DIE GEHEUEVERFRISSINGSPROSEDURE

deur

Stephan Erasmus van der Merwe

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM

in die

Fakulteit Regsgeleerdheid

aan die

Universiteit van Kaapstad

Promotor: Professor D v Z Smit

Datum van inlewering: Desember 1987

The University of Cape Town has been given the right to reproduce this thesis in whole or in part. Copyright is held by the author.

University of Cape Town

The copyright of this thesis vests in the author. No quotation from it or information derived from it is to be published without full acknowledgement of the source. The thesis is to be used for private study or non-commercial research purposes only.

Published by the University of Cape Town (UCT) in terms of the non-exclusive license granted to UCT by the author.

University of Cape Town

VOORWOORD

Ek bedank

- my promotor, prof Dirk van Zyl Smit, vir sy leiding
- mnr Bailey en mej Davis van die regsbiblioteek van die UWK, vir hul moeite en geduld
- die raad van die UWK, vir die studieverlof aan my toegestaan
- mev Anneline Johnson, vir haar tikwerk
- my broer, André, wat op alle moontlike en onmoontlike tye bereid was om op my navraag materiaal uit Londen aan te stuur
- my eggenote, vir haar aanmoediging
- my kinders, vir hulle opoffering
- my ouers, vir hul belangstelling
- die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing en die Getrouheidswaarborgfonds vir Prokureurs, Notarisse en Aktevervaardigers, vir hul finansiële bystand wat my in staat gestel het om vir 'n gedeelte van Junie en Julie 1986 navorsing te doen aan die Institute for Advanced Legal Studies, Universiteit van Londen
- die Kanadese en Amerikaanse ambassades vir die flinke beantwoording van my navrae

Stephan E van der Merwe

Desember 1987

VERKLARING VAN KANDIDAAT

Hierdie werk is die resultaat van my eie navorsing. Bronne geraadpleeg en aangehaal, word volledig erken.

S E van der Merwe

DIE GEHEUEVERFRISSINGSPROSEDURE

Refreshing the recollection of a witness is not an uncommon trial practice, but as a theory of evidentiary law its content and application are far from clear ...

Regter Kalodner in United States v Riccardi 174 F 2d 883 886 (3rd Cir 1949)

INHOUDSOPGAWE

"Informative Abstract" ..... (i)
Afkortings van hoofwerke waarna verwys word ..... (xii)
Afkortings van tydskriftitels ..... (xiii)
Afkortings van vernaamste wetgewing ..... (xvii)

AFDELING A

ALGEMENE INLEIDING

Hoofstuk Een
Inleiding, Begrippe en Algemene Probleem- en Taakstelling 3

AFDELING B

TEORETIESE, HISTORIESE EN PSIGOLOGIESE AGTERGROND

Hoofstuk Twee
Mondelinge Getuienisvoering: Teoretiese en Historiese Agtergrond 60

Hoofstuk Drie
Die Mens se Geheue: Enkele Psigologiese Perspektiewe 99

AFDELING C

GEHEUEVERFRISSING IN DIE GETUIEBANK

Hoofstuk Vier

Die Grondslag van 'n Geheueverfrissingsaansoek: Persoonlike Kennis en Verlies van Herinnering ... 117

Hoofstuk Vyf

Vereistes met betrekking tot die Aantekening 156

Hoofstuk Ses

Die Aantekening: Beskikbaarstelling, Kruisondervraging en Bewysdoel en -waarde 217

AFDELING D

GEHEUEVERFRISSING BUITE DIE GETUIEBANK

Hoofstuk Sewe

Geheueverfrissing voor Getuienisaflegging en Tydens 'n Verdaging 282

Hoofstuk Agt

Hipnose en Geheueverfrissing met die oog op die Verhoor 353

AFDELING E

SLOTBESKOUINGS EN AANBEVELINGS

Hoofstuk Nege

Slotbeskouings en Aanbevelings 420

Lys van gewysdes 432

Bibliografie 438

Bibliografie: amptelike en nie-amptelike

Suid-Afrikaanse verslae 457

Bibliografie: amptelike buitelandse verslae 458

INFORMATIVE ABSTRACT

THE PROCEDURE OF REFRESHING THE MEMORY OF A WITNESS

SECTION A
GENERAL INTRODUCTION

Chapter One

The English common law of evidence assigns great importance to the principle of orality in the adjudication of disputes; insists, generally speaking, that a witness' oral statement in court (as opposed to his earlier written account) is the proper evidence; requires that a witness should as a rule give independent oral testimony, i e, without the aid of a record (note, document, memorandum); acknowledges the inevitability of a witness being unable to recall the relevant event (or some details thereof); accepts the necessity of "memory refreshing" as a means of promoting the accuracy of recall or obtaining evidence which might otherwise be lost; regards the procedure of refreshing the memory of a witness as perfectly compatible with the principle of orality which is such a marked characteristic of the accusatorial trial system; denies the usefulness - but not necessarily the validity - of Wigmore's fundamental distinction between "present recollection revived" and "past recollection recorded"; and, further, maintains that oral evidence is received

even where the witness has no independent recollection, i e, where he relies solely on his earlier recorded recollection.

Legislation - locally and abroad - has amended some of the above principles or conceptions of the common law, most notably the principle that the earlier out of court written statement of the witness may as a rule not be received and, when received, may not be treated as an item of evidence. Part VI of the Civil Proceedings Evidence Act 25 of 1965 (as read with section 222 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977) gives effect to the valid argument or consideration that the written statement of a witness may, depending upon circumstances, be more accurate than his later recollection in court. But Part VI contains strict conditions upon which such earlier record may be received as documentary evidence. Occasions may therefore still arise where the common law procedure of refreshing the memory of a witness should be followed. Documents used for the purpose of refreshing the memory of a witness, are not necessarily admissible as evidence in terms of Part VI. And even where a document is admissible in terms of Part VI, there might be good tactical reasons why a party would prefer to attempt to refresh the memory of his witness, as opposed to merely resorting to reliance upon Part VI.

One central issue examined in this thesis, is whether the distinction between present recollection revived and past recollection recorded is valid and, further,

whether this distinction is useful in dealing with problems concerning the common law procedure of refreshing the memory of a witness. "Present recollection revived" (herinneringsherlewing) refers to the situation where the witness' memory is stimulated so that he can actively recall the forgotten events and testify independently from the written source which merely acted as a trigger. "Past recollection recorded" (herinneringsherhaling) refers to the situation where the witness, even after consulting the written source, cannot testify from memory and can only vouch for the accuracy and reliability of the written source. An attempt is also made to determine whether the aforementioned distinction can be reconciled with the rules and principles of the common law trial and evidentiary system.

SECTION B
THEORETICAL, HISTORICAL AND PSYCHOLOGICAL BACKGROUND

Chapter Two

The present rules governing memory refreshing are the products of a trial system which seeks to maintain orality. The common law procedure of refreshing the memory of a witness should be understood and evaluated in the light of the history of the principle of orality and the evolution of the common law accusatorial trial – with its concomitant exclusionary rules of evidence which largely came about as a result of trial by jury,

the doctrine of precedent and the desire to protect the adversary. The common law trial system - where cross-examination is considered of vital importance - is of such a nature that far greater weight is normally attached to answers given by witnesses under oath or affirmation than to their earlier recorded statements. This gravitational pull of the common law militates against a trial procedure or evidentiary system in terms of which witnesses can merely read their evidence from prepared statements. It may be said that, generally speaking, a witness' statement in court must correspond spontaneously to his actual recollection. The common law trial system is such that it does, to a large extent, give preference to memory over writing as a means of preserving and procuring evidence. Refreshing the memory of a witness is seen as a method of receiving oral evidence - even in those circumstances where the witness has no independent recollection and relies exclusively on his recorded recollection. This fiction is rejected in this thesis, largely on the basis that it ignores the fundamental distinction between "present recollection revived" and "past recollection recorded." In the case of the former the witness testifies from memory and oral evidence is obviously received. In the case of the latter he relies not on his memory, but on information which is contained in a document reflecting his earlier - but now forgotten - observations. He vouches for the accuracy of the document. The court is, in effect, being asked to accept a document for the truth

of its contents because the witness testifies that the contents are true.

Chapter Three

An examination of psychological theory and knowledge of human memory confirms the validity of distinguishing between "present recollection revived" and "past recollection recorded". These two phenomena are conceptually and pragmatically different, and are rooted in sound psychological principle.

SECTION C

REFRESHING OF MEMORY IN THE WITNESS-BOX

Chapter Four

Personal knowledge (experience) of events and a partial or total lack of recollection, should as a rule be identified and decided as preliminary issues pertaining to an application to refresh memory. An analysis of American cases and American and Canadian legislation indicates that these countries are alert to the undesirable consequences which may flow from the mere acceptance of a witness' ipse dixit. It is submitted that English and South African courts would - on the issue of impaired memory - do well by accepting the criterion stated in the Federal Rules of Evidence, namely that the witness "now has insufficient recollection

to enable him to testify fully and accurately."

Chapter Five

At the beginning of the nineteenth century some English courts gave full recognition to the distinction between "present recollection revived" and "past recollection recorded". But as a result of the exalted position given to the principle of orality and the confusing use of the phrase "refreshing of memory", the distinction between present recollection revived and past recollection recorded became blurred. The necessary and valid foundation requirements for past recollection recorded, were transferred to present recollection revived. By scrambling these two very different processes, the English common law of evidence also developed the theory (fiction) that oral evidence is received despite the fact that the witness has no independent recollection of the events and has to rely on his earlier recorded recollection.

Developments in the United States of America were, however, largely influenced by Wigmore's analysis of the phrase "refreshing the memory of a witness". The terminology "present recollection revived" and "past recollection recorded" - as proposed by Wigmore - was adopted by courts and legislatures in the United States, and also influenced developments in Canada.

By maintaining and developing the fundamental differences between present recollection revived and past recollection recorded, the North American courts have reached a stage where the so-called liberal approach is applied with regard to present recollection revived : any document (despite its nature, authenticity or origin) may serve to stimulate a witness' memory. But the court must be satisfied that the witness' memory is truly refreshed. In the absence of such a finding, the procedure for past recollection recorded should be followed, ie, the traditional common law foundation requirements should be satisfied. In this thesis the liberal approach is supported. It can historically be linked to the so-called "classic approach" of the early common law; it has a strong analytical and psychological basis; and it can be reconciled with the adversary mode of procedure and the main exclusionary rules of the common law evidentiary system. At any rate, objective rules of law cannot determine the actual subjective experience of the witness.

Chapter Six

The common law theory that oral evidence is received even where the witness has no independent recollection, is analysed, criticized and rejected (see also the remarks made supra, s v "Chapter two"). The common law rule that a document used to refresh memory need not be admissible in evidence per se, can only be accepted

in cases of present recollection revived. In the case of past recollection recorded, documentary evidence is received and the document should otherwise be admissible in evidence. It follows, for example, that an unstamped or inadequately stamped document may not be used where the witness has no independent recollection.

SECTION D

REFRESHING OF MEMORY OUTSIDE THE WITNESS-BOX

Chapter Seven

A comparative analysis of American, Canadian, Australian, English and local decisions, reveals that the distinction between present recollection revived and past recollection recorded is also useful in solving problems which arise when a witness consults a document whilst not on the witness stand, i e, prior to his testifying or where his testimony in court is interrupted by an adjournment.

In this thesis an attempt is also made to prove that - with regard to the above issue - South African courts are slowly beginning to realize the value of distinguishing between the witness whose recollection is revived and the one who relies on the contents of his earlier recorded memory. This is a development which should, with respect, be encouraged.

Chapter Seven (continued)

The right of parties (and their witnesses) to consult their earlier relevant statements in order to refresh their memories prior to trial, should be seen as a procedural right. It promotes the accuracy of their oral evidence in court and also finds justification in the more fundamental procedural right that parties should be given a proper opportunity to prepare for the trial. In fact, the general rule that a witness should give independent oral evidence, indirectly encourages pre-trial consultation of an earlier statement, for example, a statement made to the police.

Legislation which interferes with the right of parties or witnesses to have access to their earlier statements, cannot be supported.

Section 335 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 places the defence at a disadvantage. The practical effect of this section is that witnesses who have, for example, made statements to the police but who are then not called as state witnesses but as defence witnesses, are denied an automatic right of access to their earlier statements. In contradistinction to the position of these defence witnesses, state witnesses almost invariably enjoy easy pre-trial access to earlier statements made to the police. This imbalance conflicts with the accusatorial principle that parties should as

far as practically possible be given equal opportunities not only in the presentation of their respective cases, but also in the preparation thereof.

Section 29(8) of the Internal Security Act 74 of 1982 can be criticized on similar grounds. This section denies an accused the opportunity of refreshing his memory from a statement made by him during his detention in terms of section 29. The proviso in section 29(8) - to the effect that the accused must have access to his section 29-statement when he is being cross-examined with reference to such statement - does not restore the balance between the accused and the state. State witnesses are allowed to refresh their memories prior to their evidence-in-chief. The former detainee who is charged, is given this opportunity during cross-examination - and then only if he is being cross-examined with reference to his section 29-statement.

Chapter Eight

The use of hypnosis as a technique in refreshing the memory of a prospective witness, is rejected. Hypnosis is not analogous to any of the recognized memory refreshing techniques, and is not equal in validity to the so-called liberal approach (see the remarks made supra, s v "Chapter five").

The "admissibility-credibility approach" and the

"procedural safeguards approach" created and followed by some American courts, do not remove the inherent dangers lurking in testimony which is the result of a hypnotically-restored "memory". There is no general agreement amongst experts that the scientific technique, hynosis, and its product, a hypnotically-induced memory, produce accurate results. Evidence obtained through pre-trial hypnosis is irrelevant and inadmissible. Admission of such evidence would lead to a proliferation of collateral issues. An examination of the American experience, reveals that it is - in the final analysis - extremely difficult to reconcile the admission of hypnotically-induced testimony with those principles which underlie the common law trial. The purpose of the oath-taking procedure, the fact-finder's observation of the demeanour of the witness and effective cross-examination of the witness by the adversary, are undermined because the witness cannot distinguish between his pre-hypnotic and post-hypnotic memory and gains an artificial confidence in his "version" of the events.

SECTION E

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

Chapter Nine

This thesis is concluded by a chapter summarizing the conclusions reached and recommendations made in the previous chapters, and as set out in this informative abstract.

AFKORTINGS VAN HOOFWERKE WAARNA VERWYS WORD

Afkorting	Volledige Bronverwysing
Bentham	Bentham Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice (Londen, Hunt en Clark 1827) Herdruk New York en Londen, Garland Publishing Inc 1978: Bande 1 tot V
CJS	Ludes en Gilbert (reds) Corpus Juris Secundum : A Complete Restatement of the Entire American Law as Developed by All Reported Cases (St Paul, Minnesota, West Publishing Co)
Cross en Tapper	Cross en Tapper Cross on Evidence 6e uitg (Londen, Butterworths 1985)
Hoffmann en Zeffertt	Hoffmann en Zeffertt The South African Law of Evidence 3e uitg (Durban, Butterworth 1981)
Jones on Evidence	Gard Jones on Evidence 6e uit (Rochester, The Lawyers' Co-operative Publishing Co 1972) Band 4
McCormick on Evidence	Cleary (red) McCormick on Evidence 3e uitg (St Paul, Minnesota, West Publishing Co 1984)
Phipson on Evidence	Buzzard, May en Howard Phipson on Evidence 13e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1982)
Report of the Task Force	Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, Prepared for the Uniform Law Conference of Canada (Toronto, Carswell Co Ltd 1982)
Schmidt	Schmidt Bewysreg 2e uitg (Durban, Butterworth 1982)
Wigmore	Wigmore A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law 3e uitg Boston, Little, Brown and Co 1940, soos hersien)

AFKORTINGS VAN TYDSKRIFTITELS

ABAJ ..... American Bar Association Journal

Ac Jur ..... Acta Juridica

AJP ..... American Journal of Psychology

Akron L Rev ..... Akron Law Review

Am Crim L Rev..... American Criminal Law Review

Am J Comp L ..... American Journal of Comparative Law

Ark L Rev ..... Arkansas Law Review

ASSAL ..... Annual Survey of South African Law

Austl L J ..... Australian Law Journal

Barr ..... Barrister

Buffalo L Rev .... Buffalo Law Review

Calif L Rev ..... California Law Review

Cambridge L J .... Cambridge Law Journal

Can B Rev ..... Canadian Bar Review

CILSA ..... Comparative and International Law Journal of Southern Africa

CJQ ..... Civil Justice Quarterly

COD ..... Codicillus

Colum L Rev ..... Columbia Law Review

Corn L Rev ..... Cornell Law Review

Crim L Rev ..... Criminal Law Review

Cum L Rev ..... Cumberland Law Review

DJ ..... De Jure

DR ..... De Rebus

Duke L J ..... Duke Law Journal

Gonz L Rev ..... Gonzaga Law Review

Harv L Rev ..... Harvard Law Review

How L J ..... Howard Law Journal

IJCEH ..... International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis

Ill L Rev ..... Illinois Law Review

Int'l Law ..... International Lawyer

Iowa L Rev ..... Iowa Law Review

JAP ..... Journal of Applied Psychology

JCLPS ..... Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science

J Crim L and Criminology ..... Journal for Criminal Law and Criminology

JEP ..... Journal of Experimental Psychology

JFSS ..... Journal of the Forensic Science Society

JJ ..... Jurimetrics Journal

JJAJS ..... Judicature: Journal of the American Judicature Society

JLSS ..... Journal of the Law Society of Scotland

JP ..... Justice of the Peace

JPSA ..... Journal of Police Science and Administration

JPSP ..... Journal of Personality and Social Psychology

Law Q Rev ..... Law Quarterly Review

Law Soc Gaz ..... Law Society Gazette

LHB ..... Law and Human Behaviour

McGill L J ..... McGill Law Journal

Melb U L Rev ..... Melbourne University Law Review

Mich L Rev ..... Michigan Law Review

Mod L Rev ..... Modern Law Review

Monash U L Rev ... Monash University Law Review

Notre Dame L Rev . Notre Dame Law Review

Nw U L Rev ..... Northwestern University Law Review

NZLJ ..... New Zealand Law Journal

OBR ..... Obiter

Ohio N U L Rev ... Ohio Northern University Law Review

Ohio St L J ..... Ohio State Law Journal

Osgoode Hall L J . Osgoode Hall Law Journal

PP ..... Personnel Psychology

Rocky M L Rev .... Rocky Mountain Law Review

SALJ ..... South African Law Journal

SASK ..... Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie

Scan S Law ..... Scandinavian Studies in Law

St John's L Rev .. St John's Law Review

St Louis U L Rev . St Louis University Law Review

Stan J Int'l L ... Stanford Journal of International Law

Stan L Rev ..... Stanford Law Review

Syracuse L Rev ... Syracuse Law Review

Tenn L Rev ..... Tennessee Law Review

Tex L Rev ..... Texas Law Review

THRHR ..... Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg

TRW ..... Tydskrif vir Regswetenskap

TSAR ..... Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg

Tul L Rev ..... Tulane Law Review

U Chi L Rev ..... University of Chicago Law Review

U Chi L Rev ..... University of Cincinnati Law Review

U Colo L Rev ..... University of Colorado Law Review

U Pa L Rev ..... University of Pennsylvania Law Review

U Puget Sound L Rev ..... University of Puget Sound Law Review

UCLA L Rev ..... UCLA Law Review

Utah L Rev ..... Utah Law Review

Va L Rev ..... Virginia Law Review

Vand L Rev ..... Vanderbilt Law Review

Wash L Rev St B J ..... Washington Law Review and State Bar Journal

Wash U L Q ..... Washington University Law Quarterly

Willamette L Rev . Willamette Law Review

Wis B Bull ..... Wisconsin Bar Bulletin

Yale L J ..... Yale Law Journal

AFKORTINGS VAN VERNAAMSTE WETGEWING*

SPW ..... Strafproseswet 51 van 1977

WBSS ..... Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965

*In die res van hierdie werk word hierdie afkortings in voetnote gebruik.

DIE GEHEUEVERFRISSINGSPROSEDURE

AFDELING A

ALGEMENE INLEIDING

Hoofstuk 1 Bladsy

INLEIDING, BEGRIPPE EN ALGEMENE
PROBLEEM- EN TAAKSTELLING 3

> The White Rabbit put on his spectacles. "Where shall I begin, please your Majesty?" he asked.
>
> "Begin at the beginning," the King said gravely, "and go on till you come to the end: then stop."
>
> These were the verses the White Rabbit read ...
>
> (Lewis Carroll Alice's Adventures in Wonderland (Penguin-uitg, Harmondsworth, 1976) 154)

HOOFSTUK 1

INLEIDING, BEGRIPPE EN ALGEMENE PROBLEEM- EN TAAKSTELLING

1 1 Inleiding 5

1 2 Geheueverfrissing en die algemene vereiste van onafhanklike mondelinge getuienis 9

1 3 Geheueverfrissing: 'n prinispiële beskouing 11

1 4 Geheueverfrissing in die sistematiek van die bewysreg 14

1 5 Die begrip "refreshing of memory" (geheuever-frissing) in die konteks van die Engelse gemene bewysreg 15

1 6 Geheueverfrissing en die onderskeid tussen "present recollection revived" (herinnerings-herlewing) en "past recollection recorded" (herinneringsherhaling) 19

1 7 "Die aantekening" 21

1 8 Sistematiek in hierdie werk en algemene probleem- en taakstelling 24

1 9 Geheueverfrissing en die toepassing van artikel 34 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 (soos gelees met artikel 222 van die Strafproseswet 51 van 1977) 32

1 9 1 Artikel 34(3): "... verklaring ... deur 'n belanghebbende persoon ... op 'n tydstip toe 'n saak hangende of verwag was ..." 38

1 9 2 Artikel 34(4)..... 49

1 9 3 Selfstandige bewyswaarde van verklaring ingehandig ingevolge artikel 34 50

1 9 4 Artikel 34 en mondelinge getuienis 52

HOOFSTUK 1

INLEIDING, BEGRIPPE EN ALGEMENE PROBLEEM- EN TAAKSTELLING

1 1 Inleiding

Die Suid-Afrikaanse bewysreg - wat die Engelse bewysreg as gemenereg het[1] en waarvan gesê kan word dat dit tot die Anglo-Amerikaanse bewysreg[2] hoort - plaas besondere klem op die mondelinge aanbieding van getuienis. Mondelinge getuienis word in die reël as voorvereiste vir die behoorlike beoordeling van feitlike geskilpunte gestel. Gemeenregtelike[3] en statutêre[4] bepalings

1 Sien oor die algemeen die /sg "residuêre bepalings" wat in die SPW en WBSS aangetref word en deur Schmidt 23-24 en Hoffmann en Zeffertt 10-13 bespreek word.

2 Die Anglo-Amerikaanse bewysreg is die breër "bewysregfamilie" wat uit die Engelse gemene bewysreg gegroei het en sterk onder die invloed van die jurie staan: Love 1951-1952 (24) Rocky M L Rev 480; Nokes 1956-1957 (31) Tul L Rev 153. Die begrip "Anglo-Amerikaanse bewysreg" word ook dikwels gebruik om hierdie stelsel wat uit 'n groot aantal uitsluitingsreëls bestaan, te kan onderskei van die posisie in die Kontinentale prosesreg waar oor die algemeen 'n vrye bewysregstelsel gevolg word: Kunert 1966-1967 (16) Buffalo L Rev 122; Rava et al 1969-1970 (4) Int'l L 156 159 161; Lenhoff 1954-1955 (3) Am J Comp L 313; Nicholas The Abolition of the Hearsay Rule (bylae tot die Verslag van die Botha-kommissie) 60.

3 Sien bv Schmidt 337 se bespreking van die bewys van 'n openbare dokument.

4 Sien bv arts 213, 221 en 222 van die SPW en arts 33 en 34 van die WBSS.

ingevolge waarvan getuienis aangebied mag word op 'n ander wyse as deur middel van die oproep en ondervraging van getuies, moet as uitsonderings op hierdie algemene reël beskou word.[5]

Die algemene reël ten gunste van mondelinge getuenisvoering vind sy oorsprong in die Engelse gemene bewysreg[6] en verhoorprosedure. Cross en Tapper verklaar:[7] "Perhaps the most important feature of an English trial, civil or criminal, is its 'orality'. Much greater weight is attached to the answers given by witnesses in court on oath or affirmation than to written statements previously made by them." Die teorie en historiese agtergrond wat hierdie benadering ten grondslag lê, word in die hieropvolgende hoofstuk uiteengesit.

5 Findlay Simplification of Proof in Criminal Proceedings 227; Criminal Law Revision Committee, "Evidence (General)" 11th Report (Cmnd 4991) par 239; Schmidt 255.

6 In die res van hierdie werk word die begrip "Engelse gemene bewysreg" gebruik in navolging van Schmidt 345. Dié omskrywing of begrip is enger as die begrip "Anglo-Amerikaanse bewysreg."

7 Cross en Tapper 248. Sien ook oor die algemeen Greer 1971 (11) Brit J Crim 131; Devlin The Judge 54-55; Re 1983 (57) Austl L J 679; Sahm 1961 (47) ABAJ 580; Marshall in Nagel (red) Rights of the Accused 237; Zander Cases and Materials on the English Legal System 315; Best en Phipson Best on Evidence par 100. Zanders 1986 Crim L Rev 423 427 verwys na die "primacy of oral evidence."

In navolging van die Engelse gemene bewysreg en die Engelsregtelike prosesmodel, kan 'n getuie in 'n Suid-Afrikaanse hof ook nie in die reël sy getuienis lewer deur bloot sy vroeëre geskrewe verklaring uit te lees, te bevestig en in te handig nie.[8] Die algemene reël dat mondelinge getuienis aangebied moet word, kan nie op hierdie manier omseil word nie.[9]

Dit mag met die eerste oogopslag blyk asof daar weinig regverdiging vir hierdie benadering bestaan. Die bovermelde benadering is immers in konflik met die gesegde wat lui: "Ink does not lose its hold on the paper, as facts do on the memory."[10] Daar kan goedskiks gevra word waarom 'n getuie in die reël nie sy vroeëre verklaring wat hy kort na die relevante gebeurtenis opgestel het, by die hof kan inhandig as 'n akkurate samevatting van sy getuienis nie? Het 'n verklaring wat 'n getuie opgestel het toe die gebeure nog vars in sy geheue was, nie 'n groter akkuraatheidspotensiaal en sterker waarheidswaarborg as 'n mondelinge verklaring wat maande of selfs jare later in die hof gemaak word nie? Brouwer sê ook:[11] "Given the fact that a witness' statement can lose accuracy where

---

8 S v Molefe 1975 3 SA 495 (T); S v Mbatha 1965 1 SA 560 (N).

9 S v Heller 1964 1 SA 520 (W) 520A.

10 Bentham (Band I, Boek II) 5.

11 Brouwer 1981 (55) Austl L J 207 221. Sien ook bv Williams The Proof of Guilt 105 en par 10 04 (1) van die Verslag van die Botha-kommissie.

a time lapse is involved and that this is more so the greater the time lapse is, the common law approach is rather unsatisfactory in its insistence that a witness' statement given in court months after the event is the real evidence ..." Soos later aangetoon sal word,[12] moet voorgaande vrae beantwoord word in die lig van die evolusie van die Engelse gemene bewysreg en die gepaardgaande prosesmodel. Daar moet egter daarop gewys word dat wetgewing - sowel in Engeland[13] as hier te lande - in 'n mate al heelwat verligting gebring het. Deel VI van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 - wat ook in strafsake van toepassing is[14] - verleen byvoorbeeld indirekte erkenning aan die uitgangspunt dat 'n getuie se aantekeninge ten tyde van of kort ná 'n gebeurtenis, meer betroubaar kan wees as sy latere onafhanklike mondelinge getuienis oor dieselfde gebeurtenis.[15] Weens die streng vereistes wat hierdie wetgewing stel,[16] is

---

12 Sien hfst 2.

13 Sien bv arts 1 tot 10 van die Civil Evidence Act 1968 en art 68 van die Police and Criminal Evidence Act 1984. Sien ook The Evidence Act 1938 wat eg wet voorafgegaan het en wat deur die SA wetgewer nagevolg is in die Wet op Bewyslewering 14 van 1962 en Deel VI van die latere Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965.

14 Sien art 222 van die SPW.

15 Sien bv Hoffmann en Zeffertt 348; par 10 04 1 van die Verslag van die Botha-kommissie.

16 Art 34(3) bepaal bv dat geen bepaling van art 34 'n verklaring as bewys toelaatbaar maak indien sodanige verklaring deur 'n belanghebbende persoon gedoen is op 'n tydstip toe 'n saak hangende of verwag was met betrekking tot 'n geskil oor enige feit tot staving waarvan die verklaring sou kon strek nie. Hierdie

daar egter steeds situasies wat op 'n gemeenregtelike grondslag benader moet word. Die verband tussen die geheueverfrissingsprosedure en Deel VI van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 word in die slotparagraaf van die huidige hoofstuk aangestip. Voorlopig kan gesê word dat die basiese uitgangspunt is dat 'n getuie in die reël nie toegelaat word om sy vroeëre aantekening uit te lees en in te handig as getuienis nie. Gemeenregtelike gesproke, word in die reël op onafhanklike mondelinge getuienis ("independent oral testimony")[17] aangedring.

1 2 Geheueverfrissing[18] en die algemene vereiste van onafhanklike mondelinge getuienis

Die algemene vereiste van onafhanklike mondelinge getuienis skep die indruk dat die gemene bewysreg as't ware aanspraak maak op die getuie se vermoë om te kan onthou. Die oënskynlike posisie is dat die verhoor 'n geheuetoets is en dat die akkuraatheid van die getuienis wat aangebied word, 'n sekondêre rol speel. Só kras is die situasie egter nie.

Algemene lewenservaring - soos bevestig deur psigologiese navorsing[19] - leer dat die mens se vermoë om te onthou, beslis nie volmaak is nie. Die menslike geheue vervaag

art en ander statutêre bepalings word in para 1 9 tot 1 9 4 infra bespreek en in verband gebring met geheueverfrissingsvereistes.

17 Hoffmann en Zeffertt 348.

18 Die begrip "geheueverfrissing" word bespreek in par 1 5 infra.

19 Sien hfst 3.

byvoorbeeld met tydsverloop.[20] Die bewysreg neem hiervan kennis. Om hierdie rede vind ons dat daar in bepaalde omstandighede 'n verslapping is van die reël dat 'n getuie 'n onafhanklike herinnering moet hê van die feite waaroor hy getuig. In sekere omskrewe gevalle mag hy homself wend tot 'n "geheueverfrissingsbron". Hy mag byvoorbeeld in sekere omstandighede sy geheue stimuleer deur sy buite-geregtelike getuieverklaring[21] te raadpleeg. Uiterste gevalle is ook moontlik: 'n getuie kan homself in bepaalde omstandighede uitsluitlik op sy aantekening van 'n vroeëre herinnering verlaat. Daar kan beweer word dat daar in hierdie uiterste gevalle streng gesproke nie van "geheueverfrissing " sprake is nie. Dié aspek word hieronder behandel.[22]

Praktiese realiteite temper in 'n groot mate die reël dat 'n getuie 'n onafhanklike mondelinge weergawe van sy waarnemings behoort aan te bied. Feitlike geskilpunte wat voor 'n geregshof dien, het betrekking op gebeure wat reeds plaasgevind het. Die vassteling van "historiese feite"[23] is as't ware ter sprake.[24]

---

20 Sien die uiteensetting van Ebbinghaus se vergeetkurwe in par 3 5 infra.

21 Sien Van Niekerk et al par 18 1 tov die betekenis van die begrip "buite-geregtelike getuieverklaring."

22 Sien para 1 5 en 1 6 infra.

23 Sien oor die algemeen Delisle Evidence: Principles and Problems 3; Lenhoff 1954-1955(3) Am J Comp L 313.

24 Dit is om hierdie rede dat baie teoritici

Dit is ook in 'n groot mate 'n universele en dikwels onvermydelike feit dat daar aansienlike tyd kan verloop tussen die plaasvind van 'n gebeurtenis en die latere verhoor wat op dié gebeurtenis betrekking het. Vervaging van getuies se geheues is 'n noodwendige gevolg. In sommige sake word ook van getuies verwag om oor 'n groot aantal besonderhede te getuig (byvoorbeeld die rekenmeester wat in 'n bedrogsaak oor verskeie bedrae moet getuig). Hier skiet die menslike geheue ook te kort.

Die geheueverfrissingsprosedure is die gemene bewysreg se metode om voorgaande praktiese probleme te oorbrug. Hierdie oorbrugging geskied egter steeds teen die agtergrond dat onafhanklike mondelinge getuienis voorkeur behoort te geniet.

1 3 Geheueverfrissing : 'n prinsipiële beskouing

In die res van hierdie werk sal dit blyk dat die geheue-verfrissingreëls en -prosedure in die konteks van die Engelse gemene bewysreg, op vier samehangende beginsels berus:

'n verband bespeur tussen die hof se feite-beoordelingsfunksie en die geskiedskrywer se funksie om ook feite vas te stel: De Blécourt Historisch en Juridisch Bewijs 2-7; Fokkens en Mulder Bewijzen in het Strafprocesrecht 2-3; Clark The Critical Historian 15-16.

(a) Geheueverfrissing is 'n buitengewone prosedure.[25] Dit word as't ware slegs ex necessitate toegelaat. Die getuie wat nie onafhanklike mondelinge getuienis kan lewer nie, word toegelaat om sy geheue te verfris omdat die uitgangspunt is dat getuienis wat die resultaat van geheueverfrissing is, beter as geen getuienis is nie. En voorts dien geheueverfrissing ook om te voorkom dat 'n getuie gebeure rekonstrueer.[26] Akkurate getuienislewering is die oogmerk.[27]

(b) Geheueverfrissing is nie 'n uitsondering op die reël dat mondelinge getuienis aangebied moet word nie.[28] Inteendeel, geheueverfrissing is 'n prosedure wat daarop gemik is om sover doenlik die mondelinge aanbieding van getuienis te bevorder.

(c) Die hele proses van geheueverfrissing moet as 'n betroubare proses omskryf kan word. In die konteks van die Engelsregtelike prosesmodel, behels hierdie beginsel, onder andere, dat maksimale geleentheid vir

25 De Bruin v R 1945 2 PH H255 (T); R v Simmonds (1967) 51 Cr App R 316 329-330.

26 Die verskynsel dat getuies soms ex post facto feite rekonstrueer, word bv vermeld in SA Mutual Fire and General Insurance v Dickson 1978 1 SA 692 (A) 697E-F en S v Nyembe 1982 1 SA 835 (A) 842F-G.

27 Halliday v Holgate 17 LT 18; Jones on Evidence par 27 1.

28 Cross en Tapper 252-253. Dit is wel 'n uitsondering op die reël dat onafhanklike mondelinge getuienis gelewer moet word.

kruisondervraging gebied moet word.[29] Langs hierdie weg kan, byvoorbeeld, die betroubaarheid van die aantekeninge wat 'n getuie ter verfrissing van sy geheue aangewend het, getoets word. In hierdie werk word dikwels aandag geskenk aan die vraag of die geheueverfrissingsprosedure genoegsame prosessuele geleenthede bied vir die toetsing van die betroubaarheid van die proses as 'n geheel.

(d) Geheueverfrissing moet geskied binne die raamwerk of struktuur van die vereistes wat deur die toepaslike bewysregstelsel gestel word. In die Engelse gemene bewysreg beteken dit, onder andere, dat reëls met betrekking tot hoorsê en vorige ooreenstemmende verklarings nie geïgnoreer kan word nie. Trouens, 'n mens sou goedskiks kon beweer dat die reëls wat op geheueverfrissing betrekking het, herleibaar is tot die fundamentele beginsels en reëls van die bewysreg en dat enige evaluering of kritiese beskouing van die geheueverfrissingsprosedure noodwendig ook moet geskied uit die oogpunt van hierdie beginsels en reëls. Die geheueverfrissingsprosedure is prinsipieël gebonde aan die strenge uitsluitingsreëls wat tiperend van die Engelse gemene bewysreg is. Daar moet ook gewaak word teen 'n benadering om die geheueverfrissingsvereistes as 'n selfstandige eenheid van bewysregtelike reëls te beskou. Enige betoog ten gunste van die verslapping van geheueverfrissingsvereistes, betrek oor die algemeen 'n heelwat wyer beginselvraag, naamlik

29 Sien bv para 2 5, 6 4 en 8 4 4 1 infra.

die vraag of daar in die rigting van 'n vrye - in teenstelling met 'n strenge - bewysregstelsel[30] beweeg behoort te word.

Opsommenderwys kan gesê word dat geheueverfrissing in die bewysreg 'n proses is wat die mondelinge aanbieding van getuienis bevorder, dat dit noodsaaklikerwys erken word ten einde die ontvangs van getuienis wat andersins verlore sal gaan, toe te laat, en, voorts, dat dit akkurate getuienislewering as oogmerk het. Die hele proses geskied egter binne die raamwerk van die toepaslike prosesmodel en bewysregstelsel.

1 4 Geheueverfrissing in die sistematiek van die bewysreg

Indien dit nodig is om aan die geheueverfrissingsprosedure 'n plek in die sistematiek van die bewysreg toe te ken, dan kan daar gesê word dat dié prosedure primêr beskou kan word as 'n onderdeel van getuienisaanvoeringsmetodiek : dit gaan hoofsaaklik om die toelaatbare metode wat 'n ondervraer kan of moet volg wanneer 'n getuie se geheue hom in die steek laat. Die spesifieke reëls wat hierdie metode reguleer, vind egter op hul beurt aansluiting by die uitsluitingsreëls van die bewysreg. Die

30 Sien oor die algemeen para 5 9 en 5 10 infra tav die vraag of die sg "liberale benadering" wat in die VSA en Kanada tav geheueverfrissing gevolg word, ook in die Engelse en SA bewysreg gevolg behoort te word.

geheueverfrissingsprosedure kan dus in hierdie laaste opsig ook gekoppel word aan die toelaatbaarheid van getuienis, dit wil sê, die vraag of getuienis regtens ontvang kan word en, meer spesifiek, of getuienis wat volg nadat 'n getuie sy geheue verfris het, regtens ontvanklik is. Geheueverfrissing het egter ook op die gewig van getuienis betrekking. Word minder gewig aan 'n getuie se getuienis toegeken omdat hy sy geheue verfris het? Moet enige selfstandige getuieniswaarde toegeken word aan 'n aantekening wat 'n getuie ter verfrissing van sy geheue aangewend het? In hierdie werk word onder andere aandag geskenk aan hierdie vrae.

1 5 Die begrip "refreshing of memory" (geheueverfrissing) in die konteks van die Engelse gemene bewysreg

Daar is al dikwels daarop gewys[31] dat dit onakkuraat is om die begrip "refreshing of memory" (geheueverfrissing) te gebruik ten aansien van gevalle waar daar slegs van herinneringsherhaling[32] sprake is. Wigmore[33] gaan so ver as om te sê dat hierdie "unfortunate parsimony of phrase" hoofsaaklik verantwoordelik is vir die verwarring wat daar bestaan ten aansien van die vereistes wat ten opsigte van herinneringsherlewing[34] gestel behoort te word. Soos later

31 Hoffmann en Zeffertt 345; Report of the Task Force par 23 1; Morgan 1927 (40) Harv L Rev 712 717.

32 Die begrip "herinneringsherhaling" word verduidelik in par 1 6 infra.

33 Wigmore par 735.

34 Die begrip "herinneringsherlewing" word verduidelik in par 1 6 infra.

sal blyk, het Wigmore standpunt ingeneem dat al die vereistes wat ten aansien van herinneringsherhaling geld, nie op gevalle van herinneringsherlewing van toepassing behoort te wees nie. In die lig van hierdie standpunt was dit vir hom onaanvaarbaar dat die begrip "refreshing of memory" in die Engelse gemene bewysreg aangewend word as 'n sambreelbegrip om sowel herinneringsherlewingsgevalle as herinneringsherhalingsgevalle te betrek. Die Engelsregtelike terminologie het nie volkome ingepas by sy analise en sistematiek van wat hy "testimonial recollection"[35] genoem het nie.

Hierteenoor moet egter begryp word dat daar nie in die Engelse gemene bewysreg 'n algehele ontkenning van die verskil tussen herinneringsherlewing en -herhaling is nie. Reeds voor die einde van die agtiende eeu is in regspraak onderskei tussen gevalle waar 'n getuie 'n onafhanklike herinnering het en gevalle waar hy geen onafhanklike herinnering het nie.[36] Wigmore was wel deeglik bewus van hierdie benadering in die Engelse gemene bewysreg. Maar hy het aangevoer dat die "confusing use of the early phrase 'refreshing the memory', for both classes of recollection" daartoe bygedra het dat die streng vereistes wat ten aansien van herinneringsherhaling geld - en behoort te geld - sonder regverdiging op herinneringsherlewing oorgeplant is.[37] Die vraag of herinneringsherlewing en herinnerings-

35 Wigmore par 725.

36 Sien bv Doe d Church and Phillips v Perkins (1790) 3 Term Rep 749, 100 ER 838.

37 Wigmore par 761. Sien voorts par 5 2 infra, asook para 5 9 infra en vn 54 in par 6 5 1 infra.

herhaling deur identiese reëls beheer word - of beheer behoort te word - word elders in hierdie werk behandel.

Voorlopig kan gesê word dat "refreshing of memory" in die Engelse gemene bewysreg 'n begrip is wat geriefshalwe gebesig word en nie om noodwendig te ontken dat daar 'n prinsipiële onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling is nie. 'n Tipiese voorbeeld van die Engelsregtelike interpretasie van geheueverfrissing as bewysregtelike begrip, word gevind in die volgende uiteensetting van Newark en Samuels:[38]

> In dealing with the problem of refreshing memory it is necessary to draw a distinction between the different senses in which a witness's memory may be said to be revived. First, the witness may be unable to recall the incident or important details of it but when referred to his notes it all comes back to him and he is able to swear to the facts from his present recollection. Secondly, the witness may be unable to recall the incident or important details of it but on referring to his notes is prepared to swear to the accuracy of those notes although he has no present recollection. Thirdly, there are cases where the witness is unable to recall the incident or important details of it but on referring to his notes he is prepared to swear to some facts from his present memory and to vouch for the accuracy of his record of other facts.

Die derde situasie wat in die aanhaling hierbo vermeld word, bevestig die oorvleueling wat daar tussen herinnerings-herlewing en -herhaling kan bestaan. Daar kan geredelik

---

38 Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408 (my beklemtoning).

betoog word dat hierdie derde situasie dikwels opduik: die getuie het 'n onafhanklike herinnering ten aansien van sommige feite (die betrokke aantekening dien in sekere opsigte as 'n stimulant) maar die getuie moet hom ten aansien van ander feite op sy opgetekende herinnering verlaat (dieselfde aantekening is ten opsigte van sekere ander feite sy uitsluitlike "kennisbron"). In die lig hiervan is die Engelse gemene bewysreg se voorkeur vir die begrip "refreshing of memory" glad nie so onvanpas as wat met die eerste oogopslag mag blyk nie. In die Suid-Afrikaanse bewysreg word die begrip "refreshing of memory" (geheueverfrissing) ook aangewend om sowel herinneringsherlewing as herinneringsherhaling in te sluit. In die res van hierdie werk word die begrip "geheueverfrissing" ook in hierdie wye betekenis gebruik, behalwe waar dit vir doeleindes van spesifieke reëls en sinvolle regsvergelyking nodig is om wel tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling te onderskei. Hierdie benadering is nie geforseerd nie en word byvoorbeeld deur leidende Engelse en Suid-Afrikaanse handboekskrywers gevolg.

Een aspek wat amper deurlopend ondersoek word in hierdie werk, is of die Suid-Afrikaanse en Engelse howe nie soms die verskil tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling ten onregte ignoreer nie. Steek daar enige waarheid in Wigmore se bewering dat begripsverwarring die positiewe reg nadelig beïnvloed het?

1 6 Geheueverfrissing en die onderskeid tussen "present recollection revived" (herinneringsherlewing) en "past recollection recorded" (herinneringsherhaling)[39]

"Present recollection revived" verwys na die situasie waar die getuie se geheue bloot gestimuleer word sodat hy 'n werklike bestaande herinnering kan oproep. Hy het 'n onafhanklike herinnering[40] en getuig op grond van sy geheue. Hy herhaal nie sy vroeëre herinnering soos wat hy dit opgeteken vind nie. Op grond hiervan onderskei Wigmore tussen "... present actual recollection .... and recollection which once existed, but now, having irrevocably vanished, depends on artificial preservation."[41] In die eerste geval het die getuie

---

39 Sien oor die algemeen Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L R 860 861-863; Walker 1975-1976 (6) Cum L Rev 472; Gard Jones on Evidence: Civil and Criminal (Band 4) para 27 3 en 27 8; CJS (98) para 358(b) en 358(c); Lilly An Introduction to the Law of Evidence para 27, 28, 66 en 67; Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 11-15 en 15-20; Westman 1975 (5) Notre Dame L 737 en 744; Cross en Tapper 252; Murphy A Practical Approach to Evidence 362-363; McCormick on Evidence par 9; Estate Parry v Murray 1961 3 SA 487 (T) 491D-494A; R v Elijah 1963 3 SA 86 (SR) 88D-F; Report of the Task Force par 23 1; The Australian Law Reform Commission: Report no 26 (Interim): Evidence (Vol 2) para 26 and 28; Morgan 1927 (40) Harv L Rev 712 717-720.

40 Ex parte Minister van Justisie : in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 511F-G.

41 Wigmore par 725 (beklemtoning in die oorspronklike).

geen behoefte om die aantekening wat hy geraadpleeg het, uit te lees nie. Die aantekening is bloot 'n eksterne hulpmiddel of prikkel wat 'n vervaagde geheue weer helder maak.[42] 'n Herinnering herleef. In die res van hierdie werk word die begrip "herinneringsherlewing" gebruik om hierdie gevalle te dek wat in Wigmore se terminologie as "present recollection revived" omskryf kan word.[43] 'n Mens het hier as't ware met "egte" geheueverfrissing te doen.[44]

"Past recollection recorded"[45] kan goedskiks as "herinneringsherhaling" omskryf word. Laasgenoemde begrip word in die res van hierdie werk gebruik om te verwys na gevalle waar die getuie nie 'n onafhanklike herinnering van die gebeure het nie, maar homself verlaat op sy herinnering wat geboekstaaf is toe die gebeure nog vars in sy geheue was. Die getuie verskaf bloot 'n weergawe van sy herinnering soos wat hy dié herinnering in opgetekende vorm vind.[46] Op die keper beskou, herhaal hy bloot sy opgetekende herinnering.

Goeie voorbeelde van herinneringsherhaling word ten opsigte van deskundige getuies aangetref. 'n Distriks-

42 Walker 1975-1976 (6) Cum L Rev 471 472.

43 Wigmore par 725.

44 Sien egter die omskrywing van die begrip "geheueverfrissing" in par 1 5 supra.

45 Wigmore par 725; Walker 1975-1976 (6) Cum L Rev 471.

46 Sien bv Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 511E-G.

geneesheer wat op 'n gereelde grondslag lykskouingsverslae opstel, kan onmoontlik nie 'n onafhanklike herinnering ten opsigte van elke geval hê nie. Bygevolg word hy - onderhewig aan sekere vereistes - toegelaat om homself in die getuiebank van sy vroeëre geskrewe verslag te bedien. Hy herhaal en bevestig bloot sy vroeëre herinnering wat hy aangeteken het toe die gebeure nog vars in sy geheue was.

Voorgaande onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling mag die indruk skep dat daar slegs twee uiterste situasies bestaan: 'n getuie wat 'n blote prikkel nodig het om sy geheue te laat opflikker (herinneringsherlewing) en die getuie wat geen onafhanklike herinnering het nie en slegs op die basis van sy vroeëre aangetekende herinnering kan getuig (herinneringsherhaling). Dit spreek egter vanself dat daar heelwat tussen-situasies kan bestaan. In US v Riccardi is byvoorbeeld soos volg verklaar:[47] "Of course, the categories, present recollection revived and past recollection recorded, are clearest in their extremes, but they are, in practice, converging rather than parallel lines; the difference is frequently one of degree."

