gegewe die feit dat een van die vereistes van 'n regmatige inhegtenisneming juis is dat die arresterder beheer oor die liggaam van die verdagte moet uitoefen (art. 39 van die Strafproseswet 51 van 1977). Aanhouding volg normaalweg op arrestasie totdat die beskuldigde op borgtog vrygelaat word of daar andersins met hom ooreenkomstig die reg gehandel is.

Daar is egter ook 'n ander perspektief, naamlik dat aanhouding inhegtenisneming kan voorafgaan. Viljoen (1998:par. 5B13) skryf: “Whether ‘detention’ precedes ‘arrest’ or whether the two overlap, the arrested person’s rights in terms of section 35(1) should be read as an addition to the rights he or she has as a ‘detained person’ (section 35(2)), and the other way round (if applicable)”. Kruger wys daarop dat, alhoewel die skeidslyn tussen inhegtenisneming en aanhouding vaag kan wees, daar inderdaad 'n duidelike onderskeid tussen die twee begrippe getref kan word. Inhegtenisneming verwys spesifiek na die aanvanklike vryheidsontneming ten einde die individu aan te kla. Aanhouding daarenteen is 'n wye en generiese term wat te make het met die voortgesette vryheidsontneming. Die een volg gewoonlik op die ander. Iemand wat nie in hegtenis geneem is nie, maar deur die polisie as 'n verdagte of as 'n bron van inligting ondervra word, kan ook as 'n aangehoudene beskou word (Kruger 2008:hoofstuk 5–5; sien ook Currie en De Waal 2013:748–9). Du Toit e.a. (1987:24–56) voer dan ook aan dat die kwessie wyer strek as die blote vasstelling van 'n definisie van verdagtes en aangehoudenes en dat daar ruimte is vir 'n vertolking dat 'n aangehoudene nie slegs verwys na 'n persoon wat in bewaring verkeer nie. Dit is inderdaad die benadering wat in Kanada gevolg en in 3.3 hier onder aangeraak word.

3.2 Ontwikkeling van die posisie van verdagtes in Suid-Afrika

Soos vroeër vermeld, het die Hoogste Hof van Appèl in die *Makhala*-saak na *Orrie* verwys waarin die teenstrydige beslissings oor die onderwerp ter sprake onder die loep geneem is. Die hof verwys egter nie na sy eie vroeëre uitspraak in *Zwane v S* (426/13) [2013] ZASCA 165 (27 November 2013) (hierna *Zwane*) par. 8 waar 'n nuttige opsomming van die regspraak oor die onderwerp verskaf is nie. Die opsomming hier steun grootliks op die bevindings in *Zwane*. In *Zwane* word daarop gewys dat die hof in *Orrie* die grondwetlike voorverhoor-regte wat aan gearresterdes, aangehoudenes en beskuldigdes verleen word ook na verdagtes uitgebrei het. In *Sebejan* het die hof ook *obiter dictum* beslis dat persone wat nie verdagtes is nie, sonder enige waarskuwing ondervra mag word, maar dat verdagtes, selfs in omstandighede waarin hul antwoorde op vrae hul onskuld kan aantoon, die voordeel van 'n waarskuwing behoort te ontvang. Verdagtes moet dus anders hanteer word as blote getuies.

In verskeie ander uitsprake het die hof egter geweier om die benadering in *Orrie* en *Sebejan* na te volg (*S v Ndlovu* 1997 12 BCLR 1785 (N); *S v Langa* 1998 1 SASV 21; *S v Van der Merwe* 1998 1 SASV 194 (O); *S v Ngwenya* 1998 2 SASV 503 (W); *S v Mthetwa* 2004 1 SASV 449 (OK); *S v Khan* 2010 2 SASV 476 (KZP) par. 22; sien in hierdie verband ook die bespreking van die kwessie deur Schwikkard en Van der Merwe 2016:248). In *S v Lachman* 2010 2 SASV 52 (HHA) het die kwessie weer ter sprake gekom, maar die Hoogste Hof van Appèl het dit onnodig geag om uitsluitel hieroor te gee (*Lachman* par. 39). Betreffende *Lachman*, kan dit egter vermeld word dat die hof *a quo* die kwessie wel deeglik oorweeg het.

Regters Kroon en Pickering was egter nie daarvan oortuig dat die benadering dat verdagtes nie as gearresterdes en aangehoudenes behandel behoort te word nie, verkeerd was nie (*S v Lachman*

(CA&R 202/2007) [2008] ZAECHC 202 (27 November 2008) parr. 89–91). Die *Makhala*-uitspraak bevestig nou onomwonde dat 'n verdagte wat nie gearresteer of aangehou is nie, inderdaad nie aanspraak kan maak op die regte vervat in artikel 35 van die Grondwet nie.

