

Mej. M.M. Loots  
Selbournln 143  
Lyttelton  
18/03/97  
Studenteno : 898-040-3

Die Registrateur (Akademies)  
Unisa  
Posbus 392  
Pretoria  
0001

**KENNISGEWING VAN VOORNEME OM LLM-VERHANDELING IN TE DIEN**

Geliewe hiermee kennis te neem dat ondergetekende gereed is om 'n LLM-verhandeling (Leergang B) in te dien vir eksaminering. Die goedgekeurde titel is : **Die Konstitusionele Invloed op Borgstelling**. Prof. D.P. van der Merwe tree as studieleier op.

Die uwe

**M.M. Loots (mej.)**  
Telno. 012-3194119 / 083 291 0065

UNISA  
BIBLIOTEEK / LIBRARY

3 345.56068 LOOT



Ek, Maria Magdalena Loots, verklaar hiermee dat **Die Konstitusionele Invloed op Borgstelling** my eie werk is en dat ek alle bronne wat ek gebruik of aangehaal het deur middel van volledige verwysings aangedui en erken het.

**M.M. Loots**

**Idno. 670811 0070 08 2**

**Studenteno. 898-040-3**

**DIE KONSTITUSIONELE  
INVLOED OP BORGSTELLING**

deur

**MARIA MAGDALENA LOOTS**

voorgelê ter gedeeltelike vervulling

van die vereistes vir die graad

**LLM**

aan die

**UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA**

**STUDIELEIER : PROF D.P. VAN DER MERWE**

**NOVEMBER 1996**

**THE CONSTITUTIONAL INFLUENCE**

**ON BAIL**

by

**M.M. LOOTS**

**LLM**

**PROF D.P. VAN DER MERWE**

### Opsomming :

Wanneer die konstitusionele invloed op borgstelling in die breë bespreek word, moet die bepalinge van die Grondwet 200 van 1993 met inbegrip van die Handves van Menseregte en die onderliggende waardes, beginsels en doelstellings daartoe binne die Suid-Afrikaanse konteks inaggeneem word. Die algemene transformasie van die Suid-Afrikaanse gemeenskap in 'n verteenwoordigende demokrasie, veelvolkigheid van die Suid-Afrikaanse gemeenskap, eskalerende misdaadsyfer, wantroue van die gemeenskap in die regstelsel en die beklemtoning van fundamentele regte is aspekte wat figureer binne die Suid-Afrikaanse borgtogreg. Die tradisionele benadering dat die bewyslas op die beskuldigde rus tydens borgtogverrigtinge is binne die moderne borgtogreg en in die lig van die Grondwet 200 van 1993 asook die Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995 onvanpas. As algemene reël behoort die bewyslas by 'n borgeansoek op die staat te rus op oorwig van waarskynlikhede. In sekere spesifieke omskrewe gevalle soos vervat in artikel 60(11) van die Tweede Strafproseswysigingswet rus die bewyslas op die beskuldigde. Hierdie beperking is regverdigbaar in terme van artikel 33 van die Grondwet 200 van 1993. Daar bestaan verder nie voldoende rede om nie gebruik te maak van die bewyslasbegrip as gevestigde prosesuele maatreël tydens borgverrigtinge nie. In die moderne Suid-Afrikaanse borgtogreg moet 'n balans gehandhaaf word tussen die belange van die gemeenskap en die fundamentele regte van die individu. Die hof moet in elke spesifieke geval inhoud aan hierdie beginsel verleen.

### **Summary :**

When the effect of the Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993 on bail is considered, the transformation of the South African community, multi-racial society, high crime rate, disillusionment of the community with regard to the court system and importance of fundamental rights must be regarded. The traditional approach that the onus is upon the accused (in his capacity as applicant) to prove on a balance of probability that the court should exercise its discretion in favour of granting bail and, in discharging this burden, he must show that the interests of justice will not be prejudiced, is in terms of the Constitution 200 of 1993 and the Criminal Procedure Second Amendment Act 75 of 1995 unacceptable. It is submitted that the onus should be on the State to place grounds before the Court why there should be an exercise of discretion in favour of the State for further detention of the individual. In terms of certain specific crimes as described in article 60(11) of the Criminal Procedure Second Amendment Act the onus is placed on the accused. This exception is acceptable as it prescribes to the requirements in article 33 of the Constitution 200 of 1993. It is submitted that there is no reason why onus as excepted evidentiary rule should not be used in bail applications. A balance between the interest of the community and fundamental rights of the individual must be kept in modern law regarding bail. It is in the hands of the courts to substantiate this balance.

### **Sleutelsterme :**

Constitution 200 of 1993 and Bail; Bail applications, Onus and bail applications, Bail and the Criminal Procedure Second Amendment Act 75 of 1995; Traditional approach to Bail; Modern law of bail.

Inhoudsopgawe :

|    |  |       |    |
|----|--|-------|----|
| 1. | Inleiding  | ..... | 1  |
| 2. | Geskiedkundige ontwikkeling van borgstelling in die Suid-Afrikaanse regstelsel       | ..... | 3  |
| 3. | Tradisionele benadering van die Suid-Afrikaanse howe met betrekking tot borgstelling | ..... | 4  |
| 4. | Grondwet 200 van 1993  | ..... | 9  |
| 5. | Die Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995                                       | ..... | 14 |
| 6. | Regsvergelykende ondersoek   | ..... | 20 |
| 7. | Gevolgtrekking   | ..... | 23 |

Bibliografie :1. Boeke :

- a. Du Toit E Criminal Procedure Act 1993 9
- b. Hiemstra VG Suid-Afrikaanse Strafproses 5de uitg (Butterworths) 1993 deur JC Kriegler 141
- c. Nel TJ Borgtoghandleiding 1987 Butterworths 49
- d. Steytler NC The Undefended Accused 1988 Juta 79

2. Regspraak :

- a. Aitken and Another v Attorney-General, Zimbabwe 1992(2) SACR 296
- b. Ali Ahmed v Attorney-General 1921 TPD 587
- c. Attorney-General of the Gambia v Momudou Jobe (1985) LRC (Const) 556 (PC) ([184]) AC (689) 65
- d. Attorney-General Zimbabwe v Phiri 1988(2) 696(ZH)
- e. Blyth v Blyth (1966)1 All ER 524(HL)
- f. Boyd v United States 116 US 616
- g. Briginshaw v Briginshaw (1938)60 CLR 336
- h. Die Prokureur-Generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling v Van Heerden en Andere 1994(2) SASV 469(W)
- i. Du Toit v Attorney-General 1956 PH A89(O)
- j. Ellish en Andere v Prokureur-Generaal, Witwatersrandse Plaaslike Afdeling 1994(4) SA 835(W)
- k. Leibman v Attorney-General 1950(1) SA 607(W)
- l. Magano and Another v District Magistrate Johannesburg and Others (1) 1994(2) SACR 304(W)
- m. McCarthy v R 1906 TS 657
- n. Minister of Home Affairs (Bermuda) v Fisher (1980) AC 319
- o. Moses Sipho Mziako v Die Staat Saakno. 13/1569/94 TPD 12-7-1994 (ongerapporteer)
- p. Perkins v R 1934 NPD 276
- q. Prokureur-Generaal, Vrystaat v Ramakhosi Saakno. 0503/96 OPD 25-7-1996 (ongerapporteer)
- r. R v Big M Drug Mart Ltd 1985 18 DLR (4th) 321 (SCC)
- s. R v Morales (1992)12 C.R.R. (2d) 3
- t. R v Mtatsala and Another 1984(2) SA 585(E)
- u. R v Pearson (1992)12 C.R.R. (2d) 1 (S.C.C.)
- v. Re Woodcock 1957 NZLR 960 CA 963
- w. S v Acheson 1991(2) SA 805(NmHC)
- x. S v Chabalala 1986 3 SA 623(BH)
- y. S v De Kock 1995(1) SASV 299 T
- z. S v Du Plessis en 'n ander 1991(1) SASV 539(B)
- aa. S v FKJ Gschwandtner A1277/95 TPA 3-8-1995 (ongerapporteer)
- ab. S v Hlongwane 1979(4) SA 112(D)



- ac. S v Hlopane 1990(1) SA 239(D)
- ad. S v Maki en Andere (1) 1994(2) SAS 630(E)
- ae. S v Mataboge and Others (1) 1991(1) SACR 539(B)
- af. S v Mbele en ander 1996(1) SASR 212(W)
- ag. S v Mhlawli and Others 1963(3) SA 795(K)
- ah. S v Mqubasi en andere 1993(1) SASV 198(SOK)
- ai. S v Muzi Khubeka en 'n ander Saakno. 218/93 W 2-5-1994 (ongerapporteer)
- aj. S v Pienaar 1992(1) SASV 178(WLD)
- ak. S v Shezi 1996(1) SASV 715(T)
- al. S v Smit and Another 1969(4) SA 175(N)
- am. S v Stone 1974(1) SA 841(C)
- an. S v Vermaas 1996(1) SAS 528(T)
- ao. S v Visser 1975(2) SA 342(K)

### 3. Tydskrifartikels :

- a. Bekker PM Interpretation of the right to bail (Section 25(2)(d) and the limitation clause (Section 33) of the Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993 1994 THRHR 487
- b. Cowling MG Law Reform : Bail and the search for a new theoretical approach (some comments and suggestions on the Law Commission's working paper) 1991 Vol 4 SAS 65
- c. Cowling MG Bail Reform : an assessment of the Criminal Procedure Second Amendment Act 75 of 1995 (1996) 9 SACJ 50
- d. Katz MP The Silence of the Lambs : The interim Constitution and the privilege against selfincrimination 1995 De Jure 153
- e. Kotze DJL Die Prokureur-generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling v CJ v Heerden en Andere (Ongerapporteerde Saakno. A1790/94; 1994-06-10; WPA); Clint Ellish en Andere v Die Prokureur-generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling (Ongerapporteerde Saakno. A1790/94; 1994-08-19, WPA) 1994 De Jure 407
- f. Kruger J Die beregting van fundamentele regte gedurende die oorgangsbedeling 1994(57) THRHR 396
- g. Malan K Die Grondwet en borgaansoeke 1995 De Rebus 49
- h. Sechel PT Vertolking van die Grondwet 1996 (Vol 31) Die Landdros 321(SCC)
- i. Van Wyk D Tussentydse gedagtes oor die tussentydse Grondwet 1994(57) THRHR 360

### 4. Wetgewing :

- a. Bail Act (Brittanje) 1972, soos gewysig in 1975
- b. Canadian Charter of Rights and Freedoms (1990), 5 C.R.R. (2d) 164; 59 C.C.C. (3d) 407; 79 C.R. (3d) 90, (1990) R.J.Q. 2438
- c. Criminal Code R.S.C. 1985 C-46

- d. Grondwet van Suid-Afrika 200 van 1993
- e. Strafproses en Bewyswet 31 van 1917
- f. Strafproseswet 56 van 1955
- g. Strafproseswet 51 van 1977
- h. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995
- i. Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982
- j. Wet op Dwelmmiddels en Dwelmsmokkelary 140 van 1992
- k. Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988

## 1. Inleiding :

Op 27 April 1994, met die inwerkingtreding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika Wet 200 van 1993, is 'n nuwe hoofstuk in die moderne Suid-Afrikaanse konstitusionele geskiedenis geopen. Dat hierdie wet ingrypende implikasies vir die Suid-Afrikaanse reg en regspraktyk meebring, spreek vanself. In hierdie skripsie word die konstitusionele invloed op borgstelling ondersoek met besondere verwysing na die vraag watter rol die begrip bewyslas in borgverrigtinge speel. Daar word oorsigtelik verwys na die geskiedkundige ontwikkeling en gebruik van die begrip bewyslas in die verloop van borgverrigtinge. Daarna word die Suid-Afrikaanse posisie aan die hand van regspraak en die menings van verskillende skrywers ontleed. 'n Regsvergelykende ondersoek met besondere verwysing na die Kanadese reg lei uiteindelik tot die skrywer se gevolgtrekking.