1 7 "Die aantekening"

Uit 'n praktiese oogpunt gesien, is dit so dat 'n getuie

---

47 174 F 2d 883 889 (3d Cir 1949). Sien ook Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408.

in die meeste gevalle - mits aan alle vereistes voldoen word - sy geheue verfris met verwysing na inligting vervat in 'n geskrewe stuk. Voorbeelde hiervan is inligting vervat in 'n verkeerskaartjie,[48] dagboek,[49] sakboekie,[50] rekenkundige boek,[51] hospitaalregister,[52] tronkregister,[53] skeepsjoernaal,[54] familie-bybel,[55] koerantverslag,[56] deskundige verslag (soos 'n rekenmeestersverslag[57] of regsgeneeskundige verslag[58]) en 'n doodgewone skriftelike verklaring wat die betrokke getuie met die oog op gedingvoering gedoen het.[59] 'n Getuie is egter nie beperk tot 'n geskrewe stuk nie.[60] Enige medium deur middel waarvan inligting bewaar word - byvoorbeeld 'n

48 R v O'Linn 1960 1 SA 545 (N); S v Smuts 1972 4 SA 358 (T).

49 R v Dexter 19 Cox 360; R v Virgo (1978) 67 Cr App R 323.

50 Khlowane v R 1946 1 PH H108 (C); Lenssen v R 1906 TS 154. Sien ook oor die algemeen Purves 1971 Crim L Rev 213.

51 Vumendlini v Boardman 1946 EDL 165.

52 R v Rose 1937 AD 467.

53 S v Nyembe 1982 1 SA 835 (A) 843F.

54 Burrough v Martin (1809) 2 Camp 112; Anderson v Whalley (1852) 3 C en K 54, 175 ER 460.

55 R v Sherrin 1913 TPD 474.

56 Topham v McGregor 1 C and K 320 (1866) 4 H and C 189.

57 S v Heller (1) 1964 1 SA 520 (W).

58 R v Kannemeyer 1958 3 SA 56 (K); R v Mbongwe 1954 3 SA 1016 (T).

59 Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A); S v Tshomi 1983 1 SA 1159 (K).

60 Sien oor die algemeen Moore 1984 Law Soc Gaz 1427.

foto[61] of 'n klankopname[62] - kan gebruik word mits aan alle ander vereistes voldoen word. Omdat die betrokke geheueverfrissingsinstrument egter in die meeste gevalle die vorm van 'n skriftelike stuk aanneem, word daar in die res van hierdie werk bloot verwys na "die aantekening"[63] - behalwe waar dit nodig is om 'n spesifieke geheueverfrissingsinstrument te identifiseer.

Baie skrywers verkies om die begrippe "memorandum"[64] en "aide-mémoire"[65] deurgaans in hul besprekings te gebruik. Die probleem met die gebruik van hierdie begrippe is egter dat dit die indruk skep dat dit deurgaans gaan om 'n aantekening wat gemaak is om 'n mens te help om dinge te onthou[66] - en 'n vereiste van hierdie aard word juis nie ten aansien van die geheueverfrissingsprosedure gestel nie. Indien A aan B 'n brief skryf, is A se primêre oogmerk om sekere mededelings aan B te maak en nie om homself van 'n aantekening te voorsien om hom (A) te help om dinge te onthou nie. In 'n latere geding sal A in die normale verloop van gebeure sy geheue met verwysing na die inhoud van sy brief kan

---

61 Smith v British Aerospace 1982 ICR 98.

62 R v Mills; R v Rose (1962) Cr App R 336 In hierdie saak was die betrokke aantekening op die klankopname gebaseer.

63 Sien ook Schmidt 305.

64 Walker 1975-1976 (6) Cum L Rev 471 472 vn 5 beperk bv sy bespreking tot "memoranda", maar wys daarop dat dié begrip ook wyer uitgelê kan word.

65 Moore 1984 Law Soc Gaz 1427.

66 Sien bv HAT, sv "memorandum" en "aide-mémoire".

verfris ongeag die feit dat hy tydens die skryf van die brief nie die bedoeling gehad het om homself te voorsien van 'n aantekening om hom te help om dinge te onthou nie.

Die gebruik van die begrip "aantekening" vermy in 'n groot mate die bovermelde semantiese probleme.

In Ex parte Minister van Justisie : in re S v Wagner[67] word die begrip "geheueopknapper" ook gebruik. Streng geneem op die feite van hierdie saak, is daar niks fout te vind met die begrip "geheueopknapper" nie : die betrokke twee getuies het bloot hul geheues opgeknap en 'n onafhanklike herinnering van die gebeure gehad. Herinneringsherlewing het plaasgevind. Die begrip "geheueopknapper" deug egter nie in gevalle van herinneringsherhaling nie. Die getuie kan nie sy geheue opknap nie, want hy het geen onafhanklike herinnering nie.

1 8 Sistematiek in hierdie werk en algemene probleem- en taakstelling

Die huidige hoofstuk - wat afdeling A van hierdie werk vorm - word afgesluit met 'n kort bespreking van artikel 34 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965, soos gelees met artikel 222 van die Strafproseswet 51 van 1977. Hieronder sal aangetoon word dat voorgaande wetgewing 'n statutêre proses skep ingevolge waarvan 'n

67 1965 4 SA 507 (A).

getuie wat weens 'n gebrekkige geheue onvolledige getuienis lewer, se mondelinge getuienis in bepaalde omstandighede aangevul kan word deur middel van sy vroeëre skriftelike verklaring.[68] Dit sal egter ook blyk dat weens die vereistes wat voormelde wetgewing stel, speel die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure steeds 'n aanvullende rol: alle gevalle waar 'n getuie probleme ervaar om feite in herinnering te roep, kan nie met 'n beroep op genoemde wetgewing opgelos word nie. In afdeling C van hierdie werk word die klem geplaas op die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure as aanvulling tot bovermelde wetgewing. Afdeling D van hierdie werk, wat op geheueverfrissing buite die getuiebank betrekking het, staan uiteraard nie in verband met bovermelde wetgewing nie.

Afdeling B - wat uit hoofstukke twee en drie bestaan - moet beskou word as 'n poging om 'n teoretiese, historiese en psigologiese perspektief op die res van die werk te verskaf. In hoofstuk twee word die evolusie van die mondelinge karakter van die gemeenregtelike verhoorproses nagespoor, asook die vernaamste redes waarom 'n strenge bewysregstelsel - waaraan die geheueverfrissingsproses natuurlik onderworpe is - in die Engelse gemenereg ontstaan het. Met die teoretiese en historiese agtergrond wat in hoofstuk twee verskaf word, word gepoog om antwoorde op die volgende vrae te verskaf. Waarom word daar in die reël voorkeur aan mondelinge getuienis verleen?

---

68 Sien bv die bespreking van Rawoot v Marine and Trade Ins Co Ltd 1980 1 SA 260 (K) in par I 9 infra.

Hoekom kan 'n getuie nie maar in alle gevalle sy verklaring in die getuiebank uitlees, bevestig en inhandig as 'n akkurate samevatting van sy getuienis nie? Hoekom is dit hoegenaamd nodig dat daar geheueverfrissingsreëls behoort te bestaan? In hoofstuk twee word ook kortliks aandag geskenk aan kruisondervraging as kenmerk van die akkusatoriale prosesmodel. Kruisondervraging met betrekking tot 'n aantekening wat 'n getuie ter geheueverfrissing raadpleeg, kom gereeld in hierdie werk ter sprake.[69] Soos ook in hoofstuk agt sal blyk, is 'n party se reg om getuies teen hom deur middel van kruisondervraging te konfronteer, ook 'n groot struikelblok in die weg van die ontvangs van getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is.[70]

Hoofstuk drie verskaf 'n psigologiese perspektief op die mens se geheue. Die oogmerk hiervan is bloot om die geheueverfrissingsprosedure uit 'n psigologiese oogpunt te verduidelik en, voorts, om 'n wetenskaplike basis ten aansien van spesifieke geheueverfrissingsreëls te identifiseer.[71] Die onderskeid tussen "herroeping" en "herkenning" en begrippe of verskynsels soos die "vergeetkurwe" en "assosiasie" verskaf nuttige materiaal vir 'n behoorlike en kritiese evaluering van sommige geheueverfrissingsreëls. Klop die gemeenregtelike ge-

---

69 Sien bv para 5 9, 5 10 en 6 2 infra.

70 Sien bv para 8 4 4 1 en 8 6 infra.

71 Sien bv para 3 3 en 3 6 infra, soos gelees met para 5 9 en 5 10 infra. Sien ook par 3 5 infra, soos gelees met par 5 7 infra.

heueverfrissingsreëls met die psigologiese beskouings van die mens se geheue? Is daar 'n psigologiese basis op grond waarvan hipnose as geheueverfrissingstegniek aanvaar kan word?[72]

In afdeling C - wat hoofstukke vier tot ses beslaan - word aandag geskenk aan die spesifieke gemeenregtelike reëls wat van toepassing is wanneer daar aansoek gedoen word dat 'n getuie sy geheue in die loop van getuienisaflegging mag verfris, asook die gevolge wat intree wanneer sodanige geheueverfrissing plaasvind. Dit gaan hier om geheueverfrissing in die getuiebank, dit wil sê, geheueverfrissing in die loop van die hoof-, kruis- of herondervraging van die getuie, asook ondervraging deur die hof.

Hoofstuk 4 - wat as die inleidende hoofstuk tot afdeling C beskou kan word - word gewy aan die twee basiese beginsels wat 'n geheueverfrissingsaansoek ten grondslag lê, naamlik die getuie se eerstehandse ervaring van die gebeurtenis en sy verlies van herinnering. Ten opsigte van die persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) van die gebeurtenis, word primêr gekonsentreer op die volgende praktiese bewysprobleem: hoe kan persoonlike kennis bewys word as die getuie sê dat hy niks onthou nie? In hoofstuk 4 word ook 'n kritiese standpunt ingeneem ten aansien van die Suid-Afrikaanse howe se geredelike aanvaarding van die getuie se blote ipse

72 Sien bv par 3 7 infra, soos gelees met par 8 3 infra.

dixit tot die effek dat hy vergeet het. Daar word ingegaan op, eerstens, die geskikste prosedure om werklike teenoor geveinsde herinneringsverlies te bepaal en, tweedens, die graad van herinneringsverlies wat aanwesig behoort te wees ten einde die geheueverfrissingsprosedure te regverdig. Soos sal blyk, bring 'n benadering van hierdie aard noodwendig mee dat daar tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei moet word.

In hoofstuk 5 word hoofsaaklik aandag geskenk aan die volgende:

(a) die "klassieke standpunt" in die vroeë Engelse gemene bewysreg en die latere herlewing daarvan in die VSA en Kanada;

(b) die verskil in die Engelse en Suid-Afrikaanse benaderings ten aansien van verifikasie van die aantekening;

(c) identifisering van die situasies waar 'n getuie van afskrifte van of uittreksels uit 'n aantekening gebruik kan maak; en

(d) die vraag of die sogenaamde "liberale benadering" ten aansien van herinneringsherlewing, te verkies is bo die strenge benadering wat in Suid-Afrika en Engeland gevolg word.

In hoofstuk ses word die beskikbaarstelling van die

aantekening aan die teenparty bespreek, asook die vraag of die aantekening - soos in die geval van 'n verklaring wat ingehandig word ingevolge artikel 34 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 - ontvang kan word as getuienis van die inhoud daarvan. Uit die staanspoor kan vermeld word dat as die getuie 'n aantekening raadpleeg wat byvoorbeeld ook ingevolge artikel 34(1)(a)(i) ontvang kan word, is daar geen probleem betreffende bewyswaarde nie: die aantekening dien as getuienis van die inhoud daarvan, met die voorbehoud dat die reël teen selfstawing ongekwalifiseerd geld.[73] Maar wat van die bewyswaarde van 'n aantekening wat nie vir oorlegging ingevolge artikel 34(1) kwalifiseer nie maar nogtans vir geheueverfrissingsdoeleindes geraadpleeg kan word? Daar sal aangetoon word dat die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling hier 'n belangrike rol speel, en dat die reël teen selfstawing deurgaans geld (en inderdaad behoort te geld).

Afdeling D bestaan uit hoofstukke sewe en agt en het betrekking op geheueverfrissing wat plaasvind terwyl die getuie nie in die getuiebank is nie, dit wil sê, waar hy sy geheue vóór die aanvang van sy getuienisaflegging verfris of dit doen ná die aanvang van sy getuienisaflegging maar tydens 'n verdaging. Regsetiese aspekte met betrekking tot en die prinsipiële regverdiging van geheueverfrissing vóór die aanvang van

73 Sien art 35 van die WBSS en art 222 van die SPW.

getuienisaflegging, word vergelyk met dié van geheue-verfrissing binne die getuiebank. Daar word ook aandag geskenk aan die volgende vraag: moet die reëls wat op geheueverfrissing in die getuiebank van toepassing is, ook geld ten opsigte van geheueverfrissing buite die getuiebank? Dit sal blyk dat die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling ook hier 'n nuttige rigsnoer verskaf ter beantwoording van dié vraag (en veral met betrekking tot die verdere vraag of 'n bewysregtelike privilegie wat met betrekking tot die aantekening mag bestaan, as gevolg van geheue-verfrissing buite die getuiebank tot niet gaan of nie).

In hoofstuk sewe word ook 'n kritiese analise gedoen van wetgewing wat 'n beskuldigde of sy getuies die geleentheid ontneem om hul geheues met die oog op die verhoor te verfris met behulp van verklarings wat hul vroeër aan die polisie gemaak het. Is wetgewing van hierdie aard versoenbaar met die prosesregtelike beginsels dat 'n party 'n behoorlike geleentheid gebied moet word om vir die verhoor voor te kan berei en, voorts, dat partye in die aanbieding van hul sake gelyke geleenthede gegun behoort te word?

Hoofstuk sewe word afgesluit met 'n bespreking van die situasie waar 'n getuie in die loop van sy getuienis 'n verdaging benut om met die oog op sy verdere getuienis-aflegging sy geheue met behulp van 'n aantekening te verfris. Tegnies gesproke, is hierdie getuie - na gelang van die geval - nog onder eed of bevestiging of

waarskuwing.[74] Moet sy posisie gelyk gestel word aan dié van die getuie wat sy geheue verfris vóórdat sy getuienisaflegging 'n aanvang geneem het of is sy posisie vergelykbaar met die getuie wat in die getuiebank sy geheue verfris? Ook ten opsigte van hierdie vraag word standpunt ingeneem dat die sentrale tema in hierdie werk - naamlik die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling - die antwoord verskaf.

Hoofstuk agt het - wat die Suid-Afrikaanse bewysreg betref - 'n "futuristiese" inslag: aandag word geskenk aan hipnose as voorverhoor-geheueverfrissingstegniek. Die uiteenlopende standpunte van die Amerikaanse howe oor hierdie onderwerp, word ontleed. En in die lig van hierdie standpunte, word 'n "vooruitskouing" gemaak ten aansien die Suid-Afrikaanse bewysreg.

Hoofstuk agt word afgesluit met 'n kort bespreking van hipnose as geheueverfrissingstegniek ná die aanvang van getuienisaflegging.

Afdeling E bestaan uit die slothoofstuk waarin tot enkele gevolgtrekkings geraak word en enkele aanbevelings gemaak word.

74 Sien oor die algemeen S v Phohlo 1987 3 SA 27 (O).

1 9 Geheueverfrissing en die toepassing van artikel 34 van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 (soos gelees met artikel 222 van die Strafproseswet 51 van 1977)[75]

'n Kort bespreking van die omvang van bovermelde wetgewing - hierna bloot genoem artikel 34 - is noodsaaklik aangesien dit in bepaalde gevalle aangewend kan word om die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure te ondervang.

Artikel 34 skep nie slegs uitsonderings op die hoorsêreël nie, maar wysig ook in bepaalde gevalle die gemeenregtelike reëls betreffende die aanbieding van getuienis en die toelaatbaarheid van vroeëre skriftelike verklarings van 'n persoon wat inderdaad getuig.[76]

---

75 In die hieropvolgende interpretasie van art 34 (en ander arts wat ook onder Deel VI van die WBSS val) word vryelik verwys na Engelse beslissings betreffende die uitleg van die eertydse Engelse Evidence Act 1938. Die redes waarom dit (ter wille van oorrederingskrag) gedoen kan word, word verduidelik deur Schmidt 483 - asook in vn 81 in par 6 5 2 infra: Deel VI is oorgeneem uit die Evidence Act 1938. Art 222 van die SPW maak Deel VI van die WBSS ook van toepassing in strafsake. In die res van hierdie hfst word nie weer na art 222 verwys nie.

76 In aansluiting by Nokes 1965 Crim L Rev 85 88 kan betoog word dat "... [w]hen the maker of a written statement is called as a witness, the use of the document probably does not involve hearsay ..." Die getuie se vorige verklaring is wel getuienis, maar hy is immers beskikbaar vir kruisondervraging. Schmidt

Daar is al gesê dat[77] "... the main object of the Act ... is to admit contemporaneous documents that are made by a witness who is actually called." Daar sou gesê kan word dat een van die oogmerke van artikel 34 is om die gemenereg se streng voorkeur vir die ontvangs van mondelinge getuienis af te water en in 'n mate indirekte erkenning verleen aan die beginsel vervat in gesegdes soos[78] "The palest ink is clearer than the best memory", en[79] "Ink does not lose its hold on the paper, as facts do on the memory." Maar uit die staanspoor moet ook aangetoon word dat artikel 34 geen vereiste stel dat die betrokke aantekening gemaak moes gewees het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was nie.[80] Artikel 35 bevat wel 'n bepaling ingevolge waarvan 'n hof die bewyskrag, indien enige,

---

456 verklaar ook dat die "hoofrede vir die ontoelaatbaarheid van hoorsêgetuienis is ... die onbetroubaarheid van die getuienis weens die feit dat die verklaarder nie self voor die hof verskyn en aan kruisondervraging blootgestel word nie". Sien voorts Hilton v Lancashire Dynamo Nevelin Ltd [1964] 2 All ER 769 vir 'n geval waar die verklaarder getuig het en sy verklaring ook ingehandig is.

77 Bearmans Ltd V Metropolitan Police District Receiver [1961] 1 All ER 384 392D (my beklemtoning). Sien ook par 10 04 (1) van die Verslag van die Botha-kommissie.

78 Vlg McCormick on Evidence par 9 is hierdie gesegde van Chinese oorsprong.

79 Sien vn 10 in par 1 1 supra.

80 Vgl in hierdie verband par 5 7 infra tav die posisie mbt geheueverfrissing.

van 'n verklaring wat ingevolge artikel 34 ontvang word, moet beoordeel met verwysing na, onder andere,[81] ... "die vraag of die verklaring ten tyde van die gebeurtenis of bestaan van die aangewese feite gedoen is al dan nie ..." Anders gestel: Ebbinghaus se vergeetkurwe[82] word as't ware deur die wetgewer aangestip as 'n faktor wat op die gewig van 'n artikel 34-verklaring betrekking kan hê. Maar tydsverloop bepaal nie die toelaatbaarheid van die proses nie.

Voorts dien gelet te word op die feit dat inhandiging, ingevolge artikel 34, van 'n getuie se vroeëre verklaring nie afhanklik gestel word van die vraag of die getuie herinneringsverlies ervaar of nie. As die verklaring voldoen aan die vereistes wat in artikel 34 gestel word, kan oorlegging geskied - selfs al was die getuie se mondelinge getuienis volledig.[83] Met betrekking tot hierdie aangeleentheid verklaar Murphy soos volg:[84]

> There is no limitation as such on the reasons for what may appear to be a duplication of evidence ... [W]hile the weight of a previous consistent statement which has no other function may be very slight,

---

81 Art 35(1) van die WBSS. Die hof moet "insonderheid" met dié vraag handel.

82 Sien par 3 5 infra.

83 Sien egter par 1 9 4 infra mbt faktore wat in die praktyk meebring dat 'n getuie se volledige mondelinge getuienis nie maklik mbv 'n art 34-verklaring aangevul sal word nie - alhoewel dit tegnies gedoen kan word.

84 Murphy A Practical Approach to Evidence 232 (my beklemtoning).

> there are cases where it is necessary or desirable for the proper presentation of the case that the oral evidence of the witness should be supplemented by the evidence of a ... statement made by him. Such a case would be one where, because of illness, age or the sheer lapse of time, the witness's evidence would be less reliable or even literally unintelligible without the earlier statement. This use of the statutory provisions was grudgingly accepted as almost an unfortunate consequence of the provisions of the ... Act ...

Vir doeleindes van hierdie werk, moet daarop gelet word dat artikel 34 dus ook 'n proses skep ingevolge waarvan 'n getuie wat weens 'n gebrekkige geheue onvolledige getuienis lewer, se getuienis aangevul kan word deur inhandiging van sy vroeëre skriftelike verklaring wat aan al die vereistes van artikel 34 voldoen. In Rawoot v Marine and Trade Insurance Co Ltd[85] het die verweerder byvoorbeeld 'n getuie geroep[86] "... [who] ... could hardly remember anything at all." Daar is toe aansoek gedoen om ingevolge artikel 34(1) die getuie se buitegeregtelike getuieverklaring, soos gemaak aan die verweerder, in te handig. Dié aansoek is toegestaan. Die advokaat vir die verweerder het nie gepoog om die getuie se geheue met behulp van haar verklaring te verfris nie. Daar mag goeie redes hiervoor gewees het. In die verslag word byvoorbeeld nie vermeld watter tyd verloop het tussen die gebeurtenis en die doen van die verklaring nie. Dit is moontlik dat die verklaring weens tydsverloop nie vir gemeenregtelike geheueverfrissing

85 1980 1 SA 260 (K).

86 263H van die verslag.

sou gekwalifiseer het nie.[87] Hoe dit ook al sy, deur middel van 'n suksesvolle beroep op artikel 34 het die advokaat dokumentêre getuienis aangebied ter aanvulling van die getuie se mondelinge getuienis wat weens 'n gebrekkige herinnering onvolledig was.

Hieronder word die aandag kortliks gevestig op die bepalings van artikel 34 en die belangrikste gevalle waar 'n getuie se aantekening nie vir inhandiging ingevolge artikel 34 kwalifiseer nie. Langs hierdie weg kan bepaal word wanneer 'n getuie se getuienis wat weens 'n gebrekkige geheue onvolledig is, dus slegs aan die hand van die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure aangevul kan word. Die latere bespreking - in afdeling C van hierdie werk - van die gemeenregtelike reëls en prosedure betreffende geheueverfrissing in die getuiebank, moet dus deurgaans gesien word in die lig van, en onderhewig aan, die moontlikhede wat deur artikel 34 geskep word.

Artikel 34(1) bepaal dat waar regstreekse mondelinge getuienis van 'n feit toelaatbaar sou wees, is enige verklaring wat deur 'n persoon in 'n dokument[88] gedoen is en wat tot stawing van daardie feit strek, by oor-

---

87 Sien par 5 7 infra. Sien ook die opmerkings wat gemaak word oor Harvey v Smith-Wood [1964] 2 QB 171 in vn 81 in par 6 5 1 infra.

88 Sien art 33 van die WBSS tav die betekenis van "dokument" vir doeleindes van Deel VI van die WBSS.

legging van die oorspronklike[89] dokument as bewys van daardie feit toelaatbaar. Daar moet egter aan sekere vereistes voldoen word. Artikel 34(1)(a)(i) stel byvoorbeeld as vereiste dat die persoon wat die verklaring gedoen het, persoonlik kennis moes gedra het van die aangeleenthede waaroor die verklaring gaan. Artikel 34(1)(a)(ii) is 'n alternatief tot artikel 34(1)(a)(i) en het betrekking op die situasie waar die betrokke dokument 'n aantekening is of deel van 'n aantekening uitmaak wat 'n "lopende aantekening"[90] is en die verklaring - vir sover die aangeleenthede waaroor dit gaan nie binne die getuie se persoonlike kennis[91] val nie - gedoen is by die uitvoering van 'n plig om inligting op te teken wat aan hom verstrek is deur iemand wat persoonlike kennis van daardie aangeleenthede gedra het of redelikerwys veronderstel kon geword het persoonlike kennis daarvan te gedra het. Beide artikels 34(1)(i) en 34(1)(a)(ii) is onderhewig aan artikel 34(1)(b) wat

89 Artikel 34(2) bepaal dat die hof 'n juis bewese afskrif kan toelaat waar die hof - met inagneming van al die omstandighede - oortuig is dat aandringing op oorlegging van die oorspronklike buitensporige vertraging of onkoste sal veroorsaak. Die posisie rakende die gebruik van oorspronklike aantekeninge en afskrifte by gevalle van geheueverfrissing, word in par 5 8 infra bespreek.

90 Sien oor die algemeen Thrasyvoulos Ioannou v Papa Christoforos Demetriou [1952] AC 84.

91 Vgl egter in hierdie verband para 4 2 tot 4 2 3 infra tav die vereiste van persoonlike kennis waar 'n aantekening vir geheueverfrissing aangewend word.

vereis dat die persoon wat die verklaring gedoen het as 'n getuie in die saak opgeroep moet word (tensy hy oorlede is of vanweë sy liggaamlike of geestestoestand onbekwaam is om as getuie te verskyn of buite die land is en dit nie redelikerwys doenlik is om sy verskyning te bewerkstellig nie of alle redelike pogings om hom te vind vrugteloos aangewend is).

Artikel 34(1) word as gebiedende bepaling interpreteer: as aan al die vereistes voldoen word, het die hof geen diskresie om ontvangs van die aantekening te weier nie.[92]

Die belangrikste beperkings op die toepassing van artikel 34, word aangetref in artikels 34(3) en artikel 34(4).

1 9 1 Artikel 34(3): "... verklaring ... deur 'n belanghebbende persoon ... op 'n tydstip toe 'n saak hangende of verwag was ..."

Bovermelde artikel - wat[93] "in gebiedende taal gegiet" is - het tot inhoud dat geen bepaling van artikel 34 'n verklaring as bewys toelaatbaar maak in omstandighede waar sodanige verklaring deur 'n belanghebbende persoon

92 Sien oor die algemeen Carter 1954 (70) Law Q Rev 30 32 en Hladhla v President Insurance Co Ltd 1965 1 SA 614 (A) 620F-G; Shield Insurance Co Ltd v Hall 1976 4 SA 431 (A) 438; Boshoff v Nel 1983 2 SA 41 (NK) 44B. Maar die hof het 'n diskresie tav artikel 34(2)-gevalle. Sien oor die algemeen Johannes v Auto Protection Insurance 1962 3 SA 253 (K).

93 Boshoff v Nel 1983 2 SA 41 (NK) 44C.

gedoen is op 'n tydstip toe 'n saak hangende of verwag was met betrekking tot 'n geskil oor enige feit tot stawing waarvan die verklaring sou kon strek nie. Geen sodanige vereiste word gestel ten aansien van 'n aantekening wat vir geheueverfrissingsdoeleindes geraadpleeg word nie.[94]

Die duidelike oogmerk van artikel 34(3) is om die fabrisering van getuienis met die oog op 'n geding, te probeer uitskakel: die verklaring van 'n belanghebbende wat gedoen is "op 'n tydstip toe 'n saak hangende of verwag" was, skep die risiko dat die belanghebbende die waarheid vir sy eie oogmerke kon verdraai het. Daar kan egter betoog word dat 'n mens hier te doen het met 'n faktor of oorweging wat eerder op die gewig - en nie die toelaatbaarheid nie - van getuienis betrekking behoort te hê,[95] veral waar die verklaarder getuig en

---

94 Die klaarblyklike rede hiervoor is dat 'n artikel 34-verklaring aangebied word as getuienis van die inhoud daarvan, terwyl die Engelse gemene bewysreg die standpunt handhaaf dat igv geheueverfrissing die aantekening - ongeag die vraag of herinneringsherlewing of herinneringsherhaling ter sprake is - nie as getuienis ontvang word nie, maar wel die mondelinge getuienis van die getuie. Sien oor die algemeen para 5 8 en 6 5 1 infra.

95 Vereistes soos gestel in art 34(3) word bv nie meer in Engeland aangetref in die Civil Evidence Act 1968 wat die Evidence Act 1938 vervang het nie. Sien ook oor die algemeen Hoffmann en Zeffert 141-142 tav die geskiedenis van art 34(3) in SA. Sien ook REM 1966 (82) LQR 289 298 waar verwys word na die wetgewer se "exaggerated fear of interested evidence", asook oor die algemeen par 274 van die Report of the Ever-

dus beskikbaar is vir kruisondervraging rakende sy moontlike motiewe ten tye van die doen van die verklaring. Artikel 34(3) geld egter ongeag die vraag of die verklaarder as 'n getuie opgeroep word en of hy 'n nie-getuie is. Alhoewel die wetgewer se benadering vatbaar is vir kritiek, moet aanvaar word dat die vraag of die hof by die uitleg van artikel 34(3) met 'n getuie of 'n nie-getuie te doen het, irrelevant is:[96] "It is only by way of a proviso ... that the condition that the maker of the statement shall actually be called need not be satisfied in certain circumstances ... [But] ... the test is the same in both cases. Perhaps that is a pity. I think that most judges would be much more careful about admitting a statement made by a witness who is not ... called than they would be in admitting a document that is produced by a witness who is actually in the box and about which he can be cross-examined."

Wat word bedoel met die woorde dat 'n saak[97] "hangende[98]

---

shed Committee en Nokes 1958 (21) MLR 668.

96 Bearmans Ltd v Metropolitan Police District Receiver [1961] 1 All E R 384 392E-F (my beklemtoning). Op grond hiervan, word daar dus in die res van hierdie bespreking van die uitleg van art 34(3) vryelik verwys na gewysdes waar die verklaarder 'n nie-getuie was.

97 Laubscher v Commercial Union Assurance Co of SA Ltd 1976 1 SA 908 (OK) is gesag vir die stelling dat dit slegs nodig is dat "'n saak" hangende moet wees, maw, dit gaan nie noodwendig om die saak waarin die verklaring as getuienis ter sprake kom nie.

98 'n Saak is hangende totdat dit afge-

of verwag" moes gewees het? Daar kan beweer word dat "hangende" 'n objektiewe toets behels en dat 'n belanghebbende wat nie 'n geding verwag het nie, se verklaring uitgesluit moet word selfs al was hy tydens die doen van die verklaring onbewus van die feit dat 'n saak reeds hangende was. Dit word egter betwyfel of hierdie uitleg van "hangende" met die wetgewer se bedoeling klop. Soos reeds vermeld, het die wetgewer deur middel van artikel 34(3) gepoog om fabrikasie van getuienis met die oog op 'n geding, so ver doenlik uit te skakel. Maar as die belanghebbende nie geweet het dat 'n geding inderdaad hangende is nie (en hy ook nie een verwag het nie), verval hierdie ratio van artikel 34(3). Hierdie uitleg bots nie met die feit dat "hangende" en "verwag" deur die wetgewer as alternatiewe gestel word nie. Die wetgewer het "verwag" - wat baie duidelik 'n subjektiewe maatstaf stel[99] - as alternatief ingespan ten einde die situasie te dek waar 'n saak, tegnies gesproke, nog nie as hangend beskou kan word nie maar waar die verklaarder dit reeds verwag het. Hy voorsien 'n geding. In oorweging word gegee dat "hangende" - net soos in die geval van "verwag" - 'n subjektiewe benadering verg: het die belanghebbende geweet 'n geding is hangende?

In Jarman v Lambert and Cooke[100] is soos volg verklaar:[101]

---

handel is: sien Schmidt 487 se interpretasie van Laubscher v Commercial Union Assurance Co of SA Ltd supra.

99 Schmidt 487.

100 [1951] 2 KB 937.

101 946 van die verslag. (my beklemtoning).

> In order to exclude this document, it is not sufficient for the defendants to say that proceedings might have been anticipated, or ought to have been anticipated. They must go further and show that proceedings "were anticipated"; that is, were in fact anticipated. Anticipation is a state of mind whereby someone considers that something is likely to happen. There must be a likelihood of them. Someone must consider it likely that proceedings will take place; and that someone must ordinarily be the person who makes the statement; for it is his state of mind which is material. His statement is to be excluded, if he is a person interested and makes it with a view to proceedings. If his state of mind is such that he says to himself "it looks to me as if this will end up in court; I must be careful what I say", then proceedings are anticipated and the statement is inadmissible. But if his state of mind is such that he only says to himself "I do not know whether this will end up in court or not; it may or may not do so, but I am not going to anticipate that it will; I will give my version for what it is worth", then proceedings are not anticipated, and the statement is admissible.

Die voorgaande uitleg van "verwag" - soos gebesig in artikel 34(3) - is al in Suid-Afrikaanse regspraak aanvaar.[102] Veel sal egter afhang van die besondere feite van elke saak.[103]

---

102 Da Mata v Otto 1971 1 SA 763 (T) 770A-G, asook oor die algemeen Da Mata v Otto 1972 3 SA 858 (A) 886 882. Sien voorts Zeffertt 1971 SALJ 154.

103 Sien bv die opmerkings in Jarman v Lambert and Cooke [1951] 2 KB 937 945. In Bearman's Ltd v Metropolitan Police District Receiver [1961] 1 All ER 384 388D-E is gesê: "[W]hilst the cases can be looked at as a guide, it is desirable in every case that the words of the section should ... be

Die blote feit dat 'n verklaarder geweet het 'n geding is hangende of dat hy 'n geding verwag het, alhoewel dit nie hangende was nie, bring nog nie die verklaring binne die bepalings van artikel 34(3) nie: die verklaarder moes ook in daardie stadium 'n belanghebbende gewees het.

In artikel 33 - die woordbepalingsartikel van Deel VI[105] - word geen omskrywing van die begrip "belanghebbende persoon" ("person interested"), soos gebesig in artikel 34(3), verskaf nie. Die Suid-Afrikaanse wetgewer het - net soos die Engelse wetgewer in die Evidence Act 1938 - die uitleg van hierdie begrip aan die howe oorgelaat.[106]

interpreted in the light of the particular circumstances."

104 Sien ook die Engelse teks: "... person interested at a time ..." (my beklemtoning).

105 Deel VI beslaan arts 33 tot 38 van die WBSS.

106 Nokes An Introduction to Evidence 249-350 merk soos volg op tav die Engelse wetgewer se bedoeling: "When they spoke of interest the framers of the Act doubtless had in mind the common law on interest as affecting admissibility of evidence. On the one hand there was that interest which had rendered persons incompetent to give evidence, which included some legal certain and immediate interest, however minute, in the result of the cause. Then there was that borderland between motive and interest, which renders uncertain the admissibility of declarations as to pedigree and public rights or those made in the course of duty. On the other hand there was the pecuniary or proprietary interest, which makes admissible some declarations by deceased persons, and the interest which underlies admissions. Apparently embarrased by the richness of the law, the draftsmen chose poverty, and did not say what they mean by

Schimdt[107] wys egter tereg daarop dat die juiste uitleg van "belanghebbende persoon" - soos gelees met artikel 35(1) - nog nie 'n uitgemaakte saak is nie.

In Boshoff v Nel[108] wend regter Lichtenburg die volgende breë maatstaf aan:[109] "[D]ie belang moet nie te ver verwyderd wees nie, maar dit hoef ook nie, juridies betrag, van so 'n aard te wees nie dat die belanghebbende persoon op voeging as 'n party tot die geding aanspraak sou kon maak ... [nie] ... In daardie sin gesien, is die wetgewer se woordkeuse van 'persoon' in art 34(3) na my mening dus nie sonder betekenis nie." Die benadering dat "belanghebbende" nie so eng uitgelê moet word dat dit slegs dui op potensiële toetrede of voeging as gedingsparty nie, word ondersteun.

'n Blote dryfveer om feite te verberg of verkeerd voor te stel, kan ook nie beteken dat 'n persoon 'n belanghebbende vir doeleindes van artikel 34(3) is nie.[110]

---

interest. As a later section deals with motive, yet only as affecting cogency and not admissibility, interest would seem to mean interest in the result of the cause at the time when the statement was made, as in cases involving rights in land." Art 35(1) van die WBSS het betrekking op die "dryfveer": sien die bespreking in die teks.

107 Schmidt 487.

108 1983 2 SA 41 (K).

109 44G van die verslag.

110 Sien oor die algemeen Hoffmann en Zeffertt 143; Schmidt 487 en Nokes An Introduction to Evidence 350.

Hierdie gevolgtrekking spruit uit die bepalings van artikel 35(1) wat die bestaan van 'n dryfveer om feite te verberg of verkeerd voor te stel, identifiseer as 'n faktor wat die hof in ag moet neem ten einde die bewyskrag - indien enige - van die toelaatbare verklaring te bepaal. In Boshoff v Nel[111] is daarop gewys dat artikel 34(3) op toelaatbaarheid betrekking het, terwyl artikel 35(1) op bewyskrag slaan en laasgenoemde artikel dus[112] "veronderstel dat 'n verklaring toelaatbaar is alvorens daar oor die bewyskrag van die inhoud daarvan beslis kan word."

Die volgende is voorbeelde van gevalle waar bevind is dat die verklaarder 'n belanghebbende persoon was:[113] 'n prokureur wat in sy professionele hoedanigheid namens sy kliënt optree;[114] 'n verweerder-maatskappy se besturende direkteur;[115] 'n huishoudster wat 'n kind moes oppas toe laasgenoemde beseer is;[116] 'n toesighouer in die produksie-afdeling van die verweerder se fabriek in 'n aksie waar

---

111 1983 2 SA 41 (NK).

112 44H van die verslag.

113 Vgl egter ook oor die algemeen Bain v Moss Hutchison Line Ltd [1949] 1 KB 51 en Da Mata v Otto 1972 3 SA 858 (A).

114 Schimper v Monastry Diamond Mining Corporation Pty Ltd 1982 1 SA 612 (O). Vgl egter ook In the Estate of Powe [1956] P 110 en In the Estate of Hill [1948] P 341.

115 Simmons v Gilbert Hamer and Co Ltd 1963 1 SA 897 (N) 910-911.

116 Evon and Evon v Noble [1949] 1 KB 222.

vir persoonlike beserings geëis is;[117] die werknemer van 'n verweerder-maatskappy in omstandighede waar eersgenoemde se reputasie as 'n bandtoetser ("tyre tester") op die spel was.[118]

Maar die blote bestaan van 'n diensverhouding maak nie 'n werknemer 'n belanghebbende nie.[119] Daar moet skynbaar 'n addisionele faktor wees wat as 'n persoonlike[120] belang identifiseer kan word, byvoorbeeld dat die werknemer se professionele status, algemene goeie gedrag of finansiële posisie, direk of indirek, wesenlik deur die uitslag van die geding geraak kan word. In Evon and Evon v Noble[121] verklaar regter Birkett soos volg:[122]

> Here it is conceded that Miss Bush was a domestic servant employed by the child's parents. On the day in question she had been expressly charged with the care of this little child. What I have to ask myself is: In all the circumstances of this case was Miss Bush a person interested? She was not financially interested. She may have had the interest of sympathy, but that does not affect me in my decision here. I think, however, that in the true sense of the

---

117 Kelleher v T Walla and Sons Ltd [1958] 2 QB 346.

118 Barkway v South Wales Transport Co Ltd [1949] 1 KB 54.

119 Bearmans Ltd v Metropolitan Police District Receiver [1961] 1 All ER 384.

120 Sien oor die algemeen Friend v Wallman [1946] KB 493 500, asook Boshoff v Nel 1983 2 SA 41 (NK) 44F-G.

121 [1949] 1 KB 222.

122 225 van die verslag.

> words she was a person interested. She had been left in charge of the child. The child had come to injury, and her reputation for care in minding a child was in issue ... [It] might be that a servant is not a person interested, but in the present case Miss Bush was a "person interested" in that she had been left in charge of this child. The child's safety was her peculiar care, and in that sense her reputation was involved in the result of the action. In all the circumstances, therefore, I shall not admit this statement.

Dit blyk asof 'n blote emosionele belang - soos dié van 'n moeder in die uitslag van haar seun se egskeidingsgeding[123] - nie voldoende is om 'n persoon 'n belanghebbende te maak nie. 'n Persoon met 'n emosionele belang het normaalweg moontlik 'n dryfveer om feite verkeerd voor te stel. Maar dié dryfveer het, soos aangetoon, op die gewig van die verklaring betrekking.

Sover vasgestel kan word, het ons howe nog nie artikel 34(3) vir doeleindes van strafsake geïnterpreteer nie.[124] As basiese vertrekpunt, kan egter met Skeen saamgestem word dat[125] "... it seems logical to suppose that anyone who himself could be liable to prosecution would be termed interested as would complainants except in so-called victimless crimes." Maar selfs in the geval van sogenaamde slagofferlose misdade, mag die besondere

123 Holton v Holton [1946] 2 All ER 534.

124 Engelse gesag ontbreek ook op hierdie punt aangesien die Evidence Act 1938 nooit op strafsake van toepassing was nie.

125 Skeen 1981 SASK 154 159.

feite van die geval meebring dat die verklaarder as belanghebbend beskou moet word, byvoorbeeld waar die getuie as lokvink[126] opgetree het en hy vir dié optrede deur die polisie vergoed[127] word.[128] Hierteenoor is dit duidelik dat 'n lokvink in gepaste gevalle wel sy geheue met behulp van sy verklaring - wat nie vir voorlegging ingevolge artikel 34(1)(a)(i) kwalifiseer nie - sal kan verfris. 'n Lokvink sal byvoorbeeld in die getuie-bank - mits aan al die vereistes van die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure voldoen word - sy vroeëre aantekening waarin hy die reeksnommers aangeteken het van note wat hy in 'n onwettige kooptransaksie met die beskuldigde gebruik het, kan raadpleeg vir doeleindes van herinneringsherlewing of herinneringsherhaling, ongeag die feit dat hy as 'n belanghebbende (sy reputasie as bekwame lokvink en sy geldelike vergoeding maak hom 'n belanghebbende) sy verklaring opgestel het met die oog op 'n vervolging (die rede waarom hy sekere feite aangeteken het, was juis om dié feite met die oog op 'n verhoor te bewaar).

Dit staan vas dat wanneer 'n persoon in hoedanigheid

126 Sien oor die algemeen die omskrywing van 'n lokvink in S v Malinga 1963 1 SA 692 (A) 693G.

127 Wat vergoeding betref, sien bv artikel 3 van die Konsolidasiewet op Finansie- en Finansiële Reëlingswette 11 van 1977.

128 Daar was al gevalle waar 'n lokvink betaal is slegs igv 'n skuldigbevinding: sien Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafproses 425. Dit spreek vanself dat so 'n lokvink 'n direkte belang in die uitslag van die saak het.

van potensiële verdagte aan die polisie 'n verklaring gedoen het nadat laasgenoemde hom meegedeel het dat wat hy ook al sê later in getuienis teen hom gebruik mag word, dan kan hierdie verklaring weens die bepalings van artikel 34(3) nie ingevolge artikel 34 ontvang word nie: die verklaarder is 'n belanghebbende omdat hy tydens die maak van die verklaring die risiko geloop het om vervolg te word.[129] En die waarskuwing wat die polisie aan die verklaarder rig, gee onvermydelik aanleiding tot die afleiding dat die getuie 'n geding te wagte was.

In die finale instansie word met regter Lichtenberg saamgestem dat dit by die uitleg van artikel 34(3) gaan om 'n[130] "tasbare belang, dit wil sê 'n wesenlike of daadwerklike of regstreekse of direkte belang ..." Hierdie opmerking is met betrekking tot siviele sake gemaak. Maar in oorweging word gegee dat die toets dieselfde vir strafsake behoort te wees.

1 9 2 Artikel 34(4)

Bovermelde artikel bepaal dat 'n verklaring in 'n dokument

---

129 Robinson v Stern [1939] 2 KB 260 263 267. En selfs in die afwesigheid van 'n formele waarskuwing, kan die afleiding volg dat die persoon 'n belanghebbende was wat 'n geding verwag het, bv die verklaring van 'n bestuurder aan die polisie kort ná 'n motorbotsing. Sien oor die algemeen W and M Wood (Haulage) Ltd v Redpath [1967] 2 QB 520.

130 Boshoff v Nel 1983 2 SA 41 (K) 44E.

nie by die toepassing van artikel 34 geag word deur 'n persoon gedoen te gewees het nie, tensy die dokument of die deel daarvan wat ter sake is deur hom eiehandig geskryf, gemaak of daargestel is of deur hom onderteken[131] of geparafeer is of andersins skriftelik[132] deur hom erken is as een vir die juistheid waarvan hy verantwoordelik is. Streng vereistes van hierdie aard geld nie ten aansien van 'n aantekening wat 'n getuie ter geheueverfrissing raadpleeg nie. Getuie A kan byvoorbeeld sy geheue verfris aan die hand van 'n verklaring wat hy kort na die voorval aan B dikteer het indien B kan getuig dat hy A se voorlesing korrek notuleer het.[133] Persoonlike verifikasie deur A van B se notule, is in die voorgaande situasie nie 'n vereiste vir geheueverfrissing nie.[134]

1 9 3 Selfstandige bewyswaarde van verklaring ingehandig ingevolge artikel 34

'n Getuie se verklaring wat ingevolge artikel 34 ingehandig kan word, het selfstandige bewyswaarde en is, wat bewysdoel betref, nie beperk tot die bewys van

131 'n Vingerafdruk kan as ondertekening beskou word: sien oor die algemeen Putter v Provincial Insurance Co Ltd 1963 3 SA 145 (W).

132 Sien In the Estate of Powe 1956 P 110 en vgl Barkway v South Wales Transport Co Ltd [1949] 1 KB 54.

133 Sien par 5 3 infra.

134 Sien par 5 5 infra. Vgl egter ook in hierdie verband artikel 34(1)(a)(ii).

konsekwentheid of inkonsekwentheid met sy mondelinge getuienis nie.[135] Die inhoud van die verklaring word as getuienis aangebied. Die voorbehoud is egter dat die verklaring nie die mondelinge getuienis van die getuie kan staaf nie.[136] Die vraag watter bewyswaarde - indien enige - toegeken moet word aan 'n aantekening wat 'n getuie ter geheueverfrissing geraadpleeg het, word in hoofstuk ses behandel. Waar die getuie se aantekening wat hy ter geheueverfrissing raadpleeg nie ook vir inhandiging ingevolge artikel 34 kwalifiseer nie, moet die bewyswaarde daarvan bepaal word ingevolge ge-

135 Art 35(1) van die WBSS. Dit spreek vanself dat omstandighede sodanig mag wees dat weinig, indien enige, gewig geheg word aan die getuie se verklaring wat ingevolge artikel 34 ingehandig word ter aanvulling van sy mondelinge getuienis: sien bv Rawoot v Marine and Trade Insurance Co Ltd 1980 1 SA 260 (K). Waar die verklaarder 'n nie-getuie is, moet die inhoud van die verklaring "met omsigtige voorbehoud benader word omrede die verklaring nooit dieselfde waarde kan inhou as die persoonlike verklaring van 'n getuie wat onder eed getuig, gekruisverhoor word en wie se optrede in die hof dopgehou kan word nie" (per regter Van Rhyn Cremer v Afdelingsraad, Vryburg 1974 3 SA 252 (NK) 258D). Mojapelo v Rondalia Assurance Corp of SA Ltd 1979 3 SA 1133 (W) bied egter 'n voorbeeld van 'n geval waar heelwat gewig aan 'n artikel 34-verklaring geheg kan word - ten spyte daarvan dat die verklaarder nie as 'n getuie geroep kan word nie.

136 Art 35(2) van die WBSS. Hierdie art bevestig bloot die gemeenregtelike reël teen selfstawing. Sien oor die algemeen Nokes 1961 (24) MLR 493 497 en par 6 5 3 infra.

meenregtelike reëls wat al beskryf is as[137] "somewhat obscure, complex and not obviously rational." 'n Analise van hierdie reëls volg later.[138]

1 9 4 Artikel 34 en mondelinge getuienis

Artikel 34 mag die indruk skep dat die mondelinge karakter van die verhoor ernstige geweld aangedoen kan word in die sin dat 'n party hoofondervraging van sy getuie kan uitskakel deur bloot aan hom te vra om sy verklaring wat aan artikel 34 voldoen te identifiseer en dan dié verklaring - sonder enige verdere ondervraging - in te handig.[139] Maar die praktyk leer anders. Regspraktisyns is ongeneë om sonder goeie redes hul hoofondervraging van 'n getuie te beperk tot die blote identifisering en inhandiging van 'n artikel 34-verklaring. Hierdie houding is verstaanbaar. Hoofondervraging vorm - net soos kruisondervraging - 'n belangrike komponent van die akkusatoriale (adversatiewe) prosesmodel:[140]

---

137 Sien JCS se bespreking van R v Britton [1987] Crim L Rev 490 in 1987 Crim L Rev 491.

138 Sien par 6 5 2 en 6 5 3 infra.

139 Sien oor die algemeen Hilton v Lancashire Dynamo Nevelin Ltd [1964] 1 WLR 952 waar die vroeëre verklaring in hoofondervraging ingehandig is.

