

**VERMOEDENS, DIE BEWYSLAS EN DIE EFFEK VAN DIE GRONDWET**

deur

**TERSIA ROSSOUW**

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir die graad

**MAGISTER LEGUM**

aan die

**UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA**

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

**NOVEMBER 1995**

## OPSOMMING

Die sogenaamde vermoede van onskuld is *via* die Engelse Reg in ons reg oorgeneem en tot konstitusionele status verhoog met die daarstelling van artikel 25(3)(c) van die Grondwet, No. 200 van 1993. Hierdie reg om onskuldig geag te word en die gepaardgaande swygreg, wat hier kortliks aangeraak word, kan egter aan beperking onderhewig wees soos bepaal deur artikel 33 van die Grondwet. Die beginsels soos ontwikkel in Kanada en Amerika word ondersoek. Die slotsom waartoe geraak word is dat, alhoewel historiese en ander verskille deurgaans voor oë gehou sal moet word, die regspraak in genoemde jurisdiksies, en meer spesifiek Kanada, 'n groot rol sal speel by die inhoud wat die Suid-Afrikaanse howe, in die konteks van statutêre vermoedens, aan die konstitusionele reg om onskuldig geag te word, sal gee.

## SUMMARY

The so-called presumption of innocence has been inherited from the English common law and awarded constitutional status by the introduction of section 25(3)(c) of the Constitution, Act 200 of 1993. This right to be presumed innocent and the accompanying right to remain silent, which is briefly touched upon, are however not absolute and can be subject to limitation as provided for by section 33 of the Constitution. The principles, as they have been developed in Canada and America, are investigated. The conclusion which is drawn is that, despite historical and other differences, it can be expected that foreign jurisprudence, particularly that of Canada, will play a major role in the content that will be given by the South African courts to the right to be presumed innocent in the context of statutory presumptions.

### Key terms

Statutory presumptions, onus of proof, evidentiary burden, tests of validity, reasonable doubt standard, Constitution, presumption of innocence, right to remain silent, purposive approach, limitation clause, object, proportionality test.

## **Inhoudsopgawe**

- I. Inleiding.
- II. Die vermoede van onskuld.
- III. Vermoedens.
- IV. Die toets vir die bepaling van die geldigheid van vermoedens.
- V. Die swygreg.
- VI. Die beperkingsklousule.
- VII. Slotsom.

Bibliografie.

Lys van aangehaalde gewysdes en wette.

## I. Inleiding

Hoofstuk 3, en meer spesifiek artikel 25, van die Grondwet, No. 200 van 1993, verleen aan aangehoudenes, gearresteerdes en beskuldigdes verskeie regte. Een hiervan is die reg op 'n billike verhoor waarby inbegrepe is die reg om onskuldig geag te word en om te swyg tydens pleitverrigtinge of verhoor en om nie tydens die verhoor te getuig nie.<sup>(1)</sup>

Alhoewel daar kortliks verwys sal word na die swygreg vervat in genoemde artikel, is dit hoofsaaklik die vermoede van onskuld, die effek van vermoedens daarop asook die beperkingsklousule<sup>(2)</sup> wat op 'n oorwegend regsvergeljende basis aangespreek sal word.

Wat die uitleg van die bepalings van hoofstuk 3 aanbetref, verleen die Wetgewer in artikel 35 die diskresie aan die hof om vergelykbare buitelandse hofbeslissings in ag te neem.

Dit word aan die hand gedoen dat buitelandse beslissings mag blyk van meer as net verbygaande belang te wees, veral daar ons howe nog nie veel geleentheid gehad het om beginsels neer te lê oor die onderhawige onderwerp nie. Die vergelyking word egter beperk tot Amerika en Kanada - eersgenoemde weens die ervaring wat Amerikaanse reg verteenwoordig van meer as 200 jaar waarin die openbare belang en beskernde individuele regte onder 'n hoogs gerespekteerde grondwet gebalanseer moes word en laasgenoemde weens die aandag wat die vermoede van onskuld en omgekeerde onus-

---

(1) Artikel 25(3)(c).

(2) Artikel 33.

bepalings<sup>(3)</sup> in die Kanadese howe geniet het sedert die Kanadese Handves van Regte en Vryhede in 1982 deel geword het van die Kanadese Grondwet.

## II. Die vermoede van onskuld

Dit moet ter aanvang daarop gewys word dat die vermoede, wat sy strafregtelike toepassing aanbetref, nie 'n vermoede in die gewone sin is nie, maar eerder 'n algemene beleidsreël wat vereis dat die vervolging normaalweg die onus dra om alle geskilpunte te bewys.<sup>(4)</sup> McCormick<sup>(5)</sup> meen dan ook dat dit waarskynlik beter is om te praat van 'n aanname van onskuld, aangesien dit die aanname beskryf dat, in die afwesigheid van feite tot die teendeel, 'n persoon se gedrag op 'n gegewe oomblik regmatig was.

Alhoewel die Amerikaanse Grondwet nie 'n uitdruklike vermoede van onskuld bevat nie, word dit beskou as deel van die "due process" waarborg van die vyfde en veertiende amendemente tot die Grondwet en vorm dit vir praktiese doeleindes deel van die Grondwet. Dit word derhalwe beskou as 'n basiese komponent van 'n regverdige verhoor wat betrekking het op elke element van die relevante misdryf.

In *In re Winship*<sup>(6)</sup> is beslis dat die redelike twyfel-standaard konkrete substansie verleen

---

(3) Die sogenaamde "reverse onus clauses".

(4) Hoffman en Zeffert, "The South African Law of Evidence" 4de uitgawe, (1988), 513; Schmidt, "Bewysreg", 3de uitgawe, (1989), 146.

(5) "McCormick on Evidence", 1992, Vol 2, 453.

(6) 397 U.S. 358 (1970) te 1072.

aan die vermoede van onskuld, die afdwinging waarvan die toepassing van die strafreg ten grondslag lê. Die *rationale* vir die hoë graad van konstitusionele beskerming wat die beginsel geniet word soos volg deur Brennan R. geformuleer: "*The requirement of proof beyond reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused during a criminal prosecution has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt.*"

In Kanada word die vermoede van onskuld vervat in artikel 11(d) van die Kanadese Handves van Regte en Vryhede wat soos volg bepaal:

"11. *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.*"

Kanadese howe het hulself al by verskeie geleenthede uitgelaat oor die inhoud van die vermoede, maar na my mening word die mees volledige uiteensetting daarvan gevind in *R v Oakes*<sup>(7)</sup>, 'n uiteensetting wat baie ooreenstem met die van die Amerikaanse reg: "*The*

---

(7) 26 D.L.R. (4th) (1986) 200 te 212, 213.

*presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(d) of the Charter, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the Charter ..... The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise."*

Die hof gaan dan voort deur te bepaal dat die reg om onskuldig geag te word, vereis dat artikel 11(d) as 'n minimum die volgende inhoud het, naamlik eerstens, dat 'n individu se skuld bo redelike twyfel bewys moet word, tweedens, dat die Staat die bewyslas dra en derdens, dat strafregtelike vervolgings moet geskied ooreenkomstig regmatige prosedures en billikheid.<sup>(8)</sup>

---

(8) Te 214.



In *R v Holmes*<sup>(9)</sup> word daar met goedkeuring na *Oakes* verwys en voeg die hof daaraan toe dat die reg om onskuldig geag te word die respek en sorg verleen wat aan individue verskuldig is uit hoofde van hulle fundamentele regte op lewe, vryheid en sekuriteit van die persoon. As sulks is dit tegelyk 'n regsartikulasie van die verhouding tussen die individu en die gemeenskap en die erkenning van die noodsaak van die oppergesag van die reg ("*rule of law*").

Charles, Cromwell en Jobson<sup>(10)</sup> beskryf die uiteensetting in *Oakes* as die "retoriek", maar wys daarop dat die realiteit veel anders daar uitsien. Nie alleen het die wetgewer die vermoede van onskuld met minagting behandel nie,<sup>(11)</sup> maar ook die Kanadese regbank, in elk geval tot onlangs toe.