Alvorens daar egter tot die besprekingsonderwerp oorgegaan word, moet die wese van die Grondwet<sup>1</sup> asook die onderliggende sentimente daartoe vasgepen word. Uit die voorrede sowel as die slotgedeelte blyk dit dat Suid-Afrika as 'n demokratiese regstaat asook gelykheid, fundamentele regte, nasionale eenheid en rekonstruksie beklemtoon word<sup>2</sup>. Dit is 'n simbool van 'n nuwe, apartheidsvrye Suid-Afrika wat 'n brug vorm tussen die verlede en die toekoms<sup>3</sup>. Die Handves van Fundamentele regte soos geformuleer in hoofstuk 3 van die Grondwet<sup>4</sup> beliggaam die waardes wat in die oë van die gemeenskap beskerming vereis. Die konstitusionele hof skep deur middel van die interpretasie en toepassing van die bepalings van die Grondwet 'n nuwe regstradisie in Suid-Afrika soos sal blyk uit hierdie skripsie. Artikel 35 van die Grondwet<sup>5</sup> bevat 'n uitlegklousule wat belangrike riglyne vir die uitleg van die bepalings daarstel. In terme van artikel 35(1)<sup>6</sup> moet die hof by die uitleg van die bepalings van hoofstuk 3 die waardes wat 'n oop en demokratiese gemeenskap gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê, bevorder. Artikel 35(3)<sup>7</sup> verplig die hof om by die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemenerereg en gewoontereg die gees, strekking en oogmerke van hoofstuk 3 behoerlik in ag te neem. Artikel 35(1)<sup>8</sup> bepaal dat 'n hof kennis kan neem van volkeregtelike en buitelandse hofbeslissings. In die Duitse regspraak word 'n stel basiese en objektiewe waardes vasgestel aan die hand waarvan die Grondwet geïnterpreteer en toegepas word<sup>9</sup>. Hierdie benadering kan deur die Suid-Afrikaanse konstitusionele hof as vertrekpunt benut word. Dit blyk verder uit regsvergelykende ondersoek dat 'n liberale benadering tot die interpretasie en uitleg

- 
1. Wet 200 van 1993
  2. Ibid
  3. Van Wyk D Tussentydse gedagtes oor die tussentydse Grondwet 1994(57) THRHR 360 - 377 op 367
  4. Supra
  5. Supra
  6. Supra
  7. Supra
  8. Supra
  9. Kruger J Die beregtiging van fundamentele regte gedurende die oorgangsbedeling 1994(57) THRHR 396 - 411 op 408

van bepalinge rakende fundamentele regte wêreldwyd gehandhaaf word<sup>10</sup>. In R v Big M Drug Mart<sup>11</sup> verkies die hof “a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of a guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter’s protection”.

Hierdie benadering word ook dan weerspieël in die Suid-Afrikaanse regspraak waar die hof in S v Chabalala<sup>12</sup> beslis dat “A Bill of Rights regime requires rules of interpretation aimed at upholding fundamental freedoms rather than upholding the Legislature.”

Ten slotte twee aanhalings waarin die wese en aard van ‘n grondwet treffend saamgevat word

S v Acheson<sup>13</sup> :

“The Constitution of a nation is not simply a statute which mechanically defines the structures of government and the governed. It is a “mirror reflecting the national soul”, the identification of a nation; the articulation of the values bending its people and disciplining its government. The spirit and the tenor of the Constitution must therefore preside and permeate the processes of judicial discretion.”

Attorney-General of the Gambia v Momodou Jobe<sup>14</sup> :

“The Constitution is the Supreme Law of the land and it is meant to serve not only this generation but also generations yet unborn. It cannot allowed to be a lifeless museum piece; on the other hand the Courts must continue to breathe life into it from time to time as the occasion may arise to ensure the healthy growth and development of the State through it. In my view the first task of a Court when called upon to construe any of the provisions of the Constitution is to have a sober and objective appraisal of the general canvass upon which the details of the Constitutional picture are painted... .”

Wanneer die konstitusionele invloed op borgstelling en die rol wat die begrip bewyslas hierin speel ondersoek word, moet art 25 van die Grondwet<sup>15</sup> ontleed word. Hierdie artikel beskerm die aangehoudende, gearresterde en beskuldigde se reg op ‘n billike verhoor. Die oorkoepelende grondwetlike waarborg omvat die volgende aspekte<sup>16</sup> :

- 1) Vermoede van onskuld
  - 2) Swygreg
  - 3) Reg teen selfinkriminasie
  - 4) Bewyslas rus op die Staat ten opsigte van alle elemente
10. Minister of Home Affairs (Bermuda) v Fisher (1980) AC319 op 328 - 9; Boyd v United States 116 US 616 op 635; Sechel P.T. Vertolking van die Grondwet 1996 (Vol 31) Die Landdros 321 (SCC)
  11. R v Big M Drug Mart Ltd 1985 18 DLR (4th) 321 (SCC)
  12. S v Chabalala 1986 3 SA 623 (BA) 627 - 628
  13. S v Acheson 1991 (2) SA 805 (NmHC)
  14. Attorney-General of the Gambia v Momodou Jobe (1985) LRC (Const) 556 (PC) ([184]) AC (689) 65
  15. Supra
  16. Katz MP The Silence of the Lambs : The interim constitution and the privilege against selfincrimination 1995 De Jure 153 - 157 op 155

- 5) Die beskuldigde is nie verplig om getuienis af te lê nie
- 6) Die beskuldigde het die reg om getuienis teen hom aan te val.
- Artikel 25(2)(d) van die Grondwet<sup>17</sup> bepaal dat 'n beskuldigde die reg het om met of sonder borgstelling vrygelaat te word, tensy die belang van geregtigheid anders vereis. Artikel 11(1) van die Grondwet<sup>18</sup> beskerm verder die individu se reg op vryheid en die sekuriteit van sy of haar persoon, waarby inbegrepe is die reg om nie sonder verhoor aangehou te word nie. Genoemde fundamentele regte kan beperk word in terme van artikel 33 van die Grondwet<sup>19</sup> :
- a) die beperking is geoorloof indien :
    - i) dit redelik is; en
    - ii) regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid; en
  - b) dit nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg ontken nie, en in geval van die relevante artikels 11 en 25 as dit ook noodsaaklik geag word.

Bovermelde agtergrond dien dan as invalshoek vir die ondersoek na die konstitusionele invloed op borgstelling en die begrip bewyslas binne borgverrigtinge.

## 2. Geskiedkundige ontwikkeling van borgstelling in die Suid-Afrikaanse regstelsel

Borgtog vorm 'n belangrike en integrale deel van enige strafregstelsel. Dit setel in twee kontrasterende beginsels wat eintlik verskillende kante van dieselfde munt uitmaak. Dit is eerstens in belang van die gemeenskap dat die beskuldigde in die hof met die aantygings teen hom gekonfronteer word<sup>20</sup>. Ten einde behoorlike regspleging te verseker, moet sodanige persone egter hulle verhore bywoon. Voorverhoor aanhouding is dus regverdigbaar as metode ter voorkoming van ontvlugting, belemmering van die polisie-ondersoek, inmenging met die staatsgetuies of verberging van getuienis.

Daarteenoor staan die regsbeginsele dat 'n persoon vermoed word onskuldig te wees tot skuldigbevind. Bogenoemde beginsel loop hand aan hand met die reg op vryheid van elke individu<sup>21</sup>. Die aanhouding van 'n beskuldigde voor verhoor is nie altyd vereenselwigbaar met hierdie beginsels nie. Ten einde 'n balans tussen bogenoemde kontrasterende beginsels te vind, word strafhowe toegelaat om borg vir 'n beskuldigde vas te stel. By betaling daarvan word die beskuldigde vrygelaat op voorwaarde dat hy of sy die verhoor bywoon. Dat die vasstelling van borg al dan nie soms 'n gekompliseerde en ingewikkelde vraag daarstel, kan egter nie betwis word nie.

Dit is noodsaaklik om die historiese ontwikkeling van borgtogreg sowel as die howe se

---

17. Supra

18. Supra

19. Supra

20. Hiemstra VG Suid-Afrikaanse Strafproses 5de uitg (Butterworths 1993) deur J Kriegler 141

21. Cowling MG Law Reform : Bail and the search for a new theoretical approach (some comments and suggestions on the Law Commission's working paper) SAS Vol 4 1991 65 - 78 op 66

benadering ten opsigte van borgvasstelling te ontleed by die ondersoek na die konstitusionele invloed op borgstelling. Artikel 99 van die Strafproses en Bewyswet van 1917<sup>22</sup> het voorsiening gemaak vir borgvasstelling behalwe waar persone aangekla is van moord of hoogverraad. Daar was geen spesifieke bepalings met betrekking tot bewyslas nie. Die Strafproseswet van 1955<sup>23</sup> het geen wesenlike verandering teweeggebring nie. Die hof het oor 'n diskresie beskik om borg vas te stel behalwe in gevalle waar 'n persoon aangekla is van moord of hoogverraad<sup>24</sup>. In terme van artikel 88<sup>25</sup> kon die landdros egter borg weier indien daar gronde was om te glo dat die beskuldigde nie sy verhoor sou staan of aan enige van die ander borgvoorwaardes sou voldoen nie.

Artikels 58 - 71 van die Strafproseswet van 1977<sup>26</sup> het vervolgens die posisie met betrekking tot borgstelling in die Suid-Afrikaanse reg gereguleer. In terme van art 60(1)<sup>27</sup> kan 'n beskuldigde 'n aansoek om borg doen by sy eerste verskyning in 'n laer hof of in enige stadium na bedoelde verskyning en ten opsigte van enige misdryf waarvoor hy of sy in bewaring was. Daar is in artikel 59(1)<sup>28</sup> voorsiening gemaak vir sogenaamde polisieborg. 'n Polisiebeampte met of bo die rang van onderoffisier kon borgtog verleen in die stadium voordat die beskuldigde nog vir die eerste keer verskyn het. Dit het slegs gegeld vir misdade wat nie in Deel II of Deel III van Bylae 2 voorkom nie en ook nie in Bylae 3 tot die Wet op Binnelandse Veiligheid<sup>29</sup> nie. Artikel 61 van die Strafproseswet van 1977<sup>30</sup> het aan 'n prokureur-generaal die buitengewone bevoegdheid verleen om sekere aansoeke om borgtog te verydel. Indien die prokureur-generaal se beswaar teen borgtog binne die trefwydte van die genoemde artikel geval het, was die hof verplig om borgtog te weier. Die Wet op Binnelandse Veiligheid<sup>31</sup> het verdere spesiale magte aan 'n prokureur-generaal verleen. In terme hiervan kon 'n prokureur-generaal 'n aansoek om borgtog verydel waar misdade soos hoogverraad, oproer, terrorisme, subversie en sabotasie ter sprake was. Daar was geen prosedure voorgeskryf nie en die borgapplikant kon sy of haar aansoek mondeling of by wyse van eedsverklaring bring. Die invloed van die Grondwet<sup>32</sup> asook die Tweede Strafproseswysigingswet van 1995<sup>33</sup> op borgstelling sal deur die loop van die werkstuk onder die soeklig kom.