In die *Makhala*-saak meld die Hoogste Hof van Appèl dat 'n verdagte se reg om oor bepaalde regte ingelig te word moontlik uit ander oorwegings kan voortspruit. Dit sluit in die reg op sekerheid van die persoon (vervat in art. 12 van die Grondwet); die reg op menswaardigheid (art. 10); of op die basis dat dit moontlik deel uitmaak van die beskerming wat deur die regtersreëls aan verdagtes gebied word (par. 30). Die regtersreëls is in 1931 tydens 'n regterskonferensie in Kaapstad aangeneem as administratiewe direktiewe wat 'n soortgelyke raamwerk volg as reëls wat vantevore in Engeland en Wallis in *R v Voisin* 1918 1 KB 531 aangeneem is (*R v Kuzwayo* 1949 3 SA 761 (A); Kriegler en Kruger 2002:580).

Volgens Theophilopoulos (2020:114) dien dit as aanvullende prosedurele waarborge. Kriegler en Kruger (2002:580) is egter van oordeel dat die regtersreëls grootliks van historiese belang is omdat dit deur die norme van die Grondwet ondervang is. Volgens die skrywers dien dié reëls egter steeds as algemene riglyne vir die alledaagse gedrag van polisiebeamptes teenoor verdagtes. Sommige skrywers is van oordeel dat die regtersreëls moontlik reeds tot 'n gemeenregtelike regsreël verhef is (Bellengère, Theophilopoulos en Palmer 2019:45 vn. 8).

Volgens dié reëls (in Afrikaans weergegee in Kriegler en Kruger 2002:580–1) mag polisiebeamptes sonder waarskuwing vrae stel aan persone wat hulle nie verdink van die pleging van die misdaad wat ondersoek word nie. Vrae mag gestel word aan iemand wat onder verdenking is, waar dit moontlik is dat die persoon deur sy antwoorde inligting kan verskaf wat sy onskuld kan bewys. In sodanige omstandighede moet die waarskuwing, soos vervat in die regtersreëls, eers gegee word. Daar behoort nie vrae gestel te word waarvan die enigste doel is om getuienis teen die verdagte te kry nie. Die strekking van die waarskuwing is dat die verdagte ingelig word dat die ondervraer 'n polisiebeampte is; wat die aard van die ondersoek is; en dat die verdagte versigtig moet wees wat hy of sy sê.

Daar word egter nie melding gemaak van die reg op regsverteenvoording en die reg om nie vrae te beantwoord nie. Die regtersreëls bepaal dat iemand wat in hegtenis geneem is, ingelig behoort te word oor die reg om te swyg. In *Makhala* aanvaar die hof, sonder om finaal daarvoor te beslis, dat 'n verdagte ingelig behoort te word oor die reg om te swyg en die reg op regsverteenvoording alvorens enige stap in die polisie-ondersoek gedoen word wat wesentliche gevolge vir die verdagte inhou. Die reg op regsverteenvoording in die voorverhoor-fase asook tydens die verhoor is ewe belangrik (Joubert 2020:117–8). Dit blyk dus dat die inhoud van die regtersreëls nie omvangryk genoeg is om as grondslag vir die beskerming van verdagtes te dien nie.

3.3 'n Kort regsvergelykende oorsig: die posisie in Kanada

Artikel 10 van die Kanadese Handves van Regte en Vryhede maak voorsiening vir die regte van gearresteerde en aangehoude persone. Dit bepaal onder meer dat elke gearresteerde en aangehoudene geregtig is op regsverteenvoording en om oor die reg op regsverteenvoording ingelig te word. Die Kanadese Hooggeregshof het in verskeie sake geworstel met die vraag na wat die begrip aanhouding in hierdie konteks beteken. Die begrip aanhouding kan verwys na 'n wye verskeidenheid vorme van aanhouding van wisselende lengte (*R v Therens* 1985 1 SCR 613 par. 50; vir 'n bespreking van die *Therens*-saak sien Welsh 1985:524 e.v.)

In *R v Grant* 2009 2 SCR 353 par. 44 het die hof beslis dat die begrip aanhouding te make het met die opskorting van 'n individu se vryheid by wyse van 'n wesenlik fisiese of psigologiese inperking. Psigologiese inperking geskied wanneer die individu deur die reg verplig word om aan 'n vryheidsbeperkende versoek of eis te voldoen. Dit geskied ook in die geval waar 'n redelike persoon tot die gevolgtrekking sal kom dat hy of sy geen ander keuse het as om aan die versoek of eis te voldoen nie.