Ook in die Suid-Afrikaanse reg is die vermoede van onskuld al in 'n mindere of meerdere mate deur wetgewing, en in sommige gevalle deur regterlike beslissings, geërodeer, alhoewel dit al vir 150 jaar of meer erken word as 'n basiese beginsel van ons reg.<sup>(12)</sup>

Die vermoede van onskuld is *via* die Engelse gemenerereg in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem. Die formulering daarvan kan teruggevoer word na die welbekende beslissing van *Woolmington v Director of Public Prosecutions*<sup>(13)</sup> waar soos volg beslis is:

---

(9) 50 D.L.R. (4th) (1988) te 694.

(10) "Evidence and the Charter of Rights and Freedoms", (1989) 126.

(11) Skrywers wys daarop dat 'n onvolledige soektog van Kanadese wette getoon het dat daar meer as 1 000 bepalings is wat 'n bewyslas van 'n soort op beskuldigdes plaas.

(12) *S v Zuma* 1995 (4) BCLR 401 (CC) te 410 D - E.

(13) [1935] AC 462 (HL) te 481.

*"Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained."*

Alhoewel die vermoede dus nie 'n vreemde konsep is wat eers met die inwerkingtreding van die Grondwet toepassing in ons reg gevind het nie,<sup>(14)</sup> is dit deur artikel 25(3)(c) tot konstitusionele status verhoog.<sup>(15)</sup> Die vraag wat dus ontstaan, is watter inhoud die Suid-Afrikaanse howe aan die vermoede van onskuld sal gee. Dit word aan die hand gedoen dat die antwoord hierop nie alleen relevant is met betrekking tot die vraag of 'n vermoede inbreuk maak op die fundamentele reg(te) soos vervat in artikel 25(3)(c) nie, maar ook met betrekking tot 'n ondersoek ingevolge artikel 33 wat *inter alia* bepaal dat 'n verskanste reg deur algemeen geldende reg beperk kan word, mits dit nie die wesenlike inhoud van die reg ontken nie.

Uit onlangse beslissings skyn dit asof die doelgerigte benadering van die Kanadese Reg

---

(14) *R v Ndlovu* 1945 AD 369 te 386; *R v Britz* 1949 (3) SA 293 AD te 302.

(15) *Supra*, p. 1.

in die bepaling van die inhoud van 'n fundamentele reg, hier te lande inslag sal vind.<sup>(16)</sup>

Artikel 35 van die Grondwet bevat sekere beginsels wat toepassing vind by die uitleg van die bepalings van hoofstuk drie. Volgens artikel 35(1) moet 'n geregshof onder andere die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid ten grondslag lê, bevorder, terwyl artikel 35(3) bepaal dat "*By die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, neem 'n hof die gees, strekking en oogmerke van hierdie Hoofstuk behoorlik in ag.*"

In *R v Big M Drug Mart Ltd*<sup>(17)</sup> is per Dickson R. (soos hy toe was) beslis dat die betekenis van 'n reg of vryheid bepaal moet word deur 'n analise van die doel van so 'n waarborg, met ander woorde in die lig van die belange wat dit bedoel was om te beskerm. Die analise en soeke na die doel moet geskied met verwysing na die karakter en groter oogmerke van die Handves self, die taal wat gebruik is om die spesifieke reg of vryheid te verwoord, die historiese oorsprong van die konsep, en waar toepaslik, die betekenis en doel van ander regte en vryhede waarmee die betrokke reg of vryheid geassosieer word. Die interpretasie moet volgens die hof eerder rojtaal as legalisties wees en daarop gemik wees om die doel van die waarborg te vervul asook om vir individue die volle voordeel van die Handves se beskerming te verseker.

---

(16) Sien *infra*, vn 18.

(17) 18 D.L.R. (4th) (1985) te 359 - 360.

Die hof wys egter daarop dat dit belangrik is om in gedagte te hou dat die Handves nie in 'n vakuum verorden is nie, en derhalwe binne sy behoorlike taalkundige, filosofiese en historiese konteks geplaas moet word.

Hierdie kontekstuele benadering word in *R v Wholesale Travel Group Ltd*<sup>(18)</sup> deur Cory R. beklemtoon. Die hof verwys na *Edmonton Journal v Alberta (Attorney-General)* waarin Wilson R. die mening uitspreek dat 'n reg of vryheid verskillende betekenisse in verskillende kontekste mag hê en dan voortgaan deur te beslis dat "*(i)t is for this reason that I believe that the importance of the right or freedom must be assessed in context rather than in the abstract and that its purpose must be ascertained in context.*"

Cory R. beslis voorts dat konteks nie alleen relevant is met betrekking tot die bepaling van die betekenis en omvang van Handvesregte nie, maar ook by 'n bepaling van die balans wat getref moet word tussen individuele regte en die belange van die gemeenskap.

Die beslissing in *R v Big M Drug Mart Ltd* is met goedkeuring aangehaal in verskeie onlangse Suid-Afrikaanse beslissings.<sup>(19)</sup> In die *Park-Ross*-beslissing beslis Tebbutt R. egter dat, alhoewel die proposisies in genoemde saak eweseer van toepassing is in die Suid-Afrikaanse opset, die taal waarin die betrokke reg of vryheid uitgedruk is, nie geïgnoreer kan word nie.

---

(18) 84 D.L.R. (4th) (1991) 161 te 210.

(19) *Qozoleni v Minister of Law and Order and another* 1994 (1) BCLR 75 (E); *Khala v The Minister of Safety and Security* 1994 (2) BCLR 89 (W); *Park-Ross and Another v The Director, Office for Serious Economic Offences* 1995 (2) BCLR 198 (C); *S v Makhatini* 1995 (2) BCLR 226 (D) en *S v Zuma supra*.

In *Government of the Republic of South Africa v The Sunday Times Newspaper and another*<sup>(20)</sup> is 'n liberale konstruksie egter voorgestaan, en word die rol van die regbank as voog van die Grondwet, beklemtoon. *"The judiciary as guardian of the Constitution must be astute in determining the full ambit of the rights enshrined in the Constitution and be vigorous in its protection thereof."* In *Khala v The Minister of Safety and Security*<sup>(21)</sup> word 'n doelgerigte en rojale interpretasie in een asem genoem word. Hierdie terme is egter nie sinoniem nie.

Hogg<sup>(22)</sup> wys daarop dat: *"The Court has generally assumed that a 'purposive' approach and a 'generous' approach are one and the same thing - or at least are not inconsistent. Indeed, statements of the purposive approach have nearly always been accompanied - often in the same sentence - by statements of the generous approach. In the case of some rights, that is correct: a purposive interpretation will yield a broad scope for the right. In the case of most rights, however, the widest possible reading of the right, which is the most generous interpretation, will 'overshoot' the purpose of the right, by including behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection. The effect of a purposive approach is normally going to be to narrow the scope of the right. Generosity is a helpful idea as long as it is subordinate to purpose."*

Met die bogenoemde uiteensetting in gedagte word dit aan die hand gedoen dat

(20) 1995 (2) BCLR 182 (T) te 186 D - E.

(21) *Supra*, vn 18.

(22) "Constitutional Law of Canada", 3de uitgawe, 1992 (aangehaal in *Shabalala and others v The Attorney-General of Transvaal and others* 1994 (6) BCLR 85 (T) te 100).

buitelandse beslissings, in besonder die *Oakes*-uitleg van die vermoede van onskuld, van groot waarde mag wees in die inhoud wat plaaslik, in die konteks van statutêre vermoedens, aan artikel 25(3)(c) verleen sal word.

Nie alleen toon artikel 25(3)(c) opvallende ooreenstemming met artikel 11(d) van die Kanadese Handves nie, maar het beide hul oorsprong in die sogenaamde "Woolmington-beginsel" van die Engelse Reg.<sup>(23)</sup> Voorts word aan die hand gedoen dat ook in Suid-Afrika die vermoede van onskuld 'n integrale deel uitmaak van die reg op lewe, vryheid en sekuriteit van 'n persoon soos uitdruklik verleen in artikels 9 en 11 van die Grondwet. Die konstitusionele reg om onskuldig geag te word mag dus blyk baie meer uitgebreid te wees as die bewysregtelike betekenis wat tradisioneel in verhoorkonteks daaraan geheg is.