### **3. Die tradisionele benadering van die Suid-Afrikaanse howe met betrekking tot borgstelling en ligging van die bewyslas in borgtogverrigtinge :**

Die tradisionele benadering tot borgstelling in die Suid-Afrikaanse borgtogreg het gesetel in die

- 
22. Strafproses en Bewyswet 31 van 1917
  23. Strafproseswet 56 van 1955
  24. Ibid
  25. Ibid
  26. Strafproseswet 51 van 1977
  27. Ibid
  28. Ibid
  29. Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982
  30. Supra
  31. Artikel 30 van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982
  32. Supra
  33. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

beginsel dat die beskuldigde, synde die aansoeker in die borgverrigtinge, 'n *prima facie*-saak moet uitmaak dat die regspleging op generlei wyse verydel sal word deur sy vrylating nie<sup>34</sup>. Borgverrigtinge is as siviele verrigtinge beskou in terme waarvan die beskuldigde die aansoek om borgtog moes inisier asook op oorwig van waarskynlikhede die hof moes oortuig om borgtog toe te staan<sup>35</sup>. Daar het geen statutêre voorskrifte bestaan met betrekking tot die ligging van die bewyslas in borgverrigtinge nie. In S v Hlongwane<sup>36</sup> beslis die hof :

“The accused bears the onus - on a balance of probabilities - that if bail is granted the interest of justice will not be prejudiced by his absconding or tampering with state witnesses. He will have failed to discharge that onus if, on all the evidence, there is a reasonable possibility that he would tamper with one or more state witnesses if he were released”

In S v Acheson<sup>37</sup> het die hof 'n aantal faktore saamgevat wat gewoonlik by borgaansoeke in die weegskaal geplaas word. Die belangrikste drie aspekte is :

- a) Sal die beskuldigde sy of haar verhoor bywoon indien borgtog toegestaan word?
- b) Is daar 'n moontlikheid dat die beskuldigde met staatsgetuies sal inmeng en of met getuienis sal peuter indien borgtog toegestaan word?
- c) Daar moet bepaal word watter nadeel verdere aanhouding vir die beskuldigde sal aanhou.

Die fundamentele beginsel bly egter dat die vryheid van die individu eerbiedig moet word en dat borgtog alleen geweier word waar daar 'n werklike gevaar is dat geregtigheid nie sal geskied nie. Hierdie benadering blyk duidelik uit die volgende aanhalings :

McCarthy v R<sup>38</sup> :

“The court is always desirous that an accused should be allowed bail if it is clear that the interests of justice will not be prejudiced thereby, more particularly if it thinks upon the facts before it that he will appear to stand his trial in due course. In cases of murder however, great caution is always exercised in deciding upon an application for bail.”

S v Smith and Another<sup>39</sup> :

“The general principles governing the grant of bail are that, in exercising statutory

34. Hiemstra Supra 149

35. Cowling MG Law Reform : Supra 66; Steytler NC The Undefended Accused 1988 Juta 79; Ali Ahmed v Attorney-General 1921 TPD 587; Perkins v R 1934 NPD 276; R v Mtatsala and Another 1948(2) SA 585(E); Leibman v Attorney-General 1950(1) SA 607(W); Du Toit v Attorney-General 1956 PH A89(O); S v Mataboge and Others (1) 1991(1) SACR 539 (B); S v Mqubasi en andere 1993(1) SASV 198 (SOK); Attorney-General Zimbabwe v Phiri 1988(2) 696 (ZH)

36. S v Hlongwane 1979 4 SA 112(D)

37. Supra 823

38. McCarthy v R 1906 TS 657

39. S v Smith and Another 1969(4) SA 175 (N) op 177

decision conferred upon it, the Court must be governed by the foundational principal which is to uphold the interests of justice; the Court will always grant bail where possible, and will lean in favour of, and not against, the liberty of the subject, provided that it is clear that the interest of justice will not be prejudiced thereby.”

S v Visser<sup>40</sup> :

“Die hof sal neig ten gunste van die behoud van die vryheid van die burger eerder dan die ontneming daarvan, mits die belange van die gesonde strafregpleging nie daardeur benadeel word nie.”

Aitken and Another v Attorney-General<sup>41</sup> :

“The notion that an accused is presumed innocent until proven guilty is the cornerstone in a bail application. Consequently, it is the tradition of our courts to lean in favour of and not against the liberty of the subject, and to grant bail where possible.”

In S v Du Plessis en ‘n ander<sup>42</sup> beslis die hof dat die toets wat toepassing vind by die toestaan van borg al dan nie gebaseer is op die vermoede van onskuld-beginsel. Die hof moet daarteen waak dat die vryheid van ‘n persoon ontnem word. Borgtog moet slegs geweier word waar dit duidelik is dat die gemeenskap teen die beskuldigde beskerm moet word. Dit is dus duidelik dat daar telkens in borgtogverrigtinge ‘n opweging van belange plaasvind. Die hof beslis in S v Mhlawli and Others<sup>43</sup> “the court must strike a balance between protecting the liberty of the individual and the administration of justice”.

Daar is egter heelparty Suid-Afrikaanse skrywers wat in die verlede hewige kritiek teen bovermelde tradisionele benadering geformuleer het. Kriegler<sup>44</sup> betwyfel of dit “prinsipieel veroorloof is om ‘n nuttigheidsreël van die siviele reg so by die strafproses te betrek - waar die geïkante uitgangspunt is dat die staat die bewyslas dra ...” Die staat ontnem die veroordeelde burger sy vryheid en moet dus die inbreuk regverdig. Die wetgewer het nie na bewyslas verwys by formulering van art 60(1)<sup>45</sup> nie. Die tradisionele benadering dat die bewyslas op die beskuldigde rus by borgverrigtinge is dus aanvegbaar. Kriegler<sup>46</sup> betwyfel trouens of daar enige bestaansrede vir ‘n bewyslas by borgaansoeke is :

“Die voortydige, interlokutore, informele, inherent dringende, toekomsgerigte en allesins unieke aard van die verrigtinge pas ten ene male nie in ‘n gerieflike nis nie.”

- 
40. S v Visser 1975(2) SA 342(K) 343
  41. Aitken and Another v Attorney-General, Zimbabwe 1992(2) SACR 296 op 298
  42. S v Du Plessis en ‘n ander 1991(1) SACR 539(B)
  43. S v Mhlawli and Others 1963(3) SA 795(K) op 796
  44. Hiemstra Supra 150
  45. Supra
  46. Hiemstra Supra 150



Steytler<sup>47</sup> omskryf borgverrigtinge as :

“Concerned with regulating human behaviour - ensuring that the accused will stand trial and not interfere with witnesses. It deals thus with future events and the court bears the responsibility of making a decision which will serve the ends of justice.”

Die hof behoort by borgverrigtinge op inkwisatoriese wyse ondersoek in te stel na die omstandighede in elke geval waarna ‘n beslissing gemaak moet word met betrekking tot wat in belang van geregtigheid is. Dit sou gevolglik nie nodig wees om van die begrip bewyslas in borgverrigtinge gebruik te maak nie. Steytler<sup>48</sup> verwerp die tradisionele benadering dat die bewyslas by borgverrigtinge op die beskuldigde rus. Gegronde op die beginsel van die vermoede van onskuld moet die staat die bewyslas dra indien sodanige begrip gebruik word en aantoon waarom daar inbreuk gemaak moet word op die beskuldigde se reg op vryheid. Cowling<sup>49</sup> vind “The rigid formalistic approach of bail being viewed as an application is far too narrow to accommodate the right to liberty or presumption of innocence. In fact it contradicts the latter - especially where the accused (by reason of lack of knowledge and skills) requires assistance.” Daar moet wegbeweeg word van die tradisionele benadering na ‘n “inquisitorial-type of process focused on information-gathering at the instance of the presiding judicial officer” en “in order to give effect to the fundamental principle of liberty (and its concomitant viz the presumption of innocence) it is vital that the bail process leans heavily in favour of granting bail<sup>50</sup>.”

Die toepassing van bogenoemde beginsels sal in die praktyk effek gee aan die beginsel van die vermoede van onskuld, bystand verleen aan die onverdedigde beskuldigde wat nie oor die kennis of middele beskik om ‘n borgaansoek te inisieer en die bewyslas te kwynt nie asook die probleme met betrekking tot die reg op borg en waar die bewyslas moet lê uitskakel aangesien genoemde begrippe irrelevant word binne die uiteengesette raamwerk. Die hof stel dus tydens borgverrigtinge ondersoek in na alle relevante omstandighede, tree inkwisatories op en weeg aan die einde alle feite op. Indien daar dan geen geldige rede is om die borgtog te weier nie, is die beskuldigde daarop geregtig om vrygelaat te word. Hierdeur word ‘n eenvormige en praktiese werkbare borgprosedure geskep waardeur behoorlike regspleging verseker word. Soos blyk uit die voorafgaande bespreking het die hof reeds binne die tradisionele benadering die beginsel vasgelê dat daar nie ligtelik inbreuk gemaak moet word op ‘n individu se vryheid en die beginsel van die vermoede van onskuld nie. In S v Stone<sup>51</sup> en S v Hlopane<sup>52</sup> bevestig die hof dat dit die funksie van die voorsittende beampte is om ‘n beslissing te maak met betrekking tot die vasstelling van borg al dan nie. Dit konstitueer ‘n afwyking van die erg tradisionele benadering soos vooraf uiteengesit en beklemtoon die sentrale rol wat ‘n voorsittende beampte in die borgproses te speel het<sup>53</sup>.

- 
- 47. Steytler Supra 81
  - 48. Steytler Supra 79
  - 49. Cowling MG Law Reform : Supra 77
  - 50. Ibid 69
  - 51. S v Stone 1974(1) SA 841(C)
  - 52. S v Hlopane 1990(1) SA 239(O)
  - 53. Cowling MG Law Reform : Supra 73

Du Toit<sup>54</sup> verwerp ook die tradisionele benadering dat die bewyslas in borgverrigtinge op die beskuldigde rus op grond van die beginsel dat “hy wat beweer moet bewys”. Hy kritiseer die uitgangspunt dat borg as voorreg en nie as ‘n reg van die individu beskou is nie. Op grond van die vermoede van onskuld-beginsel asook billikheidsoorwegings moet die bewyslas by borgverrigtinge op die staat rus om bo redelike twyfel te bewys dat dit in belang van geregtigheid is dat borgtog geweier word.

Nel<sup>55</sup> som die kritiek teen die tradisionele benadering tot borgstelling as volg op :

- 1) Daar is geen rede waarom daar by borgaansoeke afgewyk moet word van die normale beginsel dat die bewyslas op die staat rus nie. Die kernreël dat “hy wat beweer moet bewys” kan op verskillende maniere geïnterpreteer word. Indien daar geredeneer word dat dit die beskuldigde is wat beweer dat hy nie sal ontvlug nie of dat beskuldigde die status quo wil verander, sal die bewyslas op hom rus. Daar kan egter eweneens geredeneer word dat dit die staat is wat beweer dat die beskuldigde sy verhoor gaan ontduik of dat die staat die status quo wil verander omdat die individu van sy vryheid ontnem word. Hierdie redenasie gekoppel met die vermoede van onskuld-beginsel vereis dan dat die staat die bewyslas in borgverrigtinge dra.
- 2) Daar het ‘n prosedureprobleem in die praktyk ontstaan oor die volgorde van bewyslewering voortspruitend uit die feit dat die bewyslas in borgverrigtinge op die beskuldigde geplaas is.
- 3) Die onverdedigde en onkundige beskuldigde word erg benadeel deur die onus wat op hom rus.
- 4) Die staat is die party wat besondere kennis het in verband met die potensiaal vir ontvlugting of regsverdeling. Dus behoort die bewyslas by borgverrigtinge op die staat te rus.