140 Par 32 van die 13e verslag van die Engelse Law Reform Committee (cmnd 2964). Art 2(2) van die Engelse Civil Evidence Act 1968 bepaal tans, oa, dat 'n party nie - behalwe in drie uitsonderingsgevalle of andersins met verlof van die hof - 'n getuie se vroeëre verklaring mag inhandig nie "before the conclusion

"Examination-in-chief by question and answer without leading questions on matters in dispute plays an important part in our system of eliciting the truth under the adversary system." 'n Regspraktisyn ontneem homself nie sonder goeie redes van die geleentheid om by wyse van "mondelinge hoofgetuienis" sy getuies se weergawes aan te bied nie. Artikel 34 mag wel - in teenstelling met die gemenereg - die aanvoering van dokumentêre getuienis vergemaklik, maar doen nie afbreek aan die feit dat dit uit die oogpunt van die beoordeling van die gewig van getuienis vir 'n party belangrik is om die mondelinge karakter van die verhoor so ver doenlik te behou nie.[141] 'n Praktisyn wat sonder goeie redes mondelinge hoofondervraging van sy getuie omseil deur bloot van artikel 34 gebruik te maak en langs hierdie weg ondervraging van die getuie aan die kruisondervraer oorlaat, ontneem die hof 'n geleentheid om die gedrag, houding en spreekmanier[142] van die getuie in hoofondervraging waar te neem. Die feit dat vroeëre skriftelike verklarings van 'n getuie ingevolge wetgewing ingehandig kan word, moet

---

of the examination-in-chief of the person by whom it was made." Vlg Cross en Tapper 485 was hierdie bepaling nodig ter uitskakeling van die "lax practice" van sommige Engelse praktisyns om hoofondervraging te ondervang deur inhandiging van die getuie se verklaring ingevolge die Evidence Act 1938. In gesprekke met senior advokate in SA, blyk dit dat die voorgaande praktyk nie in SA aan die ontwikkel is nie.

141 Sien oor die algemeen par 2 2 infra.

142 Sien par 2 2 en 2 3 1 infra.

steeds gesien word teen die agtergrond van die[143] "primacy of oral evidence".

Die praktyk leer ook dat praktisyns nie op artikel 34 staat maak waar die getuie se mondelinge getuienis volledig is nie. In so 'n geval bring 'n beroep op artikel 34 blote nuttelose duplisering van getuienis mee aangesien die skriftelike stuk nie die getuie se mondelinge getuienis kan staaf nie.[144] Daar is geen voordeel in duplisering nie, maar wel enkele nadele: inhandiging van 'n aantekening bring uiteraard mee dat enige privilegie wat ten aansien van die aantekening mag bestaan, verlore gaan[145] en, voorts, dat die teenparty 'n onnodige geleentheid gegun word om in kruisondervraging teenstrydighede tussen die getuie se mondelinge getuienis en sy skriftelike verklaring te vind. Binne die konteks van bewysregtelike privilegies en die akkusatoriale prosesmodel, bestaan daar dus goeie redes waarom nuttelose duplisering vermy word en met die mondelinge getuienis van die getuie volstaan word. 'n Aantekening wat ter geheueverfrissing aangewend word, moet natuurlik ook - ongeag die vraag of dit geprivilegeerd is[146] of

---

143 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 7 in par 1 1 supra.

144 Sien vn 136 supra.

145 Sien oor die algemeen Rawoot v Marine and Trade Insurance Co Ltd 1980 1 SA 260 (K) 264A.

146 Sien oor die algemeen die bespreking in vn 17 in par 6 4 infra. Die hof moet egter tevrede wees dat die houer van die privilegie, daarvan afstand wil

nie - aan die teenparty beskikbaar gestel word sodat hy kan besluit of hy die getuie met verwysing na die aantekening wil kruisvra of nie.[147]

Wat betref die toepassingsgebied van artikel 34 en die bewyswaarde van 'n aantekening ingehandig ingevolge dié artikel, kan gesê word dat behoud van die mondelinge karakter van 'n verhoor steeds wenslik is omdat artikel 34-gevalle gesien moet word in die lig van die gemeenregtelike benadering dat[148] "greater weight is attached to answers given by witnesses in court on oath or affirmation then to written statements previously made by them." Waar 'n getuie se getuienis weens 'n gebrekkige geheue onvolledig is, staan dit 'n party vry om van die geheueverfrissingsprosedure gebruik te maak ongeag die feit dat die getuie se verklaring ook vir inhandiging ingevolge artikel 34 mag kwalifiseer. Die taktiese voordeel wat langs hierdie weg bekom kan word, is dat as die getuie herinneringsherlewing ervaar - dit wil sê, die aantekening dien bloot as stimulant en die getuie getuig weer vlot en onafhanklik van sy aantekening - dan word die mondelinge karakter van die verhoor in 'n groter mate behou as waar 'n party bloot sou volstaan met inhandiging van die relevante aantekening ingevolge artikel 34 ter aanvulling van die getuie se onvolledige

doen. Sien die gesag aangehaal in vn 20 in par 6 4 infra.

147 Beskikbaarstelling van die aantekening en die grondslag van die beskikbaarstellingsverpligting word in par 6 2 infra bespreek.

148 Cross en Tapper 248.

mondelinge getuienis. Daar sou gesê kan word dat die geheueverfrissingsprosedure nie slegs aanvullend tot artikel 34 geld nie, maar ook 'n alternatiewe prosedure bied ter bevordering van mondelinge getuienisvoering.[149] Getuienis wat die resultaat van geheueverfrissing is, kan nie uitgesluit word bloot omdat die betrokke aantekening in elk geval ingevolge artikel 34 as dokumentêre getuienis ontvang kan word nie.[150]

In die finale instansie kan gewys word op die rol van geheueverfrissing met betrekking tot die mondelinge toeligting van 'n "dokument" of "verklaring" wat ingevolge artikel 34 ingehandig kan word. Vir doeleindes van artikel 34 - asook ander artikels van Deel VI - beteken, tensy uit die samehang anders blyk, "dokument" ook enige "boek, kaart, plan, tekening of portret"; en "verklaring" beteken ook "enige feitevoorstelling, hetsy in woorde of andersins gedoen."[151] Mondelinge toeligting van 'n "dokument" of "verklaring" in hierdie wye konteks, mag soms noodsaaklik wees omdat dit sonder toeligting betekenisloos mag wees . In Johannes v Auto

---

149 In hierdie werk word standpunt ingeneem dat igv herinneringsherhaling - die getuie verlaat hom op die inhoud van die dokument - word dokumentêre getuienis ontvang: sien bv par 6 5 1 infra.

150 Art 38(a) van die WBSS bepaal uitdruklik dat geen bepaling van Deel VI inbreuk maak op die toelaatbaarheid van getuienis wat afgesien van die bepalings van Deel VI, toelaatbaar sou gewees het nie.

151 Art 33 van die WBSS.

Protection Insurance Co Ltd[152] het 'n party gepoog om 'n afskrif van 'n verklaring en 'n diagrammatiese skets gemaak deur 'n afwesige maar andersins beskikbare konstabel, in te handig met 'n beroep op die voorganger van artikel 34(2).[153] Regter-president Beyers bevind soos volg:[154] "To my mind a document such as is submitted here is completely worthless and can be used only by a witness to refresh his memory of what happened at the time if he can give viva voce evidence and look at this document; otherwise is proves nothing in a Court of law. I cannot conceive that it was the intention of Parliament that documents of this description should become evidence in a Court of law of the truth of what they contain. For these reasons I refuse to admit this evidence." Hierdie benadering van die regter-president bevestig die fundamentele rol wat mondelinge toeligting of verduideliking van 'n artikel 34-verklaring in die aanbieding van getuienis kan speel - ten spyte van die oënskynlike breë toepassingsgebied van artikel 34. Indien die konstabel in voormelde saak as getuie opgeroep is en hy nie daarin kon geslaag het om die betrokke geval in herinnering te kon roep nie en dus nie verdere toeligting sou kon verskaf het nie, sou die blote inhandiging ingevolge artikel 34(1) van sy oorspronklike verklaring en skets weinig tot die behoorlike beoordeling

152 1962 3 SA 253 (K).

153 Art 2(2) van die Wet op Bewyslewering 14 van 1962.

154 254D-E van die verslag. Die regter het hier 'n diskresie gehad. Vgl egter die posisie mbt art 34(1): sien vn 92 in par 1 9 supra.

van die geskilpunte by kon gedra het. Gesien in hierdie verband is die vraag of 'n getuie by raadpleging van sy aantekening herinneringsherlewing aanvaar, dus steeds besonder belangrik. Onthou hy die geval? Het hy 'n onafhanklike herinnering sodat hy die aantekening verder kan toelig? Of verlaat hy hom op die inhoud van die aantekening?

AFDELING B

TEORETIESE EN HISTORIESE AGTERGROND EN PSIGOLOGIESE PERSPEKTIEWE

Hoofstuk 2 Bladsy

MONDELINGE GETUIENISVOERING: TEORETIESE EN HISTORIESE AGTERGROND 60

Hoofstuk 3

DIE MENS SE GEHEUE : ENKELE PSIGOLOGIESE PERSPEKTIEWE 99

The fallibility of human memory poses a fundamental challenge to our system of justice ... Nevertheless, it is an inescapable fact that must be understood and accommodated. Rather then require historical accuracy ... we depend on the adversary system.

(Regter Pashman in State v Hurd 432 A 2d 86 95 (1981))

HOOFSTUK 2

MONDELINGE GETUIENISVOERING: TEORETIESE EN HISTORIESE AGTERGROND

2 1 Inleiding 62

2 2 Mondelinge teenoor skriftelike getuienisvoering: enkele beskouings 62

2 3 Die evolusie van die Engelse gemene bewysreg (met spesiale verwysing na die mondelinge karakter van die verhoor) 67

2 3 1 Godsoordele: observasie van die getuie se gedrag 70

2 3 2 Eedhelpers en die mondelinge karakter van eedaflegging 72

2 3 3 Die vroeë simboliek van konfrontasie 74

2 3 4 Feitebevinding: die vroeë Normandiese model ... 75

2 3 5 Die twaalfde eeu as keerpunt 76

2 3 6 Die vierde Lateraanse konsilie 78

2 3 7 Die evolusie van die jurie en die oproep van getuies 81

2 3 8 Die ontstaan van uitsluitingsreëls 81

2 4 Die uitsluitingsreël: vorige ooreenstemmende verklarings van 'n getuie is ontoelaatbaar..... 84

2 5 Die uitsluitingsreël: hoorsê (en die parallelle aanvaarding van die akkusatoriale prosesmodel).. 85

2 6 Geheueverfrissing: die teorie van mondelinge aanbieding 89

2 7 Die Kontinentale prosesreg en mondelinge getuienisvoering: die ontspanne bewysreg-stelsel 91

2 8 Die howe vir klein eise 97

HOOFSTUK 2

MONDELINGE GETUIENISVOERING: TEORETIESE EN HISTORIESE AGTERGROND

2 1 Inleiding

In die vorige hoofstuk is gewys op die Engelse gemene bewysreg se voorkeur vir mondelinge getuienisvoering wat die produk of resultaat is van 'n getuie se onafhanklike herinnering.[1] Hierdie voorkeur moet gesien word in die lig van die teorie en geskiedkundige ontwikkelingsverloop of evolusie van die Engelse gemene bewysreg. Hierdie agtergrond is belangrik omdat een van die eerste vrae met betrekking tot die geheueverfrissingsprosedure soos volg geformuleer kan word: hoekom kan 'n getuie nie sy aantekening maar in alle gevalle in die getuiebank uitlees, bevestig en inhandig as 'n akkurate samevatting van sy getuienis nie? 'n Prosedure van hierdie aard sal die meeste probleme rakende geheueverfrissing uit die weg ruim.

2 2 Mondelinge teenoor skriftelike getuienisvoering: enkele beskouings

Die voorkeur vir mondelinge in teenstelling met skriftelike getuienis, moet hoofsaaklik toegeskryf word aan die feit dat die verbale konfrontasie wat tussen getuie en kruisondervraer kan plaasvind, geag word die mees effektiewe manier te wees om die weergawe van die getuie te toets.[2]

---

1 Sien para 1 1 en 1 2 supra.

2 Best en Phipson Best on Evidence par 100: "But of all checks on the mendacity and misrepresentations of witnesses, the

Die akkusatoriale prosesmodel[3] - wat onder andere besondere klem op kruisondervraging plaas - lê die verhoorprosedure ten grondslag. Daar is al verklaar dat die "centrepiece of the adversary system is the oral trial ..."[4] en dat "the ordinary process of oral

---

most effective is the ... (one) ... requiring their evidence to be given viva voce, in the presence of the party against whom they are produced, who is allowed to 'cross-examine' them: i e, to ask them such questions as he thinks may serve his cause." Sien ook oor die algemeen Wigmore par 1367.

3 Aspekte van die akkusatoriale en inkwisitoriale prosesmodelle word bespreek of gekritiseer of met mekaar vergelyk deur Damaska 1972-1973 (121) U Pa L Rev 506; Kock 1960 (9) Am J Comp L 253; Snyman 1975 CILSA 100; Zeidler 1981 (55) Austl L J 390; Towe 1963-1964 (38) Tul L Rev 469; Den Hollander 1975 Ac Jur 337; Lind et al 1976 (62) Va L Rev 271; Thibaut et al 1972 (86) Harv L Rev 386; Brett 1973-1974 (45) U Colo L Rev 1; Eggleston 1975 (49) Austl L J 428; Certoma 1982 (56) Austl L J 288; Brouwer 1981 (55) Austl L J 207; Hermann 1978 SASK 3; Richings 1978 SASK 249; Van der Merwe 1985 DR 445 447-448; Ploscowe 1932 (23) JCLCPS 372; Sheehan Criminal Procedure in Scotland and France 24 117; Drenth Bijdrage tot de Kennis der Historische Ontwikkeling van het Accusatoire tot het Inquisitoire Strafproces 9-29; Devlin The Judge 54-64; Esmein (vert deur Simpson) A History of Continental Criminal Procedure 3-11; Frank Courts on Trail 80-85; Van der Merwe et al Plea Procedures in Summary Criminal Trials 10-13; Mueller en Le Poole-Griffiths Comparative Criminal Procedure 29-84; Delisle Evidence: Principles and Problems 1-4; Williams The Proof of Guilt 24-35; Brooks in Linden (red) The Canadian Judiciary 89-96; Wright 1926 (42) Law Q Rev 327; Connolly 1975 (49) Austl L J 439; Cappelletti en Perillo Civil Procedure in Italy 183; Herzog Civil Procedure in France 306; Conrad Modern Trial Evidence 333-334; Merryman Civil Law Tradition 120-139.

4 Devlin The Judge 54.

examination, cross-examination and re-examination ... is a basic principle of the adversary system."[5]

In navolging van die Engelse gemene bewysreg, word in die Anglo-Amerikaanse bewysreg aanvaar dat mondelinge getuienisaanvoering - afgesien van die geleentheid wat dit vir kruisondervraging bied - ook sekere "byvoordele" het. Eerstens, die feitebeoordelaar kry die geleentheid om die "demeanour" (gedrag, houding en spreekmanier)[6] van die getuie waar te neem en kan - binne perke - op hierdie waarnemings steun ten einde geloofwaardigheidsbevindings te maak.[7] Daar is egter al in sowel regspraak[8] as literatuur[9] twyfel oor die waarde van hierdie "voordeel" uitgespreek. Wetenskaplike navorsing bevestig hierdie twyfel.[10] Tweedens, die

---

5 Mildred The Expert Witness 122; McCormick on Evidence par 19.

6 Sien oor die algemeen Schmidt 105 vn 4 insake die Afrikaanse vertaling van "demeanour."

7 Sien oor die algemeen S v Kelly 1980 3 SA 301 (A) en besprekings van dié reël deur Nicholas 1985 SALJ 32 36-37, Sahm 1961 (47) ABAJ 580 en Binder en Bergman Fact Investigation: From Hypothesis to Proof 152-153. Daar bestaan selfs 'n beskouing dat die gedrag, houding en spreekmanier van 'n getuie eintlik reële getuienis verskaf: Nokes An Introduction to Evidence 449 en Nokes 1949 (65) Law Q Rev 57 62.

8 R v Masemang 1950 2 SA 488 (A) 495.

9 Devlin The Judge 63; Eggleston in Morris en Perlman (reds) Law and Crime: Essays in Honour of Sir John Barry 43.

10 Maier en Thurber 1968 (21) PP 23; Ekman en Fresein 1974 (29) JPSP 288; Landis 1924 (7) JEP 325; Thornton 1940 (28) JAP 203.

die getuie moet in die ope hof die eed neem of ń bevestiging doen. Daar word gereken dat hierdie formaliteit waarskynlik die getuie onder die erns van die aangeleentheid bring.[11] Sterk twyfel oor die voordele van eedaflegging, is egter ook al uitgespreek.[12] Derdens, irrelevanthede en ongeordende feite wat tot onduidelikheid aanleiding gee, kom dikwels voor in ń getuieverklaring wat buite die hof sonder die nodige regsadministratiewe kontrole bekom is.[13] Hierteenoor het ń mens die situasie - in die woorde van Bentham - dat[14] "in the case of viva

---

11 Best en Phipson Best on Evidence par 56.

12 Sien oor die algemeen Weinberg 1976 (3) Monash U L Rev 25; Fitzgerald Salmond on Jurisprudence 473.

13 Williams The Proof of Guilt 97 wys ook op die gevaar van beïnvloeding waar die skriftelike verklaring van ń getuie voor die verhoor geneem word deur "partydige" persone: "Since the witnesses for the prosecution are generally interviewed first by the police, there is an obvious risk that the manner in which the statement is taken will influence its content. The police are naturally on the look-out for all elements that may help them to fix responsibility. Hence there is a tendency for the statement as so taken to omit matters favourable to the defence. The matters so ommitted will quite possibly be forgotten. Leading questions may be asked, and suggestions made, so that by the time of the trial the damage may have been done - the false memory may already, perhaps in complete good faith, have been implanted in the witness's mind. What he said in the first interview tends to become his memory of the affair, to the exclusion of this original memory ..." Sien voorts par 2 7 infra tav regsadministratiewe kontrole oor die bekomming van verklarings in sommige gevalle in die Kontinentale prosesreg.

14 Bentham (Band I, Boek II) 441.

voce testimony ... no sooner does an irrelevant proposition make its appearance ... than the current of the testimony in that devious direction is stopped, and the stream forced back into its proper channel." Prinsipieël beskou, hou voorgaande opmerking verband met die relevantheidsgrondbeginsel van die bewysreg: die skriftelike stuk wat sonder die nodige regsadministratiewe kontrole tot stand kom, bied onnodige ruimte vir kollaterale aangeleenthede[15] terwyl mondelinge getuienis maklik tot die geskilpunt beperk kan word. Daar moet egter vermeld word dat Bentham geen wesenlike beswaar gehad het teen getuienislewering deur middel van skriftelike stukke wat onder regsadministratiewe of regterlike kontrole bekom is in omstandighede waar daar nie op mondelinge aanbieding aangedring kan word nie.[16]

Bentham het 'n verdere beswaar teen die liberale gebruik van skriftelike stukke soos volg geformuleer:[17] "When writing is employed in ... the delivery of testimony ... time applicable, and but too often applied, to the purpose of mendacious invention, is a natural, and practically ... inseparable ... result ..." Bentham sien dus in skriftelike getuienislewering die gevaar

15 Vgl egter Devlin The Judge 62.

16 Bentham (Band I, Boek II) 432 het bv beweer dat in gevalle van "physical" en "prudential impracticability" skriftelike getuienislewering wel 'n goeie doel dien. Sien ook bv arts 171 en 172 van die SPW, art 52 van die Wet op Landdroshowe 32 van 1944 en art 32 van die Wet op die Hooggeregshof 59 van 1959.

17 Bentham (Band I, Boek II) 441.

dat die regsproses 'n onnodige geleentheid vir die fabrikasie van getuienis skep. "Memory" sê Bentham "is prompter than invention."[18] En hy beweer dat die groot voordeel van mondelinge aanbieding geleë is in die "promptitude of the response."[19] Die mondelinge beantwoording in die ope hof van 'n vraag wat ook mondeling gestel word - en wat opgevolg word deur verdere vrae wat die getuie nie noodwendig verwag nie - word in die Anglo-Amerikaanse prosedure geag in 'n groot mate die vasstelling van die waarheid te bevorder.

2 3 Die evolusie van die Engelse gemene bewysreg (met spesiale verwysing na die mondelinge karakter van die verhoor)

Die voorkeur aan mondelinge getuienis is die resultaat van 'n evolusionêre proses. Daar is al beweer dat niemand presies kan aantoon wanneer mondelinge getuienisvoering en kruisondervraging aanvaar is as die belangrikste metodes om inligting voor te lê vir die doeleindes van die beregting van 'n feitlike dispuut nie.[20] 'n Oorsig van die ontwikkeling van die Engelse bewysreg verskaf wel enkele aanduidings.

Die bewysreg het - in teenstelling met die materiële reg - besonder stadig en moeisaam ontwikkel. Die meeste

18 Bentham (Band II, Boek III) 2.

19 Bentham (Band II, Boek III) 2.

20 Forkosch 1971 (59) Calif L Rev 1356 1369.

reëls van die Engelse gemenereg is byvoorbeeld ongeveer agt eeue oud, terwyl die meeste reëls van die moderne Engelse bewysreg nie ouer as drie eeue is nie.[21] Hierdie "vertraging" in die ontwikkeling van die bewysreg kan hoofsaaklik toegeskryf word aan die feit dat religieuse en formalistiese beskouings aanvanklik die terrein van bewyslewering oorheers het.[22] In die vroeë regspleging was daar geen rasionele beregtingsproses soos ons dit vandag ken nie. Wigmore verduidelik soos volg:[23]

> Up to the end of the 1200s, the history of the rules of Evidence, in the modern sense, is like the chapter upon ophidians in Iceland; for there were none. Under the primitive practices of trial by

---

21 Sien oor die algemeen Nokes An Introduction to Evidence 18; Heydon Evidence: Cases and Materials 3; Schmidt Die Bewys- en Weerleggingslas in die Suid-Afrikaanse Reg 11; Keeton en Schwarzenberger (reds) Jeremy Bentham and the Law: A Symposium 79. Vgl egter die opmerkings in R v Inhabitants of Eriswell 1790 3 TR 707 721 en Bauerman v Radenius 1798 7 TR 663 667. Cross en Tapper 1 verduidelik soos volg (my beklemtoning): "Although some of the modern rules of evidence can be traced to the middle ages, the story of their development really begins with the decisions of the common law judges in the seventeenth and eighteenth centuries".

22 Van Caenegem in Kuttner en Ryan (reds) Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law 297 306 verduidelik dat die geskiedenis van die bewysreg "is ... linked with the ways of thinking, the mentality of people." Sien ook Zahle 1979 (23) Scan S Law 259 260.

23 Wigmore par 8. Sien voorts Langbein Torture and the Law of Proof 5-6; Van Caenegem in Kuttner en Ryan (Reds) Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law 307; Esmein (vert deur Simpson) A History of Continental Criminal Procedure 618; White 1961-1962 (29) Tenn L Rev 8 9.

> ordeal, by battle, and by compurgation, the proof is accomplished by a "judicium Dei". There is no room for our modern notion of persuasion of the tribunal by the credibility of the witnesses; for the tribunal merely verified the observance of due formalities, and did not conceive of these as directly addressed to its own reasoning powers.

Godsoordele was in 'n groot mate 'n universele verskynsel[24] ten spyte van die irrasionele aard daarvan.[25] Gedurende die Anglo-Saksiese periode - dit wil sê, vanaf ongeveer die regering van Koning Aethelberht (568-616)[26] tot die Normandiese besetting deur Willem die Veroweraar in 1066 - was die gebruik van godsoordele en eedhelpers ("oath-helpers", "compurgators")[27] die vernaamste vorms van

---

24 Sien oor die algemeen Devlin Trial by Jury 6-7; Kempin Historical Introduction to Anglo-American Law 54-57; Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 24-34, 67, 81; Pollock and Maitland The History of English Law (Band I) 39-40; Holdsworth in Goodhart en Hanbury (reds) A History of English Law 299-219; Nokes An Introduction to Evidence 18; Langbein Torture and the Law of Proof 6; Wakeling Corroboration in Canadian Law 8-9; Forsyth (vert deur Morgan) History of Trial by Jury 67-68; Plucknett A Concise History of the Common Law 113-118; Diamond Primitive Law Past and Present 47, 297-312, 318, 386-387 en 390-391; Levy Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-incrimination 5-7; Harding in Elton (red) The Law Courts of Medieval England 25.

25 Damaska 1973 (121) U Pa L Rev 556 vn 110: "By irrational I mean procedural devices, such as trial by ordeal, which rest on religious imaginings, especially the belief that the deity can be summoned to intervene in the screening of the guilty from the innocent."

26 Darvil en Stirling Britain and the World: The Early Years 50.

27 Vlg Pollock en Maitland History of English Law (Band I) 39 vn 2 was

bewyslewering.

2 3 1 Godsoordele: observasie van die getuie se gedrag

Godsoordele het verskeie vorms aangeneem. Een godsoordeel wat relevant tot die huidige bespreking is, het bekend gestaan as die "corsnaed" of die sogenaamde "ordeal of the accursed morsel."[28] Hierdie godsoordeel het tot inhoud gehad dat die beskuldigde 'n stukkie droë brood moes sluk. Hy moes terselfdertyd bid en God versoek om hom te laat stik indien hy skuldig was. Volgens oorlewering het graaf Godwin van Kent in 1053 by die toepassing van voormelde godsoordeel aan sy stukkie brood gestik en gesterf.[29] Dit is moeilik om hierdie godsoordeel (en, trouens, alle ander godsoordele) op 'n rasionele grondslag te regverdig. Was die "corsnaed" moontlik die voorloper van die reël dat 'n hof kan let op 'n getuie se gedrag, houding en spreekmanier? Paton en Derham doen aan die hand dat die "corsnaed" gebaseer was op die fisiologiese verskynsel dat 'n skuldgevoel en

---

"oath-helpers" die oorspronklike omskrywing: "The usual modern term 'compurgator' was borrowed by legal antiquaries from ecclesiastical sources in much later times".

28 Sien oor die algemeen Forsyth (vert deur Morgan) History of Trial by Jury 68.

29 Vlg Green (red) Famous Last Words: The Ultimate Dictionary of Quotations 167 het graaf Godwin net voor sy dood soos volg verklaar: "So might I safely swallow this morsel of bread, as I am guiltless of the deed." Godwin was daarvan beskuldig dat hy die broer van Edward "The Confessor" vermoor het. Sien voorts Van der Merwe 1981 DR 576, Ingersoll Lectures and Essays (First Series) 135.

vrees die mond kan droog en dit dus moeilik kan maak om 'n stukkie droë brood te sluk.[30] Die hele aangeleentheid rakende godsoordele is vir die hedendaagse juris moeilik om te begryp omdat hy, soos Wigmore dit stel, homself moet plaas in die "primitive mental attitude" van die vroeëre volkere.[31]

---

30 Paton en Derham A Text-book of Jurisprudence 597. Skolnick 1961 (70) Yale L J 694 696 verwys na die volgende situasie: "There are reports of a deception test used by Indians based on the observation that fear may inhibit the secretion of saliva. To test credibility, an accused was given rice to chew. If he could spit it out, he was considered innocent, but if it stuck to his gums he was judged guilty." Daar kan stellig beweer word dat hierdie tipe godsoordeel die vroeë voorloper was van die reël dat 'n getuie se "demeanour" (gedrag, houding en spreekmanier) 'n faktor is wat by die beoordeling van bewysmateriaal 'n rol kan speel. Sien par 2 2 supra.

31 Wigmore par 8. 'n Mens kan egter aanvaar dat die godsoordele vir die primitiewe mens funksioneel-pragmaties was. Hartland Primitive Law 191 verskaf die volgende voorbeeld: "In Europe the ordeal was familiar until the end of the Middle Ages - and later in witchcraft cases. The person - most frequently a woman - accused of being a witch was tested by being thrown, bound hand and foot, into a pool of water. Witches were supposed to have renounced their baptism. In that case it was believed that the element of water would not receive them into its bosom. They floated, and were therefore condemned. If, however, they sank they were innocent, but were drowned. The ordeal of water was therefore a most ingeniously contrived and satisfactory means, if not of determining the question of guilt, at all events of getting rid of the accused." Sien voorts Paton en Derham A Text-book of Jurisprudence 597 en Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 35 vn 1 vir

2 3 2 Eedhelpers en die mondelinge karakter van eedaflegging

Soos byna alle ander primitiewe volkere, het die Anglo-Saksiese volk ook besondere en oordrewe klem op die betekenis en effek van 'n eed geplaas. Forsyth verduidelik:[32]

> In the times of our Anglo-Saxon ancestors, such regard was paid to the sanctity of an oath, and such repugnance was felt to the idea that a man of good repute amongst his neighbours could be wilfully forsworn, that if, when charged with a debt or crime, he denied it on oath in a court of justice, and could get a certain numbers of persons to swear that they believed him, he had judgment given in his favour, unless the opposite party could produce more compurgators on his side.

Hierdie eedhelpers was egter nie getuies in die ware betekenis van die woord nie.[33] Hulle was byvoorbeeld nie ooggetuies nie, maar bloot persone wat bereid was om onder eed te verklaar dat 'n betrokke gedingsparty se eed nie vals was nie. Indien A deur B aangespreek

> verdere variasies van die godsoordeel waarin water gebruik is. Die gemeenskap verwag dat die prosesreg funksioneel-pragmaties moet wees. Bepaalde oogmerke moet bereik kan word op 'n wyse wat aanvaarbaar vir die gemeenskap is. Sien voorts par 2 6 infra.

32 Forsyth (vert deur Morgan) History of Trial by Jury 62-63.

33 Sien oor die algemeen Van der Merwe (red) Evidence par 1 5. Holdsworth in Goodhart and Hanbury (reds) A History of English Law (Band I) 302 verduidelik dat die eedhelpers "were persons produced ... to swear in a belief ..." Sien voorts Weinberg 1976 (3) Monash U L Rev 25 28.

word, moes A verklaar: "By the Lord, I am guiltless both in deed and counsel of the charge of which B accuses me."[34] Die eedhelpers van A moes dan verklaar: "By the Lord, the oath is clear and unperjured which A has sworn." Die hedendaagse bewysregtelike reël dat 'n getuie in uitsonderlike omstandighede 'n opinie kan uitspreek oor die geloofwaardigheid van 'n ander getuie wat onder eed getuig het, herinner 'n mens aan die vroeë gebruik van eedhelpers.[35] Die hedendaagse reël het egter twyfelagtige bestaansreg.[36]

Geskilbeslegting met behulp van eedhelpers was egter nie in alle gevalle toegelaat nie. Daar was sekere uitsonderingsgevalle[37] waar godsoordele noodsaaklik was.

Soos hieronder sal blyk, het hierdie eedhelpers later tot lede van die jurie ontwikkel. Wat ook relevant is, is die feit dat hierdie vroeë eedhelpers 'n

34 Forsyth (vert deur Morgan) History of Trial by Jury 63. Crawley Oath, Curse Blessing 40 beweer dat dit wil blyk asof die eed oorspronklik gebaseer was op die "magical power of the spoken word, and later upon the appeal to a supernatural being." Die gebruik van eedhelpers is eers in 1833 in Engeland afgeskaf: McCart Trial by Jury 4 en Paton en Derham A Text-book of Jurisprudence 597.

35 Sien oor die algemeen Richardson and Longman 1968 2 All ER 761; Tooney v Metropolitan Police Commander 1965 1 All ER 506; Cross en Tapper 292-293.

36 Hoffmann and Zeffertt 364 vn 11 beskryf hierdie reël as "rare and archaic".

37 Forsyth (vert deur Morgan) History of Trial by Jury 67.

mondelinge verklaring onder eed moes aflê - al het hulle nie werklik die rol vervul wat ons vandag aan 'n getuie toeken nie.

2 3 3 Die vroeë simboliek van konfrontasie

Na die Normandiese besetting van Engeland deur Willem die Veroweraar in 1066, is die tweegeveg as verdere godsoordeel ingevoer.[38] Ingevolge hierdie godsoordeel kon partye hul regsgeskille by wyse van 'n tweegeveg besleg.[39] 'n Beroep is op die judicium Dei gedoen:[40] God of die gode sou in hul hoedanigheid as regverdige arbiters nie toelaat dat die onskuldige verloor nie. Die idee of simboliek van konfrontasie tussen twee

38 Holdsworth in Goodhart en Hanbury (reds) A History of English Law (Band I) 308 beweer dat die tweegeveg as geskil-beslegtingsmetode vir die Anglo-Saksers 'n "Norman novelty" was. Sien voorts Forsyth (vert deur Morgan) History of Trial by Jury 81 en McCart Trial by Jury 4.

39 Stephen A History of the Criminal Law of England (Band I) 61 beweer dat "trial by battle was only private war under regulations." Pollock en Maitland The History of English Law (Band I) 39-40 verwerp hierdie uitgangspunt: "Permitted or justified private war, of which we do find considerable traces in England, is quite a different matter. The Anglo-Norman judicial combat belongs to a perfectly regular and regulated course of proceeding, is as strictly controlled as any other part of it, and has no less strictly defined legal consequences". Sien voorts ook Fitzgerald Salmond on Jurisprudence 131.

40 Holdsworth in Goodhart en Hanbury (reds) A History of English Law (BandI) 308: "Trial by battle is almost universally found among the barbarian tribes from whom the nations of modern Europe trace

opponente voor 'n passiewe en onpartydige beoordelaar, word nou aangetref. Daar word soms beweer dat die akkusatoriale model se grondslag na die primitiewe godsoordeel van "trial by battle" teruggevoer kan word.[41] Fisiese konfrontasie sou later ontwikkel tot verbale konfrontasie.

2 3 4 Feitebevinding: die vroeë Normandiese model

Gedurende die regeringstydperk van Willem die Veroweraar (1066-1087)[42] is die Normandiese gebruik om 'n groep persone aan te stel om ten opsigte van 'n feitegeskil 'n bevinding te maak, in ten minste twee gevalle ingespan: die samestelling van die "Domes Day Book" en die oplossing van 'n geskil tussen die koning en 'n geestelike.[43] Die funksie van hierdie persone was om op die basis van hul eie kennis 'n feitebevinding te maak en nie om - soos die eedhelpers - bloot die "geloofwaardigheid" van 'n ander persoon se eed te bevestig nie.[44] Die noodsaaklikheid om getuies op te roep, was egter steeds

> their descent. It was not merely an appeal to physical force because it was accompanied by a belief that Providence will give victory to the right. Christianity merely transferred this appeal from the heathen deities to the God of Battles. The trial by battle is the judicium Dei par excellence."

41 Re 1983 (57) Austl L Rev 679; Delisle Evidence: Principles and Problems 3.

42 Lewis Kings and Queens of England 2.

43 Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 51-52.

44 Forkosch 1971 (59) Calif L Rev 1356 vn 35.

nie nodig nie. Onder Normandiese invloed het die eed-helpers geleidelik ontwikkel tot lede van 'n jurie.[45]

2 3 5 Die twaalfde eeu as keerpunt

In die loop van die twaalfde eeu het algemene skeptisisme ten aansien van die gebruik van godsoordele en eed-helpers as "feitebevindingsmetodes" ingetree.[46] Die godsoordele het heelwat effek verloor toe daar in 1166 deur die "Assize of Clarendon" bepaal is dat persone van slegte karakter, wat suksesvol die toets van 'n godsoordeel voltooi het, nogtans verban kon word.[47] Twyfel oor die effektiwiteit van godsoordele word nou bespeur. Skeptisisme het ook ingetree omdat partye deur middel van blatante meineed en omkopery hul vrysprake bewerkstellig het. Vir die doeleindes van die tweegeveg as godsoordeel, kon 'n party selfs iemand huur om namens hom die geveg waar te neem!

Die twaalfde eeu word gekenmerk deur 'n poging om die bewysreg op 'n rasionele grondslag te plaas. Teen die

---

45 Sien par 2 3 7 infra.

46 Vlg oorlewering het vyftig persone op een geleentheid tydens die regering van Koning William Rufus (1087-1100) 'n godsoordeel suksesvol voltooi. Die koning se reaksie was dat hy nie op die judicium Dei behoort te gesteun het nie, maar die geskil self moes beslis het. Sien Pollock and Maitland The History of English Law (Band II) 597 en Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 38.

47 Holdsworth in Goodhart en Hanbury (reds) A History of English Law (Band I) 881.

middel van hierdie eeu het geestelikes byvoorbeeld teen die gebruik van godsoordele beswaar gemaak.[48] Van Caenegam verduidelik ook dat die twaalfde eeu[49]

> .... witnessed a process of rationalization i e an increase in the use of human reason, based on observation and the application of the rules of logic. This is obvious in the philosophical and theological thinking of the age, which was influenced by Aristotelian concepts. It is also very obvious in the field of evidence, where people were turning their backs on age-old irrational methods.

Dit was ook in die loop van die twaalfde eeu dat Pous Innocentius III by wyse van dekreet verklaar het dat wat 'n lewende persoon sê, meer werd is as die inligting vervat in 'n stuk perkament, die huid van 'n dooie dier.[50] Hierdie dekreet was 'n reaksie op die destydse Kontinentale prosesreg wat in kerklike sake oordrewe klem op die bewyswaarde van skriftelike stukke geplaas het.[51]

48 Pollock and Maitland The History of English Law (Band II) 599; Van Caenegem in Kuttner en Ryan (reds) Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law 307. Vlg Hahlo en Kahn The South African Legal System and its Background 477 vn 96 het Pous Stephanus (885-889) reeds voor die einde van die negende eeu teen godsoordele beswaar gemaak.

49 Van Caenegem in Kuttner en Ryan (reds) Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law 304.

50 Veegens Het Nieuwe Bewijsrecht in Burgerlijke Zaken: Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast 15.

51 Sien oor die algemeen Capelletti 1971 (59) Mich L Rev 847 848.

2 3 6 Die vierde Lateraanse konsilie

In 1215 is alle geestelikes deur die vierde Lateraanse konsilie verbied om aan die administrasie van godsoordele deel te neem.[52] Vir alle praktiese doeleindes, is godsoordele deur hierdie konsilie afgeskaf.[53] Langbein voer aan dat hierdie konsilie[54] "destroyed an entire system of proof... The attempt to make God the fact finder for human disputes was being abandoned. Henceforth, humans were going to replace God in deciding guilt or innocence..." In die Engelse regspleging[55] was die weg nou gebaan vir die ontwikkeling van die jurie - vry van irrasionele en eng religieuse uitgangspunte.

2 3 7 Die evolusie van die jurie en die oproep van getuies

Onder die invloed van die Normandiese model,[56] is jurielede

---

52 Kempin Historical Introduction to Anglo American Law 55; Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 37; Pollock en Maitland The History of English Law (Band II) 599; Levy Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-incrimination 14; Ratushny Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process 161; Holdsworth in Goodhart en Hanbury (reds) A History of English Law (Band I) 811; par 8 5 van die Report of the Roskill Committee.

53 Devlin Trial by Jury 9. Ou gebruike sterf egter stadig en dit was eers in 1819 dat die tweegeveg as godsoordeel in Engeland by wyse van statuut afgeskaf is: McCart Trial by Jury 4.

54 Langbein Torture and the Law of Proof 6.

55 Sien par 2 7 infra tav die ontwikkeling in die Kontinentale lande.

56 Sien par 2 3 4 supra. Daar word soms

aanvanklik aangestel op die basis van hul persoonlike kennis van die dispuut.[57] Daar is van hul verwag om 'n feitebevinding te maak op grond van hulle gesamentlike persoonlike kennis. In 1371 het daar egter 'n geval plaasgevind waar van sekere gewraakte jurielede verwag is om die eed te neem en voor die ander jurielede te getuig dat hulle nie in diens van een van die gedingspartye was nie.[58] Hier vind ons een van die vroegste gevalle waar mondelinge getuienis deur die jurie ontvang is. Die praktiese realiteit dat jurielede nie altyd persoonlike kennis van die dispuut kon dra nie, het die volgende logiese ontwikkeling teweeggebring. White verduidelik:[59]

> As population increased and everyday activities grew more complex, it developed that neighbours knew little or nothing of the facts in dispute. It was then that witnesses who did know some facts were called in to supply the requisite information. Thus it was that the jury laid aside its old character and acquired one entirely new. The very thing that

beweer dat vroeë spore van die gebruik van 'n jurie selfs voor die Normandiese besetting bespeur kan word.

57 Kempin Historical Introduction to Anglo-American Law 53; Devlin Trial by Jury 8; Wigmore par 1364; Morgan Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation 107; McCart Trial by Jury 6; Nokes An Introduction to Evidence 19; par 8 5 van die Report of the Roskill Committee.

58 Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 123-124.

59 White 1961-1962 (29) Tenn L Rev 8 15. Sien ook par 8 6 van die Report of the Roskill Committee.

> qualified a man for jury service in the olden times, at a much later date disqualified him.

'n Petisie wat in 1354 aan Koning Eduard III (1327-1377) gerig is en deur hom toegestaan is, het ook die oproep van getuies bevorder. In hierdie petisie is versoek dat "all evidence which is to be said ... be openly said ... upon peril and oath."[60] In die loop van die vyftiende eeu was die onderskeid tussen jurielid en getuie nog nie volkome voltooi nie omdat 'n jurielid se persoonlike kennis nog steeds nie 'n diskwalifikasie vir juriediens was nie.[61] Die sestiende eeu was 'n oorgangsperiode.[62] In die hieropvolgende eeu verklaar hoofregter Vaughan egter dat 'n getuie[63] "swears but to what he hath heard or seen ... to what hath fallen under his senses. But a jury-man swears to what he can infer and conclude from the testimony of such witnesses..." Die funksie van die jurie as feitebeoordelaars het nou uitgekristalliseer,[64] maar terselfdertyd is die noodsaaklikheid van die oproep van getuies ook bevestig. Die jurielede self kon nie meer op indirekte wyse as getuies

---

60 Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 125.

61 Wigmore par 1364.

62 Forkosch 1971 (59) Calif L Rev 1356 1370-1372.

63 Bushell's Case 124 ER 1006 1009.

64 Dit was egter eers in R v Sutton (1816) 4 M en S 532 dat die onderskeid tussen 'n jurielid se persoonlike kennis en die ontvangs van feite uit 'n eksterne bron, finaal erken is.

optree nie. Forkosch sê dat[65] "jurors now were assumed to enter the box with a cognitive tabula rasa so that facts could be writ upon their minds through, for example, the medium of witnesses giving oral testimony..."

2 3 8 Die ontstaan van uitsluitingsreëls

Die volgende belangrike stadium in die evolusie van die Engelse gemene bewysreg, was die totstandkoming van die sogenaamde uitsluitingsreëls. Soos hieronder blyk, het hierdie reëls ook in ħ groot mate tot die oproep van getuies - en gevolglike mondelinge aanbieding van getuienis - bygedra. Baie van hierdie reëls het die weg van skriftelike getuienisvoering versper.

Die Engelse gemene bewysreg kan as ħ strenge bewysreg-stelsel omskryf word. ħ Kenmerk van hierdie stelsel is die groot aantal reëls wat getuienis uitsluit, dit wil sê, reëls wat bepaal dat sekere getuienis regtens nie ontvang kan word nie en dus van die feitebeoordelaar weerhou moet word. Hierdie reëls vind in ħ groot mate hul oorsprong in die jurieverhoor[66] waar die regter as

---

65 Forkosch 1971 (59) Calif L Rev 1356 1373.

66 Love 1951-1952 (24) Rocky M L Rev 480: "It is no secret that the Anglo-American system of evidence is a product of the jury system. The theory of the rules is bottomed on a deep-rooted distrust of the lay mind, based in turn on the supposition that a jury is unable to hear doubtful evidence without giving to it the same weight as the direct evidence of a truthful witness. Even today the jurymen are considered

regspreker en leke (die jurie) as feitebeoordelaars optree.[67] Regsvrae word deur die regspreker beslis en feitevrae deur die jurie. Die stelreël het gelui: ad quaestionem facti non respondent judices ad quaestionem facti non respondent juratores.[68] Die vroeë Engelse verhoorregters het dit egter nodig geag om in 'n mate beheer oor die jurie se feitebevinding uit te oefen. Een metode waarvolgens Engelse verhoorregters reeds so vroeg as die sewentiende eeu beheer oor die jurie uitgeoefen het, was om doodeenvoudig sekere geskilpunte as regsvrae te identifiseer alhoewel hierdie geskilpunte op die keper beskou inderdaad feitevrae was.[69] Die onduidelikheid en dun skeidslyn wat daar kan bestaan tussen 'n regs- en feitevraag,[70] het stellig aan die

> children who cannot be trusted ... The system has been likened to a sieve and is premised on the principle of exclusion, consisting as it does of a body of rules for admissibility. As such, the system is distinctly a thing apart from an approach to the problem of discovering truth by reference to a pure science of logical proof." Sien ook Knittel en Seiler 1972 30(2) Cambridge L J 316 318; Broeder 1954 (2I) U Chi L Rev 386 397; McCormick 1938 (26) ABAJ 207 208.

67 Sien oor die algemeen Law Reform Commission of Canada: Criminal Law: The Jury in Criminal Trial: Working Paper 27 5-8 vir 'n bespreking van die jurie se feitebeoordelingsfunksie.

68 Nokes An Introduction to Evidence 35. Sien ook Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 185-186 se bespreking van hierdie stelreël.

69 Devlin Trial by Jury 61.

70 Sien oor die algemeen Isaacs 1922 (22) Colum L Rev 1, Williams 1976

regters 'n geleentheid gebied om hul invloedsfeer tot die uitsluiting van getuienis uit te brei. Die toelaatbaarheid van getuienis is as regsvraag identifiseer. Die Engelse verhoorregters het die jurie se vermoë om in die uitoefening van hul feitebeoordelingstaak op die inherente onbetroubaarheid of algemene geringe bewyswaarde van sekere getuienis te let, met suspisie bejeën.[71] Die jurie as feitebeoordelaars is nie vokome vertrou nie. Bygevolg is beslis dat sekere tipe getuienis van die jurie weerhou moes word - byvoorbeeld karaktergetuienis,[72] hoorsêgetuienis[73] en die vorige ooreenstemmende verklarings van getuies.[74] Daar kan dus gesê word dat faktore wat eintlik op die gewig van getuienis betrekking behoort te hê, as uitsluitingsgronde hanteer is en tot ontoelaatbaarheidsbevindings aanleiding

---

Crim L Rev 472; Elliott 1976 Crim L Rev 707; Tunstall 1952 (38) ABAJ 293; Brown 1942-1943 (56) Harv L Rev 899; Fitzgerald Salmond on Jurisprudence 9-11.

71 Sien oor die algemeen Love 1951-1952 (24) Rocky M L Rev 480; Bearmans Ltd v Metropolitan Police District Receiver 1961 1 All ER 384 392; S v Mbatha 1985 2 SA 26 (D) 30I-J; Nokes An Introduction to Evidence 7; Nicholas The Abolition of the Hearsay Rule (bylae tot die Verslag van die Botha-kommissie) 66.

72 Paton en Derham A Text-book of Jurisprudence 599: "... English rules exclude, in general, proof that the prisoner had previously been convicted of crime in order that the jury may not 'give a dog a bad name and hang him'."

73 Sien par 2 5 infra.

74 Sien par 2 4 infra.

gegee het.[75] Hierdie ontoelaatbaarheidsbevindings het weens die dwingende aard van die presedenteleer[76] die bindende krag van regsreëls verkry en aan die Engelse gemene bewysreg sy besondere kenmerke van strenge uitsluitingsreëls verleen.[77]

Sommige van die uitsluitingsreëls wat op bovermelde wyse tot stand gekom het, het 'n direkte invloed op die geheueverfrissingsprosedure en die mondelinge aanbieding van getuienis.

2 4 Die uitsluitingsreël: vorige ooreenstemmende verklarings van 'n getuie is ontoelaatbaar[78]

Een gevolg van bovermelde uitsluitingsreël is dat 'n getuie nie sy mondelinge getuienis in die hof kan probeer "bevestig" deur die inhandiging van sy vroeëre skriftelike verklaring wat gelykluidend of ooreenstemmend met sy getuienis in die hof is nie.[79] Daar word in hierdie verband dikwels gepraat van 'n reël teen selfstawing.[80] Een oogmerk van hierdie sogenaamde reël teen selfstawing

---

75 Schmidt 345.

76 Sien oor die algemeen Cross Precedent in English Law 1-11.

77 Schmidt 345.

78 Sien oor die algemeen R v Roberts 1942 1 All ER 187 191; Corke v Corke 1958 1 All ER 224.

79 Die reël het natuurlik ook betrekking op die vroeëre mondelinge ooreenstemmende verklaring van die getuie. Sien die gesag aangehaal in vn 78 supra.