In *Nortje and Another v Attorney-General of the Cape and another*<sup>(24)</sup> beslis Marais R. egter dat die vermoede van onskuld nie 'n onweerlegbare een is nie. Die hof wys daarop dat, alhoewel die vermoede in die Grondwet vereis dat aangeklaagde persone vermoed moet word om onskuldig te wees totdat die teendeel bo redelike twyfel bewys is, dit nie beteken dat daar nie oorweging gegee kan word aan die moontlikheid dat hulle inderdaad skuldig is nie. Dit beteken voorts ook nie dat daar nie gewaak moet word teen die neerlegging van strafproses-beginsels wat só oop is vir manipulasie en misbruik dat dit gesien word as 'n handves vir kriminele eerder as 'n versigtig-saamgestelde kompromie

---

(23) *S v Zuma (supra)* te 416 D - E.

(24) 1995 (2)BCLR 236 (C) te 241 J, 245 G - 246 C.

wat ontwerp is om die spanning tussen twee verskillende oogmerke te akkomodeer nie.

Die eerste oogmerk is naamlik om die risiko van die verkeerdlike skuldigbevinding van onskuldiges te elimineer. Die ander een is om die suksesvolle vervolging van skuldiges so moeilik te maak om te bereik, dat die gemeenskap en polisie so apaties of sinies raak dat onvoldoende pogings aangewend word om oortreders voor die hof te bring, of so verontwaardig en gegrief dat die reg in eie hande geneem word nie.

Alhoewel eersgenoemde volgens die hof die primêre en dominante oorweging in ons reg is, behoort die parlement en die howe aangeleenthede steeds te kan reël ten einde te verhoed dat skuldiges so dikwels vrygespreek word dat die gemeenskap dit nie kan verduur nie, sonder enige verhoging in die risiko dat onskuldiges verkeerdlik skuldig bevind word.

Inaggenome die minimum-inhoud wat in *Oakes* aan die vermoede van onskuld verleen word, word dit aan die hand gedoen dat daar in die ondersoek na die grondwetlike aard van 'n vermoede eerstens bepaal moet word met watter tipe vermoede daar gehandel word en tweedens wat die aard van die bewyslas is wat daardeur aan die beskuldigde opgelê word.

### III. Vermoedens

McCormick<sup>(25)</sup> laat hom soos volg uit oor die aard van vermoedens: *"One ventures the assertion that 'presumption' is the slipperiest member of the family of legal terms, except its first cousin, 'burden of proof' ..... Agreement can probably be secured to this extent, however: a presumption is a standardized practice, under which certain facts are held to call for uniform treatment with respect to their effect as proof of other facts."*<sup>(26)</sup>

In Amerika skyn die basiese indeling van vermoedens gebaseer te wees op die vraag of die feite-beoordelaar 'n diskresie het om die wesenlike feit van die basiese feit af te lei. Op hierdie basis word daar in County Court of Ulster County v Allen<sup>(27)</sup> onderskei tussen vergunnende ("permissive") en gebiedende ("mandatory") vermoedens. Vergunnende vermoedens laat die feite-beoordelaar toe, maar vereis nie, om die elementele feit af te lei uit bewys van die basiese feit deur die Staat. Geen las van enige aard word egter op die beskuldigde geplaas nie. Verpligte vermoedens daarenteen het die effek dat die feite-beoordelaar die elementele feit by bewys van die basiese feit móét aflei, in elk geval totdat die beskuldigde vorendag kom met getuienis om die vermoede verband tussen die twee feite te weerlê.

Gebiedende vermoedens kan volgens die hof weer onderverdeel word in vermoedens wat die sogenaamde "burden of production" na die beskuldigde verskuif en vermoedens wat

---

(25) Te 449.

(26) Sien ook *U.S. v Gainey* 380 U.S. 63 (1964), Schmidt te 132.

(27) 442 U.S. 140 (1978) te 2224 - 2225.



die onus ("burden of proof") in geheel op die beskuldigde plaas. Die onderskeid is daarin geleë dat in eersgenoemde geval die oortuigingslas ("burden of persuasion") weer op die Staat oorgaan indien die beskuldigde hom van sy las kwyd. Waar 'n vermoede egter 'n besondere lae "burden of production" op die beskuldigde plaas, byvoorbeeld deur te bepaal dat die las deur "enige" getuienis weerlê kan word, mag dit wees dat die impak van die vermoede nie groter is nie as die van 'n vergunnende vermoede, in welke geval dit as sulks geanaliseer moet word.

In die Kanadese beslissing van *R v Oakes*,<sup>(28)</sup> word vermoedens in twee algemene kategorieë ingedeel, naamlik vermoedens met basiese feite (dit wil sê afleidings wat gemaak word na bewys van die basiese feit) en vermoedens daarsonder (dit wil sê 'n afleiding wat gemaak word totdat die teendeel bewys word). Eersgenoemde kan verder ingedeel word in vergunnende ("permissive") en gebiedende ("mandatory") vermoedens. Net soos in die Amerikaanse reg is die afleiding wat na bewys van die basiese feit gemaak word, in die geval van vergunnende vermoedens opsioneel, maar in geval van die gebiedende vermoede, verpligtend.

Vermoedens kan ook weerlegbaar of onweerlegbaar wees. Indien weerlegbaar, kan weerlegging op drie maniere geskied, te wete:-

- (1) deur redelike twyfel te laat ontstaan oor die bestaan van die vermoede;

---

(28) *Supra* te 209.

- (2) die beskuldigde mag 'n bewyslas opgelê word om voldoende getuienis voor te lê ten einde die waarheid van die vermoede feit aan te tas; of
- (3) die beskuldigde mag met 'n regs- of oortuigingslas opgesaal word ten einde die nie-bestaan van die vermoede feit op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys.

In die Kanadese reg word terminologie soos "major burden", "legal burden" en "persuasive burden" gebruik om die las te beskryf wat opgelê word ten einde 'n saak uit te maak. Die las om 'n feit in geskil te plaas word ook na verwys as "minor burden", "secondary burden", "evidential burden", "burden of going forward" en "burden of adducing evidence".

In *R v Schwartz*<sup>(29)</sup> verkies die hof om die terme oortuigingslas ("persuasive burden") en weerleggingslas ("evidentiary burden") te gebruik. *"The party who has the persuasive burden is required to persuade the trier of fact, to convince the trier of fact that a certain set of facts existed. Failure to persuade means the party loses. The party with an evidential burden is not required to convince the trier of fact of anything, only to point out evidence which suggests that certain facts existed. The phrase 'onus of proof' should be restricted to the persuasive burden, since an issue can be put into play without being proven."*

---

(29) 55 D.L.R. (4th) (1988) te 19.

Ook Tanovich<sup>(30)</sup> meen dat dit misleidend mag wees om die term "omgekeerde onus" ("reverse onus") te gebruik om te verwys na middels wat die oortuigingslas of weerleggingslas verskuif, aangesien alleen eersgenoemde neerkom op 'n ware ommekeer van die onus om te bewys ("onus of proof").

In die Suid-Afrikaanse reg word daar onderskei tussen regsvermoedens en feitelike vermoedens. Eersgenoemde kan van onweerlegbare of weerlegbare aard wees. In die geval van 'n onweerlegbare regsvermoede word die inwerkingtreeding daarvan van regsweë op die voorsittende beampte afgedwing. Volgens Hoffmann en Zeffertt<sup>(31)</sup> is hierdie tipe vermoedens bloot gewone reëls van die substantiewe reg wat op so wyse geformuleer is dat dit soos 'n bewysregtelike reël lyk.<sup>(32)</sup>

Ook in die geval van weerlegbare vermoedens word die aanname van regsweë afgedwing (mits die basis daarvoor gelê is), maar dit verskil in dié opsig van onweerlegbare regsvermoedens dat die werking daarvan opgehef word sodra weerleggende getuienis aangebied word. Afhangend van die bewoording wat in die formulering van die betrokke vermoede aangewend is, kan dit die effek hê om 'n "volle" onus op die beskuldigde te plaas, alternatiewelik kan dit bloot die verskuiwing van die weerleggingslas tot gevolg hê.