Nel<sup>56</sup> stel dan voor dat ‘n statutêre vermoede ten gunste van borgtogverlening ingestel word. Vrylating eerder as aanhouding van die beskuldigde sal dus as uitgangspunt dien in borgverrigtinge. Daar ontstaan dan ‘n gekwalifiseerde reg op borgtog onderhewig aan die beslissing van die voorsittende beampte, in uitoefening van sy geregtelike diskresie. Die hof moet mero motu by elke saak op die borgtogaspekte ingaan. Die bewyslas by borgverrigtinge word hiermee op die staat geplaas. Die borgverrigtinge moet inkwisatories van aard wees waartydens die klem behoort te val op inligtingsinsameling en ‘n onpartydige borgtogbeslissing gebaseer op hierdie inligting. Volgens Nel<sup>57</sup> is die hervorming van die Suid-Afrikaanse borgtogreg noodsaaklik aangesien die “verfyndheid van ‘n land se borgtogreg by uitstek ‘n maatstaf is van die waarde wat in daardie land geheg word aan individuele regte en vryhede.” Teen die agtergrond van die historiese ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse borgtogreg, benadering van die howe en kritiek teen die tradisionele benadering deur Suid-Afrikaanse regsrywers sal die invloed van die Grondwet van 1993<sup>58</sup> asook die Tweede Strafproseswysigingswet van 1995<sup>59</sup> bestudeer word.

54. Du Toit E Criminal Procedure Act 1993 9

55. Nel TJ Borgtoghandleiding 1987 Butterworths 49 - 50

56. Nel Ibid 244 - 245

57. Ibid 2

58. Supra

59. Supra

#### 4. Grondwet 200 van 1993 :

Met die inwerkingtreding van die Grondwet van 1993<sup>60</sup> en spesifiek artikel 25(2)(d) het daar tweespalt in die Suid-Afrikaanse borgtogreg ontstaan. Die vraag het ontstaan of daar inderdaad tydens borgtogverrigtinge met die begrip bewyslas gehandel word en indien wel of die inwerkingtreding van die Grondwet<sup>61</sup> daartoe lei dat die bewyslas van die beskuldigde na die staat skuif tydens sodanige verrigtinge.

Daar het twee benaderings by die beantwoording van die kontroversie ontstaan<sup>62</sup>. Volgens die eerste benadering verhoed die eiesoortige aard van borgverrigtinge die gebruik van die begrip bewyslas in die konvensionele sin van die woord. In Die Prokureur-Generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling v Van Heerden en andere<sup>63</sup> beslis die hof dat 'n aansoek om borg geregtelike maar nie strafregtelike verrigtinge is nie. Dit is dikwels moeilik om insette deur die staat en beskuldigde te kompartementeer. Die ondersoek en evaluasie van hierdie komponente leen hom nie tot die aanwending van onus in die konvensionele sin van die woord as 'n hulpmiddel om tot 'n konklusie te kom nie. Daar is gevolglik nie 'n bewyslas op die staat tydens borgverrigtinge nie. Die hof is die meester van sy prosedure want geen spesifieke prosedure of bewyslasligging word statutêr voorgeskryf nie. Die hof moet met inagneming van die belange van alle partye reg laat geskied in 'n strewe om, na afsluiting van die proses, 'n objektiewe bepaling te maak waartydens die belange van die beskuldigde teenoor die belange van die gemeenskap opgeweeg word. Aangesien dit egter wel artikel 25(2)(d)<sup>64</sup> se uitgangspunt is dat 'n gearresterde vrygelaat moet word tensy die belange van geregtigheid anders vereis, is dit logies en billik dat die staat tydens borgverrigtinge begin om bewysmateriaal voor die hof te plaas. Die beskuldigde sal vervolgens die geleentheid gebied word om sy bewysmateriaal voor die hof te plaas. Indien die beskuldigde nie enige bewysmateriaal voorlê nie, kan 'n nadelige afleiding deur die hof gemaak word. In 'n sin is daar dus 'n las en 'n weerleggingslas. Die aard daarvan moet egter deur praktiese en billikheidsoorwegings bepaal word. Volgens die hof het die gebruik van die woord "tensy" in art 25(2)(d)<sup>65</sup> geen bewysregtelike implikasie dat die staat nou die bewyslas dra tydens borgverrigtinge nie, maar het dit slegs betrekking op die substantiewe reg naamlik dat die reg tot vrylating gekwalifiseerd is en dus nie 'n absolute reg daarstel nie.

Hierdie benadering is ook gevolg in die meerderheidsuitspraak in Ellish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>66</sup>. Die hof a quo het beslis dat die bewyslas tydens borgverrigtinge op oorwig van waarskynlikhede op die staat rus op grond van die werking van artikel 25(2)(d) van die Grondwet van 1993<sup>67</sup>. Die beskuldigde is geregtig op vrylating tensy die staat kan aantoon dat

---

60. Supra

61. Supra

62. Malan K. Die Grondwet en borgaansoeke 1995 De Rebus 49 - 52

63. Die Prokureur-Generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling v Van Heerden en andere 1994(2) SASV 469(W)

64. Grondwet 200 van 1993

65. Ibid

66. Ellish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA 1994(4) SA 835(W)

67. Supra

verdere aanhouding van die beskuldigde in belang van geregtigheid is. Op hersiening is beslis dat daar geen sprake is van 'n bewyslas op die staat nie. Daar is appèl aangeteken en 'n volbank het die appèl aangehoor. In die meerderheidsuitspraak het die hof beslis dat die inwerkingtreding van art 25(2)(d)<sup>68</sup> nie 'n wesentliche verandering in borgverrigtinge teweeggebring het nie. In die lig van die gees, oogmerke en strekking van die Grondwet<sup>69</sup> wil dit voorkom asof die bewyslas tydens borgverrigtinge eerder op die staat as op die beskuldigde moet rus. Die hof beslis egter dat daar tydens hierdie tipe verrigtinge glad nie sprake is van die gebruik van die begrip bewyslas nie. Die tradisionele benadering in terme waarvan die beskuldigde by 'n aansoek om borgtog met die bewyslas opgesaal is, is nie juridies suiwer nie. In sekere vergelykbare buitelandse regstelsels byvoorbeeld Kanada en Engeland word die staat ook nie sonder meer met die bewyslas opgesaal nie.

'n Borgaansoek beskik oor 'n eiesoortige aard en is geregtelike maar nie strafregtelike verrigtinge nie. Dit is 'n sui generis aangeleentheid en inkwisatories van aard. 'n Borgaansoek behels 'n informele prosedure en daar word afgewyk van geykte bewysregreëls. Die aard van die uitspraak tydens borgverrigtinge is uniek aangesien dit 'n toekomsgerigte voorspelling behels waartydens 'n waarde-oordeel deur die hof gemaak moet word. Die hof moet 'n regterlike diskresie uitoefen ten einde te bepaal of dit in belang van geregtigheid is om borgtog toe te staan al dan nie. Die voorsittende beampte moet aktief betrokke wees by die insameling van inligting ten einde vermeldde diskresie behoorlik uit te oefen. Uit die bewoording van artikel 25(2)(d)<sup>70</sup> blyk dit duidelik dat die staat moet begin met die voorlê van getuienis. Indien daar dus aan die einde van die ondersoek 'n ewewig blyk te wees tussen die belange van die beskuldigde en die belange van die gemeenskap is die beskuldigde daarop geregtig om borgtog te verkry. Dit spruit voort uit die bepaling vervat in artikel 25(2)(d)<sup>71</sup> en nie as gevolg van die toepassing van die begrip bewyslas nie. Die feit dat daar geswyg word oor die ligging van die bewyslas is ook aanduidend dat daar nie 'n bewyslas op die staat rus tydens borgverrigtinge nie. Die voorbehoudsbepaling vervat in artikel 25(2)(d)<sup>72</sup> kwalifiseer die beskuldigde se reg tot vrylating. Die hof kom dus tot die slotsom dat die tradisionele bewyslasbegrip geen rol te speel het tydens 'n borgaansoek nie.

In S v De Kock<sup>73</sup> steun die appellant op artikel 25(2)(d) en 11(1) van die Grondwet van 1993<sup>74</sup> in hul betoog dat die bewyslas by borgverrigtinge op die staat rus. Vermelde artikels verskans die reg van elke persoon op vryheid en sluit die reg in om nie sonder verhoor aangehou te word nie. Die hof volg egter die meerderheidsuitspraak in Elish en Andere v Prokureur-Generaal WPA<sup>75</sup> en beslis dat die begrip nie 'n rol te speel het by borgverrigtinge nie. Die hof beslis verder dat art 25(2)(d) en 11(1) van die Grondwet<sup>76</sup> niks nuut in die Suid-Afrikaanse borgtogreg ingevoer het nie. Dit was nog altyd die howe se benadering dat borgtog toegestaan moet word

---

68. Supra

69. Supra

70. Grondwet 200 van 1993

71. Ibid

72. Ibid

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

74. Supra

75. Supra

76. Supra

tensy dit in belang van geregtigheid is dat die beskuldigde aangehou word<sup>77</sup>. Die begrip “in belang van geregtigheid” soos vervat in artikel 25(2)(d)<sup>78</sup> beteken niks anders as die gewone faktore en oorwegings wat rol gespeel het in borgverrigtinge soos uiteengesit in S v Acheson<sup>79</sup> nie. In Mziako v Die Staat<sup>80</sup> bevind die hof as volg :

“I am of the opinion that the fact that the applicant’s right to bail is now entrenched in the constitution is not a new legal right which he did not previously have. It is and always was trite law that bail be granted to a person unless it is in the interest of justice not to do so.”

Dit blyk dus dat die sienings en voorstelle van skrywers soos Kriegler, Steytler, Cowling en Nel<sup>81</sup> wat reeds voor die inwerkingtreding van die Grondwet<sup>82</sup> gepubliseer is, nou deur die howe gevolg is.

Malan<sup>83</sup> merk op dat hierdie bewyslasvrye uitgangspunt Suid-Afrikaanse regsgeleerdes vreemd opval omdat dit as een van die basiese instrumente by litigasie ingeburger is. Hy stem egter saam dat ‘n borgaansoek eiesoortig van aard is. Daar word by borgverrigtinge ‘n voorspelling oor toekomstige gedrag gemaak en nie ‘n feitebevinding oor gebeure in die verlede nie. Die hof moet dus aktief betrokke wees by ‘n borgondersoek. Hy verkies dan dat daar nie met die gekompliseerde en kontroversiële bewyslasbegrip by borgverrigtinge gewerk word nie. Die howe moet eenvoudig die twyfelreël gebruik by beoordeling of borgtog toegestaan moet word al dan nie. Indien daar na die ondersoek ewewig bestaan, moet die beskuldigde die voordeel van die twyfel geniet en dus vrygelaat word.

Ten laaste moet daar op hierdie stadium verwys word na die benadering van die hof in S v FKJ Gschwandtner<sup>84</sup>. Die hof a quo het in ‘n aansoek om borgtog borg geweier. Daar is geappelleer teen hierdie beslissing. Die hof bevind dat daar altyd tydens borgverrigtinge ‘n opweging van belange plaasvind. ‘n Balans moet gehandhaaf word tussen die belange van die beskuldigde teenoor die belange van die gemeenskap en die staat. Die hof bevind dat die beskuldigde se reg op vryheid dikwels oorbeklemtoon word ten koste van die belange van die breër gemeenskap wat onskuldig en wetsgehoorsaam is. Dit is ook die plig van die hof om sodanige persone te beskerm. Die hof merk op dat nuwe wetgewing in die verband nie nodig is nie. Dit moet bloot in die hande van die howe gelaat word om behoorlike ondersoek in te stel na alle relevante feite waarna ‘n opweging van belange gemaak sal word ter bevordering van behoorlike regspleging. Dat daar dus ‘n definitiewe beweging is na groter betrokkenheid deur die hof tydens borgverrigtinge is duidelik uit voorafgaande bespreking.