80 Cross en Tapper 256.

"is to ensure that juries are not led to confuse the repetition of the evidence with the addition of further evidence."[81] Ek doen aan die hand dat hierdie benadering bygedra het tot die vestiging van die algemene beginsel dat 'n getuie onafhanklik[82] van sy skriftelike verklaring moet getuig. Die vroeë Engelse verhoorregters het gevrees dat die jurie as't ware "dubbele gewig" sou heg aan die getuienis van 'n getuie wat mondeling getuig maar terselfdertyd sy vroeëre gelykluidende verklaring raadpleeg en inhandig. Die sogenaamde reël teen selfstawing word in 'n latere hoofstuk[83] volledig behandel met betrekking tot die vraag of 'n aantekening wat 'n getuie ter verfrissing van sy geheue aanwend, enige selfstandige bewyswaarde het of behoort te hê.

2 5 Die uitsluitingsreël: hoorsê[84] (en die parallelle aanvaarding van die akkusatoriale[85] prosesmodel)

Dit spreek vanself dat die hoorsêreël ook die mondelinge aanbieding van getuienis bevorder het. 'n Party kan byvoorbeeld in die reël nie bloot skriftelike weergawes van sy getuies se bewerings aanbied nie. Getuienis

---

81 Howard 1972 Crim L Rev 351 355 (my beklemtoning)

82 Sien par 1 2 supra.

83 Sien par 6 5 3 infra.

84 Sien oor die algemeen Estate de Wet v De Wet 1924 CPD 341 waar hoorsê omskryf is as getuienis van mededelings gedoen deur die nie-getuies en wat aangebied word om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys.

85 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 3 in par 2 2 supra.

van hierdie aard is hoorsê en inderdaad in stryd met die akkusatoriale prosesmodel waarin die geleentheid om te kruisvra, beklemtoon word. Trouens, Morgan skryf die ontstaan van die hoorsêreël hoofsaaklik toe aan die feit dat die toelating van hoorsê 'n teenparty die geleentheid om te kruisvra, ontneem.[86] Hy sien die hoorsêreël in die konteks van die evolusie van die akkusatoriale prosesmodel. Ander juriste sien egter die hoorsêreël hoofsaaklik in die lig van die juriestelsel.[87] Beide standpunte kan aanvaar word.[88] Hulle is inderdaad in 'n groot mate versoenbaar.[89] Vir doeleindes

---

86 Morgan Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation 106-114.

87 Sien bv lord Devlin se opmerkings in Bearmans Ltd v Metropolitan Police District Receiver 1961 1 All ER 384 392. Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law 47 verwys na die Engelse gemene bewysreg as "the child of the jury system." Hierop het Morgan soos volg reageer in 1936 (4) U Chi L Rev 247 258: "Our exclusionary rules of evidence are the resultant of several factors... The adversary theory of litigation is directly responsible for many of them; and judicial distrust of the jury for not a few; but the dictum... that the English law of evidence is 'the child of the jury' is ... not more than a half-truth." Sien ook Morgan Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation 106.

88 Cross and Tapper 456.

89 Paizes The Concept of Hearsay with Particular Emphasis on Implied Hearsay Assertions 12 beweer dat die ontstaan van die hoorsêreël gesien moet word "as a product of two interdependent factors: first the flowering of the adversary system of trial procedure, which may be considered the spark, or direct cause of its

van hierdie werk, is dit genoegsaam om te aanvaar dat die reël teen hoorsê nie slegs die mondelinge aanbieding van getuienis bevorder nie, maar in werklikheid ook geskoei is op die beginsel dat mondelinge aanbieding van getuienis voorkeur geniet. Daar is al gesê dat die hoorsêreël "has its basis in the principle of orality according to which truth is best ascertained by the unrehearsed answers on oath or affirmation of witnesses who have actually perceived the relevant events and who are then subjected to cross-examination in the presence of the courts."[90] Sonder om afbreek te doen aan die rol van die jurie[91] en die uitsluitingsreëls in die ontwikkeling van die mondelinge karakter van die verhoor, moet ook gewys word op die geleidelike vestiging van die akkusatoriale model in die tweede helfte van die agtiende eeu.[92] In hierdie model het die partye grotendeels die beheer oor die aanbieding van getuienis.[93] Morgan

---

development, and secondly the jury system, which may be seen as the catalyst in this historical melting-pot."

90 Australian Law Reform Commission: Working Paper (no 9) 3. Sien ook McCormick on Evidence par 19.

91 Zanders Cases and Materials on the English Legal System 315 : "The principle of orality has always been at the heart of the trial, partly because of the dominant role played for centuries by the jury."

92 Sien oor die algemeen Langbein 1978 (45) U Chi L Rev 263.

93 Certoma 1982 (56) Austl L J 288 289; Eggleston 1975 (49) Austl L J 428 429; Zeidler 1981 (55) Austl L J 390 391-392.

verduidelik die ontwikkelingsverloop soos volg:[94]

> In fact it was not until near the middle of the eighteenth century that the present restrictions upon the sources of information usable by the jury were firmly established ... Thus by that time the jury had been transformed from a body chosen by the court to determine what the facts were from their own knowledge and from such sources as they deemed reliable without any control by the parties to a body which must depend solely on materials presented in court - most if not all of them by the parties. In other words, the sources of usable information were transferred from the control of the jury to the control of the parties.

Die gedagte het ook ontwikkel dat 'n party daarop aanspraak kon maak dat sy teenparty nie getuienis moet aanbied op so 'n wyse dat die geleentheid om te kruisvra effektiewelik ontneem sou word nie. Die idee was dat die verbale konfrontasie tussen twee strydende partye en hul getuies bevorder moes word. Die reg om regsverteenwoordiging - en die broksgewyse uitbreiding daarvan[95] - het ook die vestiging van die akkusatoriale model bevorder deurdat regsverteenwoordigers namens hul kliënte die ondervraging en kruisondervraging van getuies waargeneem het en beheer wou uitoefen oor getuienis aangebied deur 'n teenparty. Reeds so vroeg as 1734 is gevalle aangeteken waar regsverteenwoordigers kruisonder-

94 Morgan Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation 109 (my beklemtoning).

95 Dit was eers in 1836 dat 'n beskuldigde in alle sake van 'n regsverteenwoordiger gebruik kon maak: Beaney The Right to Counsel in American Courts 11.

vraging namens hulle kliënte in Old Bailey-verhore waargeneem het.[96] Morgan sê dat[97] "the adversary ... gained a large measure of control over the sources of available evidence and the right to cross-examine, a right unknown to systems of trial other than the common-law system." In die res van hierdie werk kom die teenparty se kruisondervragingsreg met betrekking tot die geheueverfrissingsprosedure, gereeld ter sprake - asook sy reg tot insae in die aantekening wat vir geheueverfrissingsdoeleindes aangewend word. Die reg tot insae in die aantekening is natuurlik 'n reg wat saamhang met die teenparty se reg om te kruisvra of sy reg om te besluit om nie te kruisvra nie.

2 6 Geheueverfrissing: die teorie van mondelinge aanbieding

Daar kan in die finale instansie gesê word dat die prosesreg - wat die bewysreg insluit - in 'n groot mate 'n kultuur-historiese produk[98] is en dat dit "berus op

96 Langbein 1978 (45) U Chi L Rev 263 312.

97 Morgan Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation 113.

98 Sien oor die algemeen Williams The Proof of Guilt 37; Esmein (vert deur Simpson) A History of Continental Criminal Procedure XXV. Daar is ook al gesê dat "the main principles of procedure and evidence are not the products of scientific observation, but rather embody and represent a system of values shaped by the sometimes curious course of the political, sociological and cultural history of a people, country

'n teoretiese (ideologiese) onderbou wat die aard en karakter van die stelsel bepaal."[99] Die Engelsregtelike algemene vereiste van onafhanklike mondelinge getuienis verteenwoordig 'n waarde-sisteem wat histories gewortel is in die aanvaarding van die kerngedagte dat mondelinge getuienis wat ingevolge streng reëls aangebied word en wat deur kruisondervraging getoets kan word, die beste metode is om 'n feitebeoordelaar in staat te stel om 'n feitlike geskilpunt tussen twee strydende partye te bereg. Die akkusatoriale stelsel en uitsluitingsreëls word - ongeag gebreke wat dit mag hê[100] - as funksioneel-pragmaties[101] aanvaar. Bygevolg vind die geheuever-frissingsprosedure - en die spesifieke reëls wat daarop betrekking het - aanwending in 'n stelsel waar getuienis ingevolge bepaalde reëls aangebied moet word. Die vertrek-punt is ook steeds die aanbieding van mondelinge getuienis. Cross en Tapper wys byvoorbeeld daarop dat

---

or sub-continent" (Van der Merwe in Sanders (red) Southern Africa in Need of Law Reform 141).

99 Erasmus 1982 THRHR 1 4.

100 Brett 1973 (45) U Colo L Rev 1 23 verklaar bv soos volg: "I venture to predict that a lengthy search will fail to reveal one competent practi-tioner who will willingly and in advance confine himself, in deciding any question involving factual data, to a choice between two sets of existing data proffered to him by rival claimants. In short, the inquisitorial method is the one used by every genuine seeker of the truth in every walk of human life (not merely scientific and historical investigations) with only one exception that I know of-the trial system used in the common-law world."

101 Sien die opmerkings in vn 31 in par 2 3 1 supra.

in alle gevalle van geheueverfrissing[102] "English legal theory maintains that the matters mentioned in the document are not proved by the statements contained in it under an exception to the hearsay rule but by the witness's oral testimony." Die geldigheid en wenslikheid van hierdie beskouing word elders behandel.

2 7 Die Kontinentale prosesreg en mondelinge getuienisvoering: die ontspanne bewysregstelsel

In teenstelling met die Engelse gemene bewysreg, plaas die Kontinentale stelsels oor die algemeen heelwat minder klem op mondelinge getuienis.[103] Natuurlik is die redes hiervoor ook histories van aard. Die hoofmomente in die evolusie van die Kontinentale prosesreg kan bondig soos volg uiteengesit word:

(a) Na die kerklike verbod op godsoordele,[104] het die Kontinentale prosesreg - onder invloed van die Romeins-Kanonieke reg[105] - die standpunt gehuldig dat die mens as feitebeoordelaar kan funksioneer indien hy aan streng regsvoorskrifte gebonde gehou word.[106] Die

102 Cross en Tapper 252.

103 Bodington An Outline of the French Law of Evidence 1-6.

104 Sien par 2 3 6 supra.

105 Langbein Torture and the Law of Proof 7.

106 Esmein (vert Simpson) History of Continental Criminal Procedure 619; Millar Civil Procedure of the Trial

uitgangspunt was dat die reg - en nie die mens nie - feite vir beregtingsdoeleindes kon vasstel.

(b) In navolging van die uitgangspunt in (a) hierbo, is 'n uitgebreide stelsel van vermoedens (praesumptiones) ontwerp.[107] Op die basis van sekere omstandigheidsgetuienis (indiciae) is die regspreker byvoorbeeld gedwing om sekere feite as bewese te aanvaar, omdat die reg bepaal het wat volle bewys (plena probatio) verskaf. Dit spreek vanself dat 'n rigiede en voorskriftelike stelsel van hierdie aard nie die toets van die tyd sou weerstaan nie. 'n Ommeswaai het plaasgevind. Vandag word die Kontinentale prosesreg in beginsel gekenmerk deur 'n vrye bewysregstelsel - wat ook die vrye beoordeling van getuienis behels[108] ("freie Beweiswürdigung"[109],

---

Court in Historical Perspective 22-23; Kunert 1966-1967 (16) Buffalo L Rev 122 123.

107 Best en Phipson Best on Evidence par 69.

108 Sien oor die algemeen Ekelöf 1964 (8) Scan S Law 47 48; Damaska 1972-1973 (121) U Pa L Rev 506 vn 66; Fokkens Bewijzen in het Strafprocesrecht 9; Veegens Het Nieuwe Bewijsrecht in Burgerlijke Zaken: Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast 4; Nijboer Algemene Grondslagen van de Bewijsbeslissing in het Nederlandse Strafprocesrecht 54; Langbein Torture and the Law of Proof 48; Bodington An Outline of the French Law of Evidence 5; Ginsburg and Bruzelius Civil Procedure in Sweden 295; Capelletti and Perillo Civil Procedure in Italy 189.

109 Sien bv par 286 van die Duitse Zivilprozessordnung en par 261 van die Duitse Strafprozessordnung.

"intime conviction"[110]). Kralik verduidelik soos volg:[111]

> The principle of free appreciation or evaluation of evidence greatly restricts the scope of continental law of evidence. Instead of being dealt with in compendious volumes, as in English or American Law, the law of evidence on the Continent is treated in a few pages of the textbooks on procedure. The principle of free appreciation or evaluation of evidence means that the court is not fettered by any formal rules of evidence, but can evaluate the evidence produced by the parties or taken sua sponte, in its own free and reasonable evidence, including happenings in the courtroom, which are not evidence in the strict sense, as it deserves in reason. Behind this principle is a familiar history of dissatisfaction with a system of weighing evidence by artificial scales and tables, against which draftsmen of codes of procedure were in full reaction. So the principle of free appreciation of the evidence is now of the most characteristic aspects of modern continental procedure. As compared with English and American law, continental law is less strict in regard to the admissibiliy of evidence and the procedure of prooftaking, any evidence - even hearsay - is admissible. It is left to the court to decide how much value is to be attached to the evidence.

(c) Omdat leke-deelname aan feitebeoordeling vir doeleindes van 'n regsgeskil op die Kontinent geskied het op 'n basis wat verskil van die Engelse konsep of model van 'n jurie,[112] het geen uitgebreide stelsel van uitsluitingsreëls ontwikkel nie.[113]

---

110 Sien bv Sheehan Criminal Procedure in Scotland and France 28.

111 Kralik Introduction to the Continental Judicial Organization and Civil Procedure 6-7.

112 Mannheim 1937 (53) Law Q Rev 388.

113 Bodington An Outline of the French

(d) Die Kontinentale voorkeur vir notariële praktyke het die idee van skriftelike getuienisvoering bevorder.[114]

(e) Die oorwegend inkwisitoriale karakter van die verhoorprosedure het ook in 'n mate skriftelike getuienisvoering bevorder. Die partye het geen reg[115] (of behoefte) om te kruisvra nie en mondelinge getuienis hoef dus nie so 'n dominante rol te speel soos in die Anglo-Amerikaanse reg waar kruisondervraging as fundamenteel beskou word nie.

Uit voorgaande moet nie afgelei word dat mondelinge getuienisvoering nie 'n rol vervul in die Kontinentale prosesreg nie.[116] Al wat bedoel word, is dat die aard en karakter van die Kontinentale stelsel sodanig is dat mondelinge getuienis wat deur kruisondervraging getoets word, nie as fundamentele kenmerk uitgelig kan word nie en, voorts, dat die grondliggende beginsel van vrye toelating en beoordeling van getuienis noodwendig meebring dat daar nie 'n skerp onderskeid tussen 'n getuie se skriftelike en mondelinge getuienis gehandhaaf word

---

Law of Evidence 118-123.

114 Sien oor die algemeen Veegens Het Nieuwe Bewijsrecht in Burgerlijke Zaken: Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast 15; Brissaud (vert deur Garner) A History of the French Public Law 470; Lenhoff 1954-1955 (3) Am J Comp L 313 336-337.

115 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 3 in par 2 2 supra.

116 Williams 1973 Crim L Rev 76 77 sê bv dat die "French experience shows it is not necessary to have a hearsay rule to secure the orality of the trial..."

nie. Die klem word op die beoordeling van die gewig van getuienis geplaas - en nie op die toelaatbaarheid daarvan nie.[117]

Voorts moet begryp word dat die kwessie rakende mondelinge getuienisvoering, ook saam hang met die regsadministratiewe reëls en beginsels wat in 'n bepaalde land mag geld. Die Evershed-komitee het byvoorbeeld soos volg verklaar:[118]

> In both France and Germany, oral testimony is regarded as of far less significance than in England ... The main emphasis is on written evidence including notarially attested records of every sort of transaction ... This point is of the greatest significance ... We considered carefully whether it would be right to recommend the adoption in England wholly or in part of the continental practise in regard to evidence, but we have come to a conclusion against so doing ... [T]o do so would obviously strike at the root of the English ideas of the administration of justice. There are no doubt two views on the question which system is better adapted to elicit the truth. We are not prepared to say that in this

---

117 Mannheim 1937 (53) Law Q Rev 388 388-389 (beklemtoning in die oorspronklike): "English law of evidence is mainly concerned with the question of admissibility, Continental law more with the question of value. English law eliminates a great deal of evidence from the very beginning, because it may mislead the jury. Continental law comparatively seldom prohibits the admission of evidence. That was originally a consequence of trial without jury."

118 Para 250(d) en 251 van die Report of the Evershed Committee.

> respect the French or German systems are superior; and there is no demand ... for such a sweeping change ... It is of the essence of the English system (enshrined in such phrases as "an Englishman's word is his bond") that generally speaking (i e save where expressly provided to the contrary by some statute) no writing or other formality is required to prove a right. Under the system, therefore, the greatest weight and importance is attached to the oral testimony of the parties and their respective witnesses. A change to the continental system would logically involve shifting of this very characteristic emphasis. We do not think such a change would effectively be made unless the continental system of the administration of justice were adapted in its entirety. The law and rules of evidence in England are adopted to the English system of justice. Those in France and Germany are adapted to the French and German systems. They are not interchangeable. The adoption here of continental rules and practice in regard to evidence would mean a new kind of judiciary with many hundreds of local examining magistrates. It would mean also (at any rate if the French model were followed) the creation of a system of notaries all over the country before whom every transaction of any significance would have to be recorded if it were to be legally enforceable in practice.

Bovermelde bevindings van die Evershed-komitee dui op die diepliggende verskille tussen regstelsels en illustreer ook duidelik dat 'n spesifieke stelsel of reël van proses- en bewysreg nie goedskiks op 'n ander land oorgeplant kan word nie. Wat vir 'n bepaalde stelsel funksioneel en dienstig is, kan vir die volgende een totaal onvanpas wees.

In die Kontinentale stelsel het die verhoorregter in die meeste gevalle toegang tot die getuies se verklarings

soos vervat in die legger of dossier wat met die oog op die verhoor onder regsadministratiewe kontrole saamgestel is.[119] Hy kan vrae ter opheldering van die geskrewe stukke vra en daar vind gelykstelling en ineenskakeling van die geskrewe stukke en die mondelinge getuienis plaas. Weens die ontspanne aard van die stelsel en die spesifieke afwesigheid van uitsluitingsreëls soos hoorsê en die reël teen vorige ooreenstemmende verklarings, is daar geen spesifieke voorskrifte betreffende geheueverfrissing nie.[120]

2 8 Die howe vir klein eise

Die posisie in die Kontinentale prosesreg, kan in 'n groot mate vergelyk word met die prosedure in die Suid-Afrikaanse howe vir klein eise.[120] Artikel 26(1) van die Wet op Howe vir Klein Eise 61 van 1984 bepaal dat - behoudens die bepalings van hoofstuk V van hierdie wet - die reëls van die bewysreg nie geld ten aansien van die verrigtinge in 'n hof vir klein eise nie en, voorts, dat so 'n hof hom van enige tersaaklike feit kan vergewis "op die wyse wat hy goed ag."[122] Artikel 26(2) bepaal

---

119 Ratliff 1983 (2) CJQ 257 266.

120 Sien egter ook oor die algemeen Ginsburg en Bruzelius Civil Procedure in Sweden 288 vn 424; Cappelletti en Perillo Civil Procedure in Italy 266.

121 Sien oor die algemeen Van der Merwe 1981 DR 445.

122 Die grondliggende filosofie van en die sosio-ekonomiese redes vir 'n hof vir klein eise en die vrye

dat skriftelike of mondelinge getuienis aangebied kan word om ŉ feit in geskil te bewys of te weerlê. Hierbenewens vervul die voorsittende kommissaris ŉ inkwisitoriale rol.[123] Die ooreenkomste met die Kontinentale prosesmodel is duidelik.[124]

Hoe behoort ŉ kommissaris in die hof vir klein eise te werk te gaan indien ŉ getuie se geheue hom in die steek laat? Omdat die kommissaris nie gebonde is aan reëls van die bewysreg nie, kan hy enige metode volg wat hy in die bepaalde omstandighede dienstig ag. Daar is ook in beginsel geen beletsel daarteen dat ŉ getuie se vroeëre skriftelike verklaring ontvang word om leemtes in sy mondelinge getuienis aan te vul nie.

---

bewysregstelsel wat daarmee gepaardgaan, word bespreek deur Purdum 1981 (65) JJAJS 31; Pound 1913 (26) Harv L Rev 302; Ervine 1984 (29) JLSS 66. Sien ook oor die algemeen para 14 1 tot 14 11 van die Vierde Tussentydse Verslag van die Hoexter-kommissie.

123 Art 26(3) van die Wet op Howe vir Klein Eise 61 van 1984 bepaal oa dat ŉ party nie ŉ ander party of ŉ getuie deur lg party geroep, mag ondervra of kruisverhoor nie. Dieselfde art bevat egter ŉ voorbehoudsbepaling tot die effek dat die kommissaris na goeddunke ŉ party kan toelaat om ŉ vraag aan ŉ ander party of enige getuie te stel.

124 Sien par 2 7 supra.

HOOFSTUK 3

DIE MENS SE GEHEUE: ENKELE PSIGOLOGIESE PERSPEKTIEWE

3 1 Inleiding 100

3 2 Die psigoloë se analitiese model van die geheue 102

3 3 Herroeping en herkenning 107

3 4 Korttermyngeheue teenoor langtermyngeheue 108

3 5 Die vergeetkurwe 112

3 6 Assosiasie 113

3 7 Die teorie van Penfield teenoor moderne psigologiese beskouings 114

HOOFSTUK 3

DIE MENS SE GEHEUE: ENKELE PSIGOLOGIESE PERSPEKTIEWE

3 1 Inleiding

Psigologiese studies toon aan dat die menslike geheue sekere eienskappe en vermoëns het. Die ideaal is dat die geheueverfrissingsreëls en -prosedures wat in 'n geregshof aangewend word, erkenning behoort te verleen aan hierdie eienskappe en vermoëns. Robinson verklaar dat[1] "there are not two kinds of memories, those that psychologists study and those that work in law courts ... If jurisprudence is concerned with the natural facts of memory ... its subject matter at these points will actually be identical with that of psychology." Daar word in beginsel met hierdie standpunt saamgestem. 'n Belangrike kwalifikasie is egter dat die bewysreg in beginsel behoort te steun op betroubare inligting wat uit 'n geheue opgediep word. Dit gaan dus nie slegs om wat deur psigoloë as moontlik bevind is nie. Getuienis wat die resultaat van geheueverfrissing is, moet darem oor genoegsame betroubaarheid beskik vir die doeleindes van die beregting van 'n geding en die bekomming, voorlegging en evaluering van hierdie inligting moet - oor die algemeen gesproke - kan inpas by die breë prinsipiële struktuur van die toepaslike bewysregstelsel.

Die psigologie - as wetenskap wat hom primêr besig hou met die studie van die bewussyn - staan sedert die begin

---

1 Robinson Law and The Lawyers 118.

van hierdie eeu besonder krities teenoor verskeie aspekte rakende die bewysreg. Die sogenaamde "Münsterberg challenges" van 1908 kan - ten spyte van Wigmore se satiriese reaksie daarop[2] - beskou word as die eerste belangrike poging deur psigoloë om 'n bydrae tot die bewysreg te lewer.[3]

Daar kan egter ook gesê word dat psigologiese beskouings dikwels nie veel ekstra of nuut tot die bewysreg bydra nie, maar eerder gevestigde bewysregtelike reëls onderskraag. Psigologiese navorsing oor die gevare van getuienis rakende die identifikasie van 'n persoon,[4] bevestig byvoorbeeld die noodsaaklikheid van 'n versigtigheidsreël ten aansien van die beoordeling van identifikasiegetuienis.[5]

Soos hieronder sal blyk, ondersteun psigoloë se bevindings

---

2 Wigmore 1909 (3) Ill L Rev 399.

3 In sy werk On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime (sien bv 48-49) het Münsterberg dit betreur dat howe nie in die uitoefening van hul getuienisbeoordelingsfunksie sterker op die bevindings van die eksperimentele sielkunde steun nie.

4 Sien oor die algemeen Shepherd et al Identification Evidence: A Psychological Evaluation 113-121; Loftus Eyewitness Testimony 153-170; Woocker 1976-1977 (29) Stan L Rev 969 974-989; Buckhout 1975 (15) JJ 171; O'Conner 1974 1974 (49) St John's L Rev 1; Malpass en Devine 1980 (4) LHB 347-358; Wells et al 1980 (4) LHB 275-285; Lloyd-Bostock en Clifford (reds) Evaluating Witness Evidence: Recent Psychological Research and New Perspectives 255-290; Clifford en Bull The Psychology of Person Identification 210-211

5 Sien bv regter Didcott se verwysing na Loftus se Eyewitness Testimony in S v Ngcobo 1986 1 SA 905 (N) 906J-907H.

ten aansien die menslike geheue ook in 'n groot mate die bewysreg se geheueverfrissingsreëls en -prosedures. Hierdie toedrag van sake kan stellig verduidelik word in die lig van die volgende opmerkings van 'n internasionaal erkende psigoloog:[6] "The results of 'n hundred years of the psychological study of memory are somewhat discouraging. We have established firm empirical generalisations, but most of them are so obvious that every ten year old knows them anyway." Hierdie empiries-bevestigde veralgemenings kan egter nie deur die bewysreg ontken word nie - veral nie wanneer daar op die terrein van geheueverfrissing beweeg word nie. In die res van hierdie hoofstuk word die aandag gevestig op breë begrippe en beginsels wat direk of indirek met geheueverfrissing in verband staan. Deurgaans moet egter in gedagte gehou word dat die geheueverfrissingsreëls beskou word as "provisional crudities in the light of the complex actual processes of memory."[7]

3 2 Die psigoloë se analitiese model van die geheue

Psigoloë doen 'n drieledige analise van die menslike geheue.[8] Op die voetspoor van Loftus,[9] kan hierdie analise soos volg verduidelik word. Die eerste fase

---

6 Neisser Memory Observed - Remembering in Natural Contexts 9-10.

7 Wigmore par 755.

8 Stone Proof of Fact in Criminal Trials 64; Woocker 1977 (29) Stan L Rev 974 n 11; Solso Cognitive Psychology 15.

9 Loftus Eyewitness Testimony 21.

is die verwerwingsfase (die "acquisition stage "). Tydens hierdie fase neem die persoon 'n voorval waar en sy waarnemings word as't ware in sy bewussyn "opgeneem". Wat hy sintuiglik ervaar, word nou verworwe kennis. Die tweede fase ("retention stage") word nou betree. Dit gaan nou om die behoud van hierdie verworwe kennis. Die fase van berging (behoud, retensie) dek die periode tussen die oorspronklike waarneming en die stadium wat bekend staan as die "retrieval stage" of herwinningsfase. Loftus[10] verduidelik dat hierdie drie-fase analise byna universele erkenning onder psigoloë geniet.

Wanneer 'n getuie getuig, is daar natuurlik nie daarvan sprake dat hy bewustelik voorgaande drie fases beleef nie. Hierdie fases is die psigoloë se analitiese model aan die hand waarvan verduidelik word watter verstandelik prosesse plaasgevind het en plaasvind wanneer 'n getuie sê: "Die beskuldigde het die motor bestuur".

Dit staan vas dat daar faktore is wat die mens se geheue in elke fase kan beïnvloed. Gedurende die verwerwingsfase kan die spesifieke omstandighede waarin die observasie gemaak is, tot gevolg hê dat verkeerde inligting die bergingsfase betree. Hierbenewens is dit ook moontlik dat beïnvloeding gedurende die bergingsfase kan plaasvind.[11] Loftus verduidelik soos volg:[12]

---

10 Loftus Eyewitness Testimony 21.

11 Morgan et al Introduction to Psychology 148-157.

12 Loftus Eyewitness Testimony 78.

> [T]wo kinds of information go into one's memory for some complex occurrence. The first is information gleaned during the perception of the original event; the second is "external" information supplied after the fact. Over time, information from these two sources may be integrated in such a way that we are unable to tell from which source some spesific detail is recalled. All we have is "one" memory.

Gedurende die bergingsfase staan die menslike geheue ook bloot aan beïnvloeding weens tydsverloop. Dit kan lei tot die vervaging van besonderhede. Wanneer die herwinningsfase plaasvind, kan rekonstruksie van gebeure - en nie werklike herwinning nie - die resultaat wees.

Die verband tussen die psigoloë se analitiese model en die lewering van getuienis in die hof, word goed geïllustreer deur die volgende uitlatings van regters Evatt en McTiernan in Craig v The King:[13]

> An honest witness who says "The prisoner is the man who drove the car," whilst appearing to affirm a simple, clear and impressive proposition, is really asserting: (1) that he observed the driver, (2) that the observation became impressed upon his mind, (3) that he still retains the original impression, (4) that such impression has not been affected, altered or replaced, by published portraits of the prisoner, and (5) that the resemblance between the original impression and the prisioner is sufficient to base a judgment, not of resemblance, but of identity.

Die psigoloë se analitiese model kry natuurlik ook indirekte erkenning tydens die ondervraging van 'n

13 1933 (49) CLR 429 448.

getuie.[14] 'n Bekwame kruisondervraer toets byvoorbeeld die getuie se oorspronklike waarneming. Is foutiewe inligting tydens die verwerwingsfase opgeneem? Hy kan ook 'n aanval rig op die bergingsfase. Is die behoud van die inligting deur byvoorbeeld suggesties of tydsverloop geaffekteer? Voorts kan hy in sy ondervraging 'n aanval loods op die herwinningsfase. Is daar faktore wat as't ware die dinkproses ter opsporing van die gebergde inligting blokkeer of belemmer.

Soos in die res van hierdie verhandeling sal blyk, kan die psigoloë se analitiese model op verskeie wyses in die geheueverfrissingsprosedure geakkommodeer word. Een voorbeeld hiervan is die vereiste dat die gebeure nog vars in die getuie se geheue moes gewees het toe hy die aantekening gemaak het. Dié vereiste spruit uit die Engelse gemene bewysreg en sluit aan by die verband wat daar tussen die werwings-, bergings- en herwinningsfases bestaan. Tydsverloop beïnvloed die behoud van inligting en hoe gouer 'n persoon sy waarnemings op skrif gestel het, hoe groter is die akkuraatheidspotensiaal van die betrokke aantekening. Die aantekening kan gedurende die herwinningsfase wat in die hof plaasvind, as stimulant of uitsluitlike inligtingsbron dien.

Daar moet voorts begryp word dat daar nie 'n skerp chronologiese skeidslyn tussen die bergingsfase en die herwinningsfase bestaan nie. Stone verduidelik:[15]

14 Osborne The Problem of Proof 210.

15 Stone Proof of Fact in Criminal Trials 64.

> A witness will obviously "retrieve" his memory for an event every time he thinks about it, or discusses it with someone, or is questioned about it, or when he eventually gives his evidence in the trial. So periods of retention are inter-mingled with episodes of retrieval. It is the retrieval of information by giving evidence in the trial which is the matter of greatest concern to the court.

Daar sou beweer kan word dat die psigoloë se analitiese model van die mens se geheue, 'n goeie verwysingsraamwerk aan die geheueverfrissingsprosedure verskaf. In die eerste plek verduidelik dit die feilbaarheid van die mens se geheue en - soos heeltemal tereg al aangetoon is - hou hierdie feilbaarheid sekere gevolge vir die prosesreg in.[16] Die geheueverfrissingsprosedure word as't ware ex necessitate in die prosesreg erken. In die tweede plek verskaf die psigoloë se analitiese model 'n aanvaarbare verduideliking vir die verskynsel dat 'n bona fide getuie in die loop van sy getuienis kan vashaak (hy ondervind probleme om inligting te herwin) maar vlot kan getuig die oomblik as hy die nodige prikkel ontvang (hy het dan weer toegang tot die gebergde inligting). In die derde plek verduidelik die psigoloë se model ook waarom 'n getuie inligting wat hy voorheen aangeteken het hoegenaamd nie in herinnering kan roep nie (hy kan nie herwin nie) ten spyte van die feit dat hy die gebeure persoonlik ervaar het en persoonlik 'n aantekening van sy waarnemings gemaak het toe alles nog vars in sy geheue was.[17] In hierdie laaste geval is

16 Kubie 1959 (108) U Pa L Rev 59.

17 Maguire en Quick 1957 (3) How L J
1 verwys na hierdie gevalle as

dit ook nodig om kennis te neem van die psigoloë se onderskeid tussen herroeping ("recall") en herkenning ("recognition").

3 3 Herroeping en herkenning[18]

Daar moet in die konteks van die langtermyngeheue[19] onderskei word tussen die herroepingsproses en die herkenningsproses. Iets wat 'n persoon nie kan herroep nie, kan nogtans herken word. Daar is al gesê dat daar ook onderskei kan word tussen aktiewe kennis (dit wil sê, herroeping van materiaal sonder enige stimulant of hulpmiddel) en passiewe kennis (dit wil sê, herkenning van materiaal wanneer dit aangebied word).[20] Soos in die res van hierdie verhandeling sal blyk, vorm hierdie onderskeid tussen herroeping (aktiewe kennis) en herkenning (passiewe kennis) een van die grondslae waarop daar in die bewysreg tussen verskillende vorms van

---

"recollection ... temporarily lost beyond reach of revival." Die verskynsel dat 'n getuie oomblikke later of op 'n ander dag mag onthou, is nie vreemd nie: Münsterberg On the Witness Stand: Essays on Psychology and Crime 49; Eggleston in Morris en Perlman (reds) Law and Crime: Essays in Honour of Sir John Barry 38-39.

18 Sien oor die algemeen Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L Rev 860 867; Du Toit en Van der Merwe Sielkunde: 'n Algemene Inleiding 432; Hollingworth 1913 (24) AJP 532; Meyer (red) Foundations of Contemporary Psychology 328-329.

19 Sien par 3 4 infra.

20 Du Toit en Van der Merwe Sielkunde: 'n Algemene Inleiding 432.

en vereistes vir geheueverfrissing onderskei word.[21] Gesien uit die oogpunt van tydsverloop, is dit ook so dat die vermoë om te herken nie so gou verlore gaan as die vermoë om te herroep nie. In die konteks van die geheueverfrissingsprosedure, verklaar Hutchins en Slesinger soos volg:[22] "The courts ... correctly assume that recognition outlasts recall; they also assume correctly that a person's inability to recall is no ground for diagnosing an equal inability to recognize."

3 4 Korttermyngeheue teenoor langtermyngeheue[23]

In die psigologie word ook soms tussen die sogenaamde korttermyngeheue en langtermyngeheue onderskei. Eersgenoemde dui op die kortstondige behoud van inligting

---

21 Cairn Law and the Social Sciences 200 verklaar bv soos volg (beklemtoning in die oorspronklike): "In permitting a witness to refresh his recollection by consulting a memorandum, the courts are in accord with present psychological knowledge. A distinction is draw between recall, which is the reproduction of what has been learned, and recognition ..."

22 Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L Rev 860 867.

23 Sien oor die algemeen Lefton Psychology 111-112; Morgan et al Introduction to Psychology 150-151; Louw et al Inleiding tot die Psigologie 380-381; Coon Introduction to Psychology: Exploration and Application 213-214; Meyer (red) Foundations of Contemporary Psychology 330-332; Schuster and Ashburn The Process of Human Development: A Holistic Approach 372; Atkinson et al Introduction to Psychology 222. Yarmey The Psychology of Eyewitness Testimony 204-205 beweer dat kinders swakker kort- en langtermyngeheues as volwassenes het.

terwyl laasgenoemde op relatiewe permanensie van behoud dui.[24]

Daar is al gesê dat 'n goeie kelner oor 'n goeie korttermyngeheue behoort te beskik. Inligting word slegs behou totdat die onmiddellike doel waarvoor dit benodig word, bereik is.[25] Die korttermyngeheue is gevoelig vir enige stoornis of inmenging. Die rede hiervoor is dat dit in baie noue verband staan met en as't ware ondersteun moet word deur volgehoue aandag. Die verskynsel bekend as korttermyngeheue kan goed illustreer word met die gebeure wanneer iemand 'n vreemde telefoonnommer naslaan en dan wil telefoneer sonder om die betrokke nommer op skrif te stel. Hy onthou die nommer en konsentreer daarop terwyl hy die gehoorbuis lig en skakel.[26] Sodra

---

24 Morgan et al Introduction to Psychology 151 verduidelik: "The time span over which information is stored in long-term memory cannot be stated very precisely. In contrast to the short-term store, however, long-term memories last for days, months, years, or a life-time. Also in contrast to the short-term store, the capacity of the long-term store is huge and has no known limit." Dit is egter so dat "die pad" na die langtermyngeheue deur die korttermyngeheue loop alhoewel nie alles wat die korttermyngeheue bereik, deurgang na die langtermyngeheue vind nie: Du Toit en Van der Merwe Sielkunde: 'n Algemene Inleiding 430.

25 Louw et al Inleiding tot die Psigologie 381.

26 Voorbeeld ontleen aan Louw et al Inleiding tot die Psigologie 380. Atkinson et al Introduction to Psychology verduidelik: "To encode information into short-term, you must attend to it ... [M]uch of what we are exposed to never even enters short-term memory and, of

hy egter die nommer geskakel het en sy gesprek begin voer, word die nommer normaalweg vergeet (daar is geen verdere rede om dit te onthou nie en alle aandag word toegespits op die gesprekvoering).

Die langtermyngeheue - wat soms ook die "sekondêre geheue"[27] genoem word - beskik oor 'n groot kapasiteit en kan breedweg met die katalogusstelsel van 'n biblioteek vergelyk word. 'n Groot hoeveelheid inligting is beskikbaar maar is slegs toeganklik indien die regte prosedure gevolg word.[28]

Teoretici beweer soms dat die kapasiteit van die langtermyngeheue onbeperk is en as't ware lewenslank aangevul word sonder dat iets verlore gaan. Die werklike probleem - so word beweer - is die mens se onvermoë om gebergde inligting effektiewelik te herwin.[29] Die probleem lê dus nie in die verlies aan voorraad nie, maar in die herwinningsproses: die "vergeetproses" of oënskynlike agteruitgang van die langtermyngeheue beteken in werklikheid bloot dat probleme ondervind word met die herwinning van materiaal.[30] Die geheueverfrissingsprosedure het in 'n groot mate betrekking op hierdie

course, will not be available for later retrieval."

27 Du Toit en Van der Merwe Sielkunde: 'n Algemene Inleiding 430.

28 Morgan et al Introduction to Psychology 151.

29 Lefton Psychology 113.

30 Louw et al Inleiding tot die Psigologie 382.

probleem, naamlik dat 'n getuie oor die nodige "gebergde materiaal" kan beskik maar nie - om dikwels onverklaarbare redes - onmiddellike "toegang" tot hierdie materiaal het nie. Hoe behoort die bewysreg te werk te gaan om te verhoed dat hierdie inligting nie verlore gaan nie? Die moontlikheid van herwinning bestaan immers steeds in die geval van inligting wat in die langtermyngeheue is. Die probleem verkry egter verdere dimensies wanneer daar gelet word op gevalle waar 'n mens te doen het met die korttermyngeheue. Inligting wat tot die korttermyngeheue toegelaat word en nie deurgaan na die langtermyngeheue nie, is normaalweg heeltemal verlore - tensy dit op skrif vasgelê is of op een of ander meganiese wyse geberg is. Om terug te keer na die voorbeeld van die kelner : as die kelner die bestelling wat hy geneem het op skrif gestel het, is dit moontlik dat hy maande later in alle eerlikheid met verwysing na sy aantekening kan sê dat hy hierdie aantekening bloot herken as synde in sy skrif, dat hy niks daarvan kan onthou nie, maar nogtans seker is dat hy die betrokke bestelling soos gereflekteer in die aantekening, uitgevoer het. Hy onthou niks omdat die betrokke inligting slegs tot sy korttermyngeheue toegelaat is. Hy beweer egter dat hy die bestelling uitgevoer het omdat sy skriftelike aantekening die inhoud van 'n bestelling reflekteer en dit sy gebruik is om 'n bestelling korrek te notuleer en uit te voer. Die getuie maak nou 'n afleiding. Hy rekonstrueer. Dit spreek vanself dat daar in hierdie tipe situasie nie werklik van geheueverfrissing sprake is nie. Dit gaan hier eerder om

rekonstruksie van gebeure as verfrissing van geheue. Die probleme wat in hierdie gevalle van rekonstruksie ontstaan, word later behandel in die hoofstuk wat betrekking het op die vereiste van persoonlike kennis.

3 5 Die vergeetkurwe[31]

In 1885 het Ebbinghaus sy bekende vergeetkurwe saamgestel. Die grafiese[32] voorstelling van die resultate van 'n eksperiment waarin hy self die subjek was, het getoon dat die mens se vermoë om te onthou 'n bepaalde konstante patroon volg. In die tydperk wat volg onmiddelik of kort ná die inname van baie feite, vergeet die mens baie vinniger as later. Ebbinghaus het byvoorbeeld meer as 40% van sy materiaal binne die eerste uur vergeet. Die grafiek beweeg egter ook gou weer in 'n horisontale rigting en plat geleidelik af, dit wil sê, die vergeetproses word al hoe stadiger. Ebbinghaus se vergeetkurwe is sedert 1885 deur baie soortgelyke ondersoeke bevestig.[33]

31 Sien oor die algemeen Lefton Psychology 107-108; Du Toit en Van der Merwe Sielkunde: 'n Algemene Inleiding 434-438; Morgan et al Introduction to Psychology 161-162.

32 Daar moet aangeneem word dat die horisontale as van die grafiek die tydsverloop verteenwoordig en die vertikale as die persentasie materiaal wat onthou word.

33 Loftus Eyewitness Testimony 53. Shepherd et al Identification Evidence - A Psychological Evaluation 114 voer egter aan dat die mens se vermoë om 'n gesig te onthou, ietwat van die vergeetkurwe verskil.

Die vergeetkurwe dui daarop dat tydsverloop 'n vraagteken kan plaas oor die akkuraatheid en volledigheid van 'n opgetekende herinnering. Terselfdertyd kan daar ook gesê word dat as iets nie binne 'n dag of twee aangeteken is nie, maar wel binne vier weke, dan sal 'n periode van vyf weke nie juis enige verskil kan maak nie.[34] Dié probleem kan ook soos volg geformuleer word met verwysing na die geheueverfrissingsprosedure: wanneer kan gesê word dat 'n getuie se geheue nie meer vars was toe hy die aangetekening gemaak het nie? Hierdie aspek word in hoofstuk vyf bespreek.

3 6 Assosiasie[35]

Assosiasie is die bewustelike of onbewustelike proses waarin een feit aan 'n ander gekoppel of in verband gebring word. Deur middel van assosiasie kan 'n persoon sekere feite oproep of herwin. Daar word van die bekende na die onbekende beweeg omdat 'n skakel aktiveer word. Assosiasie kan plaasvind omdat daar 'n logiese verband tussen feit A en feit B is. Assosiasie is egter nie afhanklik van 'n logiese verband tussen feit A en feit B nie. Dit kan byvoorbeeld ook geskied omdat feit A op grond van die betrokke persoon se persoonlike lewensgeskiedenis 'n bepaalde konnotasie of eienskap of prikkel het wat die herwinning of

---

34 Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L Rev 860 866.

35 Du Toit en Van der Merwe Sielkunde: 'n Algemene Inleiding 359; Gardner 1932-1933 (18) Corn L Q 391 392.

oproeping van feit B tot gevolg het.

Ander dimensies van die proses van assosiasie word soos volg deur Gardner verduidelik:[36]

> The basic principle in memory is the law of association - if two states of consciousness have been experienced together, when one of them enters consciousness the other tends to follow (the concept of contiguity), and of two objects having characteristics in common, the sight of one arouses the recall of the other (the concept of similarity). What recollection memory shall call forth by reason of a particular stimulus is determined by 'n host of factors which have been grafted upon this fundamental law of association.

Soos in hoofstuk vyf sal blyk,[37] het die verskynsel bekend as "assosiasie" 'n belangrike rol gespeel in die vrye of liberale benadering wat in die VSA ten aansien van herinneringsherlewing gevolg word.

3 7 Die teorie van Penfield teenoor moderne psigologiese beskouings

In die hoofstuk wat op hipnose as voorverhoor-geheue-verfrissingstegniek betrekking het,[38] word die sogenaamde teorie van Penfield[39] bespreek. Hierdie teorie vergelyk

---

36 Gardner 1932-1933 (18) Corn L Q 391 392.

37 Sien par 5 9 infra.

38 Sien par 8 3 infra.

39 Sien oor die algemeen Penfield The Mystery of the Human Mind 40-61; Hintzman The Pschology of Learning and Memory 298-301;

die mens se geheue met 'n bandopname: alle ervarings en waarnemings van die mens word in die geheue gestoor net soos wat 'n bandopnemer op 'n deurlopende grondslag 'n stem kan vaslê waar dit dan vir latere "terugspeling" beskikbaar is - mits die korrekte gedeelte opgespoor kan word. Die moderne psigologie aanvaar nie die geldigheid van hierdie teorie nie, maar sien die mens se geheue as reproduktief en rekonstruktief.[40] Die feit dat die mens se geheue tydens die bergingsfase aan eksterne beïnvloeding onderhewig is, plaas die teorie van Penfield onder verdenking.

Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 934.

40 Sien die gesag aangehaal in vne 40 en 41 in par 8 3 infra.

AFDELING C

GEHEUEVERFRISSING IN DIE GETUIEBANK

Hoofstuk 4 Bladsy

DIE GRONDSLAG VAN 'n GEHEUEVERFRISSINGSAANSOEK: PERSOONLIKE KENNIS EN VERLIES VAN HERINNERING 117

Hoofstuk 5

VEREISTES MET BETREKKING TOT DIE AANTEKENING 156

Hoofstuk 6

DIE AANTEKENING: BESKIKBAARSTELLING, KRUISONDERVRAGING EN BEWYSWAARDE 216

> Late in the second day, after being asked constantly why he couldn't remember certain matters, the client said, "I have a memory problem."
>
> Relentlessly, the opposing lawyer asked, "How long have you had this memory problem?"
>
> Without a pause, the client said, "I don't remember."
>
> (1986 ABAJ 118).

HOOFSTUK 4

DIE GRONDSLAG VAN 'n GEHEUEVERFRISSINGS-AANSOEK: PERSOONLIKE KENNIS EN VERLIES VAN HERINNERING

4 1 Inleiding 118

4 2 Persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) van die gebeurtenis 122

4 2 1 Die bewys van persoonlike kennis in geval van herinneringsherhaling 124

4 2 2 Persoonlike kennis: die gesamentlike aantekening wat die resultaat van oorlegpleging is 130

4 2 3 Persoonlike kennis: die individuele aantekening wat die resultaat van oorlegpleging is 135

4 3 Verlies van herinnering 138

4 3 1 Aanbevelings van die Kanadese Task Force 143

4 3 2 Die New York-leerstuk 145

4 3 3 Die kompromie 150

4 3 4 Enkele aanbevelings 152

HOOFSTUK 4

DIE GRONDSLAG VAN 'n GEHEUEVERFRISSINGSAANSOEK: PERSOONLIKE KENNIS EN VERLIES VAN HERINNERING

4 1 Inleiding

Die huidige hoofstuk is inleidend van aard. Aandag word geskenk aan die prinsipiële grondslag waarop 'n geheueverfrissingsaansoek[1] berus. Twee ooglopende beginsels is ter sprake. Die eerste beginsel is dat

---

1 Daar moet vermeld word dat die geheueverfrissingsprosedure nie die enigste toelaatbare metode of tegniek is om die getuienis van 'n getuie wat 'n verlies van herinnering ondervind, op rekord te plaas nie. In gevalle waar die getuie se vroeëre skriftelike verklaring by wyse van uitsondering toelaatbaar is, ontstaan daar prakties gesproke geen behoefte om die omslagtigheid van die geheueverfrissingsprosedure te volg nie. Sien oor die algemeen arts 221 en 222 van die SPW en arts 33 tot 38 van die WBSS. 'n Getuie se geheue kan ook dmv 'n toelaatbare wenkvraag gestimuleer word, bv waar 'n getuie in die loop van hoofondervraging probleme ervaar om 'n nie-wesenlike feit uit sy geheue op te diep. Sien oor die algemeen Delisle Evidence: Principles and Problems 136 en 138; Phipson on Evidence par 33-36. Trouens, die Kanadese Uniform Evidence Bill gaan so ver as om die stel van 'n vraag as 'n geheueverfrissingsmetode te identifiseer. Klousule 110 van hierdie wetsontwerp bepaal, oa, soos volg: "Where a witness is unable to recall fully a matter on which he is being examined, a party may ask him any question ... for the purpose of refreshing his memory, but the court may require the party, before doing so, to establish that the question ... will tend to refresh the memory of the witness rather than lead him into mistake or falsehood." Hier-

die getuie persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) van die gebeurtenis moes gehad het. Die tweede beginsel is dat hy 'n verlies van herinnering moet ervaar. Daar sou gesê kan word dat 'n geheueverfrissingsaansoek gerig word of gerig behoort te word omdat die getuie 'n verlies van herinnering ervaar ten aansien van gebeure wat hy persoonlik waargeneem het.