'n Tipiese voorbeeld van waar die volle onus op die beskuldigde geplaas word, is waar X

---

(30) "The Unravelling of the Golden Thread: The Supreme Court's compromise of the presumption of innocence" Cr. L.Q 1993 Vol 35 te 195 vn 7.

(31) Te 530.

(32) Ook Schmidt (te 132 - 133) wys op die self-weersprekende aard van die term en beskou dit as "'n onding: 'n fiksie".

vermoed word "totdat die teendeel bewys word". Waar die wetgewer egter uitdrukking gebruik soos dat 'n bepaalde feit "*prima facie* getuienis" of "*prima facie* bewys" van 'n ander feit daarstel, of "*in die afwesigheid van getuienis tot die teendeel*", plaas dit bloot 'n weerleggingslas op die beskuldigde. *Prima facie*-bewys word dus voorlopig van regsweë geskep totdat weerleggende getuienis aangebied word. Die "egte" bewyslas word egter nie in so geval geraak nie.

Wanneer daar eers bepaal is met watter tipe vermoede daar te make is en wat die aard van die bewyslas is wat daardeur die beskuldigde opgelê word, moet die kernvraag steeds beantwoord word, naamlik of die betrokke vermoede in stryd is met die vermoede van onskuld.

#### IV. Die toets vir die bepaling van die geldigheid van vermoedens

Die submissie is dat statutêre vermoedens, weens die werking daarvan, die potensiaal het om ernstige inbreuk te maak op beskuldigdes se fundamentele regte, in elk geval op die reg om onskuldig geag te word. Die blote bestaan van 'n vermoede kan egter nie beslissend wees nie en ontstaan die vraag noodwendig volgens watter toets die geldigheid, al dan nie, van 'n vermoede in Suid-Afrika bepaal sal word.

In beide die Amerikaanse en Kanadese jurisdiksies is hierdie vraag al by verskeie geleenthede oorweeg, nie alleen om die wettigheid van sodanige bepalings te bepaal nie, maar ook in die konteks van versoening van sulke bepalings met die vermoede van

onskuld.

Die vergelykende geriefstoets is aanvanklik toegepas in *Morrison v California*<sup>(33)</sup> waar die hof beslis het dat die wesenlike beperking op die verskuiwing van die bewyslas na die beskuldigde is dat *"the state shall have proved enough to make it just for the defendant to be required to repel what has been proved with excuse or explanation, or at least that upon a balancing of convenience or of the opportunities for knowledge the shifting of the burden will be found to be an aid to the accuser without subjecting the accused to hardship or oppression."*

In *Tot v U.S.*<sup>(34)</sup> verwerp die hof die Staat se argument dat die vergelykende geriefstoets en die rasonele verband-toets alternatiewe tot mekaar is en beslis dan dat laasgenoemde beherend is met eersgenoemde bloot bykomstig daartoe. Die rasonele verband-toets is ook toegepas in *U.S. v Gainey*<sup>(35)</sup> en *U.S. v Romano*<sup>(36)</sup>.

In *Leary v U.S.*<sup>(37)</sup> beslis die hof dat *"(t)he upshot of Tot, Gainey and Romano is, we think, that a criminal statutory presumption must be regarded as 'irrational' or 'arbitrary', and hence unconstitutional, unless it can at least be said with substantial assurance that the presumed fact is more likely than not to flow from the presumed fact on which it is made to depend."* Die toets wat die hof dus toepas, is die rasonele verband-toets en die

---

(33) 291 U.S. 82 (1934) te 284.

(34) 319 U.S. 463 (1943) te 1245.

(35) *Supra*, vn 25.

(36) 382 U.S. 136 (1965).

(37) 395 U.S. 6 (1969) te 1548.

standaard waaraan die rasionele verband moet voldoen, die van "meer waarskynlik as nie".

Tien jaar later beslis die hof in *Allen* dat "*the ultimate test of any device's constitutional validity in a given case remains constant: the device must not undermine the factfinder's responsibility at trial, based on evidence adduced by the State, to find the ultimate facts beyond a reasonable doubt.*"<sup>(38)</sup>

Gebiedende en vergunnende vermoedens kan derhalwe nie op dieselfde wyse geanaliseer word nie. Omdat beskuldigde in die geval van gebiedende vermoedens weens die blote werking van die vermoede skuldig bevind kan word, sal die vermoede ongrondwetlik wees, tensy die basiese feit alleenstaande voldoende is om die afleiding van skuld bo redelike twyfel te regverdig.

'n Vergunnende vermoede moet volgens die hof as net nog 'n item van getuienis behandel word.<sup>(39)</sup> Mits die vermoede nie as die enigste en voldoende basis gebruik is vir die skuldigbevinding nie, hoef die vermoede net te voldoen aan die toets geformuleer in *Leary*, met ander woorde die "meer as waarskynlik" standaard. In die oorwegingsproses word die geheel van die getuienis in ag geneem, aangesien die aanklaer in die geval van 'n vergunnende vermoede op al die getuienis mag steun ten einde aan die redelike twyfel standaard te voldoen.

---

(38) *Supra* te 2224.

(39) "*There is no more reason to require a permissive statutory presumption to meet a reasonable doubt standard before it may be permitted to play any part in a trial than there is to require that degree of probative force for other relevant evidence before it may be admitted.*"

In *Sandstrom v Montana*<sup>(40)</sup> beslis die hof dat beide konklusiewe vermoedens en vermoedens wat, alhoewel nie konklusief nie, die oortuigingslas na die beskuldigde verskuif, sou bots met die oorheersende vermoede van onskuld wat die reg aan die beskuldigde verleen en wat elke element van die misdryf dek.

By oorweging van bogenoemde beslissings is dit hoegenaamd nie duidelik welkeen van die standarde, te wete die redelike twyfel-standaard of die "more-likely-than-not"-standaard uiteindelik in die Amerikaanse reg toepassing sal vind by die bepaling van die konstitusionele aard van 'n vermoede nie.

McCormick<sup>(41)</sup> kom egter tot die gevolgtrekking dat daar onderskei sal word tussen gebiedende en vergunnende vermoedens. 'n Vergunnende vermoede sal konstitusioneel aanvaarbaar wees as daar 'n rasonale verband bestaan tussen die basiese feit bewys deur die Staat en die feit wat vermoed word en as laasgenoemde meer waarskynlik as nie voortvloei uit eersgenoemde. 'n Gebiedende vermoede wat net die "burden of production" verskuif, sal op dieselfde wyse beoordeel word.

Die skrywer wys daarop dat die hof in *Allen* die moontlikheid geopper het dat 'n vermoede wat die oortuigingslas ("burden of persuasion") verskuif, grondwetlik geag mag word as die vermoede feit bo redelike twyfel uit die basiese feit afgelei. Volgens McCormick is die voorgestelde toets in *Allen* egter "a stiff one".

---

(40) 442 U.S. 510 (1979) te 2458 - 2459.

(41) Te 489 - 490.

Die posisie in die Kanadese reg skyn baie meer duidelik te wees, waar die "bo redelike twyfel"-toets sedert die Oakes-beslissing deurlopend toegepas word.

In Oakes beslis die hof,<sup>(42)</sup> met verwysing na die rasonale verband-toets, dat dit nie die konstitusionele beginsel van die vermoede van onskuld voldoende beskerm nie. As die beskuldigde die las dra om die bestaan van 'n wesentliche element van die misdryf op 'n oorwig van waarskynlikhede te weerlê, bestaan die moontlikheid dat hy skuldig bevind kan word ten spyte van die bestaan van redelike twyfel. Dit sal volgens die hof gebeur waar die beskuldigde voldoende getuienis voorlê om redelike twyfel te laat ontstaan oor sy onskuld, maar nietemin nie daarin slaag om die hof op 'n oorwig van waarskynlikhede toortuig dat die vermoede feit onwaar is nie.