77. McCarthy v R 1906 TS 657; S v Visser 1975(2) SA 342(K)

78. Grondwet 200 van 1993

79. Supra

80. Moses Sipho Mziako v Die Staat Saakno 13/1569/94 TPD 12/7/1994 (ongerapporteer)

81. Hiemstra Supra 150; Steytler Supra 81; Cowling MG Law Reform : Supra 77; Nel Supra 49 - 50

82. Supra

83. Malan K Die Grondwet en Borgaansoeke De Rebus 1995 49 - 52

84. S v FKJ Gschwandtner A1277/95 TPA 3/8/95 (ongerapporteer)

Die tweede benadering met betrekking tot borgstelling wat ontstaan het na die inwerkingtreding van die Grondwet<sup>85</sup> word vergestalt in Magano and Another v District Magistrate, Johannesburg and Others<sup>86</sup>. Die hof beslis dat artikel 25(2)(d)<sup>87</sup> 'n reg tot borgtog skep met die gevolg dat die bewyslas tydens hofverrigtinge op die staat rus. Die bewoording verleen nie slegs 'n reg om aansoek om borg te doen nie, maar inderdaad 'n reg om vrygelaat te word met of sonder borgstelling. Die beskuldigde se reg op vryheid moet gehandhaaf word tensy die staat kan aantoon dat verdere aanhouding in belang van geregtigheid is. Die gebruik van die woord "tensy" in artikel 25(2)(d)<sup>88</sup> bevestig dat die bewyslas inderdaad op die staat rus. In S v Maki en andere<sup>89</sup> beskou die hof borgverrigtinge nie as strafregtelik nie maar eerder as 'n sivilregtelike prosedure soos in artikel 3 van die Wysigingswet op Bewysreg<sup>90</sup> vervat. Volgens die hof het die bewyslas tydens borgverrigtinge reeds voor die inwerkingtreding van die Grondwet<sup>91</sup> op die staat gerus. Die staat moet op oorwig van waarskynlikhede aantoon dat die aanhouding van die beskuldigde noodsaaklik is vir behoorlike regspleging. Regter Labuschagne aanvaar ook in S v Khubeka + 1<sup>92</sup> dat die bewyslas by 'n aansoek om borg op die staat rus. Die bewysmaatstaf is bo redelike twyfel. Hierdie benadering word ook gesteun in die minderheidsuitspraak in Ellish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>93</sup>. Die hof bevestig die eiesoortige aard van borgverrigtinge soos uiteengesit in die meerderheidsuitspraak. Die inkwisitoriese aard van die verrigtinge het egter geen invloed op die toepassing van die bewyslasbegrip nie. Die bewoording van artikel 25(2)(d)<sup>94</sup> stel dit duidelik dat die bewyslas by 'n borgaansoek op die staat rus. Indien daar aan die einde van die verrigtinge dus 'n ewewig bestaan, het die staat hom nie van die bewyslas gekwyd nie en is die beskuldigde geregtig op vrylating.

Malan<sup>95</sup> som die fundering van hierdie benadering as volg op :

- 1) Die fundamentele reg op vryheid van elke individu en die vermoede van onskuld-beginsel word verskans in artikel 25(3)(c) van die Grondwet<sup>96</sup>. Die beskuldigde beskik ex lege oor hierdie regte. Daar kan dus geen bewyslas op die beskuldigde rus by borgverrigtinge nie.
- 2) Indien die staat inbreuk maak op bovermelde regte, moet die voorbehoudsbepaling vervat in art 25(2)(d)<sup>97</sup> gesubstansieer word. Die bewyslas by die aansoek om borg rus dus op die staat.

85. Supra

86. Magano and Another v District Magistrate, Johannesburg and Others (1) 1994(2) SACR

87. Grondwet 200 van 1993

88. Ibid

89. S v Maki en Andere (1) 1994(2) SAS 630(E)

90. Wysigingswet op Bewysreg 45 van 1988

91. Supra

92. S v Muzi Khubeka en 'n Ander Saakno 218/93 W 2-5-94 (ongerapporteer)

93. Supra

94. Grondwet 200 van 1993

95. Malan Supra 49

96. Supra

97. Grondwet 200 van 1993

Bekker<sup>98</sup> verkies hierdie benadering. Art 25(2)(d)<sup>99</sup> van die Grondwet bring mee dat die bewyslas in ooreenstemming met algemene beginsels op die staat rus by borgaansoeke. Hierdie benadering bevestig die beskuldigde se reg op vryheid van persoon en beweging, vermoede van onskuld asook die reg tot 'n billike verhoor. Daar is geen vaste riglyne in die Grondwet<sup>100</sup> met betrekking tot wat "in belang van geregtigheid" is nie. Die interpretasie van hierdie begrip moet dus aan die howe oorgelaat word.

Ook volgens Kotze<sup>101</sup> behoort die minderheidsuitspraak in Elish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>102</sup> gevolg te word. Sy kritiek teen die eerste benadering word as volg opgesom:

- 1) Alhoewel die howe nog altyd ten gunste van die vryheid van die onderdaan geneig het, is daar nooit weggedoen met die onus as bewyslas nie.
- 2) Die feit dat artikel 25(2)(d)<sup>103</sup> swyg oor die ligging van die bewyslas, is geen aanduiding van 'n bedoeling dat daar nie 'n bewyslas ter sprake is en dat dit nie op die staat rus nie. Daar was nooit enige statutêre bepaling op grond waarvan die bewyslas tydens borgverrigtinge toegepas is nie. Dit was die gevolg van toepassing en interpretasie deur die howe wat vir ten minste 'n driekwart eeu ongestoord toegepas is. Die aanwending van bewyslas by 'n borgaanzoek het 'n gevestigde prosessuele praktyksreëling geword en daaraan moet gevolg gegee word.
- 3) Die argument dat borgverrigtinge nie strafregtelike verrigtinge is nie en daar dus nie 'n bewyslas op die staat kan wees nie, laat die teenvraag ontstaan na waarom daar dan tot nou toe 'n onus op die beskuldigde geplaas is waar laasgenoemde juis nie in strafregtelike verrigtinge met enige egte onus opgesaal word nie?
- 4) Die inkwisatoriese aard van borgverrigtinge verskaf nie op sigself voldoende rede om weg te doen met die bewyslas as hulpmiddel en maatstaf nie. Artikel 115 van die Strafproseswet<sup>104</sup> se inkwisatoriese aard het byvoorbeeld nie die werking van die bewyslas geaffekteer nie.
- 5) Die standpunt dat borgverlening nou in die diskresie van die hof val, skeep probleme. Die maatstaf wat aangewend word naamlik 'n waarde-oordeel gebaseer op, onder andere, die regs- en mensekennis van die voorsittende beampte is vaag en verwarrend en inhoudelik onseker. Om die voorsittende beampte van een van die belangrikste hulpmiddels te ontnem by uitoefening van bogenoemde diskresie, kan nie in belang van geregtigheid wees nie.

98. Bekker PM Interpretation of the right to bail (Section 25(2)(d) and the limitation clause (Section 33) of the Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993 1994 THRHR 487 - 493

99. Supra

100. Supra

101. Kotze DJL Die Prokureur-Generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling v CJ van Heerden en Andere (ongerapporteerde Saakno A1790/94; 1994-06-10; WPA); Clint Elish en Andere v Die Prokureur Generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling (ongerapporteerde Saakno A1790/94; 1994-08-19, WPA) 1994 De Jure 407 - 416

102. Supra

103. Grondwet 200 van 1993

104. Strafproseswet 71 van 1955

- 6) Die gedagte dat die begrip “in belang van geregtigheid” nie vatbaar is vir feitelike bewys nie, is onaanvaarbaar. Dit is ‘n feitelike afleiding, gebaseer op feitelike aangeleenthede, wat bewys word deur toelaatbare bewysmateriaal. Daar kan dus nie beslis word dat ‘n bewyslas ontoepaslik sou wees nie.
- 7) Die stelling dat die stelreël “hy wat beweer moet bewys” onvanpas is by ‘n borgaansoek, laat onwillekeurig die vraag ontstaan oor die toepaslikheid van die stelreël by ander geregtelike verrigtinge soos, byvoorbeeld mosieverrigtinge. Waarom was die stelreël nooit in die verlede as onvanpas beskou toe die bewyslas onomwonde op die beskuldigde gerus het nie?
- 8) Ten einde regsekerheid en billike beregtiging van borgaansoeke te verseker, moet die bewyslas tydens borgverrigtinge op die staat rus. Die bewysreg het nog altyd erken dat, in die geval van botsende weergawes wat wedersyds vernietigend is, daar twee primêre hulpmiddels bestaan, naamlik geloofwaardigheid en die ligging van die bewyslas. Dit sou dus nie in die belang van objektiewe regspleging wees om een van die hoekstene te verwyder in die geval van borgverrigtinge nie.

Dit is duidelik uit die voorafgaande bespreking dat daar heelwat argumente vir en teen die gebruik van die bewyslas as hulpmiddel tydens borgverrigtinge bestaan. ‘n Gevolgtrekking deur die skrywer in hierdie verband sal op ‘n latere stadium in die werkstuk deurgegee word.

## 5. Die Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

Daar is verskeie faktore wat aanleiding gegee het tot die ontstaan van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>105</sup>. Die eerste faktor is geleë in die algemene transformasie van die Suid-Afrikaanse gemeenskap in ‘n verteenwoordigende demokrasie verbind tot die beskerming van menseregte soos vervat in die Grondwet van 1993 en in besonder die bepalings van artikel 25(2)(d)<sup>106</sup>. In die tweede plek die invloed van ‘n eskalerende misdaadsyfer wat die vertroue van die gemeenskap in die Suid-Afrikaanse regstelsel ondermyn het. Wetsgehoorsame burgers het openbare druk uitgeoefen dat misdadigers vasgevat moet word en nie sonder meer op borgtog vrygelaat moet word nie. Hierdeur is geweldig baie druk op die transformasieproses geplaas. Aangesien die Grondwet van 1993<sup>107</sup> geen vaste riglyne met betrekking tot borgvasstelling vervat nie, was dit noodsaaklik dat sekere aspekte van die borgtogreg statutêr opgeklaar word. In die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>108</sup> word daar dan riglyne vir die howe daargestel in die lig van die bepalings vervat in die Grondwet<sup>109</sup>. Hierdeur word dus gepoog om misdaad te bekamp, die vertroue van die gemeenskap in die regstelsel te herstel en behoorlike regspleging te verseker.

Die grondliggende beginsel by die reg insake borgtog bly steeds dat borgtog toegestaan behoort te word behalwe waar dit nie in belang van geregtigheid is nie. Daar sal egter nou kortliks verwys word na sekere belangrike wysigings vervat in vermeldde wetgewing. Die invoeging van artikel 50(6) bevat ‘n belangrike innovasie deurdat ‘n hof nou statutêr gemagtig is om

105. Cowling MG Bail Reform : an assessment of the Criminal Procedure Second Amendment Act 75 of 1995 SACJ (1996) 50 - 60

106. Supra

107. Supra

108. Supra

109. Supra



borgverrigtinge op sekere gronde vir hoogstens sewe dae op 'n keer uit te stel. Artikel 60(1) - 60(10) het betrekking op alle misdrywe ten opsigte waarvan verrigtinge om die verlening van borgtog moontlik ter sprake mag kom. Artikel 60(1)(a) bevestig die praktyksreël dat die vrylating van 'n beskuldigde op borgtog voortduur tot met skuldigbevinding. Artikel 60(2)(b) is in ooreenstemming met die heersende regsposisie dat daar geen bepaalde prosedure vir borgaansoeke voorgeskryf word nie<sup>110</sup>. Die hof wat borgverrigtinge aanhoor kan in twee gevalle gelas dat getuienis deur die partye aangebied word :

- 1) ten opsigte van aangeleenthede wat by die verrigtinge in geskil is; en
- 2) indien die hof sou oordeel dat inligting of getuienis nie betroubaar of voldoende is nie of dat belangrike inligting kortkom. Getuienis kan viva voce of per beëdigde verklaring aan die hof voorgelê word. Daar is steeds geen beletsel teen die aanbied van hoorsê-getuienis in borgverrigtinge nie. Die sleutelbegrippe en oorwegings in artikel 60(4) - (9) is in wesenlike opsigte die kodifisering van bestaande beginsels wat tot dusver in die praktyk uitgekristaliseer het<sup>111</sup>. Die inkwisitoriale aard van 'n hof se benadering by die beregting van borgverrigtinge vind neerslag in die bepalings van artikels 60(1)(c) en 60(10) :
  - a) 'n Hof oorweeg ook mero motu die verlening van borg aan 'n beskuldigde en
  - b) die nie-opponering van 'n aansoek om borgtog deur die staat is nie bindend op die hof nie en borgtog sal in sodanige gevalle nie meer outomaties aan 'n beskuldigde verleen word nie.