Die voorgaande uiteensetting mag die indruk skep dat die getuie die betrokke aantekening behoort te raadpleeg eers nadat die aanwesigheid van persoonlike kennis en die afwesigheid van 'n huidige herinnering as bewese bevind is. Uit 'n praktiese oogpunt beskou, is dit egter nie altyd moontlik om oor die aan- of afwesigheid van persoonlike kennis te beslis sonder dat die getuie inderdaad eers insae in die relevante aantekening gehad het nie. Die getuie wie se geheue hom in die steek laat, sal soms nie sonder insae in die relevante aantekening kan sê of hy die gebeurtenis persoonlik ervaar het of nie. Die vraag of die getuie 'n huidige algehele of gedeeltelike verlies van herinnering ervaar, sal meesal ook slegs

---

die bepaling is beperk tot gevalle van herinneringsherlewing. In oorweging word gegee dat die Kanadese howe waarskynlik 'n eng uitleg aan hierdie bepaling sal gee deur dit, in ooreenstemming met die gemenereg, te beperk tot vrae waarvan die antwoorde op nie-wesenlike feite betrekking het. Klousule 110 moet egter ook gelees word met klousule 103(1)(b) van dieselfde wetsontwerp. Lg klousule bepaal dat 'n hoof- of herondervraer geen wenkvraag mag stel "unless ... the court gives leave to ask the question in order to elicit the the testimony of the witness."

beantwoord kan word indien die getuie die geleentheid gehad het om sy aantekening te raadpleeg.[2] Insae in die relevante aantekening is die faktor wat in die reël die deurslag gee.[3] Dit is onprakties om as vaste reël eers op die bewys van persoonlike kennis en 'n onvermoë om te onthou aan te dring voordat insae in die aantekening hoegenaamd toegelaat word. Die vraag of persoonlike kennis aanwesig is en of die getuie 'n verlies van herinnering ervaar, kan slegs sinvol beslis word wanneer die getuie die nodige stimulant of prikkel ontvang het, naamlik insae in die relevante aantekening gehad het.[4] Hierdie praktiese oorwegings bring egter nie mee dat persoonlike kennis en verlies van herinnering nie as individuele en selfstandige geskilpunte identifiseer en bespreek kan word nie. Trouens, analise en sistematiek vereis dat voormelde geskilpunte behoorlik geskei behoort te word van verdere spesifieke vereistes wat byvoorbeeld ten aansien van die aantekening gestel word. Hierdie onderskeid is nodig ten einde 'n duidelike basis vir 'n geldige geheueverfrissingsaansoek te identifiseer en om te verhoed dat persoonlike kennis en verlies van herinnering in die lig van ander geheueverfrissingsvereistes onderbeklemtoon word. In die Engelse gemene bewysreg word

2. Sien egter die bespreking van R v Kwok Si Cheng (1976) Cr App R 20 22 in par 4 3 infra.

3 Sien oor die algemeen die bespreking van die psigologiese begrippe van "herroeping" en "herkenning" in par 3 3 supra.

4 In par 4 3 4 infra word enkele voorstelle gemaak wat daarop neerkom dat verlies van herinnering as preliminêre of voorlopige geskilpunt beslis kan word.

die vereiste van persoonlike kennis byvoorbeeld by implikasie geïnkorporeer in of gekoppel aan die vereiste dat die aantekening tot stand moes gekom het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was. Met verwysing na die Engelse gemene bewysreg, gaan Murphy so ver om te sê dat in geval van herinneringsherhaling[5] "the witness is treated as having personal knowlegde of the events recorded in the document, provided that he can state that the document was made contemporaneously and was accurate when made." Hierdie losse benadering is onaanvaarbaar en kan myns insiens toegeskryf word aan die feit dat die howe dikwels onbewustelik versuim om die bestaan of nie-bestaan van persoonlike kennis as selfstandige geskilpunt te identifiseer. Daar is 'n wesenlike verskil tussen 'n getuie se aanspraak dat die aantekening akkuraat is en sy aanspraak dat die aantekening akkuraat is omdat dit op sy eerstehandse ervaring van die gebeure baseer is.[6] Soos hieronder sal blyk, neem die Engelse gemene bewysreg ook nie sterk standpunt in oor die vraag of 'n spesifieke maatstaf aangewend moet word ten aansien van die vraag of 'n getuie 'n verlies van herinnering ervaar nie.[7]

---

5 Murphy A Practical Approach to Evidence 363.

6 'n Leek mag bv maklik sy bewering dat sy aantekening akkuraat is, op hoorsê baseer. Sien oor die algemeen R v Ndhlovu 1950 4 SA 574(N) 577F waar 'n getuie verkeerdelik deur die hof a quo toegelaat is om sy geheue te verfris mbv inskrywings in sy kasboek terwyl hierdie inskrywings inderdaad gebaseer was op vragbrief-inskrywings waarvoor die getuie nie verantwoordelik was nie.

7 Sien par 4 3 infra.

4 2 Persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) van die gebeurtenis

Bovermelde vereiste - wat oor die algemeen ten aansien van alle getuies geld[8] - verdien spesiale vermelding met betrekking tot geheueverfrissing.[9] Die risiko bestaan dat 'n getuie "ter verfrissing van sy geheue" van 'n aantekening gebruik kan maak in omstandighede waar hierdie aantekening nie sy eie waarnemings weerspieël nie, maar dié van 'n ander. Soos in die hierop-

---

8 Sien oor die algemeen McCormick on Evidence par 10. Sien egter ook S v Harper 1981 1 SA 88 (D) 96H-97C tav die interpretasie van art 221 van die SPW.

9 Par 23 4 (a) van die Report of the Task Force: "The usual requirement for the admissibility of a witness's testimony or the out-of-court statement of a declarant is his personal knowledge of the facts ...[T]he witness must have had personal knowledge of the event recorded." Sien voorts Hoffman v United States 87 F 2d 410 (9th Cir 1937). Daar moet egter daarop gewys word dat die vereiste van persoonlike kennis (persoonlike ervaring van die betrokke gebeurtenis) nie noodwendig beteken dat 'n getuie slegs aangewese is op sy persoonlike opgetekende weergawe van die gebeure nie. Dyer v Best 4 H en C 302 verskaf in hierdie verband 'n goeie voorbeeld. Een van die geskilpunte in hierdie saak was die spesifieke datum waarop 'n gebeurtenis plaasgevind het. 'n Getuie wat die gebeurtenis ervaar het en dus in 'n stadium persoonlike kennis daarvan gehad het, is toegelaat om sy geheue te verfris met verwysing na 'n koerantberig wat hy nie geskryf het nie maar wat hy kort na die relevante gebeurtenis, toe die gebeure nog vars in sy geheue was, gelees en as korrek

volgende hoofstuk sal blyk, bestaan daar verskeie geheue-verfrissingsvereistes wat daarop gemik is om te verseker dat die aantekening wat geraadpleeg word, die betrokke getuie se eie waarnemings weerspieël. Daar moet gewaak word teen die gevaar dat hoorsê onder die dekmantel van geheueverfrissing by die agterdeur insluip.[10] Daar is ook al gesê dat in die geval van herinneringsherlewing het die vereiste van persoonlike kennis die ooglopende oogmerk om te verseker "that the witness does have a memory of the events that may become a present memory if properly refreshed."[11] 'n Latente of sluimerende herinnering van gebeure kan opgewek word. Sodra herinneringsherlewing plaasvind, getuig die getuie op grond van sy eie "mental power"[12] en onafhanklik van die aantekening wat bloot as stimulant gedien het.[13]

---

aanvaar het. Die vereiste van persoonlike kennis van die gebeure is in hierdie saak bevredig. Die omstandighede waarin 'n getuie sy geheue kan verfris mbv 'n ander persoon se aantekening, word in die hieropvolgende hfst bespreek.

10 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 14: "Since mere parroting of the words of the memorandum would cause introduction of hearsay ... a finding is necessary as to the foundation from which the witness ultimately speaks." Geheueverfrissing en aspekte van hoorsê word in meer besonderhede in hfst 9 bespreek.

11 Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 473.

12 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 2.

13 Sien oor die algemeen para 3 3 en 3 6 supra.

Die vraag of die getuie op grond van sy eerstehandse ervaring van die gebeurtenis getuig, is 'n feitlike vraag wat met inagneming van al die relevante feite beoordeel moet word, insluitend die getuie se direkte aanspraak op persoonlike ervaring van die gebeurtenis. Omdat die getuie herinneringsherlewing ervaar, kan daar deur middel van kruisondervraging effektiewelik gekonsentreer word op die vraag of die getuie persoonlik kennis van die gebeure dra.[14]

4 2 1 Die bewys van persoonlike kennis in geval van herinneringsherhaling[15]

Die ondersoek na en bewys van eerstehandse ervaring van die gebeurtenis is ietwat meer problematies waar die

---

14 Morgan 1927 (40) Harv L Rev 712 721.

15 Wigmore par 747 verduidelik in hierdie verband soos volg (beklemtoning in die oorspronklike): "The witness must be able now to assert that the record accurately represented his knowledge and recollection at the time ...[H]e may now actually recollect nothing of the occasion of making the record and of his then state of mind; nevertheless he may know, from his general practice in making such records, or from other indications on the paper, that he must have passed judgment upon and known the correctness of the record ...[H]e knows that he did know the record to be correct, although he has no present recollection of the specific state of mind ...[I]f he relies, not on a present recollection of his past state of mind, but on other indications, such as a habit, a course of business, a check-mark on the margin, or merely the genuineness

getuie nie die herlewing van 'n herinnering ervaar nie maar beweer dat, alhoewel hy niks kan onthou nie, hy tog die betrokke aantekening herken[16] as een wat hy gemaak het of as akkuraat bevestig het en dat hy nie die aantekening sou gemaak het of as akkuraat bevestig het nie as hy nie die gebeure persoonlik waargeneem het nie. Hy sê in effek dat hy nou in die getuiebank vir die akkuraatheid van die aantekening instaan omdat dit in 'n stadium sy herinnering was van dit wat hy eerstehands ervaar het. Dit spreek vanself dat die kruisondervraer in hierdie situasie 'n besondere moeilike taak het om ondersoek in te stel na die vraag of die inhoud van die betrokke aantekening op eerstehandse kennis gebaseer is.[17]

---

of his handwriting, then the certainty is of a lower quality, though still satisfactory for most practical purposes. In general, it is conceded that when the witness' certainty rests on his usual habit or course of business in making memoranda or records, it is sufficient. Other peculiar circumstances, such as handwriting, specially intended or calculated to indicate correctness, may be satisfactory ... [T]he witness must of course have had personal knowledge of the facts recorded in the first instance; he cannot verify the correctness of facts which he himself never observed."

16 Sien oor die algemeen par 3 3 supra.

17 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 8 verwys na die situasie "where the witness testifies that he has forgotten all about a relevant event or condition, but identifies in substitution for living memory some sort of written record which he says he

Hierteenoor moet egter ook onthou word dat die party wat die hof wil versoek dat die getuie die aantekening mag raadpleeg of uitlees, die bewyslas dra om die hof tevrede te stel dat aan die geheueverfrissingsvereistes voldoen is[18] - en een van hierdie vereistes is persoonlike kennis van die gebeure. Die praktiese bewysprobleem is soos volg: hoe kan persoonlike kennis bewys word in herinneringsherhalingsgevalle waar die getuie glad nie kan onthou dat hy die betrokke gebeure waargeneem het nie en dit ook nie ex facie die betrokke aantekening blyk dat die inligting daarin vervat op persoonlike

---

> either prepared or verified as an accurate and complete statement with respect to matters sought to be established." Maguire en Quick vervolg dan (ibid, my beklemtoning): "It is self-evident that under these circumstances one favorite hunting ground of the critical cross-examiner is closed off. He cannot pointedly and specifically blaze away at the details of fading memory between the time of perceiving and the time of writing or verifying. This is no inconsiderable handicap, since this period may stretch from hours to days or even weeks, quite enough to dull the first fine glow of memory. Neither can the cross-examiner effectively undermine an assumption that the unremembering witness fairly perceived the particular event. Questioning about the circumstances of observation will usually run into the same blank wall as questioning about the matters observed. General propensities and habits of observation and recollection on the part of the witness can be explored, but that is about all."

18 Sien oor die algemeen R v Kwok Si Cheng (1976) 63 Cr App R 20 22; Kale 1979 (10) Rutgers Camden L J 233.

kennis gebaseer is nie? Afwesigheid van direkte getuienis betreffende die aanwesigheid van persoonlike kennis is egter geen probleem nie. Die hof kan soos in enige ander saak afleidings maak. Hierbenewens is dit ook so dat die betrokke getuie toegelaat word om sy toevlug te neem tot " 'reconstruction' of a kind which counts as personal knowledge for the purpose of the rule that witnesses must have such knowledge of the facts to which they testify."[19] Die getuie maak as't ware 'n afleiding uit ander bekende feite. Hy kan byvoorbeeld steun op sy vaste gewoontes. In geval van die attestasie van 'n dokument, steun die attesterende getuie dikwels op sy "general moral attitude",[20] naamlik dat hy nie sy handtekening op die dokument sou geplaas het as hy nie die gebeure ervaar het nie.[21] Die hof is natuurlik nie gebonde aan die getuie se afleidings nie en kan aan die hand van die redes wat die getuie aanvoer, oor die aan- of afwesigheid van persoonlike kennis beslis. Die besondere

---

19 Cross en Tapper 253.

20 Wigmore par 747.

21 Sien bv Maugham v Hubbard 108 ER 948 951 waar regter Bayley soos volg verklaar (my beklemtoning): "Where a witness called to prove the execution of a deed sees his signature to the attestation, and says that he is, therefore, sure that he saw the party execute the deed, that is a sufficient proof of the execution of the deed, though the witness add that he has no recollection of the fact of the execution of the deed." Daar word in regspraak nie pertinent gesê dat die betrokke getuie rekonstrueer dmv 'n afleiding nie, maar dit wil blyk, met alle respek, asof hier tog 'n afleiding ter sprake is.

wyse waarop 'n aantekening tot stand gekom het, mag ook 'n aanduiding wees ten aansien van die vraag of persoonlike kennis in die aantekening self vervat is.[22]

Cross en Tapper wys op die situasie waar 'n getuie se rekonstruksie die skyn van persoonlike kennis kan wek:[23]

> [L]et us suppose that someone who recollects having dined in his college hall on a particular day is asked what he was offered for dinner. His mind may well be a complete blank on the subject and his memory may be in no way refreshed by the sight of the menu prepared by the chef and used on the occasion in question; yet he might well be prepared to swear that he was offered the items of food mentioned on the menu. His reasoning might be: "I have never known a college menu to err; therefore I have no doubt that I was offered the dishes mentioned on the menu for that day". He is thus prepared to vouch for the accuracy of the chef. This too is a case of reconstruction, but the witness lacks personal knowledge of the matters to which he is testifying, for the knowledge is derived from the menu, not from the regularity of his habits.

Dit is duidelik dat hierdie voorbeeld van die spyskaart vrae rakende hoorsê laat ontstaan.[24] In hierdie stadium is dit genoegsaam om te let op die risiko dat rekonstruksie die skyn van persoonlike kennis mag wek.

---

22 Sien die bespreking van R v Mawena 1961 3 SA 362 (SR) in par 4 2 2 infra.

23 Cross en Tapper 253.

24 Herinneringsherhaling en aspekte van hoorsê word kortliks in par 6 6 infra behandel.

In Cape Coast Exploration Ltd V Scholtz[25] bevestig die appèlhof dat dit nie nodig is dat 'n getuie 'n onafhanklike herinnering moet hê van die feite vervat in 'n aantekening alvorens geheueverfrissing mag plaasvind nie.[26] Die appèlhof verklaar egter ook soos volg:[27] "If an official communication is put before an officer and he recognises having made the communication, then the presumption is that what he did communicate was what was in his mind at the time." Die gebruik van die woord "presumption" (vermoede) in teenstelling met "inference" (afleiding),[28] moet gesien word in die lig van die feite van die betrokke saak, naamlik dat daar stellig toepassingsruimte vir die vermoede omnia praesumuntur rite esse acta[29] was. Die betrokke getuie was 'n regeringsamptenaar en telegramme versend in sy amptelike hoedanigheid was ter sprake. Cape Coast Exploration Ltd v Scholtz supra kan nie interpreteer word as gesag vir 'n stelling dat persoonlike

---

25 1933 AD 56.

26 Sien ook oor die algemeen Mann v Rex 1931 SWA 54 en R v Bryant and Dickson (1946) 31 Cr App R 146.

27 1933 AD 56 71 (my beklemtoning)

28 Sien oor die algemeen die volgende tav die onderskeid tussen 'n vermoede en 'n afleiding: Morgan 1937 (12) Wash L Rev St B J 255 256; Bohlen 1919-1920 (68) U Pa L Rev 307 310; Gausewitz 1952 (5) Vand L Rev 324 327; Laughlin 1953 (52) Mich L Rev 195 204; Stritmatter 1970 (5) Gonz L Rev 198 200; Helman 1944 (22) Can B Rev 118 119.

29 Sien oor die algemeen Schmidt 164-168 en Hoffmann en Zeffertt 427-433 vir 'n bespreking van hierdie vermoede.

kennis in herinneringsherhalingsgevalle regtens vermoed word nie. 'n Regsvermoede is nie ter sprake nie. Dit is ook goed moontlik dat die appèlhof die woord "presumption" slegs in die konteks van 'n feitlike vermoede gebruik het, naamlik dat dit bloot gegaan het om 'n geregverdigde afleiding uit die relevante omstandigheidsgetuienis. Die feit dat die vermoede omnia praesumuntur rite esse acta soms as feitlike vermoede behandel word,[30] versterk ook die uitleg dat die appèlhof met die woord "presumption" niks meer as 'n afleiding bedoel het nie.

4 2 2 Persoonlike kennis: die gesamentlike aantekening wat die resultaat van oorlegpleging is[31]

Soos in die hieropvolgende hoofstuk sal blyk, kan 'n getuie in bepaalde omstandighede sy geheue verfris met verwysing na die aantekening van 'n derde.[32] Dit spreek vanself dat die hof in so 'n geval bedag sal wees op die opvallende risiko dat die getuie dalk nie op sy eie waarnemings nie maar op dié van die derde steun. Vir die huidige word stilgestaan by 'n meer subtiele situasie, naamlik getuies wat saam 'n gebeurtenis persoonlik ervaar en dan in oorleg met mekaar 'n gesamentlike aantekening van hul herinneringe opstel. Met 'n gesamentlike

---

30 Schmidt 164.

31 Die posisie van getuies wat oorleg pleeg en dan elk hul individuele aantekeninge maak, word behandel in par 4 2 3 infra.

32 Sien ook vn 9 in par 4 2 supra.

aantekening word bedoel dat mede-outeurskap ten aansien van die aantekening tot stand kom. Sodra 'n getuie hom uitsluitlik op die inhoud van 'n aantekening wil verlaat omdat hy geen onafhanklike herinnering van die gebeure het nie, skep mede-outeurskap van die aantekening natuurlik die ernstige risiko dat die getuie op die basis van die inhoud van die aantekening bewustelik of onbewustelik eerstehandse ervaring van die gebeurtenis mag beweer, terwyl hy inderdaad slegs 'n gedeelte van die gebeure waargeneem het.[33] Die risiko bestaan dat weens die oorlegpleging en mede-outeurskap die aantekening nie die getuie se werklike waarneming weerspieël nie - ten spyte van die getuie se bewering dat hy die akkuraatheid van die gesamentlike rekord bevestig het toe sy herinnering nog vars was.

---

33 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 4 verklaar bv soos volg tav gevalle van herinneringsherhaling (my beklemtoning): "Personal perception by the forgetful witness of all the matters sought to be proved by the written statements must appear. The critical reader may remark that this is also true with respect to the oral testimony of any witness whose memory is revived, and of course the comment will be absolutely correct. It is also correct to assert that if, in the case of present recollection revived, the witness claims personal perception and can by any reasonable appraisal be found truthful in this claim, his testimony is properly receivable ... But with respect to the written vehicle of past recollection recorded, the path to probative usability is probably not so easy. Any kind of joint authorship makes the position of the written memorandum more precarious than in the case of present recollection

Dit is in bovermelde verband belangrik om te let op die modus operandi ingevolge waarvan die gesamentlike aantekening tot stand gekom het. In R v Mawena[34] het een van die geskilpunte betrekking gehad op die bewys van spesifieke woorde (of die algemene strekking van sekere woorde) wat deur die appellant tydens openbare vergaderings gebesig is. Omdat die kroongetuies in die loop van hul getuienisaflegging nie 'n onafhanklike herinnering gehad het van die woorde wat die beskuldigde gebesig het nie, is hulle deur die verhoorhof - ten spyte van besware deur die verdediging - toegelaat om in die getuiebank sogenaamde veiligheidsverslae vir "geheueverfrissings-doeleindes" te raadpleeg. Hierdie veiligheidsverslae was egter geredigeerde samevoegings van aantekeninge van verskeie speurders wat die vergaderings van die appellant bygewoon het. Na afloop van elke vergadering het die speurders hul aantekeninge en herinnering van die appellant se woorde vergelyk en indien slegs een speurder 'n aantekening of herinnering van bepaalde woorde gehad het, is hierdie woorde nie in die gesamentlike aantekening opgeneem nie. Hierbenewens is die gesamentlike aantekening ook in Engels vertaal en

---

> revived ... There is ... a greater risk, and one less easy to dissipate, that at least part of the memorandum's contents will have originated in perceptions of the collaborator rather then in those of the witness himself. However, while this sort of difficulty should if possible be avoided, neither should its obstructive power be exaggerated."

34 1961 3 SA 362 (SR).

geredigeer deur 'n offisier wat nie die vergaderings bygewoon het nie en ook nie getuig het nie. Hierdie geredigeerde weergawes is getik en deur elke oorspronklike waarnemer gelees en oënskynlik as akkuraat bevestig toe die gebeure nog vars in hul geheues was.

Op appèl bevind regter Lewis - met wie regter MacDonald saamgestem het - dat dit hoogs onreëlmatig was vir die staatsgetuies om met verwysing na die veiligheidsverslae te getuig het. Regter Lewis verskaf die volgende redes:[35]

> (1) Even before the combined version was edited, certain parts of the speech, which may well have been in the accused's favour, and which may well have qualified or given an innocent explanation of those parts relied upon by the Crown, were deliberately left out because they were remembered by only one and not by all of the African detectives present at the meeting.
> (2) The subsequent alteration and paraphrase of the version may well have altered the original sense and meaning of the words as recorded by or as remembered by the African detectives.
> (3) Many of the African detectives who used the security reports in the witness-box were unable to say, "Having read the report, now I remember": their attitude was, "I cannot remember, but if it appears in the report it must have been said".
> No reliance can therefore be placed on the evidence of those witnesses who, having no independent recollection of the speeches, purported to refresh their memories of them from the security reports.

'n Belangrike aspek van hierdie saak is dat die hof op 'n prinsipiële grondslag tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei het. Hierdie onderskeid blyk duidelik uit die derde rede wat in die

35 367D-G van die verslag.

aanhaling hierbo vermeld word. Die getuies het nie 'n onafhanklike herinnering van die gewraakte woorde gehad nie, maar moes vir die volledigheid en akkuraatheid van hul getuienis steun op die inhoud van die veiligheids-verslae[36] wat tot stand gekom het in omstandighede wat die volledigheid en akkuraatheid van die veiligheids-verslae self onder ernstige verdenking geplaas het. Daar moet begryp word dat daar in hierdie saak op die oog af aan die vereiste van eerstehandse ervaring van die gebeurtenis voldoen is. Die getuies het inderdaad die betrokke vergaderings bygewoon. Daar is ook voldoen aan die vereiste dat die betrokke aantekeninge (die veiligheidsverslae) tot stand moes gekom het toe die gebeure nog vars in die geheues van die getuies was. Hierbenewens het die getuies die geredigeerde gesament-like weergawes van hul aantekeninge ook gekontroleer toe die gebeure nog vars in hul geheues was. Die wesen-like vraag was egter of die getuies, in die stadium toe hul die inhoud van die geredigeerde veiligheidsverslae gekontroleer het, tevrede was of kon gewees het dat die betrokke verslae 'n korrekte weergawe van hul persoonlike kennis van die gebeure was. Op appèl is die feitebevinding gemaak dat die kroongetuies "had no glimmering of under-standing of the phrases used in the security reports."[37]

---

36 R v Marwane supra skep die indruk dat indien die getuies 'n onafhank-like herinnering van die woorde sou gehad het (dws die veiligheidsver-slae was bloot 'n stimulant om 'n herinnering te laat herleef), dan sou die getuies se getuienis aan-vaarbaar gewees het. Dit was egter nie nodig om hierdie aspek te beslis nie.

37 366D van die verslag.

Daar sou gesê kan word dat die grondslag van die hof se beslissing op die volgende beginsel berus: die hof moet tevrede wees dat die aantekeninge die betrokke getuie se herinnering van wat hy persoonlik waargeneem het, korrek reflekteer. Origens is daar geen beswaar dat 'n gesamentlike aantekening vir doeleindes van geheuever-frissing aangewend word nie[38] (mits natuurlik aan alle ander vereistes voldoen word).

4 2 3 Persoonlike kennis: die individuele aantekening wat die resultaat van oorlegpleging is

In R v Bass[39] is by duidelike implikasie regterlike goedkeuring verleen aan polisiemanne se gebruik[40] om

---

38 Sien ook oor die algemeen Jones on Evidence (Band 4) par 27 6 en Taylor v Armand [1975] Crim L Rev 227.

39 [1953] 1 All ER 1064.

40 Sien oor die algemeen Purves 1971 Crim L Rev 212. Op 214 verklaar hierdie skrywer soos volg: "Obviously, collaboration between two police witnesses in the writing up of their notebooks will tend to produce a more complete account of the events: the one might be albe to remind the other of features which would otherwise have slipped from memory and to emphasise features which the other might have discarded as irrelevant. Where two or more policemen are called to testify about the same event, it is now expected that they will have collaborated in the writing-up of the notebooks in order both to make sure that they have as correct a version as possible of the event and to avoid under cross-examination the embarrassment of having to explain any needless discrepancies between notebooks." Sien egter ook Heaton-Armstrong 1987 Crim L Rev 470 se bespreking van Bass

hul individuele aantekeninge met betrekking tot 'n voorval wat hul saam ervaar het, op te stel nadat hul - toe hul herinneringe nog vars was - onderling oorleg gepleeg het:[41]

> The officers' notes were almost identical. They were not made at the time of the interview. One officer made his notes after the appellant had been charged, and the other officer made his an hour later. Counsel for the appellant suggested to the officers in cross-examination that they had collaborated. They denied that suggestion. This court has observed that police officers nearly always deny that they have collaborated in the making of notes, and we cannot help wondering why they are the only class of society who do not collaborate in such a matter. It seems to us that nothing could be more natural or proper, when two persons have been present at an interview with a third person, than that they should afterwards make sure that they have a correct version of what was said. Collaboration would appear to be a better explanation of almost identical notes than the possession of a superhuman memory.

Uit bovermelde aanhaling is dit egter duidelik dat eerstehandse ervaring van die gebeurtenis steeds die basiese vertrekpunt is.

In R v Bass supra was daar, streng gesproke, nie van 'n gesamentlike aantekening sprake nie.[42] Die geskilpunt was bloot of die twee polisie-getuies, in die voorbereiding

---

41 R v Bass supra 1067D-E (my beklemtoning).

42 Vgl in hierdie verband par 4 2 2 supra.

van hul individuele aantekeninge, met mekaar oorleg gepleeg het. Op die keper beskou, was die risiko van wedersydse beïnvloeding ter sprake.[43] Die polisie-getuies het - ten spyte van die feit dat hul onderskeie aantekeninge amper identies was - ontken dat hul met mekaar oorleg gepleeg het. Die verhoorhof het die verdediging se versoek dat die jurie insae moes verkry in die aantekeninge wat ter geheueverfrissing aangewend is, van die hand gewys. Op appèl word beslis dat die jurie die geleentheid gebied moes gewees het om die aantekeninge te ondersoek aangesien die geloofwaardigheid en akkuraatheid van die getuienis van die twee polisie-getuies - wat die enigste kroongetuies was - 'n "vital matter" was, veral in die lig van die twee getuies se aansprake dat hul in die opstelling van hul onderskeie aantekeninge nie met mekaar oorleg gepleeg het nie.

Dit wil blyk asof R v Bass supra gesag is vir die volgende stellings:

(a) Wanneer 'n getuie sy aantekening opstel in oorleg met 'n ander getuie wat ook die gebeure persoonlik ervaar het, het sodanige oorlegpleging nie ipso facto tot gevolg dat die betrokke aantekening nie vir doeleindes van geheueverfrissing aangewend mag word nie.[44]

---

43 Sien ook oor die algemeen R v Mawena 1961 3 SA 362 (SR) wat bespreek word in par 4 2 2 supra.

44 Daar bestaan, mi, geen rede waarom R v Bass supra spesifiek tot polisie-getuies beperk behoort te word nie.

(b) Of persoonlike kennis aanwesig is, is 'n feitevraag. Die getuies se valse ontkenning dat hul oorleg gepleeg het, affekteer hul geloofwaardigheid en mag - in die lig van al die omstandighede - byvoorbeeld die afleiding regverdig dat 'n betrokke getuie nie die spesifieke gebeure self waargeneem het nie, maar bloot 'n ander waarnemer se aantekeninge oorgeskryf het. Die feitebeoordelaar moet die geleentheid kry om die aantekeninge te kan vergelyk.[45]

4 3 Verlies van herinnering

Die sentrale gedagte by geheueverfrissing is dat die getuie 'n algehele of gedeeltelike verlies van herinnering ervaar en dat daar op grond van sodanige verlies genoegsame regverdiging bestaan vir 'n afwyking van die reël dat 'n getuie in die getuiebank nie met behulp van of met verwysing na 'n aantekening mag getuig nie.

Die Suid-Afrikaanse beslissings skep die indruk dat die howe by 'n geheueverfrissingsaansoek geneig is om bloot te steun op die getuie se aanspraak dat hy nie die relevante inligting uit sy geheue kan opdiep nie.[46]

---

45 Sien ook oor die algemeen hfst 6 infra.

46 Sien oor die algemeen die opmerkings in Lenssen v Rex 1906 TS 154 156 en John Fell v The Colonial Government 1890 NLR 11. In hierdie sake is nie uitdruklik beslis dat 'n getuie se blote ipse dixit voldoende is nie. Die algemene trant van dié sake skep egter die indruk dat die getuie se blote stelling dat hy vergeet

Daar mag goeie redes wees waarom verlies van herinnering nie as preliminêre geskilpunt identifiseer en beslis word nie. Verlies van herinnering het 'n sterk subjektiewe inslag en om aan die hand van streng objektiewe reëls of maatstawe te bepaal watter graad van verlies nodig is ten einde 'n geheueverfrissingsaansoek ten grondslag te lê, mag beteken dat volledigheid en akkuraatheid van getuienis ingeboet word. Hierteenoor moet egter ook vermeld word dat die akkusatoriale prosesmodel 'n hoë premie plaas op die handhawing van die algemene beginsel dat 'n getuie in die getuiebank nie 'n aantekening mag raadpleeg nie en as't ware 'n onafhanklike herinnering moet hê van die feite waaroor hy getuig.[47] Wanneer daar by 'n aansoek om geheueverfrissing té geredelik aanvaar word dat 'n getuie 'n verlies van herinnering ervaar, mag dit beteken dat die karakter van die akkusatoriale prosesmodel ondermyn word. In Goings v United States is byvoorbeeld soos volg opgemerk:[48] "[I]f a party can offer a previously given statement to substitute for a witness's testimony under the guise of 'refreshing recollection', the whole adversary system of trial must be revised. The evil of this practise hardly merits discussion". 'n Neiging om té geredelik te steun op 'n

het, baie geredelik deur die hof aanvaar word. In par 4 3 4 infra word enkele praktiese riglyne voorgestel mbt 'n ondersoek na die vraag of verlies van herinnering aanwesig is en watter maatstaf in hierdie verband aangewend behoort te word.

47 Sien oor die algemeen par 1 2 supra.

48 377 F 2d 753 760 (8th Cir 1967).

getuie se ipse dixit dat hy nie kan onthou nie, kan, in die eerste plek, daartoe lei dat die algemene reël dat 'n getuie sonder die bystand van 'n aantekening moet getuig, te maklik omseil word[49] en, in die tweede plek, skep dit die geleentheid vir 'n leuenagtige getuie om in die getuiebank sy aantekening te raadpleeg ten einde te verhoed dat hy homself weerspreek, dit wil sê, om te verhoed dat sy mondelinge getuienis bots met sy vroeëre aantekening.[50] Deur uit die staanspoor te beweer dat hy niks kan onthou nie, kan 'n getuie sy posisie versterk deurdat hy effektiewe kruisondervraging in 'n groot mate aan bande lê.[51]

'n Verdere wesenlike probleem het betrekking op geveinsde teenoor werklike verlies van herinnering.[52] Wat prosedure betref, het Bentham in hierdie verband 'n interessante voorstel gemaak. Hy het gesê dat sodra 'n getuie in die

49 Par 23 3 (a) van die Report of the Task Force.

50 Newark and Samuels 1978 Crim L Rev 408: "No doubt where there is a suspicion that the witness's memory is not exhausted and he merely wants to refer to his notes in order not to contradict himself, a court will be reluctant to allow the witness to refer to his notes." Die begrip "exhaustion of memory" word bespreek in par 4 3 1 infra.

51 Sien die aanhaling in vn 17 in par 4 2 1 supra.

52 Sien ook oor die algemeen die bespreking van die weerspannige getuie se posisie in hfs 6.

loop van sy getuienis 'n aantekening wil raadpleeg, dan moet die partye eers - op aandrang van die party wat nie die getuie opgeroep het nie - die geleentheid gebied word om hierdie getuie met betrekking tot die gebeure te ondervra ten spyte van die getuie se bewering dat hy niks kan onthou nie. Bentham motiveer sy benadering deur te sê dat die getuie[53]

> ... if he be honest, be his answers at that time what they may, neither he nor the side on which he deposes has anything to fear. Suppose him to say - I am unable to recollect anything about the matter without my notes: even an answer to that effect may be highly instructive; for, on recurrence to the nature of the transaction, as delineated in his notes, it will be a point to be judged of, whether it be probable that his oblivion of it should be thus entire ... [I]n case of dishonesty, it may very well happen that the nature and circumstances of the deviation shall betray it.

Daar is heelwat meriete in Bentham se voorstel - die belange van al die partye, asook dié van die getuie, word geakkomodeer. En terselfdertyd is die prosedure van so 'n aard dat die leuenagtige getuie in die reël identifiseer sal kan word en die eerlike getuie wat werklik vergeet het, nie benadeel sal word nie. Bentham se benadering impliseer egter duidelik dat uitputting van die getuie se geheue op aandrang van die teenparty as preliminêre geskilpunt uitgelig behoort te word. Geen Suid-Afrikaanse gesag kon in hierdie verband opgespoor word nie, maar in oorweging word gegee dat hierdie

---

53 Bentham (Band II, Boek III) 15.

voormelde prosedure deur 'n Suid-Afrikaanse hof gevolg sal word of gevolg behoort te word in gevalle waar 'n party teen 'n geheueverfrissingsaansoek beswaar sou maak op die basis dat die getuie bloot geveinsde en nie werklike verlies van herinnering ervaar nie.

In R v Kwok Si Cheng[54] het die vervolging aansoek gedoen dat 'n kroongetuie toegelaat moes word om sy geheue te kon verfris met behulp van 'n aantekening wat amper drie jaar oud was en wat die betrokke getuie selektief saamgestel het uit inligting wat vervat was in 'n sakboekie wat hy sedertdien verloor het. Die verdediging het hierteen beswaar gemaak op die basis dat 'n "partial copy" van hierdie aard die beskuldigde kan benadeel en, voorts, "that there probably had been alterations in the transcription from the notebook to the statement."[55] Die verhoorregter het toegelaat dat die betrokke getuie in die afwesigheid van die jurie ondervra word ten aansien van, onder andere, die vraag hoeveel die betrokke getuie, onafhanklik van sy aantekening, van die betrokke gebeure kon onthou. Eers hierná het die verhoorhof die aansoek toegestaan. Op appèl is hierdie prosedure oënskynlik goedgekeur. In die betrokke hofverslag word egter geen melding gemaak van 'n spesifieke maatstaf ingevolge waarvan 'n bepaalde graad van herinneringsverlies aanwesig behoort te wees nie. Soos hieronder sal blyk, word daar wel in die VSA en Kanada van spesifieke maatstawe gebruik gemaak. Hierdie maatstawe is gebaseer

---

54 (1976) 63 Cr App R 20.

55 22 van die verslag.

op die vraag of herinneringsherlewing of -herhaling ter sprake is.

4 3 1 Aanbevelings van die Kanadese Task Force

Bovermelde Task Force het aanbeveel dat in die geval van herinneringsherlewing "the court should be able, in its discretion, to allow a witness to refresh his recollection if he is unable to recall fully a matter on which he is being examined, without requiring him to exhaust his recollection."[56] Die opvallende oogmerk van hierdie maatstaf is die bevordering van die volledigheid en akkuraatheid van getuienis. Begryp moet word dat hierdie betrokke maatstaf eintlik twee elemente het, naamlik die bestaan van 'n onvermoë om volledig te onthou, welke onvermoë gekwalifiseer word deurdat daar nie van die getuie verwag word om sy geheue eers uit te put nie. Hierdie benadering is klaarblyklik gebaseer op die verskynsel dat 'n getuie in die loop van sy getuienis kan vashaak ten aansien van sekere feite omdat hy probleme ondervind om gebergde inligting te herwin, maar dat hy weer vlot kan getuig die oomblik as hy die nodige prikkel of stimulant ontvang wat hom as't ware weer toegang tot die gebergde inligting gee.[57] Wat betref die begrippe "uitputting van 'n geheue" en "onvermoë om volledig te herroep", kan die volgende opmerkings gemaak word:

---

56 Par 23 3 (a) van die Report of the Task Force (my beklemtoning).

57 Sien oor die algemeen par 3 2 supra, asook Minninger (vert deur Viljoen) Totale Geheue 30.

(a) In geval van uitputting van geheue ("exhaustion of memory") word daar van die getuie verwag om aktief en onafhanklik van die relevante aantekening te kontroleer of hy nie moontlik oënskynlik vergete feite kan opdiep nie. Die geskilpunt wat hier ter sprake is, is of die getuie nie maar net versuim het om die herwinningsproses op eie stoom te voltooi nie. Dit beteken dus dat dit eintlik makliker is om 'n grondslag vir 'n geheueverfrissingsaansoek te lê wanneer uitputting van geheue nie as kwalifikasie geld ten aansien van 'n getuie se aanspraak dat hy 'n onvermoë ervaar om volledig te herroep nie.

(b) Die "onvermoë om volledig te herroep" is uiteraard 'n elastiese omskrywing en die hof se bevinding dat 'n onvermoë van hierdie aard aan- of afwesig is, sal in 'n groot mate afhang van die betrokke geskilpunte ten opsigte waarvan daar van die getuie verwag word om te getuig. Byvoorbeeld: wanneer spesifieke datums of syfers in geskil is, sal 'n hof stellig meer geredelik 'n getuie se blote ipse dixit tot die effek dat hy nie volledig kan onthou nie, aanvaar. Dit is onnodig en ongewens om in hierdie verband enigsins dogmaties te wees.[58]

Vir doeleindes van herinneringsherhalingsgevalle, het

---

58 Newark and Samuels 1978 Crim L Rev 408 beweer ook dat "in many instances where it is clear that the witness will at some stage have to refer to his notes, the court will allow this at the outset to save time."

die Task Force aanbeveel dat die getuie "must be unable to recall the facts recorded, before the writing is admissible."[59] In vergelyking met herinneringsherlewing, is 'n strenger toets of maatstaf dus hier ter sprake.[60]

4 3 2 Die New York-leerstuk

Al die bovermelde aanbevelings van die Task Force kan beskou word as 'n variant van die sogenaamde New York-leerstuk wat deur Wigmore[61] identifiseer is na aanleiding

---

59 Par 23 4 (e) van die Report of the Task Force (my beklemtoning). Sien voorts par 4 3 3 infra vir 'n vergelyking van hierdie maatstaf, nl 'n onvermoë om te onthou, met die maatstaf wat in die VSA se Federal and Revised Uniform Rules on Evidence aangetref word.

60 Die rede hiervoor is geleë in die feit dat die Task Force aanbeveel het dat, igv herinneringshaling, die inhoud van die betrokke aantekening selfstandige bewyswaarde moet hê. Sien par 23 4 (h) van die Report of the Task Force. Hierteenoor is vir herinneringsherlewingsdoeleindes aanbeveel dat die aantekening "should be inadmissible as evidence of the facts stated therein, unless it is a transcript of testimony given by the witness on a prior occasion when he was under oath and subject to cross-examination." Sien par 23 5 (f) van die Report of the Task Force. Die relevante bepalings van die Kanadese Uniform Evidence Bill - waarin die Task Force se aanbevelings vervat is - word in hfst 7 hieronder volledig bespreek en met bepalings in ander Anglo- Amerikaanse lande vergelyk.

61 Wigmore par 738.

van Russell v Hudson River Ry Co[62] waar met verwysing na herinneringsherhaling soos volg beslis is: "It is an indispensable preliminary to the introduction of such memoranda in evidence ... that the witness is unable with the aid of the memorandum to speak from ... [present] ... memory as to the facts." Ingevolge hierdie leerstuk moet dus as eerste stap die moontlikheid van herinneringsherlewing ondersoek word. Maak die aantekening die vae geheue weer helder? Herleef 'n herinnering? En eers as herinneringsherlewing as afwesig bevind word, mag toevlug tot herinneringsherhaling geneem word. Dit wil blyk asof die New York-leerstuk 'n sterk analitiese grondslag het wat die akkusatoriale prosesmodel se voorkeure betreffende die aanbieding van getuienis, in die korrekte volgorde plaas.[63] Dié volgorde is soos volg:

---

62 17 NY 134 140 (1858) soos aangehaal deur Wigmore par 738 en Walker 1975-1976 (6) Cum L Rev 471 475 vn 24.

63 Sien oor die algemeen para 1 1, 1 2, 2 4 en 2 5 supra. Daar dien vermeld te word dat die New York-leerstuk self nie meer in die staat van New York gevolg word nie en slegs met afwisselende sukses in ander state toegepas word. Sien oor die algemeen State v Masse 186 A 2d 553 (1962); Joscon v City of Detroit 151 NW 2d 813 (1976); State v Benson 364 P 2d 220 (1961). Vgl egter ook Jordan v United States 373 US 944 (1962). Daar is al gesê dat die howe die New York-leerstuk se vereiste dat 'n huidige herinnering afwesig moet wees alvorens herinneringsherhaling toegelaat word, verwerp waar "the circumstances of the case suggest that the prior recorded statement would be more complete and more reliable than testimony based upon the

(i) 'n Getuie behoort in beginsel 'n onafhanklike herinnering te hê van die gebeure waaroor hy getuig en behoort dus te getuig sonder die bystand of raadpleging van sy aantekening; (ii) waar die getuie egter probleme ondervind om inligting te herroep, mag hy hom in bepaalde omstandighede na die relevante aantekening wend ten einde sy geheue te stimuleer; (iii) waar stimulasie nie slaag nie, mag die getuie hom in bepaalde omstandighede uitsluitlik op die aantekening verlaat deur dit uit te lees, te bevestig en in te handig. Kortom gestel: die New York-leerstuk kom neer op 'n stap-vir-stap prosedure waarin die beginsels van die akkusatoriale prosesmodel behoorlik nagevolg word.

Wigmore loods egter 'n priemende aanval op die New York-leerstuk. Hy beweer dat dié leerstuk in stryd is met die gevestigde gebruik om 'n deskundige getuie toe te laat om sy verslag uit te lees "as the basis of his testimony."[64] Dit is nie duidelik waarom Wigmore uit hierdie invalshoek kritiek op die New York-leerstuk lewer nie. Die prosedure wat gevolg word ten aansien van 'n deskundige getuie wat met die oog op gedingvoering 'n verslag opstel, word beskou as 'n erkende uitsondering op die algemene reël dat 'n getuie moet getuig sonder die bystand van 'n aantekening.[65] Die deskundige getuie kan

---

present memory of the witness". (Sien McCormick on Evidence par 302). Sien voorts ook par 3 3 infra.

64 Wigmore par 740.

65 Wigmore par 787 ontken ook nie dat hierdie uitsondering tav

sy verslag uitlees, bevestig en inhandig. In hoofstuk ses van hierdie werk word betoog dat die vraag of 'n mens hier met herinneringsherlewing of -herhaling te doen het, bloot geïgnoreer behoort te word ten gunste van 'n praktiese benadering dat die deskundige getuig asof 'n situasie van herinneringsherhaling ter sprake is. Dit blyk onsuiwer te wees om die geldigheid van die New York-leerstuk aan te val in die lig van die uitsondering betreffende deskundige getuies.

Wigmore sê voorts dat die New York-leerstuk is "unapproved by good sense" - en hy motiveer soos volg:[66]

> A faithful memorandum should be acceptable, not conditionally on the total or partial absence of a present remnant of actual recollection in the particular witness, but unconditionally; because, for every moment of time which elapses between the act of recording and the occasion of testifying, the actual recollection must be inferior in vividness to the recollection perpetuated in the record.

Hierdie betoog van Wigmore kan tot die volgende beginsel reduseer word: 'n betroubare aantekening het 'n sterker akkuraatheidspotensiaal as die mondelinge getuienis van 'n getuie wat op herinneringsherlewing aanspraak maak. Dit is op hierdie punt dat Wigmore gedeeltelik gelyk gegee moet word. 'n Starre toepassing van die New York-

deskundige getuies geld nie. Sien ook oor die algemeen S v Heller 1964 1 SA 520 (W) 522B-E.

66 Wigmore par 738 (beklemtoning in die oorspronklike).

leerstuk mag beteken dat akkuraatheid van getuienis ingeboet word. In State v Contreras[67] het 'n getuie die bestaan van 'n huidige herinnering erken maar daarop aanspraak gemaak dat sy aantekening wat hy opgestel het toe die gebeure varser in sy geheue was, akkurater as sy herinnering sou wees. Die hof se beslissing dat die getuie nie met 'n beroep op herinneringsherhaling kon slaag nie, kan toegeskryf word aan die invloed van die New York-leerstuk, naamlik dat 'n huidige herinnering afwesig moet wees alvorens die herinneringshalingsprosedure gevolg mag word. Sommige howe in die VSA het al die ander uiterste standpunt ingeneem, naamlik dat die aan- of afwesigheid van 'n huidige herinnering hoegenaamd nie in ag geneem hoef te word vir doeleindes van 'n beslissing oor die vraag of die herinneringsherhalingprosedure gevolg mag word nie.[68] McCormick reageer soos volg op hierdie beslissings:[69]

> In many cases, perhaps most, it is undoubtedly true that present recollection, clouded by the passage of time, is less accurate than a statement made at a time when recollection was fresh and clear. But complete abandonment of this requirement would probably encourage the use of statements prepared for purposes of the litigation under the supervision of claims adjusters or attorneys or under other circumstances casting significant doubt upon the reliability of the statement.

---

67 253 A 2d 612 (1969).