Met bogenoemde standpunt oor die rasonale verband-toets doen die hof egter nie afbreuk aan die belang daarvan nie, maar meen dat die toepaslike stadium vir die toepassing daarvan by artikel 1, die beperkings-klausule, is.<sup>(43)</sup>

In R v Holmes<sup>(44)</sup> brei die hof die Oakes-toets soos geformuleer ten opsigte van wesentliche elemente van die misdryf uit en beslis dat *"any burden on an accused which has the effect of dictating a conviction despite the presence of reasonable doubt, whether that burden relates to proof of an essential element of the offence or some element extraneous to the offence but none the less essential to verdict, contravenes s. 11(d) of the Charter."*

---

(42) *Supra* te 223.

(43) Sien ook *R v Schwartz*, *supra* te 21.

(44) *Supra* te 695.



'n Soortgelyke standpunt word gehuldig in *R v Whyte*.<sup>(45)</sup> Die hof beslis dat die presiese karakterisering van 'n faktor as 'n essensiële element, 'n kollaterale faktor, 'n verskoning of 'n verweer nie die analise van die vermoede van onskuld behoort te affekteer nie, aangesien dit die finale effek van 'n bepaling op die uitspraak is wat beslissend is. Die motivering vir die standpunt is dieselfde as in *Oakes* - as daar van 'n beskuldigde verwag word om 'n feit op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys ten einde skuldigbevinding vry te spring, word die vermoede van onskuld geskend omdat 'n skuldigbevinding kan geskied ten spyte van die bestaan van redelike twyfel by die feite-beoordelaar oor die skuld van die beskuldigde.<sup>(46)</sup>

Die posisie in Kanada kan dus soos volg opgesom word:-

- (1) Die rasonale verband-toets word, anders as in die Amerikaanse reg, nie aangewend om te bepaal of 'n bepaling grondwetlik is al dan nie, maar vind eers toepassing by die ondersoek ingevolge artikel 1.<sup>(47)</sup>

Charles, Cromwell en Jobson<sup>(48)</sup> opper egter die moontlikheid dat 'n weergawe van die rasonale verband-toets steeds deel vorm van die artikel 11(d)-analise. Hierdie standpunt is gebaseer op 'n passasie uit *Whyte* waar die hof met verwysing na die *Vaillancourt*-beslissing soos volg opmerk: "*This is another way of saying that a*

---

(45) 51 D.L.R. (4th) (1988) te 493.

(46) Sien ook byvoorbeeld *R v Vaillancourt* 47 D.L.R. (4th) (1987) te 416; *R v Wholesale Travel Group Inc.*, *supra* te 189.

(47) Sien *infra*.

(48) *Supra* te 168.

*statutory presumption infringes the presumption of innocence if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt. Only if the existence of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element exists, with no other reasonable possibilities, will the statutory presumption be constitutionally valid.*<sup>(49)</sup>

- (2) Daar word op die vermoede van onskuld inbreuk gemaak wanneer die beskuldigde aan skuldigbevinding blootgestel word, ten spyte van die bestaan van redelike twyfel.
- (3) Dit is die finale effek wat 'n bepaling op die uitspraak het wat beslissend is, met die gevolg dat dit irrelevant is of die las wat op die beskuldigde geplaas word betrekking het op 'n essensiële element al dan nie.

Die aanduidings bestaan reeds dat die toets van redelike twyfel soos toegepas in Kanada, in die Suid-Afrikaanse reg inslag sal vind by die bepaling van die grondwetlike aard van statutêre vermoedens.

In S v Zuma<sup>(50)</sup> verwys Kentridge W.R. na die Kanadese beslissing van R v Downey en spesifiek na die opsomming van beginsels deur Cory R. verstrek soos afgelei uit die gesag. Die hof beslis dan dat die beginsels soos uitgewerk deur die

---

(49) *Supra* te 494.

(50) *Supra* te 416 B - F.

Kanadese Hooggeregshof toegepas mag word, in besonder die eerste twee beginsels wat soos volg lui:

- "I. The presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt.*
- II. If by the provisions of a statutory presumption, an accused is required to establish, that is to say to prove or disprove, on a balance of probabilities either an element of an offence or an excuse, then it contravenes s. 11(d). Such a conviction would permit a conviction in spite of a reasonable doubt."*

V. **Die swygreg**

Alhoewel dit onmoontlik is om hierdie aspek hier volledig te bespreek, meen ek dat dit vir redes wat *infra* meer duidelik sal blyk, wel vermelding verdien.

Soos reeds uitgewys, omvat artikel 25(3)(c) van die Grondwet nie alleen die reg om onskuldig geag te word nie, maar ook die reg "om te swyg tydens pleitverrigtinge of verhoor en om nie tydens die verhoor te getuig nie."

Dit is onseker waarom hierdie twee regte in een sub-artikel vervat is, aangesien hierdie regte in die ontwikkeling van die Grondwet apart behandel is. Artikel 25(b), soos

voorgestel deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie, het bepaal dat alle mense die reg het om as onskuldig behandel te word totdat die teendeel deur die Staat bewys is. Die reg van alle mense om te swyg en te weier om te getuig is apart in artikel 25(c) vervat.<sup>(51)</sup>

In die ANC se konsep-wet is die reg van onskuld in artikel 2.14 vervat en die reg tot swye in artikel 2.21.<sup>(52)</sup>

In die Kanadese Handves van Regte en Vryhede, word die onderskeie twee regte ook in twee aparte artikels vervat. Terwyl artikel 11(d) handel met die vermoede van onskuld, word die reg "*not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence*" in artikel 11(c) beskryf.

Reeds voor die Handves het Laskin R. in *R v Appleby* gesuggereer dat die vermoede van onskuld en die reg tot swye verwante regte is deur te beslis dat "*in a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right to silence and the ultimate benefit ..... of any reasonable doubt ....*"<sup>(53)</sup>

Die potensiële verband tussen hierdie twee artikels blyk ook uit *Dubois v R*<sup>(54)</sup> waar die toelaatbaarheid van getuienis deur appellant in 'n vorige saak, in die daaropvolgende verrigtinge oorweeg is. In 'n meerderheidsbeslissing wys Lamer R. (soos hy toe was)

---

(51) Interim-verslag oor groeps- en menseregte Projek 58 Augustus 1991 te 415.

(52) Suid-Afrikaanse Regskommissie se interim-verslag *supra* te 414.

(53) 21 D.L.R. (3rd) (1971) te 336 - 337.

(54) 23 D.L.R. (4th) (1985) te 528.

daarop dat die toelating daarvan sou neerkom op 'n inbreuk op artikel 11(d) en in 'n mindere mate op artikel 11(c). *"For, the accused is being conscripted to help the Crown in discharging its burden of 'a case to meet', and is thereby denied his or her right to stand mute until a case has been made out."* Dit sou ook die Staat toelaat om op indirekte wyse te doen wat dit direk deur artikel 11(c) verbied word om te doen, naamlik om die beskuldigde te verplig om te getuig.

Met verwysing na Côte<sup>(55)</sup> en verskeie Kanadese beslissings beslis die hof dan dat die Handves as 'n sisteem uitgelê moet word waar *"every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts ..... The courts must interpret each section of the Charter in relation to the others ....."*

Ook in *R v Wholesale Travel Group Inc*<sup>(56)</sup> word die verband tussen die reg om onskuldig geag te word en om te swyg, erken. Lamer H.R. wys daarop dat die werking van 'n verpligte vermoede tot gevolg kan hê dat die beskuldigde op indirekte wyse in die getuiebank gedwing kan word ten einde skuldigbevinding te voorkom. Dit sou volgens die hof neerkom op 'n inbreuk op beskuldigde se artikel 11(d)-reg waarvolgens die Staat sy skuld bo redelike twyfel moet bewys.