Dit hou egter nie in dat die staat geen rol in borgverrigtinge te speel het nie. Die teendeel word trouens deur die hedendaagse gemeenskapsbelang voorgeskryf. 'n Radikale wysiging van die regsposisie tot op hede deur die invoeging van artikel 65A maak dit vir Prokureurs-Generaal moontlik om teen die beslissing van 'n hof om 'n beskuldigde op borgtog vry te laat, te appelleer. Die ongegronde versuim van 'n beskuldigde wat op borgtog vrygelaat is om te verskyn of sy versuim om 'n borgvoorwaarde na te kom, word deur artikel 67A strafbaar gestel. Dit is verder interessant dat artikel 61 van die Strafproseswet van 1955<sup>112</sup> herroep is. Die Prokureurs-Generaal kan dus nie meer in sekere gevalle borgtogvasstelling verhoed nie. Die beslissing met betrekking tot borgtogvasstelling al dan nie word in die hande van die hof gelaat welke reëling in ooreenstemming met die doelstellings van die Grondwet<sup>113</sup> en die handves op menseregte is. Artikel 60(11) stel 'n numerus clausus van misdrywe daar, die borgtogverlening waarvan op 'n spesifieke gedifferensieerde wyse gereël word. Aangesien die invoeging van hierdie artikel 'n belangrike invloed het op die werking van die bewyslas tydens borgverrigtinge word dit in breë trekke ondersoek. Artikel 60(11) bepaal

“Ondanks enige bepalings van hierdie Wet, waar 'n beskuldigde aangekla word van 'n misdryf bedoel -

- a) in Bylae 5;
- b) in Bylae 1, wat na bewering gepleeg was terwyl hy of sy op borgtog was ten opsigte van 'n Bylae 1 - misdryf,

110. S v De Kock 1995(1) SASV 299 T; S v Pienaar 1992(1) SASV 178 WLD

111. S v De Kock 1995(1) SASV 299 T; S v Acheson 1991(2) SA 805(Nm)

112. Supra

113. Supra

moet die hof gelas dat die beskuldigde in bewaring gehou word totdat daar met hom of haar in ooreenstemming met die reg gehandel is, tensy die beskuldigde, nadat hy of sy 'n redelike geleentheid daartoe gebied is om dit te doen, die hof oortuig dat die belang van geregtigheid nie sy of haar aanhouding vereis nie.”

Die misdrywe omvat in Bylae 5 is hoogverraad, moord waar 'n gevaarlike wapen of vuurwapen betrokke is, verkragting, roof met verswarende omstandighede, roof van 'n motorvoertuig, misdrywe in terme van artikels 13(f) en 14(b) van die Wet op Dwelmmiddels en Dwelmsmokkelary<sup>114</sup>; misdrywe wat verband hou met onwettige vuurwapens en plofstowwe en misdrywe wat verband hou met deviese beheer, korrupsie, bedrog, vervalsing, uitgifte of diefstal waarby bedrae van R500 000,00 oorskry word. Hierdie sub-artikel plaas eksplisiet 'n onus op die beskuldigde om die hof te oortuig dat die belang van geregtigheid nie sy of haar aanhouding vereis nie. By ontstentenis hiervan moet 'n beskuldigde ooreenkomstig die bepalinge van die sub-artikel in bewaring gehou word. Dit hou dus 'n belangrike afwyking in van die gevolgtrekking waartoe geraak is in beide die meerderheids- en minderheidsuitspraak in Ellish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>115</sup>. Hieruit blyk die bedoeling dat :

- a) Persone wat van ernstige misdrywe aangekla is, moet nie aan die gereg ontkom deurdat hulle onvanpas op borgtog vrygelaat is nie
- b) Borgtog behoort nie geredelik aan persone toegestaan te word wat 'n geneigdheid tot die pleeg van misdade (veral indien hulle op borgtog verkeer), openbaar nie.

Cowling<sup>116</sup> bespreek die invloed van die Tweede Strafproseswysigingswet. <sup>1</sup>En kom tot die volgende slotsom :

- a) Artikel 60(1) skep 'n reg op borgtog en bevestig die reg vervat in artikel 25(2)(d) van die Grondwet<sup>118</sup>.
- b) Artikel 60(1)(a) bevestig dat die staat tydens borgverrigtinge die bewyslas in 'n wye sin dra en met die verrigtinge moet begin.
- c) Dit blyk uit hierdie wetgewing dat borgverrigtinge inkwisatories van aard is. Die hof moet tydens die aansoek alle relevante faktore ten gunste van en teen borgvasstelling opweeg en aan die einde van die ondersoek tot 'n beslissing kom. Hy lig dan die inkwisatoriese elemente in die wetgewing toe :
  - i) In terme van artikel 60(1)(c) moet die hof die kwessie van borgvasstelling ondersoek indien dit nie deur die beskuldigde of aanklaer aangeraak word nie.
  - ii) Artikel 60(3) bepaal dat die hof sekere inligting kan vereis voordat 'n beslissing gemaak word. Die voorsittende beampte speel dus 'n aktiewe rol by die insameling van getuienis en is nie bloot 'n passiewe evalueerder van die getuienis voor hom of haar nie.
  - iii) In terme van artikel 60(9) moet die hof 'n balans handhaaf tussen die belange van geregtigheid teenoor die reg tot vryheid van die individu

114. Wet op Dwelmmiddels en Dwelmsmokkelary 140 van 1992

115. Supra

116. Cowling MG Bail Reform : Supra 50 - 60

117. Supra

118. Supra

- iv) Artikel 60(10) bepaal dat die hof 'n borgondersoek kan hou selfs waar die staat nie borgtog opponeer nie. Dit beklemtoon weer eens die inkwisitoriese aard van die verrigtinge.

Hierdie aspekte toon 'n duidelike navolging van die benadering vervat in Elish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>119</sup> met betrekking tot die aard van borgverrigtinge. Die vraag ontstaan nou of artikel 60(11) 'n bewyslas op die beskuldigde plaas tydens borgverrigtinge. Volgens Cowling<sup>120</sup> moet die begrip "burden of persuasion" eerder as bewyslas gebruik word. Die artikel is daarop gerig om 'n balans te skep tussen misdaadbekamping en behoorlike regspleging. Dit stuur 'n boodskap aan die howe om behoorlik te oordink voordat borg in spesifieke gevalle toegestaan word. Die staat moet steeds begin met getuienislewering, maar daar rus nie 'n bewyslas op die beskuldigde nie aangesien dit skending sou wees van die fundamentele reg verskans in artikel 25(2)(d) van die Grondwet<sup>121</sup>. Dit word gestaaf deur die lang titel waarin hierdie artikel omskryf word<sup>122</sup> :

"'n hof die bevoegdheid te verleen om, ten opsigte van sekere ernstige misdrywe, die beskuldigde te gelas om die hof te oortuig dat die belang van geregtigheid nie sy of haar aanhouding in bewaring vereis nie."

Daar moet vervolgens bepaal word hoe die howe die toepassing van die Tweede Strafproseswysigingswet en in besonder die werking van artikel 60(11)<sup>123</sup> benader. In S v Vermaas<sup>124</sup> betoog die applikant dat artikel 60(11)<sup>125</sup> nie die bewyslas op die beskuldigde plaas nie, maar bloot 'n verpligting om eerste getuienis aan te bied daarstel. Die benadering dat bewyslas geen rol te speel het tydens borgtogverrigtinge nie, word aangehang. Die plasing van die bewyslas op die beskuldigde sal in teenstelling met die bepalings van art 25(2)(d)<sup>126</sup> wees. Die konstitusionaliteit al dan nie van die artikel is egter nie aangeval nie. Regter van Dijkhorst bevind dat die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>127</sup> inwerking getree te midde van 'n hewige debat rondom borg, borgvoorwaardes en bewyslewering in die Suid-Afrikaanse borgtogreg. In die lig hiervan moet aanvaar word dat die bewoording van artikels 60 en 60(11) in besonder weldeurdag was. Daar is 'n duidelike verskil tussen artikel 60(11) en die voorafgaande bepalings. Artikel 60 vind algemene toepassing terwyl artikel 60(11) as uitsondering op die algemene reël funksioneer. As algemene reël geld die beginsel dat 'n beskuldigde geregtig is op borgtog tensy die hof bevind dat verdere aanhouding in belang van geregtigheid is. Die bewyslas rus dus op die staat. Artikel 60(11) word uitdruklik as uitsondering daargestel soos blyk uit die bewoording "nieteenstaande enige ander bepalings van hierdie Wet." Die toepassing daarvan is beperk tot gespesifiseerde misdrywe. Dit is 'n gebiedende bepaling. Die beskuldigde moet die hof oortuig

119. Supra

120. Cowling MG Bail Reform : Supra 54

121. Supra

122. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

123. Supra

124. S v Vermaas 1996(1) SAS 528(T)

125. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

126. Grondwet 200 van 1993

127. Supra

dat die belang van geregtigheid nie sy of haar aanhouding vereis nie. Die hof beslis dat die bewoording van artikel 60(11) ondubbelsinnig die bewyslas op die beskuldigde plaas op oorwig van waarskynlikhede.

In S v Mbele en Ander<sup>128</sup> word die invloed van die bepalings van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>129</sup> indringend ondersoek. Regter Leveson hanteer hierdie ondersoek teen die agtergrond van die effek van die Grondwet<sup>130</sup> en in besonder artikel 25(2)(d) op die Suid-Afrikaanse borgtogreg. By die interpretasie van wetgewing moet oorweging gegee word aan die bepaling in artikel 35(3) van die Grondwet van 1993<sup>131</sup>. Die interpretasie moet egter in konteks geskied en teen die agtergrond van die wet in geheel. Die hof verwerp die benadering in Prokureur-Generaal van die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling v Van Heerden en andere en Elish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>132</sup> soos reeds in voorafgaande bespreking uiteengesit. Borgverrigtinge is wel soms informeel. Wanneer 'n borgaansoek egter geopponeer word, stem dit ooreen met 'n verhoor en is daar geen rede waarom die reëls en prosedure geldend tydens 'n verhoor nie toegepas kan word nie. Die Grondwet van 1993<sup>133</sup> verleen ook geen inkwisatoriese magte nie. Daar is nooit voor of na bogenoemde beslissings bepaal dat borgverrigtinge inkwisatories van aard is nie. Art 60(2)(b) van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>134</sup> bepaal dat die hof tot 'n onafhanklike beslissing moet kom en inligting op 'n informele wyse kan inwin. Dit vind egter slegs gelding waar die feite nie in geskil is nie. Die hof moet wel 'n toekomsbepaling met betrekking tot die beskuldigde se handeling maak, maar dit moet gefundeer word op bestaande feite soos in enige ander verhoor. Volgens die hof is die Grondwet van 1993<sup>135</sup> gerig op die beskerming van die regte van die individu en reguleer dit die individu se verhouding teenoor die Staat. Dit poog om te verhoed dat wetgewing die individu se regte skend deur byvoorbeeld aanhouding sonder verhoor en aanhouding sonder dat gearresteerde 'n regsvertegenwoordiger mag sien, te verbied. Dit was dus nooit daarop gerig om 'n invloed te hê op die ligging of werking van die bewyslas tydens borgaansoeke nie. Gevolglik bevind die hof dat die bewyslas wel tydens borgverrigtinge toepassing vind. Die gebruik van die woord "tensy" in artikel 25(2)(d)<sup>136</sup> het geen mistieke waarde nie. Die artikel skryf geen prosedure voor nie en is neutraal. Dit verbied dus nie die daarstel van wetgewing waardeur 'n onus op 'n spesifieke party geplaas word nie. Daar is dus geen rede waarom 60 jaar se beslissings dat die bewyslas tydens borgverrigtinge op die beskuldigde rus omver gewerp moet word nie.