68 State v Sutton 450 P 2d 748 (1969).

69 McCormick on Evidence par 302.

Hierbenewens is dit ook so dat die geredelike toelating van inligting vervat in 'n aantekening die mondelinge karakter van die akkusatoriale prosesmodel skend. Op hierdie aspek is reeds gewys.[70]

4 3 3 Die kompromie

'n Goeie kompromie word aangetref in reël 803(5) van die Amerikaanse Federal and Revised Uniform Rules on Evidence waarin bepaal word dat die herinneringsherhalingsprosedure gevolg kan word wanneer dit blyk dat 'n getuie "now has insufficient recollection to enable him to testify fully and accurately."[71] Hierdie maatstaf lê êrens tussen die New York-leerstuk en Wigmore se standpunt: algehele afwesigheid van 'n huidige herinnering soos vereis deur die New York-leerstuk is nie 'n vereiste nie, maar terselfdertyd word Wigmore se benadering dat dit bloot behoort te gaan om die aanwesigheid van 'n "faithful memorandum", ook nie toegelaat nie. Dit is duidelik dat reël 803(5) die volledigheid en akkuraatheid van getuienis wil bevorder, maar terselfdertyd ruimte wil laat vir die toepassing van die algemene reël dat 'n getuie

---

70 Sien par 4 3 supra.

71 Soos in hfst 6 aangetoon sal word, is dit die benadering in die VSA om gevalle van herinneringsherhaling as 'n erkende uitsondering op die hoorsêreël te hanteer. Hierdie benadering is een van die redes waarom daar in die VSA gepoog word om van spesifieke maatstawe gebruik te maak. Die oogmerk is om te kan bepaal of 'n geval van herinneringsherlewing of 'n geval van herinneringsherhaling ter sprake is.

onafhanklike mondelinge getuienis behoort te lewer.[72]

Die Kanadese Task Force het die toets soos vasgelê in reël 803(5) verwerp. In navolging van die Task Force se aanbevelings, vereis die Kanadese Uniform Evidence Bill dat herinneringsherhaling slegs mag plaasvind "[w]here a witness is unable to recall..."[73] Die Task Force het bevind dat die benadering[74] "to admit past recollection recorded merely because the witness's memory has faded ('insufficient recollection to enable him to testify fully and accurately')[75] would be abused..." Die neiging in Kanada is dus om groter klem te plaas op die algemene reël dat 'n getuie onafhanklike mondelinge getuienis behoort te lewer. Dit wil egter blyk asof die Kanadese standpunt - net soos die New York-leerstuk - die volledigheid en akkuraatheid van getuienis indirek ondermyn deur op algehele afwesigheid van 'n huidige herinnering as een van die voorvereistes vir die herinneringsherhalingprosedure aan te dring. Die volledigheid en akkuraatheid van die getuienis van 'n getuie wat bloot 'n huidige gedeeltelike herinnering ervaar, kan bevorder

---

72 Sien ook oor die algemeen Graham Handbook of Federal Evidence 801-802.

73 Klousule 113(1) van die Uniform Evidence Bill.

74 Par 24 3(a) van die Report of the Task Force.

75 Hierdie gedeelte wat in hakies is, is die maatstaf wat in reël 803(5) van die Federal and Revised Rules on Evidence aangetref word. Sien ook par 1237 van die California Evidence Code.

word deur hom maar toe te laat om die relevante aantekening uit te lees, te bevestig en in te handig. Uit 'n praktiese oogpunt gesien, is dit ook so dat dit dikwels moeilik sal wees om in die lig van spesifieke geskilpunte in die saak, 'n duidelike onderskeid tussen 'n algehele verlies van 'n huidige herinnering en 'n huidige gedeeltelike verlies te onderskei. Hierdie probleem ontstaan nie wanneer "volledigheid en akkuraatheid" as maatstaf aangewend word nie.

4 3 4 Enkele aanbevelings

Alhoewel daar nie in die Suid-Afrikaanse bewysreg uitdruklik op 'n prinsipiële grondslag tussen gevalle van herinneringsherlewing en -herhaling onderskei word nie,[76] kan daar myns insiens heelwat voordeel geput word uit die Amerikaanse en Kanadese benaderings ten aansien van die vraag watter graad van verlies van herinnering aanwesig moet wees alvorens daar gesê kan word dat genoegsame regverdiging bestaan vir 'n afwyking van die reël dat getuies normaalweg in die loop van hul getuienisaflegging nie 'n aantekening mag raadpleeg nie.

In die lig van die psigologiese dimensies rakende die mens se geheue[77] en die onderskeie toetse of maatstawe

76 In verdere hfste in hierdie werk - en veral in hfste 5, 6 en 7 - word betoog dat daar in die Suid-Afrikaanse bewysreg wel deeglik tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei behoort te word.

77 Sien oor die algemeen hfst 3.

wat in die voorafgaande paragrawe bespreek is, word aan die hand gedoen dat die geskilpunt rakende verlies van herinnering soos volg hanteer behoort te word.

Eerstens, sodra 'n getuie beweer dat hy sekere feite nie kan onthou nie en daar aansoek gedoen word om insae in die relevante aantekening, behoort ondersoek ingestel te word na die vraag of die getuie se huidige herinnering (indien enige) voldoende is om hom in staat te stel om volledig en akkuraat te kan getuig. Die prosedure soos deur Bentham voorgestel,[78] behoort in die loop van hierdie ondersoek gebruik te word. Aanwending van hierdie prosedure beteken, in effek, dat die getuie onafhanklik van die aantekening sy geheue moet probeer uitput en dat hy vir hierdie doel ondervra kan word.

Tweedens, indien bevind sou word dat die getuie 'n huidige algehele verlies van herinnering het of 'n huidige gedeeltelike verlies het wat van so 'n aard is dat hy nie volledig en akkuraat kan getuig nie, dan is daar myns insiens 'n voorlopige basis gelê op grond waarvan oorgegaan kan word tot beslissing van die vraag of aan ander geheueverfrissingsvereistes voldoen word - byvoorbeeld of die aantekening deur die getuie gemaak is in 'n stadium toe sy herinnering van die gebeure nog vars was. Wanneer een maal beslis word dat die getuie insae in die aantekening kan verkry, mag dit gebeur dat die getuie kan beweer dat hy herinneringsherlewing ervaar. Hy beweer

---

78 Sien par 4 3 supra.

dan in effek dat sy verdere getuienis onafhanklik van die aantekening kan geskied en dat hy nie vir die volledigheid en akkuraatheid van sy getuienis op die aantekening hoef te steun nie.[79] Maar selfs hier moet die hof natuurlik nie aan die getuie se ipse dixit gebonde wees nie. Indien die getuie byvoorbeeld ten spyte van sy aanspraak op herinneringsherlewing kort-kort 'n behoefte ondervind om sy aantekening te raadpleeg, mag dit 'n sterk aanduiding wees dat daar bloot 'n huidige gedeeltelike herinnering aanwesig is. In hierdie situasie kan volledigheid en akkuraatheid beter bevorder word indien die getuie eerder op die inhoud van die aantekening in plaas van sy geheue steun.

In die slothoofstuk van hierdie werk word betoog dat dit belangrik is dat die hof moet bevind of 'n getuie herinneringsherlewing ervaar (dit wil sê, op grond van 'n huidige herinnering getuig) en of hy geen onafhanklike herinnering het nie en dus bloot sy opgetekende herinnering herhaal (dit wil sê, sy toevlug tot herinneringsherhaling neem). Voorlopig kan gesê word dat 'n bevinding van hierdie aard nodig is in die lig van die volgende opmerkings van hoofregter Rumpff in S v Bergh:[80] "By verfrissing van geheue is die aantekening wat gebruik word nie getuienis in die saak nie, alhoewel dit wel miskien getuienis skyn te word indien die getuie geen onafhanklike herinnering van die inhoud het nie."[81] In geval van

---

79 Sien par 1 6 supra.

80 1976 4 SA 857 (A) 865C-D.

81 In hfst 6 word standpunt ingeneem dat hierdie terloopse

herinneringsherhaling moet 'n getuie in die reël ook van die oorspronklike aantekening gebruik maak.[82]

---

opmerking van hr Rumpff inderdaad navolgenswaardig is.

82 Sien par 5 8 infra.

HOOFSTUK 5

VEREISTES MET BETREKKING TOT DIE AANTEKENING

5 1 Inleiding 157

5 2 Die klassieke standpunt 157

5 3 Die tradisionele vereistes: persoonlike aantekening of persoonlike verifikasie 160

5 4 Verifikasie: die "sirkel-van-bevestiging" 163

5 5 Verifikasie: die "ketting-van-bevestiging" 167

5 6 Die "vereiste" dat die aantekening ante litem motam gemaak moes gewees het 175

5 7 Tydsverloop: "vars in die geheue" 181

5 8 Die oorspronklike aantekening en die afskrif 187

5 9 Die aantekening en herinneringsherlewing: die liberale benadering in die VSA en Kanada 196

5 10 Standpuntstelling oor herinneringsherlewing: die liberale benadering teenoor die tradisionele vereistes van die Engelse gemene bewysreg 209

HOOFSTUK 5

VEREISTES MET BETREKKING TOT DIE AANTEKENING

5 1 Inleiding

Geheueverfrissing binne die getuiebank, dit wil sê, in die loop van getuienisaflegging, het die ooglopende voordeel dat die hof direkte beheer oor die prosedure kan uitoefen.[1] Die hof kan (en moet)[2] toesien dat aan sekere vereistes voldoen word. Anders as in die geval van geheueverfrissing buite die getuiebank,[3] word streng vereistes gestel ten aansien van 'n aantekening wat ter geheueverfrissing geraadpleeg word terwyl 'n getuie besig is om getuienis te lewer. Die primêre oogmerk van hierdie geheueverfrissingsvereistes is om te verseker dat die getuie gebruik maak van 'n aantekening wat die akkuraatheid van sy getuienis kan bevorder.[4]

5 2 Die klassieke standpunt

In die loop van die agtiende eeu[5] en aan die begin van

1 Sien oor die algemeen R v Richardson (1971) 55 Cr App R 244.

2 Sien egter R v Governor of Gloucester Prison, ex parte Miller [1979] 2 All ER 1103 soos bespreek in vn 65 infra.

3 Sien hfste 7 en 8.

4 Sien egter par 5 9 infra.

5 Vaughan v Martin 1 Esp 440 (1796). Sien ook oor die algemeen McCormick on Evidence par 299.

die negentiende eeu het die Engelse gemene bewysreg 'n heeltemal ontspanne standpunt gehandhaaf ten aansien van 'n aantekening wat 'n getuie vir geheueverfrissingsdoeleindes kon raadpleeg:[6] "If upon looking at any document he can so far refresh his memory as to recollect a circumstance it is sufficient; and it makes no difference that the memorandum is not written by himself, for it is not the memorandum that is the evidence but the recollection of the witness". In navolging van McCormick, word voortaan na hierdie vroeë standpunt van die Engelse gemene bewysreg as die "klassieke standpunt" verwys.[7]

Daar dien vermeld te word dat die klassieke standpunt beperk was tot gevalle van herinneringsherlewing, dit wil sê, gevalle waar die aantekening bloot as stimulant of prikkel dien om die getuie se geheue te laat opflikker sodat hy onafhanklik van die aantekening en op grond van 'n huidige herinnering kan getuig.[8]

In hierdie vroeë ontwikkelingstadium is gevalle waar 'n getuie geen onafhanklike herinnering gehad het nie, op

---

6 Henry v Lee 2 Chitty 124 125 (1810) (my beklemtoning en soos aangehaal deur Wigmore par 759, Walker 1975-1976 (6) Cum L Rev 471 474 vn 19 en Delisle Evidence: Principles and Problems 139).

7 McCormick on Evidence par 9.

8 Voorlopig kan gesê word dat uit 'n suiwer psigologiese perspektief is hierdie situasie nie slegs moontlik nie, maar inderdaad ook verdedigbaar. Sien oor die algemeen par 3 6 supra, par 5 9 infra en Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L Rev 860 861-862.

'n ander wyse hanteer. In hierdie gevalle is daarop aangedring dat die getuie die relevante aantekening moes gemaak het of as akkuraat moes bevestig het toe die gebeure nog vars in sy geheue was.[9] Die ooglopende rede hiervoor is dat die getuie in geval van herinneringsherhaling nie 'n onafhanklike herinnering het nie en vir die volledigheid en akkuraatheid van sy getuienis op die inhoud van die aantekening moet steun.[10] Ten spyte van hierdie vroeë prinsipiële onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling, is in regspraak volhard om na beide gevalle as "refreshing of memory" te verwys.[11] Hierdie terminologiese onakkuraatheid het daartoe bygedra dat herinneringsherlewing en herinneringsherhaling in die loop van die negentiende eeu oor dieselfde kam geskeer is.[12] Delisle verduidelik dat as gevolg van hierdie

---

9 Sien bv Burrough v Martin (1809) 2 Camp 112, asook Murphy A Practical Approach to Evidence 362.

10 Sien oor die algemeen Schmidt 307. Soos reeds vroeër in par 2 6 supra verduidelik is, handhaaf die Engelse gemene bewysreg selfs in hierdie gevalle die teorie dat die werklike getuienis die mondelinge getuienis van die getuie is en dat die inhoud van die skriftelike stuk nie bewys word nie. Sien voorts par 6 7 infra.

11 Wigmore par 735. Sien bv die gebruik van die begrip "refreshing of memory" in Burrough v Martin (1809) 2 Camp 112 en Maugham v Hubbard (1828) 8 B en C 14. Beide hierdie sake het, streng gesproke, om herinneringsherhaling gewentel.

12 Wigmore par 735; McCormick on Evidence par 9: "Since ... the old name of 'refreshing recollection' was given to both practices, it was natural that the restrictions developed for one kind of memoranda

terminologiese verwarring[13] "conditions required for past recollection recorded came to be seen by many courts as conditions precedent to the receipt of testimony of present memory revived".

Die klassieke standpunt het dus 'n vroeë dood in die Engelse gemene bewysreg gesterf. Soos hieronder sal blyk, sou dit egter later in die VSA en Kanada herleef.[14] In Suid-Afrika is die klassieke standpunt nog nooit - sover vasgestel kon word - gevolg nie.[15]

5 3 Die tradisionele vereistes: persoonlike aantekening of persoonlike verifikasie van die aantekening

Weens die onakkurate en verwarrende gebruik van die

---

should be applied to the other." Walker 1975-1976 (6) Cumb L Rev 471 merk ook soos volg op tav herinneringsherlewing en -herhaling (my beklemtoning): "The two processes are similar in that both begin by allowing the witness to view the memorandum in an attempt to refresh his memory. After the viewing, if the witness has regained an actual recollection, he may testify as to his present memory, independently of the memorandum. However, if the witness is unable to arouse a present memory, he may authenticate and verify the correctness of the memorandum ... Because both of these processes evolved under the singular heading of 'refreshing of memory', they were rarely properly distinguished in application."

13 Delisle Evidence: Principles and Problems 140.

14 Sien par 5 9 infra.

15 Sien egter die terloopse opmerkings van regter Hiemstra

begrip "refreshing of memory", is die geldige[16] vereiste dat 'n getuie in geval van herinneringsherhaling slegs kan steun op 'n aantekening wat hy persoonlik gemaak het of persoonlik geverifieer het toe die gebeure nog vars in sy geheue was, oorgeplant op gevalle van herinneringsherlewing. Die vereistes van "persoonlike aantekening" of "persoonlike verifikasie" word voortaan as die "tradisionele vereistes" omskryf ten einde hierdie vereistes te kan onderskei van die sogenaamde "klassieke standpunt" wat, streng gesproke, bloot 'n kortstondige ontwikkelingsfase in die Engelse gemene bewysreg verteenwoordig het.

Daar sou gesê kan word dat die tradisionele vereiste van persoonlike aantekening op die oog af die betroubaarheid van getuienis bevorder en in 'n groot mate verseker dat eerstehandse ervaring van die gebeurtenis aanwesig is. Reeds so vroeg as 1795 is egter besef dat 'n getuie ook 'n derde se aantekening kon raadpleeg mits[17] "the witness saw it soon after it was made, and the entry corresponded with what he had himself then observed ..." In Burrough v Martin[18] het die vraag ontstaan of 'n skeepskaptein sy

in Estate Parry v Murray 1961 3 SA 487 (T) 493F-H.

16 Sien oor die algemeen Westman 1974-1975 (50) Notre Dame L 737-738.

17 Digby v Stedman 1 Esp 328 329 (1795). Sien ook Topham v McGregor (1844) 1 Car en Kir 320 en die bespreking van Dyer v Best (1866) 4 H en C 189 in vn 9 in par 4 2 supra.

18 (1809) 2 Camp 112. Sien ook oor die algemeen par 4 2 supra.

geheue kon verfris het met verwysing na inskrywings in 'n skeepsjoernaal. Die betrokke inskrywings was gemaak deur die eerste offisier. Hierdie inskrywings was egter gereeld nagegaan en as akkuraat bevestig deur die kaptein toe sy herinnering van die betrokke gebeure nog vars was. Lord Ellenborough bevind soos volg:[19]

> If the witness looked at the log-book from time to time, while the occurences mentioned in it were recent and fresh in his recollection, it is as good as if he had written the whole with his own hand. This collation gave him an ample opportunity to ascertain the correctness of the entries, and he may therefore refer to these on the same principle that witnesses are allowed to refresh their memory by reading letters and other documents which they themselves have written.

In Anderson v Whalley[20] is - op amper identiese feite - 'n soortgelyke standpunt ingeneem.

Daar bestaan geen regsvereiste dat verifikasie skriftelik moet geskied nie.[21]

Die bovermelde tradisionele vereistes van persoonlike aantekening of persoonlike verifikasie word ook in die Suid-Afrikaanse bewysreg nagevolg.[22] Soos hieronder sal

19 (1809) 2 Camp 112 (my beklemtoning).

20 (1852) 3 Car en Kir 54.

21 Dyer v Best (1866) 4 H en C 189. Skriftelike verifikasie van 'n derde se aantekening kan wel bewys vergemaklik: Murphy A Practical Approach to Evidence 360.

22 Mann v Rex 1931 SWA 54; S v Van Tonder 1971 1 SA 310 (T); R v Mawena 1961 3 SA 362 (SR); De Bruin v Rex 1945 2 PH H255 (T).

blyk,[23] is ons howe egter ook bereid om die vereiste van verifikasie op so 'n wyse te interpreteer dat dit die situasie insluit waar A getuig dat hy korrek aan B dikteer het en B kan getuig dat hy A se woorde korrek notuleer het.

5 4 Verifikasie: die "sirkel-van-bevestiging"

Tot onlangs is in Engelse regspraak aanvaar dat 'n getuie nie sy geheue kon verfris met 'n aantekening waarvan hy die inhoud dikteer het, maar nie self gelees en as korrek bevestig het nie.[24] Daar is aanvaar dat die getuie ten minste die aantekening self moes gelees en as akkuraat bevestig het. 'n Nuwe rigting is egter in R v Kelsey[25] ingeslaan. In hierdie saak het getuie A 'n voertuig by die toneel van 'n misdaad gewaar. Twintig minute later het die getuie die registrasienommer van hierdie voertuig mondeling aan 'n polisieman B verskaf. B het die nommer onmiddellik neergeskryf en vir doeleindes van kontrole aan die getuie A teruggelees. A het die korrektheid van hierdie teruglesing aanvaar, maar in geen stadium

23 Sien par 5 5 infra.

24 In R v Mills and Rose (1962) 46 Cr App R 336 342 is bv obiter te kenne gegee dat 'n getuie sy geheue slegs kon verfris mbv sy eie aantekening of "from a note made by some other person which he has ... himself seen, read and adopted as accurate." Sien ook die gesag aangehaal in vn 17 in par 5 3 supra, asook Murphy A Practical Approach to Evidence 360.

25 (1982) 74 Cr App R 213.

die aantekening self geverifieer deur dit te lees nie. Daar is dus nie aan die tradisionele vereiste van persoonlike verifikasie (in die sin dat die getuie die aantekening self moes gelees het) voldoen nie. Regter Taylor verklaar:[26]

> The question we have to decide is ... whether witness A can verify a note he dictates to B only by reading it himself, or whether it is sufficient if the note is read back by B to A at the time for confirmation. In most cases we would expect the note to be read by A if it is made in his presence. But what of the instant case, or cases involving the blind of illiterate? In our view there is no magic in verifying by seeing as opposed to verifying by hearing ... What must be shown is that witness A has verified in the sense of satisfying himself whilst the matters are fresh in his mind, (1) that a record has been made, and (2) that it is accurate.

In R v Kelsey supra is dus beslis dat akkuraatheidsbevestiging sonder dat die betrokke getuie self die aantekening gelees het, genoegsaam is om te voldoen aan die vereiste van verifikasie. Daar moet egter daarop gewys word dat B in hierdie saak getuig.het tot die effek dat hy die nommer korrek neergeskryf het en korrek aan A teruggelees het.[27] A se aanvaarding van B se mondelinge

---

26 217 van die verslag.

27 Ingevolge die bepalings van art 68 van die Engelse Police and Criminal Evidence Act 1984, sal B se getuienis rakende die registrasienommer vandag toelaatbaar wees as uitsondering op die hoorsêreël. Sien spesifiek art 68(1)(a) van hierdie wet wat in meer besonderhede ivm geheueverfrissing en aspekte van hoorsê in hfst 7 behandel word. Voorlopig word stilgestaan by die Engelse gemene bewysreg.

teruglesing, het eintlik 'n sirkel-van-bevestiging voltooi. A het die nommer aan B dikteer: A het gesien dat B iets neerskryf: B het aan A teruggelees wat hy neergeskryf het: A het B se mondelinge weergawe van die inhoud van B se aantekening as akkuraat bevestig. Die enigste kwelvraag is egter of 'n mens nie hier - in die woorde van Murphy[28] - met "verification by hearsay" te doen het nie: kom A se aanvaarding van B se mondelinge weergawe van wat hy (B) genotuleer het, daarop neer dat die sirkel-van-bevestiging nie voltooi is nie weens die aanwesigheid van hoorsê? Die antwoord op hierdie vraag is dat aangesien beide A en B getuig en beskikbaar is vir kruisondervraging, is daar geen aanvaarbare basis waarop beweer kan word dat hoorsê teenwoordig is en dat die sirkel-van-bevestiging dus nie voltooi is nie.[29] Daar moet gekyk

---

28 Murphy A Practical Apprach to Evidence 360.

29 Daar moet in elk geval ook gelet word op die feit dat in R v Kelsey supra B se getuienis aangebied is om A te help om sy geheue te verfris en nie om selfstandige bewys van die inhoud van die aantekening te verskaf nie. Cross en Tapper 253 verduidelik soos volg: "If the number has been dictated to a third party who has not himself seen it, his note is inadmissible as evidence of the number since it is hearsay, but it can be used by the dictator, who cannot remember the number, to 'refresh' his memory". Dit is op hierdie basis dat Jones v Metcalfe [1967] 3 All ER 205 en R v McClean (1968) 52 Cr App R 80 van R v Kelsey supra onderskei moet word. In R v Kelsey supra 217 sê regter Taylor ook die volgende: "It is important to stress that in McClean the court was dealing with an attempt to prove a car number, not by allowing the witness who took it to refresh

word na die gekombineerde effek[30] van A en B se getuienis: die hof kan bevind dat A se persoonlike waarneming vervat is in die aantekening omdat daar nêrens 'n skakel van ontoelaatbare getuienis bestaan nie.

---

his memory from a note he had dictated, but by the evidence of the scribe who wrote it down. Although logically defensible, this mode of proof might, if permitted, open the doors to allowing a witness' whole account of an incident, which he had dictated to an officer at the time and since forgotten, to be given at the trial by the officer. [This]... problem ... does not arise if the note is simply used to enable the original witness to refresh his memory on a point of precision. A witness may refresh his memory as to such a fact or figure which easily escapes or eludes human memory. Thus, for example, a date or time or an address, the exact words of a remark, a car or telephone number, are properly matters upon which a witness is entitled to refresh his memory. They are the precise details which sharpen and point his general evidence, and are to be distinguished from the narrative of event itself which the witness gives from recollection."

30 Sien oor die algemeen Morgan 1927 Harv L Rev 712 720. Vgl ook die volgende opmerkings oor R v McClean supra in Phipson on Evidence par 33-40 vn 44: "All that this case decided ... was that where A called out the number of a motor car to B who recorded it, B cannot give evidence of the number, A having forgotten it. Non constat but that if A had seen B's note and checked its accuracy he could have been allowed to say: 'although I have no recollection of the number I am confident that that is the number'. In any event it is not easy to see why R v

5 5 Verifikasie: die "ketting-van-bevestiging"

Anders as die Engelse howe, aanvaar die Suid-Afrikaanse howe dat verifikasie as bewese bevind kan word ongeag die feit dat die oorspronklike waarnemer glad nie die

---

Mclean was decided in the way that it was. If A says 'the number I dictated to B is correct' and B says 'I correctly recorded the number,' it is difficult to see how this differs in principle from when A has made the note himself." Sien voorts die kritiek teen R v McClean supra soos uitgespreek deur Libling 1977 Crim L Rev 268 276 en Mitchell (red) Archbold on Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases par 11-3. Die belangrikste aspek vir doeleindes van die huidige bespreking, is egter dat die slagoffer van die roof (die oorspronklike waarnemer) in R v McClean supra weens herinneringsverlies nie oor die registrasienommer kon getuig het nie en daar ook geen poging aangewend is om sy geheue te verfris het nie. Die persoon wat die slagoffer se aantekening neergeskryf het, se getuienis van die nommer van die voertuig was hoorsê omdat hy bloot sy aantekening gemaak het op grond van inligting ontvang van die slagoffer. Die aantekenaar het geen persoonlike kennis gehad nie en die vervolging het nie gepoog om - soos in R v Kelsey supra - die slagoffer se persoonlike waarneming via die aantekenaar weer terug na die slagoffer te herlei nie. May Criminal Evidence par 8-13 (beklemtoning in die oorspronklike) verduidelik dat die hoorsê-probleem in R v McClean supra "may be overcome provided the witness who identifies the car number verifies the note at the time when it is made. If this course is followed the identifying witness may refresh his memory from the notes and give evidence of the car number. He may do so because he verified the note at the time. The

inhoud van sy diktaat gekontroleer het nie.[31] Begryp moet word dat R v Kelsey[32] steeds as vereiste stel dat die betrokke getuie sy geheue slegs kan verfris indien hy die akkuraatheid van die aantekening bevestig het toe die gebeure nog vars in sy geheue was. Al wat eintlik in dié saak toegegee is, is dat akkuraatheidbevestiging ook kan geskied sonder dat die betrokke getuie noodwendig self die aantekening gelees het. 'n Sirkel-van-bevestiging moet egter steeds bestaan. Hiermee word bedoel dat die oorspronklike waarnemer op een of ander wyse tog maar die akkuraatheid van die aantekening moes nagegaan het.

In Suid-Afrikaanse regspraak word akkuraatheidsbevestiging deur die getuie self, nie vereis nie. Dit is genoegsaam indien die bestaan van 'n "ketting-van-bevestiging" as bewese bevind kan word. Dit is nie nodig dat die getuie (die oorspronklike waarnemer) self die ander persoon se aantekening moes bevestig het nie. Anders gestel: die "ketting-van-bevestiging" hoef nie 'n sirkel te voltooi nie.

> note taker has acted as his scribe in taking the note. The note is, in effect, the identifying witness's note. Thus, when he refreshes his memory from it, the identifying witness does no more than refer to his own note." Sien egter die bespreking van R v O'Linn 1960 SA 545 (N) in par 5.5 infra.

31 Sien oor die algemeen S v Smuts 1972 4 SA 358 (T) en R v O'Linn 1960 4 SA 545 (N). Vgl egter Mann v Rex 1931 SWA.

32 (1982) 74 Cr App R 213.

Die begrip "ketting-van-bevestiging" kan illustreer word met verwysing na R v O'Linn.[33] In hierdie saak het getuie C getuig oor sekere stophorlosielesings wat by 'n spoed-lokval geneem is. C het geen onafhanklike herinnering van die feite gehad nie en het getuig deur te steun op inskrywings in die relevante afkoopboete-kennisgewing. Hierdie inskrywings was egter nie deur C gemaak nie, maar deur getuie B. Getuie B het inligting wat C tydens die voorval uitgelees het, onmiddellik op die betrokke kennisgewing aangebring. Getuie C het egter in geen stadium toe die gebeure nog vars in sy geheue was, die akkuraatheid van getuie B se inskrywings nagegaan nie. Die appellant het aangevoer dat die verhoorhof fouteer het deur getuie C toe te gelaat het om te getuig met verwysing na die inligting wat vervat was in die betrokke kennisgewing. Op appèl benader regter James die aangeleentheid soos volg:[34]

> As the figures were in fact entered on the ticket by ... [B] ... at the moment they were dictated out by ... [C] ... it seems to me that ... [B] ... was no more than ... [C's] ... amenuensis, and that in the absence of any suggestion that ... [B] ... may have incorrectly recorded what ... [C] ... told him, (it seems to me that) ... [C] ... is entitled to refresh his memory from the ticket. But even if this is not the true position in law it seems to me that ... [C] ... is entitled to say "I read the stop-watches and gave ... [B] ... a figure which was the difference in the readings which he was to insert in the ticket," and ... [B] ... is

33 1960 1 SA 545 (N). Sien ook S v Smuts 1972 4 SA 358 (T).

34 548E-H van die verslag.

> entitled to say "... [C] ... gave me a figure of the difference of the readings and I inserted it in the spot fine ticket." This to my mind is the effect of their evidence. In these circumstances it seems to me that a court is entitled to hold that ... [C] ... gave ... [B] ... a figure ... and that this was the figure which ... [C] ... had found by comparing the stopwatches...

Daar moet begryp word dat die beslissing dat getuie C wel die betrokke kennisgewing in die getuiebank kon geraadpleeg het, onder andere afhanklik gestel is van die feit dat B moet kan getuig oor die akkuraatheid van sy inskrywings.[35] Die waarnemer (getuie C in die feite van R v O'Linn supra) moet kan getuig dat hy 'n korrekte waarneming gemaak het en dat hy hierdie waarneming aan die aantekenaar (getuie B in die feite van R v O'Linn supra) oorgedra het toe sy waarneming nog vars in sy geheue was. Hierdie vereistes is die eerste skakels in die ketting-van-bevestiging. Die aantekenaar moet op sy beurt weer kan getuig dat hy die waarnemer se voorlesing korrek genotuleer het. Die ketting-van-bevestiging is nou voltooi. Anders as in R v Kelsey[36] word die vereiste nie gestel dat die oorspronklike waarnemer die akkuraatheid van die aantekening moes gekontroleer het nie. Die ketting-van-bevestiging het - in die woorde van Morgan - die volgende effek:[37] "Each swears to the

35 Sien ook S v Smuts 1972 4 SA 358 (T) 360D en vgl oor die algemeen S v Van Tonder 1971 1 SA 310 (T) en Bradpiece v South British Insurance Co Ltd 1966 2 SA 629 (W) 631.

36 (1982) 74 Cr App R 213.

37 Morgan 1927 (40) Harv L Rev 712 720.

accuracy of his own performance. On their combined oaths the memorandum is... fully verified..."

Dit is moeilik om R v O'Linn supra met Mann V Rex[38] te versoen. In laasgenoemde saak het W getuig met behulp van inskrywings wat 'n boekhouer, ene B, op W se instruksies gemaak het. Die inskrywings was meer as twee jaar oud ten tye van W se getuienisaflegging. B het inderdaad getuig dat sy inskrywings gemaak is op W se instruksies en dat hy (B) geen persoonlike kennis van die transaksies gehad het nie. Die verhoorhof het W toegelaat om te getuig met verwysing na B se inskrywings. Op appèl benader regter Bok die aangeleentheid uit die tradisionele hoek van persoonlike verifikasie:[39] "There is no evidence that ... [W] ... at any time, while the facts were fresh in his memory, verified those entries ... The record made by ... [B] ... could only be used by ... [W] ... to refresh his memory if he had verified them at the time and I think that it was necessary for the Crown to lead evidence to that effect." Die hof het dus - soos in die Engelse gemene bewysreg[40] - aangedring op 'n sirkel-van-bevestiging, naamlik dat W self die inskrywings van B moes nagegaan het toe die gebeure nog vars in sy (W) se geheue was. Hoffmann en Zeffertt doen aan die hand dat Mann v Rex supra moontlik van R v O'Linn supra onderskei kan word op die basis dat die boekhouer in eersge-

38 1931 SWA 54. Sien oor die algemeen Hoffmann en Zeffertt 345.

39 61 van die verslag.

40 Sien par 5 4 supra.

noemde saak bloot algemene instruksies van die oorspronklike waarnemer ontvang het, terwyl laasgenoemde saak 'n geval was waar direkte notulering van 'n voorlesing plaasgevind het.[41] Op die basis van hierdie onderskeid kan ook betoog word dat die aantekeninge in die afkoopboete-kennisgewing in R v O'Linn supra 'n groter akkuraatheidspotensiaal gehad het as die gedetailleerde inskrywings wat B op die algemene instruksies van W in Mann v Rex supra gemaak het. Voorts dien vermeld te word dat regter Bok in laasgenoemde saak inderdaad ook nie tevrede was dat B se inskrywings korrek was nie.[42] Daar sou dus gesê kan word dat die vervolging in Mann v Rex supra ook nie daarin geslaag het om 'n ketting-van-bevestiging te bewys het nie. In die geheel geneem, was die ratio decidendi egter die feit dat W die inskrywings van B nagegaan het toe hy (W) weens tydsverloop nie meer 'n vars herinnering van die gebeure gehad het nie en dus nie die korrektheid van B se inskrywings kon bevestig het nie.

Hoffmann en Zeffertt doen aan die hand dat indien daar wel 'n botsing tussen R v O'Linn supra en Mann v Rex supra is, dan behoort eersgenoemde saak voorkeur te geniet.[43] Hierdie beskouing word ondersteun. Die feit dat die oorspronklike waarnemer nie die akkuraatheid van die aantekening nagegaan het nie (of nagegaan het toe die gebeure nie meer vars in sy geheue was nie) word onder-

---

41 Hoffmann en Zeffertt 345.

42 62 van die verslag.

43 Hoffmann en Zeffertt 345.

vang deur die bewys van 'n ketting-van-bevestiging, byvoorbeeld dat A, toe die gebeure nog vars in sy geheue was, sy waarnemings aan B oorgedra het en dat B hierdie inligting korrek notuleer het.

Daar is al gesê[44] dat dit te betwyfel is of die Engelse howe R v O'Linn supra sal navolg deur 'n getuie toe te laat om sy geheue te verfris met 'n aantekening wat hy dikteer het en waarvan hy nie die akkuraatheid nagegaan het nie. Maar kan daar enige beswaar teen R v O'Linn supra wees? Afgesien van die feit dat hierdie saak in ooreenstemming is met Amerikaanse gesag,[45] is daar ook die volgende obiter dictum van regter Diplock in Jones v Metcalfe:[46] "If when the independent witness gave the number of the lorry to the policeman, the policeman had written it down in his presence, the policeman's note could have been shown to the independent witness and he could have used it, not to tell the magistrates what he told the policeman, but to refresh his memory." Hierbenewens moet begryp word dat R v O'Linn supra nie die verifikasie van die aantekening as prinsipiële vereiste oorboord gooi nie. Al wat eintlik beslis is, is dat die verifikasie-vereiste deur die gekombineerde effek van die getuienis bevredig kan word. Is daar werklik 'n behoefte aan verdere verifikasie wanneer A getuig dat hy aan B dikteer het en laasgenoemde getuig dat hy korrek notuleer

44 Cross en Tapper 249 vn 20.

45 Sien bv United States v Booz 451 F 2d 719 (3d Cir 1971) en Curtis v Bradley 31 A 591 (1894).

46 [1967] 3 All ER 205 208C.

het? Solank as wat 'n hof daarop bedag is dat 'n skakel nie in die ketting-van-bevestiging mag ontbreek nie, is daar myns insiens geen geldige beswaar wat teen R v O'Linn supra ingebring kan word nie.

S v Van Tonder[47] bied 'n voorbeeld van 'n geval waar 'n skakel in die ketting-van-bevestiging ontbreek het. In hierdie saak het getuie E ten tye van die voorval 'n voertuig se registrasienommer aan sy dogter dikteer. Laasgenoemde het die nommer op 'n stukkie papier neergeskryf. Getuie E het die korrektheid van hierdie inskrywing nagegaan toe die nommer nog vars in sy geheue was. Hy was tevrede dat sy dogter se aantekening korrek was. E het sy dogter se aantekening by 'n polisiestasie ingehandig en 'n polisieman het 'n verklaring van E geneem. In die loop van sy getuienisaflegging het dit geblyk dat E geen onafhanklike herinnering van die nommer gehad het nie. In herondervraging het die aanklaer E se geheue verfris met behulp van die verklaring wat deur die polisieman van E geneem is. E het egter nie getuig dat hy nagegaan het of die polisieman die nommer op die stukkie papier korrek in die verklaring genotuleer het nie. En die polisieman het glad nie getuig nie. E se dogter het wel getuig dat sy die nommer op 'n stukkie papier geskryf het, maar sy het nie die nommer vermeld nie en die stukkie papier is glad nie by die hof ingehandig nie. Ten spyte van die aanklaer se ooglopende versuim om 'n ketting-van-bevestiging te bewys, het die verhoorhof E

47 1971 1 SA 310 (T).

toegelaat om sy geheue te verfris. Op appèl word bevind dat[48] "without the policeman's evidence a court cannot find that the policeman correctly recorded what was said by ... [E] ... or what appeared on the note paper." In hierdie saak het die hof nie aangedring op die bewys van 'n sirkel-van-bevestiging nie. E se getuienis betreffende die registrasienommer is verwerp omdat 'n skakel in die ketting-van-bevestiging ontbreek het.

5 6 Die "vereiste" dat die aantekening ante litem motam gemaak moes gewees het

In sommige Suid-Afrikaanse beslissings[49] is te kenne gegee (maar nie uitdruklik beslis nie) dat die aantekening wat 'n getuie post litem motam gemaak het, nie vir geheue-verfrissingsdoeleindes aangewend kan word nie.[50] Respekvol word in oorweging gegee dat 'n mens hier hoogstens met 'n skynvereiste te doen het. Die feit dat 'n aantekening post litem motam tot stand gekom het, is byvoorbeeld 'n faktor wat relevant is tot die vraag of die gebeure in daardie stadium vars in die getuie se geheue was. Dit gaan dus hier eerder om 'n feit wat bewys verskaf (factum

---

48 313F-G van die verslag.

49 Estate Parry v Murray 1961 3 SA 487 (T) 493E; S v Heller (1) 1964 1 SA 520 (W).

50 Sien ook oor die algemeen Lansdown en Campbell South African Criminal Law and Procedure (band V) Criminal Procedure and Evidence 779; O'Dowd The Law of Evidence in South Africa par 71; May South African Cases and Statutes on Evidence par 584.

probans) as 'n feit in geskil (factum probandum).

Soos reeds vroeër aangetoon is, geld daar in die Engelse gemene bewysreg 'n algemene verbod op 'n getuienisleweringsmetode ingevolge waarvan 'n getuie wat sy waarnemings op skrif gestel het, bloot hierdie betrokke aantekening in die hof kan uitlees, bevestig en inhandig.[51] Hierdie verbod is a fortiori van toepassing op die getuie wat met die oog op gedingvoering sy herinnering op skrif gestel het en dan in die getuiebank sy aantekening wil uitlees. By die toepassing van voormelde algemene verbod, gaan dit nie om die vraag of die betrokke aantekening ante of post litem motam tot stand gekom het nie. Die grondslag van die verbod is dat die uitlees van 'n vroeëre aantekening - ongeag die vraag of dit ante of post litem motam tot stand gekom het - in stryd is met die mondelinge karakter van die verhoor en die algemene reël dat 'n getuie 'n onafhanklike herinnering van die gebeure behoort te hê. Die algemene verbod word soms illustreer met die voorbeeld dat die uitlees van 'n aantekening wat gemaak is met die oog op die verhoor, die risiko van fabrikasie en geskoolde getuienis verhoog. Daar is 'n gemeenregtelike

---

51 Sien para 11, 12, 22 en 24 supra.

52 Die risiko van fabrikasie en geskoolde getuienis is in so 'n geval natuurlik hoër as in die geval van 'n aantekening wat ante litem motam tot stand gekom het. Vgl ook oor die algemeen art 34(3) van die WBSS (soos gelees met art 222 van die SPW) en para 240 en 242 van die Criminal Law Revision Committee, "Evidence (General)" 11th Report (Cmnd 4991).

verbod teen hierdie getuienisleweringsmetode omdat dit binne die kader van die breër verbod val. Die algemene reël dat 'n getuie nie 'n aantekening kan uitlees wat hy met die oog op die verhoor opgestel het nie,[53] moet egter van die geheueverfrissingsprosedure onderskei word. Voormelde reël, sê Wigmore,[54]

> ... is to be distinguished from the use of writings which genuinely revive a present recollection ... or record a past recollection ... Indeed, the object of the restrictions upon those two uses of writings is chiefly to unsure that they are not writings of the prohibited sort. The distinction is a clear one, namely between writings which frankly purport to be used to aid memory (in which they are to be tested by the appropriate restrictions) and writings which do not purport to be so used, the latter falling within the present prohibition.

In die lig van voorgaande kan gesê word dat dit onsuiwer is om 'n ante litem motam-vereiste ten aansien van 'n geheueverfrissingsaansoek te stel.[55]

53 Sien oor die algemeen S v Molefe 1975 3 SA 495 (T); S v Mbatha 1965 1 SA 560 (N); S v Rhamahila 1966 2 SA 315 (T); McCormick on Evidence par 302.

54 Wigmore par 787 (my beklemtoning).

55 In Ellerine v Rex 1938 TPD (J/C 4/38) merk regter Barry soos volg op (my beklemtoning): "It was contended first of all that when the inspectors were preparing these statements they must have had in mind that they might give evidence, and that these statements were statements prepared for the purpose of giving evidence in the trial; that on that ground the statements were not admissible. The class of statement to which that objection applies is where a record is made

Schmidt wys ook heeltemal tereg daarop dat daar geen rede vir 'n ante litem motam-vereiste bestaan nie en dat die[56] "vereiste dat 'n aantekening gemaak moes gewees het op 'n tydstip toe die gebeurtenis nog vars in die getuie

> on paper of certain incidents to which the particular witness will testify; objection is naturally taken to that class of statement. Here the statement does not seem to me to fall under that class. The statement was copied from notes and the reason for its being copied was for transmission to another department for the purpose of initiating proceedings. The statement was not directly made so as to enable the witness to qualify himself to give evidence at a later stage. It was competent for him to have given that evidence and to have refreshed his memory from his notebook." In hierdie saak word duidelik onderskei tussen die getuie wat in die getuiebank 'n aantekening vir geheueverfrissingsdoeleindes wil gebruik en die getuie wat nie 'n algehele of gedeeltelike herinneringsverlies ervaar nie en maar bloot sy aantekening wil uitlees omdat hy dit opgestel het met die oog op die verhoor. In die laaste situasie sal die getuie in die reël nie toegelaat word om sy aantekening te raadpleeg nie - nie omdat die aantekening post litem motam tot stand gekom het nie, maar omdat die getuie se beoogde optrede in stryd is met die mondelinge karakter van die verhoor en die algemene reël dat 'n getuie sonder die bystand van 'n aantekening behoort te getuig. Sodra 'n getuie 'n aantekening wil raadpleeg omdat hy 'n algehele of gedeeltelike herinneringsverlies ervaar, het 'n mens te doen met 'n proses wat, eerstens, mondelinge getuienislewering bevorder en, tweedens, erken word as 'n uitsondering op die reël dat 'n getuie nie in die getuiebank 'n aantekening mag raadpleeg nie.

56 Schmidt 306.

se geheue was ... wel gewoonlik ook daarvoor sorg dat dit ante lite motam gedoen is ..." Dit is duidelik dat Schmidt met hierdie stelling nie impliseer dat 'n aantekening wat post litem motam tot stand gekom het, nie vir geheueverfrissingsdoeleindes aangewend kan word nie. Hierteenoor maak O'Dowd - sonder om gesag aan te haal - die volgende twee stellings:[57] "Only notes made ante litem motam may be used. Thus a witness may not refresh his memory in the witness-box from the statement given by him to the police or an attorney for the purpose of the case." Geheueverfrissing met behulp van 'n getuie se buite-geregtelike getuieverklarings[58] geskied egter gereeld.[59] Voorts blyk dit ook, met respek, dat O'Dowd die geheueverfrissingsprosedure verwar met die gemeenregtelike uitgangspunt dat 'n getuie in die reël nie sy getuienis van 'n aantekening kan lees nie omdat daar - veral in die geval van 'n aantekening wat post litem motam tot stand gekom het - 'n risiko van fabrikasie en geskoolde getuienis bestaan.

---

57 O'Dowd The Law of Evidence in South Africa par 71.

58 Met "buite-geregtelike getuieverklarings" word bedoel "verklarings wat partye buite die hof en met die oog op gedingvoering van hul potensiële getuies bekom" (Van Niekerk et al Privilegies in die Bewysreg par 18 1).

59 R v Isaacs 1916 TPD 390; S v Bergh 1976 4 SA 857 (A) 865A; R v Mullins (1848) 3 Cox CC 526. Voor die aanvang van getuienislewering is dit ook heeltemal in orde vir 'n party om sy buite-geregtelike getuieverklaring met die oog op geheueverfrissing te raadpleeg: Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4

5 7 Tydsverloop: "vars in die geheue"

Die aantekening moes gemaak,[60] nagegaan[61] of gedikteer[63] gewees het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was. In 'n vroeë stadium van die ontwikkeling van die Engelse gemene bewysreg was daar sterk sprake van 'n sogenaamde gelyktydigheidsvereiste.[63] Daar is egter spoedig besef dat 'n vereiste van hierdie aard onrealisties is en nie versoenbaar is met die oogmerke van geheuever-frissing nie.[64] In Engelse regspraak word dikwels gewag gemaak van die sogenaamde gelyktydigheidsvereiste - maar dan word hierdie "vereiste" onmiddellik gekwalifiseer

---

SA 507 (A); R v Richardson 1971 55 Cr App R 244. Die vereistes en gevolge wat geld tav geheuever-frissing buite die hof, word in hfst 9 bespreek.

60 Druker v Timmerman 1939 SWA 42; R v Isaacs 1916 TPD 390; Refe-rence by the Attorney-General under Section 36 of the Criminal Justice Act 1972 (No 3 of 1979) (1979) 69 Cr App R 411.

61 Mann v Rex 1931 SWA 54; S v Van Tonder 1971 1 SA 310 (T); R v Mills and Rose (1962) 46 Cr App R 336; R v Kelsey (1982) 74 Cr App R 213; Harris v Mayer 1911 AD 260; Groves v Redbart [1975] Crim L Rev 158.

62 R v O'Linn 1960 1 SA 545 (N); S v Smuts 1972 4 SA 358 (T).

63 "I have known some judges ... [to] ... to let them use only paper drawn up as the facts happened, and all other papers ... bid them put in their pockets" (per lord Ashburton soos aangehaal in Doe d Church and Phillips v Perkins (1790) 3 Term Rep 749 753, 100 ER 838).

64 Sien oor die algemeen Wigmore par 745; McCormick on Evidence par 301.

met 'n stelling tot die effek dat gelyktydigheid in die konteks van geheueverfrissing 'n misleidende begrip is en dat dit veel eerder gaan om die vraag of die gebeure nog vars in die getuie se geheue was.[65] 'n "Gelyktydige" of "lopende" aantekening sal natuurlik in die reël sterk bewys kan verskaf dat die gebeure inderdaad vars in die getuie se geheue was. In oorweging word gegee dat dit egter beter is om slegs een oorkoepelende vereiste te stel, naamlik of die gebeure vars in die getuie se

65 In Reference by the Attorney-General under section 36 of the Criminal Justice Act 1972 (No 3 of 1979) (1979) 69 Cr App R 411 het die court of appeal die volgende stellings in par 515 van die 40e uitg van Archbold on Pleadings, Evidence and Practice in Criminal Cases goedgekeur: "The rule may be stated as follows: a witness may refresh his memory by reference to any writing made or verified by himself concerning and contemporaneously with, the facts to which he testifies. 'Contemporaneously' is a somewhat misleading word in the context of the memory refreshing rule. It is sufficient, for the purposes of the rule, if the writing was made or verified at a time when the facts were still fresh in the witness' memory". Sien voorts R v Mills and Rose (1962) 46 Cr App R 336; R v Bryant and Dickson (1946) 31 Cr App R 146. In R v Governor of Gloucester, ex parte Miller [1979] 2 All ER 1103 1105e-j is te kenne gegee dat hierdie reël bloot 'n praktyksreël en nie 'n regsreël is nie. Op 1104h-j sê die hof egter ook dat bevindings ter syde gestel kan word waar dit gebaseer is op die getuienis van 'n getuie wat sy geheue verfris het mbv 'n aantekening wat te lank na die voorval gemaak is. Die hof se standpunt dat hier wel slegs van 'n praktyksreël sprake is, word deur Carter Cases and Statutes on Evidence 183 as "open to doubt"

geheue was:[66] "The concept 'fresh in the memory' is used rather than 'contemporaneous'. Both have been used by the courts. The former, however, more accurately states the intention of the rule. Also, 'contemporaneous'

> beskryf en deur Heydon Evidence: Cases and Materials 448 as verrassend bestempel. In hierdie saak het 'n magistraat in uitleweringsverrigtinge gesteun op, oa, getuienis wat in Australië deur A gelewer is nadat sy haar geheue verfris het mbv aantekeninge wat vier, ses en selfs agt weke ná die voorval gemaak is. In 'n habeas corpus-aansoek in die queen's bench division is nms Miller, die applikant, betoog dat die magistraat fouteer het omdat die tydsverloop tussen die gebeurtenis en die aantekening te lank was. Die advokaat vir die Australiese regering het egter aangevoer dat die magistraat slegs gebonde was om die regsreëls te volg en nie praktyksreëls nie en dat die feit dat A in die verrigtinge in Australië haar geheue verfris het met aantekeninge wat té lank na die betrokke gebeurtenisse tot stand gekom het, bloot in stryd met 'n Engelse praktyksreël was. Die hof het die advokaat gelyk gegee. Die hof se standpunt is egter moeilik versoenbaar met die uitlating wat op 1104h-j van die verslag verskyn. As hier inderdaad slegs van 'n praktyksreël sprake is, dan moet daar, mi, aanvaar word dat hierdie praktyksreël die dwingende krag van 'n regsreël het - in die sin dat nienakoming daarvan tot die tersyde stelling van 'n bevinding kan lei (soos wat inderdaad in Druker v Timmerman 1939 SWA 42 en R v Woodcock [1963] Crim L Rev 273 gebeur het).