In *S v Zuma*<sup>(57)</sup> beslis die hof dat beskuldigde se reg om te swyg na arrestasie (asook die reg om nie verplig te word om 'n bekentenis af te lê nie en die reg om nie 'n verpligbare

(55) "The interpretation of legislation in Canada" (1984) te 236.

(56) *Supra* te 194.

(57) *Supra* te 419 C - F.

getuie teen homself te wees nie), almal 'n versterking is van die beginsel dat die vervolging beskuldigde se skuld bo redelike twyfel moet bewys. *"Reverse the burden of proof and all these rights are seriously compromised and undermined. I therefore consider that the common law rule on the burden of proof is inherent in the rights specifically mentioned in section 25(2) and 3(c) and (d), and forms part of the right to a fair trial."*

Dit was egter ongelukkig onnodig om te beslis oor die betekenis en omvang van beskuldigde se swygreg tydens die verhoor. Watter inhoud die Suid-Afrikaanse howe dus daaraan sal verleen, sal alleen die toekoms kan leer.

Wat egter wel duidelik is, is dat die konteks van artikel 25(3)(c) daarop dui dat, ten einde gekamoefleerde aanvalle op beskuldigde se swygreg te voorkom, die verband tussen hierdie reg en die vermoede van onskuld nie geïgnoreer kan word nie.

## VI. Die beperkingsklousule

Artikel 33(1) van die Suid-Afrikaanse Grondwet maak dit duidelik dat die regte vervat in Hoofstuk III nie absoluut is nie en beperk kan word deur algemeen geldende reg. Sodanige beperkings moet egter aan bepaalde standaarde voldoen alvorens dit toepassing sal vind.

Die artikel bepaal dat 'n beperking:

"(a) *slegs geoorloof is in die mate waarin dit -*

*(i) redelik is; en*

*(ii) regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op  
vryheid en gelykheid; en*

*(b) nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg ontken nie, ...."*

Die wetgewer gaan dan voort deur *inter alia* te bepaal dat enige beperking van 'n reg wat in gespesifiseerde artikels (waaronder artikel 25) verskans is, benewens die vereiste dat dit redelik moet wees, ook noodsaaklik moet wees.

Die analoë artikel in die Kanadese Handves is artikel 1 wat bepaal dat die regte en vryhede in die Handves uiteengesit, gewaarborg word "*subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.*"<sup>(58)</sup>

Die *Oakes*-beslissing<sup>(59)</sup> word allerweë beskou as die *locus classicus* wat betref die interpretasie van genoemde artikel. Die hof wys daarop dat twee kontekstuele oorwegings van belang is by die toepassing van artikel 1, naamlik:

---

(58) Die Amerikaanse Grondwet bevat nie 'n beperkingsklousule nie. Beperking van konstitusionele regte geskied deur 'n beperkende uitleg aan die betrokke reg te verleen.

(59) *Supra*.

- (1) artikel 1 waarborg die regte en vryhede in die Handves uiteengesit, met die gevolg dat enige artikel 1-ondersoek moet uitgaan van die veronderstelling dat die beperking inbreuk maak op 'n grondwetlike reg of vryheid;
- (2) die tweede kontekstuele element van interpretasie word voorsien deur die frase "vrye en demokratiese samelewing". Dit verwys die hof na die rede waarom die Handves oorspronklik in die Grondwet verskans is, te wete dat die Kanadese samelewing vry en demokraties kan wees. Die onderliggende waardes en beginsels van 'n vrye en demokratiese samelewing is die oorsprong van die regte en vryhede wat deur die Handves gewaarborg word en dus die finale standaard waarteen 'n beperking, ongeag die effek daarvan, gemeet sal word.

Die onus om te bewys dat 'n beperking redelik en regverdigbaar is in 'n vry en demokratiese samelewing rus volgens die hof op die party wat op die beperking steun. Die bewysstandaard wat toegepas word is dié van 'n oorwig van waarskynlikhede wat egter streng toegepas moet word inaggenome die feit dat daar gepoog word om die inbreuk op 'n konstitusioneel-beskermdede reg of vryheid, te regverdig.

Uit hierdie opmerkings van die hof lei Charles, Cromwell en Jobson<sup>(60)</sup> af dat 'n glyksaam aanwending sal vind by die toepassing van die standaard. In sekere omstandighede, afhangend van die sosiale doel van die bepaling, die wyse van implementering en die

---

(60) *Supra* te 104 - 105.



impak daarvan op individuele regte en demokratiese waardes, kan 'n onus dus vereis word wat naby aan die kriminele standaard kom.

Ten einde te bewys dat 'n beperking redelik en regverdigbaar is in 'n vry en demokratiese samelewing, moet daar volgens die hof aan twee kriteria voldoen, naamlik:

- (a) Die doelwit van die bepaling moet van voldoende belang wees om die omverwerping van 'n konstitusioneel-beskernde reg of vryheid te regverdig.

As 'n minimum-vereiste moet die doelwit egter betrekking hê op 'n besorgdheid wat dringend en substansieël is alvorens dit as "voldoende belangrik" beskou kan word.

- (b) Die partye wat op artikel 1 steun moet aandui dat die betrokke maatreëls redelik en demonstreerbaar geregverdig is. Dit behels 'n vorm van 'n eweredigheidstoets ("proportionality test") wat uit drie belangrike komponente bestaan:-

- (1) Die maatreëls moet versigtig ontwerp wees om die relevante oogmerk te bereik. Dit moet dus nie arbitrêr of onregverdig wees nie en ook nie gebaseer wees op irrasionele oorwegings nie. Daar moet met ander woorde 'n rasonele verband met die oogmerk bestaan.

- (2) Selfs waar so rasonele verband wel bestaan, moet die maatreëls so min as

moontlik inbreuk maak op die betrokke reg of vryheid.

- (3) Daar moet eweredigheid bestaan tussen die effek van die maatreëls en die oogmerk wat as van voldoende belang geïdentifiseer is.

Die verskillende kriteria sal hieronder in meer besonderhede bespreek word:

a. Die oogmerk

Die hof in *Oakes* het beslis dat die standaard om aan hierdie kriterium te voldoen, hoog moet wees ten einde te verseker dat oogmerke van onbeduidende aard of wat strydig is met die beginsels wat integraal aan 'n vry en demokratiese samelewing is, nie artikel 1-beskerming verkry nie.<sup>(61)</sup>

In *R v Big M Drug Mart Ltd*, waarna die hof in *Oakes* met goedkeuring verwys, wys die hof ter aanvang daarop dat nie elke regeringsbelang of beleidsoogmerk geregtig is om ingevolge artikel 1 oorweeg te word nie. Beginsels sal, volgens die hof, ontwikkel moet word waarvolgens beslis sal kan word welke regeringsoogmerke van voldoende belang is om die negering van 'n konstitusioneel-beskermd reg of vryheid, te regverdig.<sup>(62)</sup>

---

(61) *Supra* te 227.

(62) *Supra* te 366.

b. Die eweredigheidstoets

(1) 'n Rasionele verband

In Oakes vereis die hof nie net eksterne rasionaliteit nie, met ander woorde 'n rasionele verband tussen die oogmerk en die maatreël nie, maar stel interne rasionaliteit as 'n minimum-vereiste, waarvolgens daar 'n rasionele verband tussen die basiese feit en vermoede feit moet bestaan.<sup>(63)</sup>

Die vraag wat egter ontstaan is of die blote bestaan van 'n rasionele verband tussen die basiese en vermoede feit voldoende is om aan die toets van interne rasionaliteit te voldoen. Die vraag word na my mening oortuigend beantwoord in die afwykende uitspraak van McLachlin R. in die onlangse beslissing van R v Downey.<sup>(64)</sup>

In dié saak het dit gehandel oor artikel 195(1)(j) van die Kanadese strafkode waarvolgens dit 'n misdryf is om in geheel of gedeeltelik te lewe van die inkomste verdien uit die prostitusie van 'n ander. Die vermoede vervat in artikel 195(2) bepaal dat "*levidence that a person lives with or is habitually in the company of prostitutes .... is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the person lives on the avails of*

---

(63) *Supra* te 229.