Die hof ondersoek vervolgens die vraag of artikel 60(11)<sup>137</sup> in konflik met die bepalings van

- 
128. S v Mbele en Ander 1996(1) SASR 212(W)  
 129. Supra  
 130. Supra  
 131. Supra  
 132. Supra  
 133. Supra  
 134. Supra  
 135. Supra  
 136. Grondwet 200 van 1993  
 137. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

artikel 25(2)(d)<sup>138</sup> is. Die artikel bepaal dat die beskuldigde die hof moet oortuig dat die belang van geregtigheid nie sy of haar aanhouding vereis nie. Die betekenis van die woord "oortuig" word eerstens ontleed. In Blyth v Blyth<sup>139</sup> omskryf die hof die begrip as volg :

"The word "satisfied" does not mean satisfied beyond all reasonable doubt. It simply said on whom the burden of proof rested, leaving it to the court itself to decide what standard of proof was required in order to be "satisfied."

Die hof vergelyk in Briginshaw v Briginshaw<sup>140</sup> die woord "satisfied" met "an actual persuasion". In Re Woodcock<sup>141</sup> word die begrip omskryf as "that means a mind not troubled by doubt" en "satisfied with a preponderance of probability arrived at by due caution in the light of the seriousness of the charge." Regter Leveson heg dan 'n wye betekenis aan die woord "oortuig" en beslis dat die hof op oorwig van waarskynlikhede deur die beskuldigde oortuig moet word.

Laastens word die vraag bespreek of dit raadsaam is om met die bewyslasbegrip by borgverrigtinge te werk. Die hof bevind dat daar geen rede bestaan om nie van die bewyslas as hulpmiddel gebruik te maak. Die wet plaas die bewyslas op die beskuldigde waar dit inderdaad in die verlede gerus het en steeds hoort. Regter Stegman bevind egter in S v Mbele en Andere<sup>142</sup> dat artikel 25(2)(d) van die Grondwet<sup>143</sup> slegs aan elke individu die reg gee om die hof te nader in 'n geskil met betrekking tot borg in ooreenstemming met die bestaande en geldende beginsels rondom borgvasstelling. Die hof moet dan alle relevante faktore opweeg ten gunste van en tot nadeel van die beskuldigde ooreenkomstig die bestaande reg. Dit het dus niks te doen met die toepassing van die bewyslas al dan nie. Die begrip "in belang van geregtigheid" moet wyd geïnterpreteer word om die individu se reg op vryheid sowel as die belange van die gemeenskap te omvat. Aangesien "in belang van geregtigheid" as begrip nie bewysbaar is nie, verkies hy die wyer begrip "onus of persuasion" bo "onus of proof". In die lig hiervan bevind regter Stegman dat daar geen konflik tussen artikel 25(2)(d)<sup>144</sup> en artikel 60(11)<sup>145</sup> bestaan nie. Eersgenoemde artikel het geen invloed op die bewyslas nie. Laasgenoemde artikel plaas duidelik 'n bewyslas op die beskuldigde. Die hof kan dus nie inkwisatories optree nie, maar moet op grond van die feite 'n beslissing maak. Die regter bevind egter dat die hof in alle gevalle wat buite artikel 60(11) val, gebonde is aan die beginsels uiteengesit in Ellish en Ander v PG, WPA<sup>146</sup>.

138. Grondwet 200 van 1993

139. Blyth v Blyth (1966)1 All ER 524(HL)

140. Briginshaw v Briginshaw (1938)60 CLR 336

141. Re Woodcock 1957 NZLR 960 CA op 963

142. Supra

143. Supra

144. Grondwet 200 van 1993

145. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

146. Supra

Ook in S v Shezi<sup>147</sup> bevind die hof dat artikel 60(11)<sup>148</sup> nie in stryd is met artikel 25(2)(d)<sup>149</sup> nie. Die bewyslas rus in terme van eersgenoemde artikel op die beskuldigde op oorwig van waarskynlikhede. Regter Els onderskei wel tussen 'n begin- en bewyslas. Die Staat moet aantoon dat die beskuldigde wel aangekla word van die vermelde misdrywe by wyse van 'n volledige klagstaat waarin volle besonderhede van die misdryf uitgespel word of moet feite voor die hof plaas by wyse van erkenning of deur middel van getuienis waaruit dit duidelik aangetoon word dat artikel 60(11) wel op die beskuldigde van toepassing is.

Die beslissing in S v Mbele<sup>150</sup> word egter in Prokureur-Generaal, Vrystaat v Ramokhosi<sup>151</sup> gekritiseer. Die hof bevind dat die bepalinge van artikels 60(3) en 60(10) van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>152</sup> die aard van borgverrigtinge as inkwisatoriese ondersoek vestig. Artikel 60(11) van bovermelde wet is in konflik met artikel 25(2)(d) van die Grondwet<sup>153</sup> en moet eng geïnterpreteer word. Dit blyk dus dat daar teenstrydige benaderinge in die jongste gesag is met betrekking tot wat die aard van borgverrigtinge is asook die ligging van die bewyslas en of dit versoenbaar met die bepalinge van die Grondwet van 1993<sup>154</sup> is. Hierdie aspekte sal op 'n latere stadium weer aangeraak word.

#### 6. Regsvergelykende ondersoek :

Ten einde tot 'n sinvolle gevolgtrekking te kom, moet 'n regsvergelykende ondersoek gedoen word. Daar sal hoofsaaklik verwys word na Kanadese gesag wat aldus die skrywer insiggewende riglyne vir die Suid-Afrikaanse borgtogreg daarstel.

In Brittanje word 'n aangehoudende se reg op borg gereël deur die "Bail Act" van 1976<sup>155</sup>. Die basiese uitgangspunt is dat borg toegestaan behoort te word behalwe in sekere spesifieke gevalle waar borgverlening uitgesluit word. Aangesien Brittanje egter nie oor 'n Handves van Menseregte beskik nie, is vergelykings riskant. Die Engelse reg kan wel op die breë gebied van die proses- en bewysreg rigting gee.

Volgens die Kanadese reg is 'n beskuldigde geregtig daarop om op borgtog vrygelaat te word. In sekere gevalle tree daar egter 'n "reverse onus clause" inwerking in gevolg waarvan die bewyslas op die beskuldigde rus tydens borgverrigtinge. Dit sluit ernstige geweldsmisdade asook gevalle waar 'n beskuldigde op 'n vorige geleentheid versuim het om borgvoorwaardes na te kom, in. Die Kanadese Handves van Menseregte is vervat in die "Canadian Charter of Rights

147. S v Shezi 1996(1) SASV 715(T)

148. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

149. Grondwet 200 van 1993

150. Supra

151. Prokureur-Generaal, Vrystaat v Ramokhosi Saakno 0503/96 OPD 25-7-1996 (ongerapporteur)

152. Supra

153. Supra

154. Supra

155. Bail Act (Brittanje) 1972, soos gewysig in 1975.

and Freedoms"<sup>156</sup>. Die statutêre borgtogreg is vervat in die "Criminal Code" .<sup>157</sup> Daar sal vervolgens na Kanadese regspraak verwys word waar die vraag of sekere statutêre bepalings met betrekking tot die borgtogreg en die ligging van die bewyslas konstitusioneel is al dan nie.

In R v Pearson<sup>158</sup> het bepalings van artikel 515(6)(d) van die "Criminal Code"<sup>159</sup> en artikels 7, 9, 11(d) en 11(e) van die "Canadian Charter of Rights and Freedoms"<sup>160</sup> onder die soeklig beland.

Artikel 515(6)(d) bepaal :

- “(c) Notwithstanding any provision of this section, where an accused is charged...
- (d) with having committed an offence under section 4 or 5 of the Narcotic Control Act or the offence of conspiring to commit an offence under section 4 or 5 of that Act the justice shall order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to the law, unless the accused, having been given a reasonable opportunity to do so, shows cause why his detention in custody is not justified, but where the justice orders that the accused be released, he shall include in the record a statement of his reason for making the order.”

Artikel 7 bepaal :

- 7. “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

Artikel 9 bepaal :

- “Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned”

Artikel 11 bepaal :

- “Any person charged with an offence has the right...
- (d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;
- (e) not to be denied reasonable bail without just cause...”

Die Quebec Court of Appeal het beslis dat artikel 515(6)(d) artikels 9, 11(d) en 11(e) skend. Dit is nie regverdigbaar onder sub-artikel 1 nie en is diskriminerend en arbitrêr. Die hof beskou dit as onregverdig om 'n uitsondering op die algemene reël te skep gegrond op slegs die aanklag teen die beskuldigde. 'n Appêl teen hierdie bevinding is gevolglik deur die Supreme Court of Canada aangehoor. Daar moet dus bepaal word of artikel 515(6)(d) wel die regte verskans in artikels 7, 9, 11(d) en 11(e) skend. Indien dit die geval is, moet bepaal word of dit aan "a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s 1 of the Charter" voldoen. Die vermoede van onskuld is 'n beginsel wat werking vind in alle aspekte en stadia van strafregtelike verrigtinge. Dit is die vertrekpunt in enige voorgestelde

156. Canadian Charter of Rights and Freedoms (1990), 5 C.R.R. (2d) 164, 59 C.C.C. (3d) 407, 79 C.R. (3d) 90, (1990) R.J.Q. 2438

157. Criminal Code R.S.C. 1985 C-46

158. R v Pearson (1992) 12 C.R.R. (2d) 1 (S.C.C.)

159. Supra

160. Supra

inbreukmaking op die reg op lewe, vryheid en sekuriteit van die individu as 'n breë beginsel van fundamentele geregtigheid. Artikel 11(d) skep egter 'n prosedurele en bewysregtelike reël by die verhoorstadium en vind geen toepassing by borgvasstelling nie. Gevolglik skend artikel 515(6)(d) nie die bepaling van artikel 11(d) nie. Artikel 11(e) omvat die effek wat die vermoede van onskuld beginsel op die werking van borgverrigtinge het. Indien artikel 515(6)(d) aan die vereistes in artikel 11(e) voldoen, is daar geen skending van artikel 7 nie.

Die hof moes dus nou bepaal wat die omvang van die reg vervat in artikel 11(e) is. Dit waarborg die reg van die aangeklaagde "not to be denied reasonable bail with just cause." Daar word dus twee afsonderlike regte geskep :

- a) Die bedrag borg en voorwaardes moet redelik wees
- b) Die beskuldigde het die reg op borgtog. Daar word dus konstitusionele standaarde daargestel vir borgvasstelling.

Die vraag ontstaan of artikel 515(6)(d) in effek beteken dat borg geweier word. Die artikel stel 'n uitsondering op die algemene reël daar en is gebiedend van aard. Dit moet dus aan die konstitusionele vereiste van "just cause" voldoen ten einde regverdigbaar te wees. Artikel 515(6)(d) geld slegs in "a narrow set of circumstances" naamlik met betrekking tot spesifieke misdrywe wat unieke karaktertrekke het. Die misdrywe maak dikwels deel uit van georganiseerde misdaad waar geweld betrokke is en daar 'n aanduiding is dat 'n beskuldigde maklik regspleging sal ontduik. Borg word ook nie vir alle persone in die omstandighede geweier nie, maar slegs die beskuldigdes wat nie die hof kan oortuig dat sy of haar vrylating geregverdig is nie. Die spesifieke stel reëls is noodsaaklik vir die behoorlike funksionering van die borgstelsel en word vir geen ander doel daargestel nie. Dit is vasgestelde reëls met gestruktureerde kriteria en is dus nie diskresionêr nie. Artikel 515(6)(d) voldoen dus aan die vereiste van "just cause" en is nie onkonstitusioneel nie. McLachlin J lewer egter 'n afwykende uitspraak en beslis dat artikel 515(6)(d) te wyd geformuleer is. Dit kan wel regverdigbaar wees wanneer 'n handelaar in dwelms binne die georganiseerde misdaadopset aangekla word. Soos dit egter tans bestaan, val die "small fish", dit wil sê persone wat nie deel vorm van die georganiseerde misdaadopset nie, ook binne die spektrum van die artikel. Dit is dus nie "demonstrably justified in a free and democratic society" nie.