66 Par 615 van The Australian Law Reform Commission: Report no 26 (Interim): Evidence (Vol 1).

literally means occuring at the same time[67] as the other event and would, therefore, if applied strictly prevent the use of material that should be used".

R v Simmonds[68] illustreer die fout wat kan insluip wanneer die maatstaf "vars in die geheue" geïgnoreer word. In hierdie saak is beslis dat[69] "the question of whether a note is to be regarded as comtemporaneous is a matter of fact and degree, and in our view, the ... [court a quo] ... was plainly right in allowing the witnesses to use notes prepared as soon as they got to their offices, which was in fact the first available opportunity". Dit gaan, met respek, nie om die vraag of die aantekening gemaak is op die eerste beskikbare geleentheid nie. 'n Maatstaf van hierdie

67 Die sg gelyktydigheidsvereiste mag ook die indruk skep dat dit hier gaan om die spontane tipe handeling wat deur die res gestae-leerstuk vereis word. Howard 1972 Crim L Rev 351 352-353 verduidelik dat die gelyktydigheidsvereiste "is by no means as stringent as the proximity in time demanded by, for example, the res gestae doctrine ... The basis of the rule is not that the statement must have been forced from the witness by the irresistible pressure of events perceived by him but simply that he must have been able to remember the situation at the time the statement was made." Vgl oor die algemeen S v Tuge 1966 4 SA 565 (A); Titus v Shield Insurance Co Ltd 1980 3 SA 119 (A) en Ratten v R [1972] AC 378.

68 (1967) 51 Cr App R 316.

69 329 van die verslag.

aard is onverdedigbaar in die konteks van die Engelse gemene bewysreg ingevolge waarvan die aantekening gesien word as 'n middel wat die volledigheid en akkuraatheid van getuienislewering behoort te bevorder.[70]

Die prinsipiële regverdiging vir die reël dat die gebeurtenis vars in die getuie se geheue moes gewees het, is geleë in die feit dat die mens se geheue weens tydsverloop vervaag - asook die feit dat die mens se geheue tydens die bergingsfase aan eksterne beïnvloeding onderhewig is.[71] Hoe gouer die herinnering op skrif gestel is, hoe groter is die waarskynlikheid dat die aantekening volledig en akkuraat sal wees. Daar is ook reeds in hoofstuk drie gewys op die feit dat Ebbinghaus se vergeetkurwe daarop dui dat die vergeetproses aanvanklik snel geskied: in die tydperk wat volg onmiddellik of kort ná die inname van baie feite, vergeet die mens vinniger as later. Die rol van die vergeetkurwe in die geheueverfrissingsproses word soos volg deur Hutchins en Slesinger gestel:[72]

70 R v Simmonds supra kan ook mbv die volgende absurde argument gekritiseer word, nl, dat as 'n getuie eers ses maande ná die voorval 'n pen en 'n stuk papier in die hande kry en sy herinnering op skrif stel, dan behoort hierdie aantekening toelaatbaar te wees, synde gemaak op die eerste beskikbare geleentheid.

71 Sien oor die algemeen hfst 3.

72 Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L Rev 860 871 (my beklemtoning). Sien ook par 3 5 supra en Gardner 1932-1933 (18) Corn L Q 391 393.

> The general theory, for instance, that time is important because of progressive oblivescence, is meaningless without a knowledge of the curve of forgetting. Knowledge of it indicates that those courts have done well who have abandoned the requirement of strict contemporaneity; for there is a difference of only six to ten per cent between the amount forgotten by the end of the first and the end of the fourth hours. For the same reason, if a lapse of two days is no ground for exclusion, there is no cause for ruling out anything recorded in less than a month. And since the curve of forgetting by that time has become almost a horizontal line, it is safe to say that what was forgotten between one and six months would be negligible. In other words, the curve of forgetting gives the tribunal a method of estimating the memorial accuracy of past records.

Dit is voorts duidelik dat die vereiste "vars in die geheue" 'n elastiese vereiste is. Dit is egter juis hierdie elastisiteit wat die vereiste aantreklik maak.[73] Veel hang af van die feite van elke saak[74] en om 'n spesifieke

73 Wigmore par 745 verkies hierdie vereiste op die basis dat "it exemplifies the excellent policy of leaving the law flexible and rational and not chilling it into rules more or less arbitrary..."

74 Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408 409 verduidelik soos volg: "Much depends on the nature of the event or incident, its importance to the witness, its novelty or uniqueness, its complexity and detail. In the case of detailed or humdrum matters, e g a previously unknown car or telephone number, only a record made instantaneously or at least within a few minutes might be sufficient. In other cases a record made the same day may be

tydsbepaling te stel, sal hoogs onsinnig en formalisties wees. Om hierdie rede moet die presedentereg ook versigtig benader word. 'n Periode van twee-en-twintig dae tussen die gebeurtenis en die opskrifstelling is byvoorbeeld al aanvaarbaar bevind,[75] terwyl twyfel oor die verloop van sewe-en-twintig dae al uitgespreek is.[76] In R v Isaacs[77] is 'n periode van agt dae aanvaar. Regterpresident De Villiers - met wie regters Mason en Bristowe saamgestem het - het bevind dat indien die aantekening gemaak was[78] "so soon afterwards as to render it probable, in the opinion of the court, that the facts which it purports to narrate, were still fresh in the memory of the person writing them down, or reading them, as the case may be, then the witness is allowed to refresh his memory." Hierdie toets is aanvaarbaar.

5 8 Die oorspronklike aantekening en die afskrif

Wanneer 'n getuie geen onafhanklike herinnering van die gebeure het nie, moet daar van die oorspronklike aantekening gebruik gemaak word.[79] Indien egter bewys kan

---

acceptable. In some cases where the information is either straightforward and/or unusual and striking it will fade much less quickly and a record made the following day or even some days later may be regarded as sufficiently contemporaneous."

75 R v Fotheringham [1975] Crim L Rev 710.

76 R v Graham [1973] Crim L Rev 628.

77 1916 TPD 390.

78 392 van die verslag.

79 Doe d Church and Phillips v Perkins

word dat die oorspronklike vernietig of verlore is maar dat 'n akkurate afskrif bestaan, dan kan van hierdie afskrif gebruik gemaak word.[80] Dit wil met die eerste oogopslag blyk asof die beste getuienis-reël wat in die reël ten aansien van die bewys van die inhoud van 'n dokument

---

(1790) 3 Term Rep 749, 100 ER 838; R v Harvey (1869) 11 Cox CC 546; S v Bergh 1976 4 SA 857 (A) 865; R v Jonathan 1947 1PH K4 (K); R v Alward (1976) 32 CCC (2d) 416; Schmidt 307; Hoffmann en Zeffertt 346; Cross en Tapper 251; Phipson on Evidence par 33-42; McCormick on Evidence par 299; Wigmore par 749. Indien die opponent geen beswaar het nie, mag 'n afskrif of uittreksel wel gebruik word: Rex v Mohafa 1950 2 PH H103 (ODPA); R v Alexander [1975] VR 741. In R v Carr 1949 4 SA 132 (T) 134 is soos volg verklaar: "If defending counsel objected to the extracts and wanted the original registers, they would no doubt have been produced. I cannot agree that it is legitimate for them to keep a point of this sort up their sleeve to be taken on appeal." Mohafa v Rex supra impliseer dat afwesigheid van 'n beswaar nie as stilswyende toestemming gekonstrueer sal word in die geval van 'n onverdedigde beskuldigde nie. Die posisie van die teenparty (as kruisondervraer) word in die hieropvolgende hfst behandel.

80 Burton v Plummer (1834) 2 A en E 341. In Topham v McGregor (1844) 1 Car en Kir 320, 174 ER 829 is 'n joernalis toegelaat om sy geheue te verfris mvn 'n koerantberig wat veertien jaar vroeër verskyn het en waarvan hy die oorspronklike manuskrip geskrywe het. Die red van die koerant het getuig dat die oorspronklike (die manuskrip) verlore was. Die joernalis het getuig dat hy geen twyfel gehad het dat die betrokke berig inhoudelik korrek was nie. Daar sou egter ook goedskiks betoog kan word dat Topham v McGregor supra beskou moet word as 'n geval

geld, ook hier aanwending vind.[81] Die beste getuienis-reël is egter moeilik versoenbaar met die Engelse gemene bewysreg se standpunt dat selfs in gevalle van herinneringsherhaling die getuienis wat ontvang word nie dokumentêre getuienis nie maar die mondelinge getuienis van die getuie is.[82] Die teenstrydigheid wat in hierdie verband bestaan, word behandel in hoofstuk ses wat betrekking het op die bewyswaarde van die aantekening wat die getuie in die getuiebank raadpleeg.[83]

Deur in die geval van herinneringsherhaling op die gebruik van die oorspronklike aan te dring waar daar geen bewys is dat hierdie oorspronklike vernietig of verlore is nie, word myns insiens by implikasie erken dat daar 'n prinsipiële onderskeid tussen herinneringsherhaling en herinnerherlewing bestaan,[84] asook dat 'n hof telkens behoort te

waar 'n duplikaat-oorspronklike ter sprake was. Die koerantberig was 'n reproduksie van die manuskrip. In hierdie verband kan gelet word op Schmidt 307 vn 11 en Hoffmann en Zeffertt 346 vn 11 se interpretasie van Vumendlini v Boardman 1946 EDL 165.

81 Schmidt 307 vn 11 beweer dat waar 'n getuie ten volle op die aantekening staat maak - dws, waar herinneringsherhaling plaasvind - het 'n mens te doen met 'n situasie "blykbaar so na aan bewys van die inhoud van die dokument dat die 'beste getuienis-reël' aangewend word."

82 Sien par 2 6 supra.

83 Sien par 6 5 1 infra.

84 Cross en Tapper 251 verklaar dat die onderskeid tussen herinneringsherlewing en -herhaling "... appears to be of importance in English law

bevind welke van die twee voormelde situasies aanwesig is.[85] Dit volg dat Engelse en Suid-Afrikaanse howe nie kan versuim om pertinent te beslis of herinneringsherlewing of herinneringsherhaling ter sprake is nie. Die moontlike verwarring wat die sambreelbegrip "geheueverfrissing" ("refreshing of memory")[86] in hierdie verband kan veroorsaak, moet deurgaans voor oë gehou word.[87]

solely in connection with the question whether the original should be produced." In die slothoofstuk van die huidige verhandeling word betoog dat die nut van 'n onderskeid tussen herinneringsherlewing en -herhaling nie slegs beperk is tot die vraag of die oorspronklike of 'n afskrif gebruik mag word nie.

85 Sien ook par 4 3 2 supra.

86 Sien par 1 5 supra.

87 Vgl in hierdie verband die helder wyse waarop regter Hathorn in R v Elijah 1963 3 SA 86 (SR) tussen herinneringsherlewing en -herhaling onderskei. In 'n belangrike uitspraak in R v Kwok Si Cheng (1976) 63 Cr App R 20 onderskei die court of appeal bv nie op 'n duidelike basis tussen herinneringsherlewing en -herhaling nie. In verskeie Suid-Afrikaanse gewysdes word die begrip "geheueverfrissing" ("refreshing of memory") ook op lukrake wyse aangewend. In Mann v Rex 1931 SWA 54 en Cape Coast Exploration Ltd v Scholtz 1933 AD 56 70 word bv van "refreshing of memory" gepraat terwyl dit heel duidelik om herinneringsherhaling gegaan het. In ten minste twee uitsprake van hr Rumpff gebruik hy ook die begrip "geheueverfrissing" - maar hy kwalifiseer hierdie begrip telkens deur spesifiek te let op die effek wat die bestaan of niebestaan van 'n onafhanklike herinnering mag hê (sien oor die algemeen Ex parte Minister van Justisie:

'n Fotokopie of koolstofdeurslag van die oorspronklike behoort as 'n duplikaat-oorspronklike[88] beskou te word. 'n Oorskrywing per hand kan egter ook as 'n duplikaat-oorspronklike hanteer word. Vumendlini V Boardman[89] word soms na verwys as gesag vir voorgaande stelling.[90] Dit wil egter blyk asof hierdie saak ook beskou kan word as gesag vir die stelling dat 'n aantekening wat tot stand gekom het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was, gebruik kan word ongeag die feit dat daar ook 'n vroeër aantekening mag bestaan. In Vumendlini v Boardman supra het 'n handelaar 'n klant aangespreek vir skuld wat, onder andere, ontstaan het ten aansien van goedere verkoop en gelewer deur die handelaar aan die klant. In die verhoorhof is getuienis aangebied dat die handelaar se interne boekhoustelsel uit 'n "rough day book" (hierna genoem die eerste boek) en 'n "day book" (hierna genoem die tweede boek) bestaan het. In die eerste boek is alle krediettransaksies wat in die loop van 'n bepaalde dag plaasgevind het, rofweg maar onmiddelik deur die handelaar aangeteken. Aan die einde van elke dag is

in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 511E-F en S v Bergh 1976 4 SA 857 (A) 865C-D. 'n Benadering van hierdie aard bevorder groter helderheid. Sien egter voorts die opmerkings in par 1 5 supra.

88 Sien oor die algemeen Da Mata v Otto 1972 3 SA 858 (A) 866F-G tav die begrip "duplikaat-oorspronklike" binne die konteks van Deel VI van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965.

89 1946 EDl 165.

90 Sien bv Schmidt 307 vn 11 en Hoffmann en Zeffertt 346 vn 11.

hierdie rowwe inskrywing deur die handelaar na die tweede boek oorgeplaas. Die eerste boek was dus 'n tipe lopende aantekening terwyl die tweede boek 'n meer permanente aantekening van die daaglikse transaksies was. Omdat die handelaar geen onafhanklike herinnering gehad het nie, het die verhoorhof die handelaar in die loop van sy getuienis toegelaat om te getuig met verwysing na die inskrywings in die tweede boek. Hierdie tweede boek is aan die hof en die verweerder beskikbaar gestel.[91] Op appèl opper die hof die vraag of die geheueverfrissing nie met verwysing na die inskrywings in die eerste boek moes geskied het nie en of hierdie boek nie ook voorgelê moes gewees het nie. Regter Hoexter kom tot die volgende slotsom:[92]

> It is true that he did not produce the rough day book which he kept, but in view of the fact that the entries in the day book produced were written up from the rough day book every day, there is no force in the suggestion that the respondent should also have produced the rough day book. The entries in the day book produced by the repondent were made at a time when the transactions recorded therein were fresh in his mind and he was therefore entitled to refresh his memory by referring to those entries.

Daar kan myns insiens goedskiks betoog word dat Vumendlini v Boardman supra ook gesag is vir 'n stelling dat in geval van herinneringsherhaling 'n latere aantekening wat tot stand gekom het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was, gebruik kan word - al bestaan die

91 Sien oor die algemeen hfst 6.

92 166 van die verslag.

"oorspronklike" nog.[93]

Wanneer 'n getuie nie op herinneringsherhaling 'n beroep doen nie, is 'n afskrif toelaatbaar "on the footing of a duplicate or quasi-original".[94] Die afskrif moes egter gemaak of geverifieer gewees het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was.[95] Cross en Tapper voer aan dat die howe[96] "are not over-insistent on the exactitude of the copy provided they are satisfied that the document by which memory is to be refreshed substantially reproduces what was said in the original". Hierdie benadering is verdedigbaar op die basis dat wanneer herinneringsherlewing ter sprake is en die getuie hom dus nie op die inhoud van die aantekening verlaat nie, 'n groter mate van toeskietlikheid gevolg kan word - 'n regverdigingsgrond wat, soos hier onder sal blyk,[97] die liberale benadering in die VSA en Kanada gedeeltelik ten grondslag lê en waarvan die vroegste spore na die

93 Daar kan in hierdie verband ook gewys word op die effek van art 34(2)(b) van die WBSS (en art 222 van die SPW), nl dat indien 'n verklaring as getuienis toelaatbaar is ingevolge art 34, dan kan 'n juis bewese afskrif soms wel aangebied word ongeag die feit dat die oorspronklike wel bestaan.

94 Phipson on Evidence par 33-40. Die posisie van die kruisondervraer om op die beskikbaarstelling van die oorspronklike aan te dring, word in hfst 6 behandel.

95 R v Kwok Si Cheng (1976) 63 Cr App R 20; Burton v Plummer (1834) 2 A en E 341.

96 Cross en Tapper 250.

97 Sien par 5 9 infra.

klassieke standpunt[98] teruggevoer kan word.

Die hof behou egter deurgaans 'n diskresie om te besluit of die akkuraatheidsgraad aanvaarbaar is of nie:[99]

> What seems to us to be the position in this. If the statement in this case, or any other transcription of notes in other cases, is substantially what is in the notes and there is evidence to that effect, then the judge should allow the witness to refresh his memory from the statement or transcription as the case may be. But if, after investigation, it turns out that the statement or transcription bears little relation to the original note, then a different situation arises. The judge in the exercise of his discretion would be entitled to refuse to allow a witness to refresh his memory from such an imperfect source of information.

Die volgende vraag het ook al ontstaan: kan 'n getuie gebruik maak van 'n aantekening wat hy saamgestel het op die basis van onvolledige[100] kort aantekeninge wat hy rofweg tydens die voorval saamgestel het? Die antwoord hierop is weer eens dat dit gaan om die akkuraatheid van die tweede aantekening, naamlik of dit tot stand gekom het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was. In Reference by the Attorney-General under Section 36 of the Criminal Justice Act 1972 (No 3 of

---

98 Sien oor die algemeen par 5 2 supra.

99 R v Kwok Si Cheng (1976) 63 Cr App R 20 24.

100 In Vumendlini v Boardman 1946 EDL 165 was die eerste aantekening nie 'n onvolledige aantekening nie.

1979)[101] het twee polisiemanne 'n verdagte ondervra. Polisieman A het in die loop van die ondervraging "brief jottings" gemaak terwyl polisieman B in daardie stadium geen aantekening gemaak het nie. A het binne twee uur ná die onderhoud 'n meer volledige aantekening in sy sakboekie gemaak. Hierdie aantekening was gebaseer op sy kort aantekeninge gemaak tydens die ondervraging en sy eie "then memory", asook die herinnering wat B in daardie stadium gehad het. B het ook 'n volledige aantekening in sy sakboekie gemaak. Die verhoorhof het beslis dat A slegs na sy "brief jottings" kon verwys terwyl B op sy volledige aantekening in sy (B se) sakboekie kon steun. Die resultaat van die verhoorhof se beslissing, bevind die court of appeal,[102] "... was bizarre in the extreme, because the officer who merely made an ordinary note had his note taken and the officer who had the two stage note, as it were, jottings first and then the note, was excluded from everything but the jottings." A moes toegelaat gewees het om sy geheue met verwysing na sy volledige aantekening te verfris het aangesien hy hierdie aantekening tog maar gemaak het toe die gebeure nog vars in sy geheue was. Trouens, 'n mens sou kon betoog dat A se finale aantekening inderdaad 'n groter akkuraatheidspotensiaal as die normale ex post facto-aantekening gehad het aangesien hy ook die hulp van sy rowwe lopende aantekeninge gehad het by die samestelling van sy finale aantekening.

---

101 (1979) 69 Cr App R 411.

102 413-414 van die verslag.

5 9 Die aantekening en herinneringsherlewing: die liberale benadering in die VSA[103] en Kanada[104]

In Anglo-Amerikaanse literatuur word dikwels met verwysing na die VSA en Kanada gesê dat 'n liberale benadering ten aansien van herinneringsherlewing gevolg word. Hiermee word bedoel dat 'n getuie met die oog op herinneringsherlewing in beginsel toegelaat kan word om van enige aantekening gebruik te maak - ongeag die herkoms, egtheid of akkuraatheid[105] daarvan. Wigmore was die belangrikste eksponent en voorstander van die sogenaamde liberale benadering. "None of the limiting rules ... for past

103 Sien oor die algemeen Louisell et al Principles of Evidence and Proof 205-206; Graham Handbook of Federal Evidence 566-570; Jones on Evidence par 27 5; McCormick on Evidence par 9; Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616; Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 585; Walker 1975 Cum L Rev 471 479.

104 Sien oor die algemeen Delisle Evidence: Principles and Problems 139; Schiff Evidence in the Litigation Process (band 1) 192 194-195; Atkinson MacRae on Evidence par 949; McWilliams Canadian Criminal Evidence 1015.

105 In US v Rappy 157 F 2d 964 967 (2d Cir 1946) is selfs te kenne gegee dat dit moontlik is dat "a past statement known to be false" in geskikte gevalle vir herinneringsherlewingsdoeleindes aangewend kan word. Die uitgangspunt is dat dit die mondelinge getuienis voortspruitend uit die geheue van die getuie is wat ontvang word en dus is die herkoms, egtheid en akkuraatheid van die aantekening irrelevant - so lank as wat die hof maar tevrede is dat die getuie onafhanklike mondelinge getuienis lewer na ontvangs van die prikkel. Ma-

recollection recorded" het hy gesê,[106] "has any bearing on ... [present recollection revived] ..."

Die liberale benadering het 'n sterk historiese, psigologiese en analitiese grondslag.

Die klassieke standpunt - waarop reeds vroeër gewys is[107] en wat bloot 'n kort ontwikkelingsfase in die Engelse gemene bewysreg verteenwoordig het - kan beskou word as die historiese aanknopingspunt of bron van die liberale benadering.[108] Trouens, die liberale benadering is in

---

guire en Quick 1957 (3) How L J 1 13 verklaar soos volg (my beklemtoning): "More and more emphatically and frequently modern cases deny ... [that the] ... use of memoranda to revive recollection are barred because the documents are not of the witness's own authorship ... or because they were not prepared contemporareously with or soon after perception of the matters mentioned. This is all consonant with the idea that the end result of the process, if successful, is actual revival of memory". Sien ook oor die algemeen Williams v US 365 F 2 d 21 22 (7th Cir 1966); Johnston v Earle 313 F 2d 686 (9th Cir 1962); Thompsom v US 342 F 2d 137 140 (5th Cir 1965); US v Landof 591 F 2d 36 (9th Cir 1978); US v Horton 526 F 2d 884 (5th Cir 1976); State v Carter 449 A 2d 1280 (1982).

106 Wigmore par 758 (beklemtoning in die oorspronklike)

107 Sien par 5 2 supra.

108 Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L R 860 861 n 4; Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 474 n 19; Delisle Evidence: Principles and Problems 139, Wigmore par 759; Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616 617 vn 8.

wese bloot 'n herlewing van die klassieke standpunt.[109] In die loop van die eerste helfte van die huidige eeu het sommige howe in die VSA in die geval van herinneringsherlewing die tradisionele vereistes met betrekking tot die aantekening oorboord gegooi en op die voetspoor van die klassieke standpunt aanvaar dat 'n getuie se geheue gestimuleer kan word deur enige aantekening - en nie noodwendig 'n aantekening wat hy self gemaak of waarvan hy die akkuraatheid bevestig het toe die gebeure nog vars in sy geheue was nie.[110] In die onlangse dekades van die huidige eeu het hierdie standpunt vinnig veld gewen.[111] Die hele ontwikkeling het hoofsaaklik onder invloed van Wigmore se analise en sistematiek geskied.[112] Soos vroeër vermeld, het Wigmore tussen "present recollection revived" (herinneringsherlewing) en "past recollection recorded" (herinneringsherhaling) onderskei en die verwarrende invloed van die oorkoepelende begrip "refreshing

-

109 Die omskrywings "klassieke" en "liberale" word bloot gebruik om die volgende verskil aan te toon: eg dui op die vroeë standpunt in die Engelse gemene bewysreg en lg op die regsposisie in die VSA en Kanada. Sien voorts vn 7 in par 5 2 supra.

110 Jewett v US 15 F 2 d 955 956 (9thCir 1926); US v Rappy 157 F 2d 964 967 (2d Cir 1946). Sien oor die algemeen ook Wigmore par 735 en Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616-617 tav die geskiedkundige ontwikkeling en aanvaarding van die liberale benadering in die VSA.

111 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal aan die einde van vn 105 supra.

112 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 2 vn 2.

of memory" betreur.[113]

Bovermelde onderskeid was inderdaad 'n korrekte analise van standpunte gehandhaaf in sommige gewysdes.[114] Vandag is die werklike waarde van Wigmore se begripsanalise eintlik daarin geleë dat dit die verwarring soos veroorsaak deur die onakkurate begrip "refreshing of memory", geleidelik uit die weg begin ruim het.[115] Die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling is nie bloot teoreties nie, maar hou bepaalde regsgevolge[116] in en verleen erkenning aan die feit dat daar fundamentele verskille[117] tussen die twee prosesse is en dat elkeen

113 Sien par 1 6 supra.

114 Sien bv Davis v Field 56 Vt 426 428 (1884): "There seems to be two classes of cases on the subject: 1. Where the witness by referring to the memorandum has his memory quickened and refreshed thereby, so that he is enabled to swear to an actual recollection; 2. Where the witness after referring to the memorandum undertakes to swear to the fact, yet not because he remembers it, but because of his confidence in the correctness of his memorandum" (aangehaal deur Wigmore par 735).

115 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 2 vn 2 beweer dat die "terminology ... proposed by Wigmore is not only a great improvement over older and vaguer wording, but is fast coming almost into universal employment". Sien ook Delisle Evidence: Principles and Problems 140. Sien voorts die slothoofstuk van hierdie werk.

116 Sien bv die opmerking aan die einde van par 5 8 supra, asook die slothoofstuk van hierdie werk.

117 Morgan 1927 (4) Harv L Rev 712

op verskillende psigologiese grondslae[118] berus. Die vrye of liberale benadering wat ten aansien van herinneringsherlewing geld, vind prinsipiële regverdiging in die feit dat enige eksterne prikkel 'n herinnering

718 verduidelik dat igv herinneringsherlewing "... the memory of the witness is actually refreshed. He now remembers the event ... He is not asking the tribunal to believe it because he stated it on a former occasion, but because he is now relating it under oath and subject to cross-examination. From the standpoint of testimonial recollection there can be no need for the memorandum in evidence. It is idle to say that it is much more likely to represent the facts than is the present recollection of the witness and at the same time to assert that he remembers the matter exactly as set forth in the memorandum". Op 719 verduidelik dieselfde skrywer dat igv herinneringsherhaling "... [t]he witness does not ask the triers to believe the writing because he now recollects the facts and swears to them, but because he now swears that he formerly knew the statement to be true. This is distinctly not the same as swearing that he now knows it to be true. The mental process is obviously quite different. By hypothesis he now knows nothing at all concerning the facts; what he knows now is that he was once acquainted with the facts and verified a record of them. For this reason he is ready to accept the record as true and asks the tribunal to do likewise. Not only is the mental process quite different; the data for evaluation of his testimony are not so adequate; effective cross-examination is not so easy". Sien voorts ook Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616 617-621 en Redmount 1959 (50) J Crim L and Criminology 249 250-251.

118 Daar kan, breedweg gesproke, beweer

kan laat herleef:[119] "The rule is based on the theory that certain stimuli start a chain of associations which, apparently, have been completely forgotten". Hierdie teorie is natuurlik in ooreenstemming met psigoloë se bevindings[120] en algemene lewenservaring. In Fanelli v US Gypsum verklaar regter Frank dat[121]

> word dat herinneringsherhaling berus op die verskynsel dat wat 'n persoon nie kan herroep nie, nogtans herken kan word (sien par 3 3 supra). Iets wat ook bloot tot die korttermyngeheue toegelaat is maar deur die getuie op skrif gestel is, kan dikwels ook dmv herinneringherhaling aangebied word (sien oor die algemeen die voorbeeld van die kelner soos bespreek in par 3 4 supra). Igv herinneringsherlewing gaan dit primêr om die herwinning van gebergde inligting (sien par 3 2 supra) en die psigologiese begrip "assosiasie" (sien par 3 6 supra).

119 Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L Rev 860 861. Op 861-862 merk hierdie skrywers egter ook soos volg op: "Although the dicta of the courts make it possible to stimulate, say, the memory of a face by referring to a picture of the Woolworth building, in actual practice the refreshing memoranda are found to be more closely related to the thing to be remembered. The press clipping, in other words, describes the event in question; the picture is of the person to be identified. The stimulus is actually recognized before the associated recall starts functioning."

120 Sien par 3 6 supra, asook Redmount 1959 (50) J Crim L and Criminology 249 251.

121 141 F 2d 216 217 (2d Cir 1944).

> ... memory of things long past can be accurately restored in all sorts of ways. The creaking of a hinge, the whistling of a tune, the smell of sea-weed, the sight of an old photograph, the taste of nutmeg, the touch of a piece of canvas, may bring vividly to the foreground of consciousness the recollection of events that happened years ago and which would otherwise have been forgotten ... The memory-prodder may itself lack meaning to other persons as a symbol of the past event, as anyone knows who has ever used a knot in his handkerchief as a reminder.

In die Kanadese saak R v Bengert (No 2) is ook gesê:[122] "Everyone has had the same experience, that is, a note, a number, a date, a name, may serve as a reminder of a whole series of recollections."

In die lig van voorgaande is dit duidelik dat daar selfs nie eens 'n logiese verband tussen die aantekening en die gebeurtenis hoef te bestaan nie. Uit 'n suiwer psigologiese perspektief, is daar niks met so 'n benadering fout nie. Die psigologiese verskynsel bekend as "assosiasie" beteken, onder andere, dat feit A op grond van 'n getuie se persoonlike ervaring 'n bepaalde konnotasie of prikkel het wat die herwinning van feit B tot gevolg kan hê[123] - terwyl die buitestaander hoegenaamd geen relevansie tussen feite A en B kan bespeur nie. 'n Federale regter

122 [1979] 1 WWR 742 (BCSC); bevestig (1980) 53 CCC (2d) 481 521 (BCCA) (en soos aangehaal deur Delisle Evidence: Principles and Problems 140-141 en in par 23 3 (c) van die Report of the Task Force).

123 Sien par 3 6 supra.

het gesê dat in geval van herinneringsherlewing[124] "... it is quite immaterial by what means the memory is quickened; it may be a song, or a face, or a newspaper item, or a writing of some character. It is sufficient that by some mental operation, however mysterious, the memory is stimulated to recall the event, for when so set in motion it functions quite independently of the actuating cause." Daar kan gesê word dat die proses waarvolgens inligting uit die langtermyngeheue opgediep word, dikwels aktiveer kan word deur 'n prikkel wat - objektief gesproke - as "nie-verbandhoudend" of irrelevant beskryf kan word.[125] Die subjektiewe ervaring van die getuie kan die deurslag gee.

Die enkele basiese vereiste wat wel ten aansien van die liberale benadering geld, kan breedweg soos volg saamgevat word:

---

124 15 F 2d 955 956 (9th Cir 1926) (my beklemtoning).

125 Redmount 1959 (50) J Crim L and Criminology 249 263: "The fragmentary cues that are provided as stimuli may or may not be, in themselves, logically relevant to the matters in issue and sought to be recalled." Fine 1984 (57) Wis B Bull 15 16 beweer soos volg (beklemtoning in die oorspronklike): "Anything may be used to refresh a witness' recollection and while that 'anything' usually has some tangible connection to the subject matter of the proposed testimony ... it need not. Indeed, the aroma of perfume or cologne worn by one of the participants may be enough to refresh a witness' memory."

Eerstens, daar moet bewys word dat die getuie persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) van die gebeurtenis gehad het.[126] Op die ooglopende oogmerk van hierdie vereiste is reeds gewys.[127]

Tweedens, die verhoorregter moet ook beslis of die getuie werklik getuig op die basis dat hy herinneringsherlewing ervaar en of hy nie maar in effek bewustelik of onbewustelik sy toevlug tot herinneringsherhaling neem nie.[128] Veel berus in die diskresie van die verhoorregter.[129] Die

126 Hoffmann v US 87 F 2 d 410 (9th Cir 1937); US v Riccardi 174 F 2d 883 (3d Cir 1948).

127 Sien par 4 2 supra.

128 Jewett v US 15 F 2d (955 9th Cir 1926); US v Riccardi 174 F 2d 883 (3d Cir 1948); Graham Handbook of Federal Evidence 567; Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 473.

129 In US v Riccardi 174 F 2d 883 889 (3d Cir 1948) is gesê (my beklemtoning): "Circumstances, or the nature of the testimony, may belie an assertion of present memory; more often the credibility of the witness generally and the cross-examiner's attack upon the reliability of his memory, will decide the claim to an independent recollection ... Properly, the burden to ascertain the state of affairs, as near as may be, devolves upon the trial judge who should in the first instance satisfy himself as to whether the witness testifies upon a record or from his own recollection. It is upon this satisfaction that the reception of the evidence depends, for if it appear to the court that the witness is wholly dependent for the fact upon the memorandum he holds in his hand, the memorandum acquires

maatstaf wat oor die algemeen hier aangewend word, is reeds vroeër bespreek.[130]

Derdens, indien bevind sou word dat daar nie van herinneringsherlewing sprake is nie, is die aantekening "no longer useful, unless it can qualify as evidence under the rule of past recollection recorded."[131] Herinneringsherhaling bestaan dus as alternatief - maar dan moet voldoen word aan die sogenaamde tradisionele vereistes: die aantekening moes deur die getuie gemaak, gedikteer of as akkuraat bevestig gewees het toe die gebeure nog vars in die getuie se geheue was[132] en 'n afskrif kan

> a significance which ... brings into operation certain guiding rules. Similarly, the trial judge must determine whether the device of refreshing recollection is merely a subterfuge to improperly suggest to the witness the testimony expected of him. It is axiomatic, particarly with respect to the reception of evidence, that much depends upon the discretion of the trial judge. This is not a new occasion for the exercise of that discretion." Graham Handbook of Federal Evidence 567 doen aan die hand dat die verhoorregter aan die getuie insae in die dokumente kan verleen, maar dan van die getuie kan verwag om die dokumente terug te handig voordat hy sy getuienis hervat. Sien voorts oor die algemeen par 4 3 2 supra, asook Fine 1984 (57) Wis B Bull 15 16.

130 Sien para 4 3 1 tot 4 3 3 supra, asook Westman 1975 (50) Notre Dame L 737 745.

131 Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 473. Sien ook Graham Handbook of Federal Evidence 567.

132 Jordan v People 376 P 2d 699 702 (1962); Wolcher v US 200

slegs gebruik word indien die oorspronklike verlore of vernietig is en die afskrif as 'n akkurate afskrif bewys word.[133] Dit is dus van uiterste belang dat daar telkens beslis moet word of die getuie of grond sy geheue getuig (herinneringsherlewing) en of hy bloot steun op die inhoud van sy aantekening (herinneringsherhaling)

Vierdens, die aantekening wat gebruik word, moet - net soos in die geval van herinneringsherhaling[134] - aan die teenparty beskikbaar gestel word.[135] Hierdie reg tot insae in die aantekening kan gekoppel word aan die beginsels van die akkusatoriale prosesmodel[136] en vloei voort uit die teenparty se reg om te besluit of hy die getuie op die basis van die aantekening wil kruisvra.[137]

F 2d 493 496 (9th Cir 1952). Sien voorts par 5 7 supra en reël 803(5) van die Federal Rules of Evidence.

133 Papalia v US 243 F 2d 437 (5th Cir 1957); Wigmore par 745; McCormick on Evidence par 299. Reël 803(5) van die Federal Rules of Evidence bevat geen sodanige vereiste nie en vereis bloot dat bewys moet word dat die aantekeninge "reflect ... knowledge correctly." Sien oor die algemeen par 5 8 supra tav die posisie in die Engelse en Suid-Afrikaanse bewysreg.

134 Sien oor die algemeen par 6 2 infra.

135 Fifth Avenue-Fourteenth Street Corp v Commissioner for Internal Revenue 147 F 2d 453 (2d Cir 1945); Jackson v US 250 F 2d 897 (5th Cir 1958); Little v US 93 F 2d 401 (8th Cir 1937). Sien voorts reël 612 van die Federal Rules of Evidence, asook par 6 2 infra.

136 Sien oor die algemeen para 1 1, 2 2 en 2 5 supra.

137 Klemme 1952-1953 (25) Rocky M L J

Vyfdens, die aantekening word nie getuienis nie.[138] Volgens Walker bestaan daar 'n praktyksreël ingevolge waarvan die kruisondervraer die aantekening aan die jurie mag voorlees in 'n poging om aan te toon dat die getuie

Rev 388 389 verduidelik ook soos volg: "Fundamentally, the rationale of the rule has two interrelated bases. In the first instance, the opposing counsel should have the opportunity to inspect such memorandum in order to determine if, in fact, the witness is using the memorandum to refresh his present recollection, that is, to recall the facts of which has has independent knowledge. If, in fact, the witness has no independent knowledge and is simply stating the facts as they appear on the memorandum, the testimony of such witness is inadmissible unless the rules of recorded past recollection are complied with. In the former situation the memorandum is used merely as an aid in recollection and is not itself testimony, while in the latter situation the memorandum itself becomes a part of the witness's testimony. The second basis for the rule is that opposing counsel should have the right to inspect in order to cross-examine the witness and point up any matters which would affect the credibility of the witness and consequently the weight of his testimony". Sien ook oor die algemeen par 6 3 infra.

138 Woodward v City Council 162 SE 2d 304 (1968). Sien egter par 6 5 2 infra tav die kruisondervraer se reg "to introduce in evidence those portions which relate to the testimony of the witness" (reël 612 van die Federal Rules of Evidence). In hierdie situasie gaan dit om 'n aanval op die geloofwaardigheid van die getuie. Die verskil tussen "beskikbaarstelling" en "inhandiging as getuienis" word behandel in par 6 2 infra.

onmoontlik nie sy geheue met behulp van die aantekening kon verfris het nie en dat geveinsde herinneringsherlewing ter sprake is.[139] Dit gaan om 'n aanval op die geloofwaardigheid van die getuie. Dit is slegs vir hierdie beperkte bewysdoel - naamlik die geskilpunt of die getuie inderdaad herinneringsherhaling ervaar het - dat beweer kan word dat die aantekening "getuienis" is.

Onder invloed van Wigmore se analise, Amerikaanse gewysdes en 'n enkele Kanadese beslissing,[140] het die Kanadese Task Force die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringherhaling aanvaar en ten aansien van eersgenoemde eenparig aanbeveel[141] "... that a writing may be used to refresh a witness's memory even if he neither authored nor verified it (contemporaneously with the event of not) ..." Hierdie aanbeveling word vandag in die Kanadese Uniform Evidence Bill[142] aangetref en verteenwoordig - soos die Amerikaanse benadering - 'n radikale afwyking van die Engelse gemene bewysreg.[143]

139 Walker 1975 6 Cum L Rev 471 473.

140 Sien vn 122 supra.

141 Par 23 5 van die Report of the Task Force.

142 Sien klousules 110,111 en 112.

143 Sien oor die algemeen McWilliams Canadian Criminal Evidence 1015. Wat herinneringsherhaling betref, het die Task Force egter heelwat meriete in die tradisionele Engelsregtelike vereistes gevind. Sien oor die algemeen par 23 4 van die Report of the Task Force, asook Delisle Evidence: Principles and Problems 140-142.

5 10 Standpuntstelling oor herinneringsherlewing: die liberale benadering teenoor die tradisionele vereistes van die Engelse gemene bewysreg

Hieronder word aandag geskenk aan die volgende vraag soos geformuleer deur McCormick:[144]

> Which is the wiser practice, the rule of the older cases, championed by Wigmore and by most present day courts, to the effect that any memorandum, without restriction of authorship, time, or correctness, may be used when the purpose is to revive memory; or the rule requiring that the memorandum to refresh must meet the same tests as the record of past recollection? Even if the latter requirement is an historical or analytical blunder, it will be none the worse for that if it is a safeguard needed in the search for the truth.

Daar is reeds vermeld dat die liberale benadering 'n historiese aanknopingspunt vind in die klassieke standpunt[145] en, voorts, dat dit op psigologiese gronde[146] verdedig kan word. Maar is die liberale benadering versoenbaar met die strenge[147] karakter of struktuur wat tiperend van die Anglo-Amerikaanse bewysreg is? Daar moet ook vermeld word dat wat psigologies moontlik en verdedigbaar is, nie noodwendig die behoeftes en vereistes

144 McCormick on Evidence par 9.

145 Sien oor die algemeen para 5 2 en 5 9 supra.

146 Sien vn 8 in par 5 2 supra, asook par 5 9 supra.

147 Sien oor die algemeen par 2 3 8 supra.

van die bewysreg bevredig nie.[148]

Spector en Foster bespeur twee risiko's in die toepassing van die liberale benadering:[149] "The major risk is that the witness's memory is not actually revived. Instead, he simply may agree ... with the data contained in the memorandum. A secondary problem, not as well recognized, is that the witness may sincerely assert that he 'remembers' without actually recalling the incident." Die bestaan van voormelde risiko's kan nie ontken word nie.[150] Die tradisionele benadering poog om hierdie risiko's uit te skakel deur vereistes te stel wat die betroubaarheid van die aantekening verseker. Die aantekening moet objektief gesproke as 'n betroubare stimulant of prikkel aangemerk kan word. Hierdie objektiewe benadering word

148 Sien par 3 1 supra.

149 Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 585.

150 Sien oor die algemeen McCormick on Evidence par 9. Gardner 1932-1933 (18) Corn L Q 391 401 verduidelik dat "... upon recall there is a strong tendency to 'sketch in missing details' ... Imagination and suggestion are twin-artists ever ready to retouch the fading daguerrotype of memory ... [T]he mind abhors an uncompleted picture, and paints in the details, careless indeed as to whether the old picture is reproduced faithfully". Die moontlike aanwesigheid van hierdie risiko's is egter 'n feitlike vraag en nie iets wat die reg kan poog om uit die staanspoor uit te sluit nie. Sien oor die algemeen Wigmore par 759; Redmount 1959 (50) J Crim L and Criminology 249 251 en 264 en Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616 633.

gehandhaaf ten spyte van die feit dat die getuie wat werklike herinneringsherlewing ervaar, op grond van sy geheue getuig en nie op die basis van die inhoud van die aantekening nie. Die tradisionele benadering ontken nie dat herwinning van inligting geberg in die langtermyngeheue deur 'n blote prikkel geaktiveer kan word nie, maar stel wel vereistes waaraan die prikkel (die aantekening) moet voldoen. Wanneer in ag geneem word dat die voorlegging van 'n aantekening aan 'n getuie wat herinneringsverlies ervaar, in 'n groot mate daarop neerkom dat 'n suggestie - net soos in die geval van 'n wenkvraag - aan die getuie gemaak word, dan blyk daar meriete te wees in vereistes wat daarop gemik is om die betroubaarheid van die aantekening te bevorder. Daar kan gesê word dat die tradisionele vereistes ten aansien van herinneringsherlewing - ongeag die feit dat hierdie vereistes aan 'n historiese en analitiese blaps te wyte mag wees - goed inpas by die strenge uitsluitingskarakter van die Engelse gemene bewysreg. Maar blote harmonie met die tapisserie van gemeenregtelike uitsluitingsreëls kan nouliks dien as oorweging teen die aanvaarding van die liberale benadering. In elk geval, uitsluitingsreëls soos hoorsê en die reël teen vorige ooreenstemmende verklarings kom nie ter sprake nie. Op die keper beskou, kan die werklike geskilpunt tussen die liberale benadering en die Engelse gemene bewysreg se tradisionele vereistes tot die volgende beginselvraag reduseer word: moet groter vertroue in die regspreker se oordeel geplaas word (die liberale benadering) of behoort daar regsvoorskriftelik opgetree te word (die tradisionele benadering)? Dit gaan

dus hier om 'n breër beleidsvraag. In Fanelli v US Gypsum het regter Frank die volgende uitlating ten gunste van die liberale benadering gemaak:[151] "Since the workings of the human memory still remain a major mystery after centuries of study, courts should hestitate before they glibly contrive dogmatic rules concerning the reliability of the ways of provoking it." Hierdie argument kan egter ook ingespan word ter ondersteuning van die tradisionele vereistes, naamlik dat die onsekerheid oor die presiese funksionering van die mens se geheue meebring dat herinneringsherlewingsgevalle deur spesifieke voorskrifte beheer behoort te word - en dat daar eerder aan die veilige kant fouteer behoort te word. Hierteenoor verdedig McCormick die liberale benadering aan die hand van die volgende:[152]

> On balance, it would seem that ... liberality of practice is the wiser solution because there are sufficient safeguards to protect against abuse. The first safeguard is the power of control by the trial judge. It is a preliminary question for his decision whether the memorandum actually does refresh, and from the nature of the memorandum and the witness's testimony he may find it does not ... The second safeguard is the rule which entitles the adverse party, when the witness seeks to resort to the memorandum, to inspect the memorandum so that he may object to its use if ground appears, and

151 141 F 2d 216 217 (2d Cir 1944).

152 McCormick on Evidence par 9. Sien ook Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 585-586 en Graham Handbook of Federal Evidence 568.

> to have the memorandum available for his reference in cross-examining the witness. With the memorandum before him, the cross-examiner has a good opportunity to test the credibility of the witness's claim that his memory has been revived, and to search out any discrepancies between the writing and the testimony.

Bovermelde "veiligheidsmaatreëls" geld egter ook in die Engelse gemene bewysreg - addisioneel tot die vereistes waaraan die aantekening moet voldoen. Dit is duidelik dat die liberale benadering verteenwoordigend is van die denkrigting dat groter vertroue in die oordeel van die hof geplaas behoort te word.[153] Dit is hoofsaaklik op die basis van hierdie breër beleidsbeginsel - asook die veiligheidsmaatreëls soos geïdentifiseer deur McCormick - dat ek die liberale benadering steun.

153 Vgl bv die volgende opmerkings van Van Warmelo 1983 (1) Cod 42 43: "Die huidige bewysreg is verouderd en hoort nie meer tuis aan die einde van die twintigste eeu nie. Per slot van sake, geregtigheid vereis dat die howe tot hul bevinding geraak op grond van wat bewys word die feite te wees. Natuurlik, absolute bewys is nie moontlik nie, maar ons kan empiries tot 'n bevinding geraak op grond van die bewys wat voorgelê is. Die howe behoort nie beperk te word nie en meer vertroue moet in die gesonde verstand en wysheid van die hof gestel word - ook al wil dit in enkele gevalle voorkom of daardie gesonde verstand en wysheid afwesig is." Vgl ook oor die algemeen Nokes 1956 (31) Tul L Rev 153 168; para 5 40 en 5 42 van die Report of the Roskill Committee; Lennhoff 1954-1955 (3) Am J Comp L 313 334-335; Turner 1969 NZLJ 211. Sien ook die opmerkings in para 2 7 en 2 8 supra. Daar kan betoog word dat

Voorts is dit myns insiens ook inkonsekwent om - soos wat die tradisionele benadering wel doen - sekere vereistes ten aansien van die aantekening te stel in omstandighede waar, eerstens, erken word dat psigologies gesproke enige prikkel 'n herinnering kan laat herleef[154] en, tweedens, standpunt ingeneem word dat die aantekening nie as getuienis ontvang word nie omdat die getuie op grond van sy geheue getuig.[155] Objektiewe regsreëls kan

aanvaarding van die liberale benadering die vrye toelating en beoordeling van getuienis, volgens die Kontinentale stelsel, bevorder. In oorweging word gegee dat geen prinsipiële beswaar hierteen ingebring kan word nie. Vgl bv die volgende opmerkings van Kunert 1966-1967 (16) Buffalo L Rev 122 164: "A common feature in the recent development in both evidence law systems ... [ie, common and civil law systems] ... seems to be that ideological and dogmatic assumptions are replaced by more realistic and common sense views ... [T]he two systems are approaching each other though the starting-points are far apart..."