(64) 90 D.L.R. (4th) (1992).

*prostitution."*

Wat interne rasionaliteit aanbetref, beslis Cory R. dat "*(h)ere Parliament has sought, by the presumption, to focus on those circumstances in which maintaining close ties to prostitutes give rise to a reasonable inference of living on the avails of prostitutes. This is not an unreasonable inference for Parliament to legislatively presume, as it cannot be denied that there is often a connection between maintaining close ties to prostitutes and living off the avails of prostitution.*" (My onderstreping)

McLachlin R. beslis egter dat die bestaan van 'n rasonele verband in sommige gevalle nie voldoende is nie. Sy stel dan 'n minimum toets vir interne rasionaliteit voor, naamlik dat "*proof of the substituted fact must make it likely that the presumed fact is true.*"<sup>(65)</sup> (My onderstreping)

Die regter wys voorts daarop dat die Oakes-toets vir rasionaliteit ook 'n billikheidsaspek behels. Alhoewel onskuldige persone by geleentheid deur die werking van 'n vermoede betrek kan word, gaan dit te ver as persone gedwing word om hulself te verdedig bloot op grond van die bewys van 'n feit deur die Staat wat dit nie eens waarskynlik maak dat hulle skuldig is aan die misdryf nie.<sup>(66)</sup>

---

(65) Te 472 e - f.

(66) Te 472 f - h; 474 a - b.

- (2) Die maatreëls moet so min as moontlik inbreuk maak op die reg of vryheid.

Alhoewel 'n rasonale verband mag bestaan tussen die betrokke maatreël en die oogmerk, mag eersgenoemde steeds ongrondwetlik geag word, omdat dit onnodig inbreuk maak op die relevante reg of vryheid, in die lig van alternatiewe maatreëls.

In *R v Wholesale Travel Group Ltd*<sup>(67)</sup> verwys Lamer H.R. na sy beslissing in *R v Chaulk* dat, alhoewel die wetgewer nie die absoluut mins inbreukmakende maatreël hoef te kies om sy oogmerk te bereik nie "*the means chosen must come within a range of means which impair Charter rights as little as is reasonably possible.*"

Ook in *R v Downey*<sup>(68)</sup> verwys Cory R. na die toets uiteengesit in *Chaulk*, maar beslis dan dat die vraag eerder is "*whether Parliament could reasonably have achieved the identified objective as effectively*". (My onderstreping.)

Nodeloos om te sê was hierdie toets van effektiwiteit al aan ernstige kritiek onderworpe. Tanovich<sup>(69)</sup> toon aan dat die toets uitsluitlik handel

---

(67) *Supra* te 187.

(68) *Supra* te 467.

(69) *Supra* te 205.

met die belange van die Staat en hoegenaamd nie met dié van die individu nie. Op hierdie wyse staan dit lynreg teenoor die belofte van die Handves om die individu se regte te beskerm teen die magte van die Staat. Daar word ten volle akkoord gegaan met die argument van die skrywer wat meen dat die toets so 'n lae standaard stel dat daar altyd aan voldoen sal kan word. *"How can one ever argue that a law without a reverse onus or mandatory presumption would operate as effectively?"*

(3) Eweredigheids tussens die maatreël en die effek daarvan

In *Oakes* wys Dickson H.R. daarop dat dit duidelik is dat die effek van enige maatreël wat ingevolge artikel 1 beoordeel moet word, die inbreuk op 'n fundamentele reg of vryheid is. Die ondersoek na die effek van die maatreël moet egter verder gaan as dit. Sommige beperkings op regte en vryhede sal meer ernstig wees as ander in terme van die aard van die reg of vryheid waarop inbreuk gemaak word, die omvang van die inbreukmaking en die graad waartoe die maatreëls inbreuk maak op die integrale beginsels van 'n vrye en demokratiese samelewing. Hoe ernstiger die skadelike effek van 'n maatreël, hoe belangriker moet die oogmerk wees alvorens die maatreël bevind sal word om redelik en demonstreebaar geregverdig in 'n vrye en demokratiese samelewing te wees.

Ook in *R v Big M Drug Mart Ltd*<sup>(70)</sup> word die verband tussen die oogmerk en effek van 'n bepaling bespreek en beslis die hof dat "*.... the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose.*"

Volgens Charles, Cromwell en Jobson is dit nodig om by die bepaling van die erns van die skadelike gevolge, die oogmerke van die betrokke reg in gedagte te hou. Volgens die skrywers moet een maatstaf die mate wees waartoe die inbreukmaking deurdring tot die kern van die onderliggende beginsels van die reg.<sup>(71)</sup>

In verskeie Kanadese beslissings het die Hooggeregshof egter daarop gewys dat daar gewaak moet word dat die eweredigheidstoets nie op 'n rigiede en onbuigsame wyse toegepas moet word nie. In die *Oakes*-beslissing self wys Dickson H.R. daarop dat "*(a)lthough the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups.*"<sup>(72)</sup>

Ook in *Edwards Books and Art Ltd v R*<sup>(73)</sup> meen La Forest R. dat dit

---

(70) *Supra* te 352.

(71) *Supra* te 197.

(72) *Supra* te 227.

(73) 35 D.L.R. (4th) te 67.

noodsaaklik is om rigiede en onbuigsame standarde te vermy en dat die wetgewer voldoende ruimte gelaat moet word om sy oogmerk te bereik. Die Grondwet moet dus op 'n realistiese basis toegepas word en nie op 'n abstrakte teoretiese vlak nie.

Alhoewel daar nie geargumenteer kan word met die basiese uitgangspunt van die hof nie, sal die Suid-Afrikaanse howe hulself by die toepassing van artikel 33 moet losmaak van die lang tradisie van regterlike ontsag vir parlementêre soewereiniteit. Die konstitusionele status van die regte vervat in hoofstuk III sal deurlopend voor oë gehou moet word en daarmee saam dat die parlement "*no less than we, is subject to constitutional requirements.*"<sup>(74)</sup>

In *S v Zuma* het die hof beslis dat, aangesien artikel 33(1) die toepaslike kriteria uiteensit, dit nie vir doeleindes van die betrokke saak nodig is om die analise in die Kanadese patroon in te pas nie. Die hof gee egter toe dat die Kanadese kriteria van hulp mag wees vir die Suid-Afrikaanse howe waar 'n delikate balansering van individuele regte en sosiale belange vereis word.<sup>(75)</sup>

In die *Nortje*-beslissing beslis die hof dat die artikel 33-kriteria eerder vrae

---

(74) Per Harlan R. in *Leary v U.S.* (*supra*) te 1557.

(75) *Supra* te 419 I - J.



van oordeel as van interpretasie is. Marais R. meen dat dit nie wys sou wees om nou, of op enige stadium, te dogmaties op enige metodiek te besluit nie.<sup>(76)</sup>

In die beslissing van *S v Makwanyane and another*<sup>(77)</sup> verwys Chaskalson R. egter na die Kanadese eweredigheidstoets en toon die hof se toepassing na my mening wesenskenmerke van die kriteria soos ontwikkel deur die Kanadese howe. Vir volledigheidsonthalwe word die relevante passasie hier in geheel aangehaal:

*"The limitation of constitutional rights for a purpose that is reasonable and necessary in a democratic society involves the weighing up of competing values, and ultimately an assessment based on proportionality. This is implicit in the provisions of section 33(1). The fact that different rights have different implications for democracy, and in the case of our Constitution, for 'an open and democratic society based on freedom and equality', means that there is no absolute standard which can be laid down for determining reasonableness and necessity. Principles can be established, but the application of these principles to particular circumstances can only be done on a case by case basis. This is inherent in the requirement of proportionality, which calls for the balancing of*

---

(76) *Supra* te 249 B - G.

(77) 1995 (6) BCLR 665 (CC) te 708 B - G, vn 130.