In R v Morales<sup>161</sup> is artikels 515(6)(a); (d) en 515(10)(b) van die Criminal Code<sup>162</sup> ondersoek ten einde te bepaal of die werking daarvan artikels 7, 9, 11(d) en 11(e) van die "Canadian Charter of Rights and Freedoms"<sup>163</sup> skend.

Artikel 515(6)(a) bepaal :

- "6. Notwithstanding any provision of this section, where an accused is charged
- (a) with an indictable offence, other than an offence listed in section 469, that is alleged to have been committed while he was at large after being released in respect of another indictable offence pursuant to the provisions of this Part or section 679

161. R v Morales (1992)12 C.R.R. (2d) 3

162. Supra

163. Supra



or 680 ...

the justice shall order that the accused be detained in custody until he is dealt with according to law unless the accused, having been given a reasonable opportunity to do so, shows cause why his detention in custody is not justified ...”

Artikel 515(10)(b) bepaal :

“10. For the purpose of this section, the detention of an accused in custody is justified only on either of the following grounds :

- (b) on the secondary ground (the applicability of which shall be determined only in the event that and after it is determined that his detention is not justified on the primary ground referred to in paragraph (a) that his detention is necessary in the public interest or for the protection of safety of the public, having regard to all the circumstances including any substantial likelihood that the accused will, if he is released from custody, commit a criminal offence or interfere with the administration of justice.”

Die hof bespreek in die eerste plek die konstitusionaliteit al dan nie van artikel 515(10)(b). Die begrip “public interest” is “vague and imprecise.” Dit is vatbaar vir verskillende interpretasies en “authorizes a standardless sweep, as the court can order imprisonment whenever it sees fit”. Dit lei dus tot skending van artikel 11(e) en is onkonstitusioneel. Die begrip “public safety” voldoen egter wel aan die vereistes gestel in R v Pearson<sup>164</sup>. Dit geld slegs binne 'n beperkte stel omstandighede naamlik in gevalle wat 'n “substantial likelihood” daarstel dat daar weer 'n misdaad gepleeg sal word of behoorlike regspleging verydel sal word. Dit moet verder “necessary for public safety” wees. Die spesifieke stel reëls is verder noodsaaklik om behoorlike strafregpleging te verseker. Die hof bevind verder dat genoemde bepalinge geskei kan word. Die bewoording “in public interest” moet verwyder word sodat die res van artikel 515(10)(b) as konstitusioneel beskou kan word.

Die beredenering ten opsigte van artikel 515(6)(a) is soortgelyk aan die wat geld ten opsigte van artikel 515(6)(d). Die artikel voldoen aan die begrip “just cause” en is dus konstitusioneel. Dit geld slegs ten opsigte van “indictable offences” en is eng genoeg omskryf. Dit stel 'n spesiale stel reëls daar waar redelike gronde bestaan dat regspleging verydel sal word en is slegs gerig op die behoorlike funksionering van die borgtogstelsel. Hierdie benadering in die Kanadese regspraak kan met vrug aangewend word as riglyn vir die hantering van borgtogkewessies in die Suid-Afrikaanse reg.

## 7. Gevolgtrekking :

Wanneer die konstitusionele invloed op borgstelling in die breë bespreek word, moet die bepalinge van die Grondwet<sup>165</sup> met inbegrip van die handves van Menseregte en die onderliggende waardes, beginsels en doelstellings daartoe binne die Suid-Afrikaanse konteks inaggeneem word. Dat die algemene transformasie van die Suid-Afrikaanse gemeenskap in 'n verteenwoordigende demokrasie nie sonder probleme verloop nie, kan nie betwyfel word nie.

164. Supra

165. Supra

Die veelvolgigheid van die Suid-Afrikaanse gemeenskap skep 'n unieke raamwerk waarbinne die regstelsel moet funksioneer. Die eskalerende misdaadsyfer, wantroue van die gemeenskap in die regstelsel en die beklemtoning van die fundamentele regte van die individu vereis 'n fyn ontwikkelde Suid-Afrikaanse borgtogreg ten einde behoorlike regspleging te verseker. Teen hierdie agtergrond moet daar vervolgens bepaal word hoe die moderne Suid-Afrikaanse borgtogreg funksioneer.

Die tradisionele benadering tot borgstelling het gesetel in die beginsel dat beskuldigde tydens borgverrigtinge die bewyslas op oorwig van waarskynlikhede dra. Daar is egter selfs binne hierdie benadering besondere klem gelê op die reg tot vryheid van die individu. Heel party Suid-Afrikaanse skrywers het die tradisionele benadering gekritiseer. Twee verskillende standpunte kan onderskei word naamlik

- a) Die bewyslas tydens borgtogverrigtinge moet op die staat rus.
- b) Die eiesoortige en inkwisatoriese aard van borgtogverrigtinge verhoed dat die bewyslasbegrip werking vind by 'n borgaansoek.

Met die inwerkingtreding van die Grondwet<sup>166</sup> en in besonder artikel 25(2)(d) is daar deur die hof gevolg gegee aan beide bogenoemde standpunte. Die volbankbeslissing in Elish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>167</sup> is egter die toonaangewende gesag op hierdie punt. Daarvolgens is borgverrigtinge 'n sui generis aangeleentheid. Die tradisionele bewyslasbegrip het geen rol te speel by 'n borgaansoek nie. Die inkwisatoriese aard van borgverrigtinge word veral beklemtoon in hierdie benadering. Die begrip "in belang van geregtigheid" soos vervat in artikel 25(2)(d) beteken niks anders as die tradisionele faktore en oorwêgings wat 'n rol te speel het tydens borgverrigtinge nie. Die skrywer is egter van mening dat die minderheidsuitspraak in Elish en Andere v Prokureur-Generaal, WPA<sup>168</sup> 'n meer korrekte benadering is. Artikel 25(2)(d)<sup>169</sup> bevestig die beskuldigde se reg op borg. Die beskuldigde beskik ex lege oor hierdie reg. Dit plaas die bewyslas in ooreenstemming met die algemene prosedurele beginsel op die staat op oorwig van waarskynlikhede. Dit beskerm die beskuldigde se reg op vryheid van persoon en beweging, vermoede van onskuld asook die reg tot 'n billike verhoor. Die eiesoortige aard van borgverrigtinge word nie hierdeur ontken nie. Die inkwisatoriese elemente soos ook vergestalt in die Tweede Strafproueswysigingswet<sup>170</sup> verskaf egter nie voldoende rede om weg te doen met die bewyslas as hulpmiddel en maatstaf nie. Die aanwending van die bewyslas by 'n borgaansoek is 'n gevestigde prosessuele praktyksreëling wat vir ten minste 'n driekwart eeu ongestoord toegepas is. Ten einde regsekerheid en billike beregting van borgaansoeke te verseker, moet hieraan gevolg gegee word. Die standpunte van die skrywers Bekker<sup>171</sup> en Kotze<sup>172</sup> word deur die skrywer ondersteun.

---

166. Supra

167. Supra

168. Supra

169. Grondwet 200 van 1993

170. Supra

171. Bekker Supra 487

172. Kotze Supra 407

Artikel 60(1) van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>173</sup> bevestig die reg op borgtog soos vervat in artikel 25(2)(d) van die Grondwet<sup>174</sup>. In terme van artikel 60(1)(a) van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>175</sup> rus die bewyslas op die staat. Hierdie wet omvat ook sekere inkwisitoriese elemente soos uiteengesit deur Cowling<sup>176</sup>. Soos reeds vermeld verhoed die aard van borgverrigtinge egter nie die toepaslikheid van die begrip bewyslas by borgverrigtinge. Artikel 60(11) van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>177</sup> funksioneer as uitsondering op die algemene reël. In terme daarvan rus die bewyslas in sekere omstandighede ondubbelsinnig op die beskuldigde. Gesien in die lig dat hierdie bepaling inwerking getree het te midde van 'n hewige debat soos blyk uit voorafgaande bespreking, is dit duidelik dat die wetgewer bedoel het om die bewyslas op die skouers van die beskuldigde te plaas. Die skrywer is verder van mening dat die betrokke artikel nie in konflik is met artikel 25(2)(d) van die Grondwet<sup>178</sup> nie. Laasgenoemde artikel verbied nie die daarstel van wetgewing waardeur 'n onus op 'n spesifieke party geplaas word nie. In hierdie verband kan die Kanadese regspraak soos vooraf bespreek as riglyn binne die Suid-Afrikaanse konteks aangewend word. Artikel 60(11) van die Tweede Strafproseswysigingswet<sup>179</sup> geld slegs in beperkte omstandighede naamlik

- a) Waar 'n beskuldigde aangekla staan van sekere spesifieke misdrywe en
- b) Waar 'n beskuldigde aangekla staan van sekere omskrewe misdrywe wat na bewering gepleeg was terwyl hy of sy op borgtog was ten opsigte van so 'n omskrewe misdryf.

Die begrippe is duidelik omskryf en is geskep omdat dit noodsaaklik is vir die behoorlike funksionering van die borgstelsel. Dit is vasgestelde reëls waarbinne gestruktureerde kriteria uitgestip is. Borgtog word ook nie in alle gevalle hierin vervat, geweier nie. Elke beskuldigde het die reg om 'n geleentheid te kry waartydens die hof oortuig kan word dat verdere aanhouding nie in belang van geregtigheid is nie. Die begrip “in belang van geregtigheid” moet dus wyd omskryf word sodat die belange van die gemeenskap sowel as die belange van die individu en sy fundamentele regte daarin omvat word. Dit sal dan aan die howe oorgelaat word om in elke spesifieke geval inhoud aan bogenoemde begrip te verleen.

In die lig van die besondere Suid-Afrikaanse konteks soos blyk uit voorafgaande bespreking is die skrywer dus van mening dat artikel 60(11)<sup>180</sup> nie in konflik met artikel 25(2)(d)<sup>181</sup> is nie. Die beperking van die fundamentele regte is geoorloof omdat dit redelik is, regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid, nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg ontken nie asook noodsaaklik is vir behoorlike regspleging. Daar moet egter saamgestem word met regter Stegman in S v Mbele<sup>182</sup>. In alle gevalle wat buite die

173. Supra

174. Supra

175. Supra

176. Cowling MG Bail Reform : Supra 50

177. Supra

178. Supra

179. Supra

180. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

181. Grondwet 200 van 1993

182. Supra

toepassingsgebied van artikel 60(11)<sup>183</sup> val, is die volbankbeslissing in Elish en Ander v Prokureur-Generaal, WPA<sup>184</sup> tans toonaangewend. In alle gevalle wat binne vermelde artikel se toepassingsgebied val, rus die bewyslas op die beskuldigde. Dit is duidelik dat die moderne Suid-Afrikaanse borgtogreg 'n ontwikkelde borgraamwerk daarstel waarbinne 'n balans tussen die belange van die gemeenskap en die fundamentele regte van die beskuldigde gevind moet word. Dit is nou in die hande van die howe om hieraan gevolg te gee.

---

183. Tweede Strafproseswysigingswet 75 van 1995

184. Supra