Dit is egter nie altyd duidelik of 'n persoon aangehou word in gevalle waar daar geen fisiese inperking of regsplig bestaan om aan 'n versoek of eis te voldoen nie. Om dit vas te stel kan die hof drie faktore oorweeg. Die eerste faktor is die omstandighede wat aanleiding gegee het tot die interaksie met die owerhede soos wat redelikerwys deur die betrokke individu ervaar is. Hierby inbegrepe is die vraag of die polisie algemene bystand verleen en orde handhaaf en algemene navrae oor 'n voorval doen aan die een kant, of, aan die ander kant, die individu vir ondersoekdoeleindes uitgesonder is. Die tweede faktor is die aard van die polisieoptrede, insluitende die taal wat gebruik is; die gebruik van fisieke kontak; die plek waar die ondervraging plaasvind; die teenwoordigheid van ander persone as die polisie tydens die ondervraging; en die duur van die interaksie. Die derde faktor is die besondere eienskappe of omstandighede van die individu wat geraak word, insluitende sy of haar ouderdom, fisiese voorkoms, opvoedingsvlak en die vraag of hy of sy deel uitmaak van 'n minderheidsgroep. (Die *Grant*-saak word bespreek deur Stuart 2010:313 e.v. en Johnston 2010:437 e.v.; sien ook die bespreking van die Kanadese regsposisie rakende bekendnisse deur verdagtes in die konteks van 'n lokvink-operasie deur Naude 2017:22 e.v.)

4. Gevolgtrekking

Die *Makhala*-saak het die verskillende sienswyses van die howe oor die vraag of verdagtes op die regte in artikel 35 van die Grondwet kan aanspraak maak, bygelê. Die hof beslis dat verdagtes inderdaad nie daarop kan aanspraak maak nie. Die hof het egter nie besliste standpunte ingeneem oor die grondslag waarop 'n verdagte op 'n waarskuwing geregtig sou wees en in watter stadium 'n verdagte gewaarsku behoort te word nie. In die *Makhala*-saak het die polisie LM inderdaad van meet af aan as 'n potensiele staatsgetuie hanteer en was hy in ieder geval ingelig oor sy fundamentele regte en wat dit beteken om getuie onderworpe aan vrywaring van vervolging te lewer. Dit was dus nie werklik nodig vir die hof om finaal oor die twee kwessies te beslis nie, maar dit sou tog waardevol vir die polisie en howe gewees het. Dit blyk egter dat die strekking van die meeste uitsprake is dat verdagtes gewaarsku behoort te word indien daar redelike gronde is om te vermoed dat hy of sy by die misdryf betrokke was en moontlik iets kan sê of doen wat wesenlike gevolge (soos 'n latere vervolging) kan inhou.

Alhoewel die hof na verskeie moontlike gronde verwys het wat kan dien as die grondslag dat prosedurele billikheidsregte aan verdagtes verduidelik behoort te word, blyk dit uit die strekking van die meerderheid beslissings van die verskillende afdelings van die hooggeregshof dat die nakoming van die regtersreëls voldoende beskerming bied aan verdagtes en dat hierdie reëls in elk geval uitdrukking gee aan die gees van die Grondwet. Die probleem is egter dat die regtersreëls ontwikkel is in 'n stadium toe die reg op regsverteenvoordiging in die voorverhoorfase nie besondere prominensie geniet het nie. Die regtersreëls maak nie melding van regsverteenvoordiging nie en waarsku die verdagte bloot om versigtig te wees met wat hy of sy sê. Die reg op vryheid van die persoon, soos vervat in artikel 12 van die Grondwet, bied dus waarskynlik 'n beter grondslag vir die verlening van bepaalde prosedurele billikheidsregte aan verdagtes.

Uiteindelik moet die toelaatbaarheid van die getuieenis aan die hand van artikel 35(5) getoets word ten einde te bepaal of die waarskuwing in die omstandighede voldoende was sodat die reg op 'n billike verhoor steeds gehandhaaf kan word. Daar moet nie uit die oog verloor word nie dat waar 'n verdagte persoon selfinkriminerende verklarings maak en die staat daardie verklarings teen hom of haar wil gebruik, die staat in elk geval ook die toelaatbaarheidsvereistes vir erkennings of bekentnisse, na gelang van die geval, sal moet bewys.

Bibliografie

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 69. Kaapstad: Juta.

Johnston, M.A. 2010. Why did the fat lady sing: A case comment on *R v Grant*. *Criminal Law Quarterly*, 56(4):437–68.

Joubert, J.J. (red.). 2020. *Strafprosesreghandboek*. 13de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Kriegler, J. en A. Kruger. 2002. *Hiemstra Suid-Afrikaanse strafproses*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis. Johnston, M.A. 2010. Why did the fat lady sing: A case comment on *R v Grant*. *Criminal Law Quarterly*, 56(4):437–68.

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

Mokgoro, Y. en P. Tlakula (reds.). 1998. *Bill of Rights compendium*. Diensuitgawe 7. Durban: LexisNexis.

Naude, B. 2017. The limits of police deception in obtaining a confession from a suspect who is neither arrested nor detained: The Canadian Supreme Court leads the way. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 50(1):22–40.

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

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):313–32.

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

Viljoen, F. 1998. The law of criminal procedure and the Bill of Rights. In Mokgoro en Tlakula (reds.). 1998.

Welsh, K. 1985. Breathalyzer, detention, and the right to counsel: *R v Therens*. *Alberta Law Review*, 23(3):524–37.