*different interests. In the balancing process, the relevant considerations will include the nature of the right that is limited, and its importance to an open and democratic society based on freedom and equality; the purpose for which the right is limited and the importance of that purpose to such a society, the extent of the limitation, its efficacy, and particularly where the limitation has to be necessary, whether the desired ends could reasonably be achieved through other means less damaging to the right in question. In the process regard must be had to the provisions of section 33(1), and the underlying values of the Constitution, bearing in mind that, as a Canadian Judge has said, 'the role of the Court is not to second-guess the wisdom of policy choices made by legislators.'"*

## VII. Slotsom

Die Suid-Afrikaanse statutêre reg is deurspek met vermoedens wat 'n bewys- of weerleggingslas op die beskuldigde plaas. Dit word verwag dat die kwessie van die grondwetlikheid al dan nie, daarvan, al hoe meer vir beslissing voor die howe geplaas sal word.

Soos reeds uit onlangse regspraak blyk, sal buitelandse beslissings wel oorweging geniet. Alhoewel die waarde van die beginsels wat in sodanige jurisdiksies uitgekristalliseer het, hoegenaamd nie gering geskat kan word nie, sal dit egter nie slaafs nagevolg kan word

nie, weens die historiese en ander verskille tussen die onderskeie gemeenskappe en grondwette.

In *Park-Ross and Another v The Director, Office for Serious Economic Offences*<sup>(78)</sup> word hierdie standpunt soos volg gestel: "*While it is indeed so that section 35(1) of the Constitution provides that in interpreting the provisions of Chapter 3 thereof, the Court may 'have regard to comparable foreign case law', this should be done with circumspection because of the different contexts within which other constitutions were drafted, the different social structures and milieu existing in those countries as compared with those in this country, and the different historical backgrounds against which the various constitutions came into being.*"

Gedagtig aan hierdie gevare beslis die hof egter voorts dat daar nietemin in die interpretasie van die Suid-Afrikaanse Grondwet sekere fundamentele beginsels en oorwegings ter sprake is wat van gelyke toepassing daarop is as wat van toepassing is op die grondwette waarvan dit afkomstig is.

By die bepaling van die grondwetlike aard van vermoedens word dit voorsien dat die reg om onskuldig geag te word, 'n sentrale rol sal speel. Alhoewel die kern-inhoud van hierdie reg is dat die Staat die las dra om die skuld van die beskuldigde bo redelike twyfel te bewys, is dit meer as net die individuele beskuldigde wat geraak word deur 'n inbreuk op

---

(78) *Supra* te 208 C - E.

hierdie reg. Waar die Staat hom van sy las kwyt, dui die vermoede van onskuld (en gepaardgaande swygreg) ook aan die gemeenskap waarom die hof, as onafhanklike en partydige arbiter van die geskil, geregverdig is om straf aan die betrokke beskuldigde(s) op te lê. Ook die gemeenskap en die regsisteem in geheel kan dus geraak word deur 'n skending van die reg om onskuldig geag te word. Dit word aan die hand gedoen dat hierdie aspek deeglik deur die howe voor oë gehou sal moet word by oorweging van die vraag of 'n statutêre vermoede inbreuk maak op die reg om onskuldig geag te word.

---

## Bibliografie

### Boeke

1. Charles W H, Cromwell T A, Jobson K B "Evidence and the Charter of Rights and Freedoms" Butterworths Canada Ltd 1989.
2. Hoffmann L H en Zeffertt D "The South African Law of Evidence" 4de uitgawe Butterworths 1988.
3. McWilliams P K "Canadian Criminal Evidence" 3de uitgawe Canada Law Book Limited Ontario 1988.
4. Schmidt C W H " Bewysreg" 3de uitgawe Butterworths Johannesburg 1989.
5. South African Law Commission "Project 58: Group and Human Rights Interim Report" 1991.
6. Strong J W, Broun K S, Dix G E, Graham M H, Kaye D H, Mosteller R R, Roberts E F "McCormick on Evidence" Vol 2 West Publishing Co 1992.

### Tydskrifartikels

1. Brown D N "The Constitutionality of Statutory Criminal Presumptions" 1966 The University of Chicago Law Review 141.
2. Eisinger E M "After Sandstrom: The Constitutionality of Presumptions that shift the burden of production" 1981 Wisconsin Law Review 519.
3. Fenster G "Statutory Presumptions in Canada, United States of America and under the European Convention of Human Rights: A consideration of their relevance to the constitutionally entrenched presumption of innocence contained in section 25(3)(c) of the 1994 Constitution of South Africa" 1994 Responsa Meridiana Vol 6 No 4 334.
4. Gibson D "Case Comments: R v Downey" 1992 The Canadian Bar Review Vol 71 727.
5. Healy P "Case Comments: R v Wholesale Travel Group Inc" 1990 The Canadian Bar Review Vol 69 761.
6. Mahoney R "The Presumption of Innocence" 1988 The Canadian Bar Review Vol 67 No 1 1.

7. Olivier D "Eerste Uitspraak van die Konstitusionele Hof" De Rebus Junie 1995 347.
8. Skeen: "A Bill of Rights and the Presumption of Innocence: 1993 South African Journal on Human Rights Vol 9 No 4 525.
9. Tanovich D M "The Unravelling of the Golden Threat: The Supreme Court's Compromise of the Presumption of Innocence" 1993 Criminal Law Quarterly Vol 35 194.
10. Tuck-Jackson A "The Defence of Due Diligence and the Presumption of Innocence" 1990 Criminal Law Quarterly Vol 33 11.
11. Weiser I "The Presumption of Innocence in Section 11(d) of the Charter and Persuasive and Evidential Burdens" 1989 Criminal Law Quarterly Vol 31 318.

## **Lys van aangehaalde gewysdes en wette**

### **Gewysdes**

#### **I. Engeland**

1. Woolmington v Director of Public Prosecutions [1935] AC 462 (HL).

#### **II. Amerika**

1. County Court of Ulster County v Allen 442 US 140 (1978).
2. Leary v U.S. 395 US 6 (1969).
3. Morrison v California 291 US 82 (1934).
4. Sandstrom v Montana 442 US 510 (1979).
5. Tot v U.S. 319 US 463 (1943).
6. U.S. v Gainey 380 US 63 (1964).
7. U.S. v Romano 382 US 136 (1965).
8. In Re Winship 397 US 358 (1970).

#### **III. Kanada**

1. Dubois v R (1985) 23 D.L.R. (4th) 503.
2. Edwards Books and Art Ltd v R (1986) 35 D.L.R. (4th) 1.
3. R v Appleby (1971) 21 D.L.R. (3rd) 325.
4. R v Big M Drug Mart Ltd (1985) 18 D.L.R. (4th) 321.
5. R v Downey (1992) 90 D.L.R. (4th) 449.
6. R v Holmes (1988) 50 D.L.R. (4th) 680.
7. R v Oakes (1986) 26 D.L.R. (4th) 200.
8. R v Schwartz (1988) 55 D.L.R. (4th) 1.

9. R v Vaillancourt (1987) 47 D.L.R. (4th) 399.
10. R v Wholesale Travel Group Ltd (1991) 84 D.L.R. (4th) 161.
11. R v Whyte (1988) 51 D.L.R. (4th) 481.

#### IV. Suid-Afrika

1. Government of the Republic of South Africa v The Sunday Times Newspaper and another 1995 (2) BCLR 182 (T).
2. Khala v Minister of Safety and Security 1994 (2) BCLR 89 (W).
3. Nortje and Another 1995 (2) BCLR 236 (C).
4. Park-Ross and Another v The Director, Office of Serious Economic Offences 1995 (2) BCLR 198 (C).
5. Qozoleni v Minister of Law and Order and another 1994 (1) BCLR 75 (E).
6. R v Britz 1949 (3) SA 293 AD.
7. R v Ndlovu 1945 AD 369.
8. S v Makhatini 1995 (2) BCLR 226 (D).
9. S v Makwanyane and another 1995 (6) BCLR 665 (CC).
10. S v Zuma 1995 (4) BCLR 401 (CC).
11. Shabalala and others v The Attorney-General of Transvaal and others 1994 (6) BCLR 85 (T).



**Wette**

1. **Kanada**

"Constitution Act 1982".

2. **Suid-Afrika**

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, No. 200 van 1993.