154 In The Queen's Case (1820) 2 Brod en B 284 300, 129 ER 976 het hr Abbott bv die volgende opmerking gemaak tav die effek wat 'n blote vraag op 'n getuie mag hê: "It must be in the knowledge and experience of every man, that a slight hint or suggestion of some particular matter connected with a subject, puts the faculties of the mind in motion, and raises up in the memory a long train of ideas connected with that subject; which, until that hint or suggestion was given, were wholly absent from it."

155 Sien oor die algemeen par 2 6 supra. In 1975 (6) Cum L Rev

nie bepaal wat 'n getuie subjektief ervaar nie. Die vraag of 'n getuie herinneringsherlewing ervaar is 'n feitlike vraag wat by wyse van afleiding bevind moet word.

Die rede waarom die liberale benadering nog nie in die Engelse en Suid-Afrikaanse howe inslag gevind het nie, kan myns insiens stellig ook toegeskryf word aan die feit dat hierdie howe nie op 'n analitiese grondslag tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei nie. Op die prinsipiële verskille tussen die twee prosesse is reeds gewys.[156]

By wyse van opsomming kan gelet word op die volgende opmerkings van Walker:[157]

> The rule allowing a witness to

---

471 474 verklaar Walker - 'n voorstander van die liberale benadering - soos volg (my beklemtoning): "The end result in the application of the doctrine of present recollection revived is the actual revival of the witness' memory. Therefore, the substance of the writing used to refresh memory should be of no consequence if the memory is in fact refreshed ... Within the ambit of refreshing the memory, the witness swears to the truth of his oral testimony, not to that of the writing used to recall it ..." Sien ook Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616 617.

156 Sien par 1 6 supra, asook die uiteensetting van Morgan 1927 Harv L Rev 712 718 soos aangehaal in vn 117 in par 5 9 supra.

157 Walker 1975 (6) Cum L Rev 474 479 (my beklemtoning).

> refresh his memory should be liberally applied in order to accommodate the unpredicted, but often trustworthy, operations of the human memory. The restrictions of past recollection recorded are necessarily limiting and thus should not be imposed upon a memorandum used merely to refresh the witness' memory.

In die finale instansie moet begryp word dat die liberale beandering nie die tradisionele vereistes totaal oorboord gooi nie. Laasgenoemde bly steeds 'n alternatief. Die liberale benadering skep maar bloot die moontlikheid dat daar - in die diskresie van die hof - nie aan die tradisionele vereistes voldoen hoef te word nie. As die hof sou bevind dat daar nie toepassingsruimte vir die liberale benadering is nie, kan die getuie steeds die aantekening raadpleeg indien die tradisionele vereistes wel bevredig word.

HOOFSTUK 6

DIE AANTEKENING: BESKIKBAARSTELLING, KRUISONDERVRAGING EN BEWYSDOEL EN -WAARDE

6 1 Inleiding 218

6 2 "Beskikbaarstelling" en die grondslag van die beskikbaarstellingsverpligting: die teenparty se reg tot insae 218

6 3 Die ontstaan van die beskikbaarstellingsverpligting 222

6 4 Die beskikbaarstellingsverpligting en die algemene omvang van die teenparty se reg tot insae 222

6 5 Toelating van die aantekening as getuienis en die bewyswaarde van die aantekening: die gemeenregtelike agtergrond 232

6 5 1 Die Engelsregtelike mondelinge teorie 233

6 5 2 Kruisondervraging en die toelating van die aantekening as getuienis 248

6 5 3 Bewyswaarde van die aantekening en die reël teen selfstawing 250

6 5 4 Statutêre ingryping? 256

6 6 Herinneringsherhaling en aspekte van hoorsê 263

6 7 Die deskundige getuie 269

HOOFSTUK 6

DIE AANTEKENING: BESKIKBAARSTELLING, KRUISONDERVRAGING EN BEWYSDOEL EN -WAARDE

6 1 Inleiding

Die huidige hoofstuk is in 'n groot mate 'n voortsetting van die voorafgaande hoofstuk en het - soos die voorafgaande twee hoofstukke - slegs betrekking op die situasie waar 'n getuie 'n aantekening in die getuiebank raadpleeg. Tot dusver is die klem op die gemenereg geplaas. In die huidige hoofstuk word die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure egter ook in die lig van relevante statutêre bepalings bespreek[1] - veral met betrekking tot die vraag watter bewyswaarde (indien enige) kleef aan 'n aantekening wat 'n getuie ter geheueverfrissing geraadpleeg het.

6 2 "Beskikbaarstelling" en die grondslag van die beskikbaarstellingsverpligting: die teenparty se reg tot insae[2]

Met "beskikbaarstelling" - die Engelse ekwivalent is

1 Sien oor die algemeen para 6 5 3 tot 6 7 infra.

2 Sien oor die algemeen Schmidt 307-308; Hoffmann en Zeffertt 346-347; McCormick on Evidence para 9 en 299; Wigmore para 753 en 762; Phipson on Evidence par 33-34; Cross en Tapper 251; Murphy A Practical Approach to Evidence 363; Report of the Task Force para 23 3 (b) en 23 4 (g); Jones on Evidence par 27 4; Schiff Evidence in the Litigation Process 198; Atkinson MacRae on Evidence para 954 en

"production" - word bedoel dat aan die hof en die teenparty blote insae in die aantekening verleen word: die aantekening word nie as bewysstuk ingehandig nie en daar is geen sprake daarvan dat die inhoud van die aantekening bewys word nie.[3]

958; McWilliams Canadian Criminal Evidence 1008-1009; Delisle Evidence: Principles and Problems 141-142; O'Dowd The Law of Evidence in South Africa par 71; May South African Cases and Statutes on Evidence par 585; Scoble The Law of Evidence 355; May Criminal Evidence par 1349; Ratushny 1974 (52) Can B Rev 209 215; Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408 411; Purves 1971 Crim L Rev 212; Moore 1984 Law Soc Gaz 1427; Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 473; Klemme 1952-1953 (25) Rocky M L Rev 388 389; Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 12-13.

3 R v Elijah 1963 3 SA 86 (SR) 88H (my beklemtoning): "That the witness' note must be produced in the sense of being made available for inspection by the other side and possible use in cross-examination admits of no doubt." Daar word ook soos volg gesê in Phipson on Evidence par 33-42 vn 60: "'Produced' is used in the sense of 'made available', not 'put in as an exhibit'." Sien ook oor die algemeen De Bruin v Rex 1945 2 PH H255 (T). Daar bestaan wel 'n praktyksreël ingevolge waarvan die aantekening wat 'n getuie in hoof- en herondervraging met die oog op geheueverfrissing geraadpleeg het, geriefshalwe as bewysstuk ingehandig kan word: "To expedite the leading of evidence it is sometimes found convenient to utilise the memorandum from which a witness had refreshed his memory as a record of his evidence and in the absence of objection by the other party the practice is permissible" (R v Smit 1946 AD 862 867). Sien ook Rex v Mohafa 1950 2 PH H103 (OKPA). Inhandiging as bewysstuk ingevolge hierdie praktyksreël beteken egter nie dat die inhoud van die aantekening bewys word nie: R v Smit supra; R v Elijah supra.

Beskikbaarstelling van die aantekening aan die hof en die teenparty is verpligtend[4] in elke geval waar 'n getuie in die getuiebank 'n aantekening met die oog op geheueverfrissing raadpleeg.[5] Die beskikbaarstellingsverpligting geld ongeag die vraag of die getuie 'n

---

4 Vlg Wigmore para 753 (4) en 762 moet die teenparty insae versoek. Sien ook MacDuff and Co (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Co Ltd 1923 TPD 318 319. In R v Elijah 1963 3 SA 86 (SR) 89C is te kenne gegee dat igv 'n onverdedigde besk, behoort die hof tbv die besk op te tree deur die aantekening te inspekteer. Hierdie benadering strook met die aktiewe plig wat op 'n voorsittende beampte rus om 'n onverdedigde persoon by te staan. Sien oor die algemeen Steytler The Undefended Accused on Trial: Justice in the Lower Courts 523.

5 Michael v Additional Magistrate of Johannesburg and Attorney-General 1926 TPD 331 333: "Now the ordinary rule is that where a witness refreshes his memory by referring to a document, cross-examing counsel is entitled to see the writing to which the witness refers; that appears to be the rule whether the witness refreshes his memory in examination-in-chief or cross-examination." Sien ook oor die algemeen Gregory v Tavernor (1833) 6 Car en P 280 281, 172 ER 1241; R v Bass [1953] 1 All ER 1064; Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A); MacDuff and Co (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Co Ltd 1923 TPD 318 319; Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K) 511F-G; Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T) 965A-E; S v Tshomi 1983 1 SA 1159 (K) 1160D; R v Grieve 1947 2 SA 264 (T); R v Scoble 1958 3 SA 667 (N) 669; Nicholas 1954 SALJ 342; Abelman 1966 SALJ 530; R v Alward (1976) 32 CCC 2d 416; R v Smith (No 2) (1938) 71 CCC 394.

onafhanklike herinnering het of nie.[6]

Die beskikbaarstellingsverpligting bestaan omdat die teenparty 'n reg tot insae in die aantekening het. Hierdie reg tot insae moet gesien word in die lig van enkele beginsels van die akkusatoriale[7] prosesmodel, naamlik die teenparty se reg om te kruisvra,[8] die partye se algemene beheer[9] oor inligting wat aan die hof voorgelê word en die gelyke geleenthede wat die partye in die voorlegging van hul weergawes behoort te geniet.[10] Soos hieronder sal blyk, kan kruisondervraging met betrekking tot die aantekening in bepaalde gevalle meebring dat die aantekening vir beperkte bewysdoeleindes oorweeg kan word.[11] Insae in die aantekening verleen aan die teenparty die geleentheid om 'n oorwoë besluit te neem. Hy kan - om goeie taktiese redes - besluit om die getuie nie met betrekking tot die aantekening of sommige dele daarvan te kruisvra nie: op hierdie wyse oefen hy dan wel in 'n mate beheer uit oor die inligting wat aan die hof voorgelê word. Die

6 R v Elijah 1963 3 SA 86 (SR); Phipson on Evidence par 33-42; Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 473.

7 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 3 in par 2 2 supra.

8 Sien vn 137 in par 5 9 supra, asook Wigmore par 762.

9 Sien oor die algemeen par 2 5 supra, asook Van Loggerenberg Hofbeheer en Partybeheer in die Burgerlike Litigasieproses: 'n Regshervormingsondersoek 34.

10 Sien oor die algemeen S v Mpetha (1) 1983 1 SA 492 (K) 494C en 494A.

11 Sien par 6 5 2 infra.

reg tot insae verhoed ook dat die kruisondervraer kan beweer dat sy opponent 'n onregverdige voordeel gehad het deurdat een van laasgenoemde se getuies met behulp van 'n aantekening getuig het. Die teenparty word 'n billike geleentheid gegun om hierdie voordeel te probeer neutraliseer.[12]

6 3 Die ontstaan van die beskikbaarstellingsverpligting

Die beskikbaarstellingsverpligting (of: die teenparty se reg tot insae) ontstaan slegs as 'n getuie werklik die aantekening raadpleeg: die feit dat 'n getuie toevallig in die getuiebank 'n relevante aantekening op sy persoon het, beteken nie dat 'n beskikbaarstellingsverpligting ontstaan nie;[13] en die feit dat 'n getuie in die loop van sy getuienis bloot na die bestaan van 'n aantekening verwys, skep ook geen beskikbaarstellingsverpligting nie.[14] Die posisie wat ontstaan wanneer die teenparty daarop aandring dat 'n getuie in die loop van kruisondervraging sy geheue verfris, word hieronder behandel.[15]

6 4 Die beskikbaarstellingsverpligting en die algemene omvang van die teenparty se reg tot insae

Wanneer 'n getuie in die loop van sy getuienis 'n aantekening

---

12 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 12-13 vn 34.

13 Phipson on Evidence par 33-42.

14 Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K) 510G-511A en 512G.

15 Sien par 6 4 infra.

raadpleeg in omstandighede waar hierdie aantekening op die basis van 'n bewysregtelike privilegie[16] beskerming teen openbaarmaking geniet, is die bestaan van sodanige privilegie geen geldige rede op grond waarvan geweier kan word om die aantekening beskikbaar te stel nie.[17]

---

16 Sien oor die algemeen Van Niekerk et al par 1 2 tav die betekenis van die begrip "bewysregtelike privilegie."

17 Sien oor die algemeen MacDuff and Co (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Investment Co 1923 TPD 318. In hierdie saak het die hof nie 'n bevinding gemaak dat privilegie aan- of afwesig was nie, maar die geskilpunt bloot benader op die basis dat as 'n getuie sy geheue wil verfris, dan moet beskikbaarstelling geskied. 'n Getuie het in hierdie saak in hoofondervraging te kenne gegee dat hy heeltemal bereid was om sy geheue te verfris, maar dat hy op grond van privilegie nie bereid was om sy aantekening aan die teenparty beskikbaar te stel nie. Op 319 van die verslag word bevind: "Now it is not necessary, in our opinion, to investigate the question at the present stage as to whether these notes are privileged or not. That might possibly arise if he were called upon to produce them by cross-examining counsel. That is not the application; there is no application before us. It is simply a question of whether the witness is entitled to refer to these notes when he objects to produce them to cross-examining counsel. In our opinion, it is perfectly clear that notes cannot be referred to by a witness unless they are produced to the cross-examining counsel, if he desires to have them. For those reasons we think it is perfectly clear that the witness is not at the present stage entitled to refer to notes which he is unwilling to produce." In oorweging word egter gegee dat hierdie beslissing impliseer dat - behoudens gevalle waar geheueverfrissing op versoek van die kruisondervraer geskied - privilegie nie 'n geldige basis is waarop 'n getuie wat sy geheue wil verfris, beskikbaarstelling kan weier nie. Sien voorts oor die algemeen Hoffmann

Die getuie word nie toegelaat om die beste van twee wêrelde te geniet nie: hy kan nie die voordeel van geheueverfrissing geniet en terselfdertyd aanspraak maak op die beskerming van die privilegie nie. Die hof moet egter ook tevrede wees dat die werklike houer van die privilegie daarvan afstand wil doen: 'n regsverteenwoordiger kan byvoorbeeld nie in sy hoedanigheid van getuie sy geheue verfris met behulp van 'n aantekening wat deur regsprofessionele privilegie beskerm word nie indien die hof sou bevind dat die houer van die privilegie - dit wil sê, die kliënt[18] - nie uitdruklik of by implikasie[19] van hierdie privilegie afstand doen nie.[20]

---

en Zeffertt 346, R v Bass [1953] 1 All ER 1064 en Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A). Graham Handbook of Federal Evidence 569: "If the claim of privilege is made ... one obvious solution is to simply forbid the witness to refresh his recollection at any time from the writing." Die posisie van die getuie wat op privilegie aanspraak maak wanneer die kruisondervraer geheueverfrissing versoek, word behandel in par 6 4 infra (by vne 33 tot 40).

18 Sien oor die algemeen Wigmore par 2327; Schneider v Leigh [1955] 2 QB 195; S v Moseli (2) 1969 1 SA 650 (O) 652H-653. Dit is wel die plig van die regsverteenwoordiger om tbv sy kliënt op die privilegie aanspraak te maak: sien Van Niekerk et al par 3 2 vn 7, asook Schmidt 543.

19 Sien oor die algemeen par 7 6 infra tav "geïmpliseerde afstanddoening" van 'n privilegie. Sien ook oor die algemeen Msimang v Durban City Council 1972 4 SA 333 (D) 338A-B en AA Mutual Insurance Association Ltd v Blom 1979 1 SA 491 (O).

20 Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K) 511D en 513F. Igv die sg openbare of staatsprivilegies het 'n hof in beginsel die verpligting om dié privilegies mero motu te handhaaf. In oorweging word gegee dat die hof 'n getuie

Die beskikbaarstellingsverpligting is nie só wyd dat die geheel van 'n dokument waarin verskeie inskrywings aangebring is, altyd beskikbaar gestel hoef te word nie.[21] Dit is in die diskresie van die hof om die reg tot insae te beperk tot dáárdie gedeeltes of inskrywings wat die getuie in die getuiebank geraadpleeg het. Wanneer 'n polisieman byvoorbeeld een inskrywing in sy sakboekie - wat in die reël nie gepriviligeerd is nie[22] - in die

---

kan verhoed om sy geheue te verfris mbv 'n aantekening wat binne die beskermingsomvang van een van voormelde privilegies val. In elke geval behoort die hof egter te let op die besonderhede vereistes wat tav die betrokke openbare privilegie geld. Die aanbrengersprivilegie - wat as 'n openbare privilegie aangemerk kan word - word bv nie gehandhaaf nie "when disclosure is necessary in favorem innocentiae" (Ex parte Minister of Justice: in R v Pillay 1945 AD 653 669). Wanneer 'n hof dus oortuig is dat openbaarmaking van die identiteit van die aanbrenger noodsaaklik is om onskuld te bewys en dat geheueverfrissing hierdie oogmerk kan bevorder, kan daar, mi, geen geldige beswaar wees nie en behoort die hof beskikbaarstelling van die aantekening te gelas.

21 Kl 114 van die Kanadese Uniform Evidence Bill is in hierdie verband navolgenswaardig: "After examining any record used for the purpose of refreshing the memory of a witness ... the court shall excise any portion that is unrelated to the matters in issue or privileged or otherwise not subject to production, order production of the remainder and order the preservation of the unproduced portions for the purpose of any appeal." Kl 114 is ook van toepassing op kl 113-gevalle, dws gevalle van herinneringsherhaling.

22 My stelling in Van Niekerk et al par 18 9 3 tot die effek dat 'n polisieman se sakboekie gepriviligeerd is, is foutief en kan nie

getuiebank sou raadpleeg, beteken dit nie dat die kruis-ondervraer nou 'n reg tot insae in die geheel van die boekie moet verkry nie. 'n Hof kan in so 'n geval insae beperk tot die relevante inskrywing ten einde ander inskrywings wat nie op die geskilpunte betrekking het nie - en boonop uit 'n algemene beleidsoogpunt vertroulik van aard is[23] - teen onnodige openbaarmaking te beskerm. Oor die algemeen gesproke, maak die howe van die volgende oorkoepelende tweeledige toets gebruik ten einde te kan beslis oor die omvang van die teenparty se reg tot insae waar 'n gedeelte van 'n aantekening (byvoorbeeld 'n dagboek of rekenkundige boek) geraadpleeg word, naamlik dat[24] "inspection ... should be limited to such parts of the book as refer to the subject matter of the suit or afford a test of the accuracy or reliability

---

ongekwalifiseerd aanvaar word nie. Inskrywings in 'n polisieman se sakboekie is slegs geprivilegeerd waar bevind kan word dat dit gemaak is as deel van verklarings wat die beskerming van die getuieverklaringsprivilegie geniet: sien oor die algemeen S v Alexander (1) 1965 2 SA 796 (A) 811D en die interpretasie van dié saak in S v Mpumlo 1987 2 SA 442 (SOK) 448 en 449A-D. Sien ook R v Khlowane 1946 1 PH H108 (C) en Owen v Edwards (1984) 77 Cr App R 191.

23 R v Bass [1953] 1 All ER 1064. Op 1068A van die verslag is met betrekking tot polisiemanne se sakboekies gesê dat "[t]he desire ... to preserve the confidential nature of the notebooks could probably quite easily have been achieved with the assistance of a pin or a piece of sticking plaster so that only the relevant pages could have been read."

24 Michael v Additional Magistrate of Johannesburg and Attorney-General 1926 TPD 331 334 (my beklemtoning). Sien ook oor die algemeen Hoffmann en Zeffertt 346.

of the entry to which the witness has referred." Dit is duidelik dat hierdie toets tog maar verg dat 'n mate van speling toegelaat moet word.[25] Die teenparty moet darem 'n geleentheid kry om effektiewe kruisondervraging te kan beplan en uit te voer.

Die bovermelde tweeledige toets ter beperking van die omvang van die reg tot insae, is geskoei op die relevantheidsgrondbeginsel van die bewysreg en die hof se inherente bevoegdheid om, waar werklik nodig, wydlopige kruisondervraging te stuit. In R v Scoble[26] het die beskuldigde - toevallig 'n ervare advokaat - by die verhoor die landdros se bevinding aanvaar dat insae in 'n sakboekie wat 'n verkeerskonstabel in hoofondervraging ter geheueverfrissing gebruik het, beperk moes word "in so far as it relates to the notes in the particular case."[27] Geen betoog ten behoewe van 'n wyer reg op insae is by die verhoor gelewer nie. Op appèl het die beskuldigde benadeling beweer op die basis dat sy reg tot insae onbehoorlik ingekort is. Die hof bevind egter dat[28] "unless a magistrate is told by an accused ... why he wishes to examine the notes in a witness's note book other than those relating solely to his own case , the magistrate in the exercise of his discretion is entitled

25 Sien oor die algemeen par 6 5 2 infra tav die gevolge wat intree waar die kruisondervraer sy vrae baseer op gedeeltes van die aantekening wat nie deur die getuie ter geheueverfrissing aangewend is nie.

26 1985 3 SA 667 (N).

27 669G-H van die verslag.

28 670D van die verslag.

to confine the examination to those notes in order to avoid cross-examination of a speculative or irrelevant nature."

Streng geneem op die feite van die saak, mag R v Scoble supra korrek wees. Waarteen wel gewaak moet word, is dat die hof nie uit die staanspoor die moontlikheid van 'n irrelevante of spekulatiewe kruisondervraging moet voorsien nie en dan op die basis van hierdie "vooruitskouing" die teenparty se reg tot insae onnodig beperk nie.[29] In oorweging word gegee dat oordrewe klemplasing op beperkings op die reg tot insae nie die korrekte manier is om irrelevante of bespiegelende kruisondervraging uit te skakel nie. Die hof het immers die bevoegdheid om kruisondervraging van hierdie aard te stuit wanneer dit werklik besig is om plaas te vind - soos wat inderdaad in Michael v Additional Magistrate of Johannesburg and Attorney-General[30] gebeur het. Daar bestaan geen rede waarom die blote moontlikheid van irrelevante kruisondervraging vooruitgeloop behoort te word nie. Die laer hof se optrede in R v Grieve[31] illustreer die onwenslikheid van onbehoorlike inkorting van die teenparty se reg tot insae. In hierdie saak was die presiese punt van 'n motorbotsing in geskil. Twee planne van die botsing is ingehandig: een deur konstabel F en een deur speurdersersant L. F het in hoofondervraging

29 Maguire en Quick 1957 3 How L J 1 12-13 vn 34.

30 1926 TPD 331.

31 1947 2 SA 264 (T).

getuig met verwysing na sy plan. In kruisondervraging het dit geblyk dat hy - in ooreenstemming met normale gebruik - sy plan opgestel het op die basis van 'n rowwe skets wat hy op die toneel gemaak het en waarop hy sekere posisies en punte aangestip het. Die verdediging se versoek om insae in die oorspronklike skets te bekom, is deur die verhoorhof geweier. In hoër beroep word bevind dat die oorspronklike skets en aantekening van F in twee opsigte relevant was: eerstens, om die akkuraatheid van F se finale plan te toets en, tweedens, om die akkuraatheid te toets van die ander plan soos ingehandig deur L en wat nie net van F se plan verskil het nie, maar inderdaad ook deur die verdediging betwis is. Die verhoorhof se weiering om aan die verdediging toegang tot die oorspronklike skets en aantekening van F te verleen, word as benadeling beskou. Regter Ramsbottom bevind:[32] "It might have been ... that if ... [F's] ... notes had been produced, inaccuracies, not only in ... [F's] ... plan, but also in ... [L's] ...plan, might have come to light. If the defence had admitted the accuracy of ... [L's] ... plan the position would have been otherwise ..." Die appèl slaag.

Daar is al in Suid-Afrikaanse regspraak aanvaar - maar nie pertinent beslis nie - dat 'n kruisondervraer 'n getuie kan versoek om sy geheue te verfris in omstandighede waar hierdie getuie nie in hoofgetuienis 'n behoefte

---

32 266 van die verslag. Sien ook 265 vir die grondslag waarop regter Ramsbottom R v Grieve supra onderskei van Michael v Additional Magistrate of Johannesburg and Attorney-General 1926 TPD 331.

ervaar het om sy geheue te verfris nie.[33] In oorweging word gegee dat daar niks met só 'n benadering skort nie:[34] "Not only may a witness be allowed to refresh his memory, but he may be compelled to do so." Hierdie vertrekpunt[35] berus op die beginsel dat geheueverfrissing die volledigheid en akkuraatheid van getuienis as oogmerk het.[36] Die vraag of geheueverfrissing in die loop van hoof-, kruis- of herondervraging geskied, is irrelevant ten aansien van hierdie oogmerk.[37] Daar bestaan 'n beskouing dat dit 'n getuie vry staan om te weier om sy geheue te verfris.[38]

---

33 R v Varachia 1947 4 SA 267 (T).

34 Steele v Coxe 36 S E 2d 288 291 (1945). Sien ook oor die algemeen Marti v Standard Fire Ins Co 23 A 2d 576 (1942).

35 'n Mens het hier slegs met 'n basiese vertrekpunt te doen aangesien die hof - so word in oorweging gegee - die aansoek van die hand sal kan wys waar dit duidelik is dat die kruisondervraer bloot op 'n hengelekspedisie wil gaan. Vgl oor die algemeen State v Rompey 339 S W 2d 746 (1960).

36 Sien die gesag aangehaal in vn 27 in par 1 3 (a) supra.

37 In oorweging word gegee dat geheueverfrissing in gepaste gevalle selfs op versoek van die hof sal kan geskied.

38 Ferreira Strafproses in die Laer Howe 380. Betreffende die vraag of 'n party sy eie getuie kan dwing om 'n aantekening ter geheueverfrissing te raadpleeg, neem Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408 413 standpunt in dat dit nie gedoen kan word nie en dat die aangewese uitweg is om die getuie te diskrediteer. Ek betwyfel die korrektheid van hierdie standpunt en vind indirekte steun in 'n beslissing van die Kanadese supreme court in Stewart v The Queen (1976) 71 DLR (3d) 449 - 'n beslissing wat nie deur Newark en Samuels behandel word nie. In dié

Waarheidsvasstelling behoort egter nie afhanklik gestel te word van 'n getuie se toevallige keuse wat nie op regtens aanvaarbare gronde berus nie. 'n Getuie se weiering kan byvoorbeeld slegs geldig wees waar die betrokke aantekening die beskerming van 'n privilegie geniet.[39] In hierdie geval bestaan 'n regtens aanvaarbare grond. Die beginsel dat geheueverfrissing die volledigheid en akkuraatheid van getuienis as oogmerk het, is nie nou ter sprake nie aangesien dit juis 'n wesenskenmerk van 'n privilegie is dat die bestaan daarvan waarheidsvasstelling kan belemmer en in sommige gevalle selfs ontmoontlik kan maak.[40] Enige prosesregstelsel wat die bestaan van bepaalde privilegies erken, erken by implikasie ook dat die prosesreg nie absolute aanspraak op waarheidsvasstelling het nie. Daar bestaan hoër en belangriker waardes as 'n absolute vereiste dat waarheidsvasstelling ten alle koste moet kan geskied.

> saak is beslis dat 'n party nie sy eie getuie ingevolge art 9(2) van die Canada Evidence Act 1970 kan kruisvra nie tensy die party éérs die getuie 'n geleentheid gegun het om sy geheue te verfris nie. Die implikasie van hierdie beslissing is dat 'n getuie tog gedwing kan word om 'n aantekening wat vir geheueverfrissingsdoeleindes kwalifiseer, te raadpleeg; en dat kruisondervraging van 'n eie getuie - waar dit regtens toelaatbaar is - eers behoort te geskied wanneer die getuie se reaksie op raadpleging van die aantekening bekend is.

39 Of waar daar andersins in die oordeel van die hof geen rede is vir geheueverfrissing nie: sien vn 35 supra.

40 Van Niekerk et al par 1 1 1.

Wanneer 'n kruisondervraer in die afwesigheid van 'n aanspraak op 'n privilegie toegelaat word om 'n getuie se geheue met behulp van 'n aantekening te verfris en eersgenoemde dan sou versuim om die nodige basis daarvoor te lê, kan hy nie later kla dat 'n onreëlmatigheid plaasgevind het nie:[41] "I fail to see how it can be an irregularity if counsel other than the counsel who has called the witness himself asks the witness to refer to certain notes; having done so it would be ludicrous if he could contend that there had been an irregularity because the witness has not stated that he himself made the notes and that the notes were made at a time when the facts were still fresh in his memory and that the notes accurately reflect the incidents to which they refer."

6 5 Toelating van die aantekening as getuienis en die bewyswaarde van die aantekening: die gemeenregtelike agtergrond

Die toelating van die aantekening as getuienis - asook die vraag of enige bewyswaarde aan die aantekening toegeken behoort te word - moet gesien word in die lig van die volgende: die gemeenregtelike voorkeur vir die ontvangs van mondelinge getuienis,[42] die rol en gevolge van kruisondervraging met betrekking tot die aantekening[43]

41 R v Varachia 1947 4 SA 267 (T) 271.

42 Sien par 6 5 1 infra.

43 Sien par 6 5 2 infra.

en, laastens, die invloed van die reël teen selfstawing.[44]

6 5 1 Die Engelsregtelike mondelinge teorie

Daar is reeds vroeër vermeld dat die Engelse gemene bewysreg staan op die standpunt dat in alle gevalle van "geheueverfrissing" dit die mondelinge getuienis van die getuie is wat ontvang word en nie die inhoud van die aantekening nie - ongeag die vraag of die hof met herinneringsherlewing of herinneringsherhaling te doen het.[45] In oorweging word gegee dat die standpunt dat mondelinge getuienis ontvang word, slegs in geval van herinneringsherlewing geldig is. Die rede hiervoor is dat die getuie in geval van herinneringsherlewing op grond van sy geheue getuig en inderdaad nie steun op die inhoud van die aantekening nie.[46] Daar bestaan geen rede waarom die inhoud van die aantekening bewys hoef te word nie. Trouens, bewys van die getuie se vroeëre aantekening sal in geval van herinneringsherlewing normaalweg inderdaad ontoelaatbaar wees op grond van die gemeenregtelike reël teen vorige ooreenstemmende

---

44 Sien par 6 5 3 infra.

45 Sien par 2 6 supra, asook Cross en Tapper 252; Murphy A Practical Approach to Evidence 362; Birchell v Bullough [1896] 1 QB 325; Maugham v Hubbard (1828) B en C 14, 108 ER 948; Young v Denton [1927] 1 DLR 426; par 286 van The Australian Law Reform Commission: Report no 26 (Interim) Evidence (Vol 2); Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 15. Sien egter ook par 6 5 2 infra tav die gevolge wat kan intree mbt kruisondervraging.

46 Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 474; Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616 617.

verklarings (soms genoem die reël teen selfstawing).[47] Ingevolge hierdie reël kan 'n party normaalweg nie poog om te bewys dat sy getuie op 'n vorige geleentheid dieselfde gesê het as wat hy nou in die hof sê nie. Die vorige verklaring is irrelevant. Beskikbaarstelling is wel noodsaaklik ten einde te voldoen aan die vereistes van die akkusatoriale prosesmodel,[48] naamlik dat die teenparty die geleentheid gegun moet word om te kan kruisvra en dat hierdie kruisondervragingsreg slegs behoorlik uitgeoefen kan word as die teenparty insae in die aantekening kan hê.[49] Soos hieronder aangetoon sal word,[50] bepaal die gemenereg dat kruisondervraging wel in bepaalde gevalle daartoe aanleiding kan gee dat 'n aantekening wat 'n getuie ter verfrissing van sy geheue geraadpleeg het, as "getuienis" ontvang word.

Dit is moeilik om die gemeenregtelike mondelinge teorie te versoen met herinneringsherhalingsgevalle.[51] Die getuie getuig wel mondeling - maar hierdie mondelinge getuienis is bloot 'n herhaling van sy herinnering soos wat hy dit in die relevante aantekening vind. Maguire

---

47 Sien voorts par 6 5 3 infra. Sien egter ook par 6 6 infra tav die invloed van statutêre bepalings.

48 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 3 in par 2 2 supra.

49 Gregory v Tavernor (1833) 6 Car en P 280, 172 ER 1241.

50 Sien par 6 5 2 infra.

51 Sien oor die algemeen Wigmore par 754 (5).

en Quick verklaar in hierdie verband soos volg:[52] "Where failure of memory by the witness is so far-reaching ... and so incurable that ordinary oral testimony cannot be had from him ... the technique of using memoranda ... involves substitution to a large extent of their content for such testimony ... [B]ut judicial acknowledgment of so sweeping an inroad ... has come hard ... [A]ttempts to avoid forthright statement degenerate into foggy mumbo-jumbo." Die gemeenregtelike teorie dat mondelinge getuienis ontvang word selfs in daardie gevalle waar die getuie geen onafhanklike herinnering het nie, strook nie met die werklikheid nie.[53] Trouens, dit wil blyk asof die sambreelbegrip "refreshing of memory" ook hier verwarring veroorsaak het. Die korrekte standpunt dat mondelinge getuienis ontvang word waar die getuie herinneringsherlewing ervaar (sy geheue is verfris) is verkeerdelik oorgeplant op herinneringsherhaling (die getuie se geheue is nie verfris nie en hy herhaal die inhoud van die aantekening):[54] "And while the evidence in cases

---

52 1957 (3) How L J 1 15.

53 In Curtis v Bradley 31 Atl 591 594 (1884) verklaar regter Hamersley soos volg tav herinneringsherhaling: "It seems to us to be pressing the use of a legal fiction too far for a court to permit the statement made by such paper to be read as evidence, while holding that the law forbids the admission as evidence of the paper which is the original and only proof of the statement admitted."

54 Delisle Evidence: Principles and Problems 140. Schiff Evidence in the Litigation Process 196-197 verklaar ook soos volg (my beklemtoning): "Clearly something used to revive a witness's present recollection is not itself evidence

of present memory revived was obviously the oral testimony, some courts, because of the confusion, insisted that such was also the case in instances of past recollection recorded; the earlier written statement was ruled inadmissible as the court preferred the present mouthings of the witness."

Die teorie dat mondelinge en nie dokumentêre getuienis nie in geval van herinneringsherhaling ontvang word, kan goed illustreer word aan die hand van Maugham v Hubbard.[55] In hierdie saak het 'n getuie wat geen onafhanklike herinnering gehad het nie, gesteun op die inhoud van 'n ongeseëlde dokument wat weens die gebrek aan 'n seël nie in 'n geregshof ontvang kon word nie. Daar word beslis dat die ongeseëlde dokument[56] "was not used as

---

> of the event recalled but a mere catalyst; the evidence is the witness's oral testimony based on his newly-revived memory ... [T]he catalyst cannot be admitted for consideration by the trier of fact when offered by the party who revived the witness's present recollection. But, if the witness has no present recollection and must rely on an accurate record of the event he made at the time, what reason could justify excluding the record? Here too the continuing confusion between the two mental process labelled 'refreshing the memory' has been influential ... [A]lthough a witness without present memory of the recorded event may testify by reading the document aloud, the party who prompts the witness to refresh may not submit the document as a substitute for or an addition to the testimony."

55 (1828) 8 B en C 14, 108 ER 948.

56 16 van die verslag.

evidence of the receipt of the money, but only to enable the witness to refresh his memory; and when he said that he had no doubt that he had received the money there was sufficient parole evidence to prove the payment." Dit is opvallend dat die hof hier die begrip "refreshing of memory" gebruik ten spyte van die feit dat daar nie van herinneringsherlewing sprake was nie. Birchall v Bullough[57] is nog 'n geval waar 'n getuie geen onafhanklike herinnering gehad het nie en op die inhoud van 'n onvoldoende geseëlde dokument gesteun het. Sonder om na Maugham v Hubbard supra te verwys, beslis die queen's bench division dat die ontvangs van die getuienis in orde is - ten spyte van wetgewing ingevolge waarvan 'n onbehoorlik geseëlde dokument nie in getuienis ontvang kan word nie en ook nie vir enige doel hoegenaamd gebruik kan word nie. Daar is al gesê[58] dat Birchall v Bullough supra "may be a freak decision because of the court's distaste for the kind of exclusionary legislation involved." Dit is wel so dat ernstige besware ingebring kan word teen die wetgewer se gebruikmaking van bewysregtelike sanksies om geld vir die staatskas te vorder.[59] Maar uit die oogpunt van die presedenteleer staan Birchall v Bullough supra, asook Maugham v Hubbard supra, as gesag vir die stelling dat getuienis wat ontvang word waar die getuie geen onafhanklike herinnering het nie, nie die inhoud van die aantekening is nie maar die mondelinge getuienis van die getuie - en daarom kan

---

57 [1896] 1 QB 325.

58 Maguire en Quick 1957 (3) How J L 1 7 vn 15.

59 Schmidt 328.

hy maar gebruik maak van 'n aantekening wat opsigself-staande ontoelaatbaar in getuienis sal wees.

Maar die standpunt dat mondelinge en nie dokumentêre getuienis nie ontvang word, is moeilik versoenbaar met die Engelse gemene bewysreg se volgende standpunt, naamlik dat in gevalle waar die getuie geen onafhanklike herinnering het nie, die aantekening wat geraadpleeg word en beskikbaar gestel moet word, die oorspronklike een moet wees - behalwe as bewys kan word dat die oorspronklike verlore of vernietig is en 'n juis bewese afskrif bestaan.[60] Hierdie standpunt is 'n duidelike toepassing van die beste getuienis-reël wat in beginsel slegs van toepassing is wanneer die inhoud van die dokument bewys word.[61] Waarom doen die Engelse gemene bewysreg, in die geval van die getuie wat geen onafhanklike herinnering het nie, 'n beroep op die beste getuienis-reël terwyl daar in dieselfde asem gesê word dat die inhoud van die aantekening nie bewys word nie omdat mondelinge getuienis ontvang word? 'n Mens het myns insiens hier met 'n bedekte erkenning te doen dat dit tog maar gaan om die bewys van die inhoud van die aantekening, dit wil sê, dokumentêre getuienis word ontvang - ten spyte van die Engelse gemene bewysreg se aanspraak tot die teendeel.[62] Schmidt neem ook standpunt

60 Sien par 5 8 supra.

61 Sien vn 81 in par 5 8 supra, asook Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 6.

62 In R v Inhabitants of St Martin's Leicester (1834) 2 Ad en E 210 215, 111 ER 81 is die volgende gesê van

in dat getuienis afkomstig van 'n getuie wat geen onafhanklike herinnering het nie[63] "kom ... so na aan die bewys van die inhoud van die inhoud van die aantekening dat die 'beste getuienis-reël' aangewend word." Schmidt se realistiese beskouing - wat al in obiter dicta[64] in ons regspraak erkenning geniet het - is op analitiese gronde te verkies bó die fiksie[65] wat die gemenereg probeer handhaaf. Die gemeenregtelike benadering het al heelwat kritiek ontlok[66] - en is al uitdruklik in sommige buitelandse beslissings verwerp.[67] Een van die belangrikste uitsprake in hierdie verband, is die New Zealand court of appeal se beslissing in Queen v Naidanovici.[68]

Doe d Church and Phillips v Perkins (1790) 3 TR 749, 100 ER 838 (my beklemtoning): "[A]ll that was there decided was, that a witness could not refresh his memory by extracts; that if he could not recollect the facts independently of the writing, the original ought to have been in Court, in order that the other party might cross-examine; not that such writing is to be made evidence itself, but that the other party is to have the benefit of the witness's refreshing his memory by every part."

63 Schmidt 307 vn 11.

64 S v Bergh 1976 4 SA 857 (A) 865C-D en Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T).

65 Sien vn 53 supra.

66 Sien bv Wigmore par 754 (5); Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408 412; Westman 1975 (50) Notre Dame L 737 740.

67 Sien bv State v Kinsey 65 P 2d 1141 1150 (1937).

68 [1962] NZLR 334.

Aan die hand van Wigmore se analise[69] van die begrip "refreshing of memory" - naamlik dat tussen "present recollection revived" (herinneringsherlewing) en "past recollection recorded" (herinneringsherhaling) onderskei moet word - is in voorgaande saak soos volg beslis:[70]

> ... [T]here would seem to be no reason why a document should be inadmissible as evidence when the oral testimony of the witness is co-extensive with the contents of the document and is given by one who, having no independent recollection of the transaction, relies on and adopts the record made by him in the document ... It seems to us that it is one thing to say that the document does not become part of the evidence merely because it is used as an aid to refresh the present but incomplete memory, and another thing to say that a document cannot be admitted as evidence when its contents are co-extensive with the oral evidence of a witness who, without any present memory at all, testifies wholly in reliance on the record made by him in the document. Where a witness has no independent memory of the transaction, the document itself, once it is properly proved, provides the best evidence of the matter which it contains ... [W]e do not see any substantial reason why the document properly used to refresh the memory of a witness with no independent recollection should be refused admission as evidence once its contents have been adopted by the witness. ... Subject ... to the admitted document not being treated as independent confirmatory evidence of what the witness has said, in our opinion no possible harm can follow from its admission ...

Die beslissing in Queen v Naidonovici supra word om die volgende redes ondersteun:

---

69 Sien par 1 6 supra.

70 339-340 van die verslag (my beklemtoning).

(a) Die gemenereg se standpunt dat mondelinge getuienis in geval van herinneringsherhaling ontvang word, is teoreties swak gefundeerd omdat dit die prinsipiële onderskeid tussen herinneringsherlewing en -herhaling negeer.

(b) Daar word soms beweer dat die eienaardige standpunt van die gemene bewysreg toegeskryf kan word aan die invloed van die jurie:[71] "[I]f the jury were able to read the notes in the jury room, they might give them more weight than they would have given ... oral testimony ..." In die konteks van verhore wat sonder juries plaasvind, het 'n mens dus hier met 'n blote historiese oorweging te doen.[72]

(c) Die praktyksreël dat 'n aantekening waarop vir herinneringsherhalingsdoeleindes deur 'n getuie gesteun word, geriefshalwe - en in die afwesigheid van 'n beswaar deur die teenparty - as 'n "notule" van die betrokke getuie se "mondelinge getuienis" ingehandig kan word,[73]

---

71 Par 23 4 (h) van die Report of the Task Force.

72 Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 19-20 verklaar soos volg tav jurieverhore: "It may well be, of course, part of wisdom not to send the memoranda out with the jury, lest they gain a reiterative value which ordinary testimony unreduced to available written form cannot have. But this matter is entirely separate from the primary question of admissibility of the memoranda's contents."

73 Sien die aanhaling uit R v Smit 1946 AD 862 867 in vn 4 supra.

verskaf 'n nuttige beginpunt waarvandaan die streep maar regdeur getrek kan word, naamlik dat die inhoud van die skriftelike stuk in werklikheid ontvang word. Die verwarring wat voormelde praktyksreël soms in die praktyk veroorsaak,[74] kan ook uitgeskakel word. Tereg verklaar regter Hiemstra soos volg in Estate Parry v Murray:[75] "It is indeed difficult to make out what is meant by the oft-encountered expression 'it is not evidence in itself', when applied to past recollection recorded - unless is means that such a memorandum does not prove itself, which is such an obvious proposition that it need hardly be stated."

(d) In Suid-Afrika - en elders[76] - het wetgewing reeds op indirekte wyse die gemeenregtelike standpunt in 'n groot mate ongedaan gemaak. Die inhoud van 'n getuie se vorige aantekening wat kwalifiseer vir inhandiging ingevolge Deel VI van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965, word byvoorbeeld as getuienis ontvang.[77] Indien 'n getuie sy geheue regtens kan verfris

---

74 Sien oor die algemeen R v Wilken 1939 EDL 151 (veral op 115-156); Pillay v Cross 1937 2 PH F98 (N); Lenssen v Rex 1906 TS 154 156; R v Van Rooi 1958 3 SA 70 (GW) 71B-D.

75 1961 3 SA 487 (T) 492G-H. Die betrokke dokumente in dié saak, sou vandag stellig toelaatbaar as getuienis gewees het ingevolge Deel VI van die WBSS. Vgl egter Hoffmann en Zeffertt 348 vn 6.

76 Sien bv arts 1 en 3 van die Engelse Civil Evidence Act 1968.

77 Art 35(1) van die WBSS. Die kwalifikasie wat in art 35(2) gestel

met 'n aantekening wat toevallig ook vir inhandiging ingevolge Deel VI sou kwalifiseer, sal sodanige aantekening as getuienis ontvang kan word.[78] Die presiese verband tussen die geheueverfrissingsproses en voormelde wetgewing (asook artikel 222 van die Strafproseswet 51 van 1977) is reeds vroeër bespreek.[79] Daar kan gesê word dat alle aantekeninge wat vir geheueverfrissing kwalifiseer, nie noodwendig uit hoofde van Deel VI ontvang kan word nie[80] (en alle aantekeninge wat uit hoofde van Deel VI toelaatbaar as getuienis is, kwalifiseer nie noodwendig vir geheueverfrissing nie.)[81] Groter konsekwentheid en harmonie kan

---

word, word in par 6 5 3 infra mbt die reël teen selfstawing bespreek.

78 Sien oor die algemeen Schmidt 308 en 309.

79 Sien par 1 9 tot 1 9 4 supra.

80 Sien bv die opmerkings van die hof in Johannes v Auto Protection Insurance Co Ltd 1962 3 SA 253 (K) 254E-G tav die voorganger van Deel VI van die WBSS.

81 Sien bv die feitestel in Harvey v Smith-Wood [1964] 2 QB 171. Hierdie saak het betrekking gehad op die bepalings en oogmerke van die Engelse Evidence Act 1938 wat deur die Civil Evidence Act 1968 vervang is. Omdat Deel VI van ons WBSS uit die Evidence Act 1938 oorgeneem is, is Engelse beslissings oor hierdie wet vir doeleindes van vergelyking besonder relevant. In hierdie saak is 'n getuie se verklaring wat hy vyf jaar ná die voorval gemaak het, ingevolge art 1(1) van die Evidence Act 1938 as getuienis ingehandig. Dit is egter duidelik dat weens tydsverloop sou die aantekening nooit vir geheueverfrissing kwalifiseer het nie.

bevorder word deur 'n uitgangspunt ingevolge waarvan erken word dat die getuienis wat in geval van herinneringsherhaling ontvang word die inhoud van die aantekening is. Die volgende bepaling - soos aanbeveel deur die Kanadese Task Force[82] en soos vervat in die Uniform Evidence Bill[83] - is 'n realistiese benadering met betrekking tot herinneringsherhaling: "Where a witness is unable to recall a recorded matter of which he once had knowledge, the record is admissible for all purposes, in the same manner as his testimony would be, if ... he made or verified the record while the matter was fresh in his mind ..."

(e) Westman beweer dat[84] "... [judges] ... were mesmerized by the exalted position traditionally accorded to oral testimony[85] ... [T]his prevented them from admitting the recorded recollection as substantive evidence itself, free from the apron strings of the witness's testimony." Westman moet stellig gelyk gegee word: die gemeenregtelike fiksie dat mondelinge getuienis ontvang word waar die getuie geen onafhanklike herinnering het nie, is heel waarskynlik in 'n groot mate toe te skryf aan die sterk klem wat in die gemeenregtelike verhoorproses op die ontvangs van mondelinge getuienis geplaas

82 Par 23 4 (h) van die Report of the Task Force.

83 Kl 113(1)(a) van die Uniform Evidence Bill (my beklemtoning).

84 Westman 1975 (50) Notre Dame L 737 740.

85 Sien oor die algemeen hfst 2.

word. Hierbenewens is dit ook so dat die ontvangs van 'n skriftelike stuk waar 'n getuie geen herinnering het nie, uit 'n bepaalde teoretiese oogpunt as hoorsê aangemerk kan word.[86] Deur die skyn te handhaaf dat mondelinge getuienis ontvang word, het die vroeë regters enige moontlike probleme rakende hoorsê omseil.[87]

(f) Anders as in die geval van herinneringsherlewing, kan daar nie in die geval van herinneringsherhaling beweer word dat die bewys van die inhoud van 'n vroeëre aantekening met die gemeenregtelike reël teen vorige ooreenstemmende verklarings bots nie. Daar is geen risiko van selfstawing[88] nie. Die skriftelike stuk is die enigste bron. En die feit dat die getuie die aantekening voorlees en dit dan inhandig, beteken nie dat twee gelykluidende weergawes aangebied word nie.

(g) Daar word met Westman saamgestem dat die uitgangspunt dat die skriftelike stuk as getuienis ontvang word[89] "... is a tribute to judicial realism and practicality ... [T]he writing stands on its own as a record of facts which the witness once knew but now has forgotten. Its probative value simply cannot be enhanced by symbolically grafting it into the witness's testimony; as long as he vouches for the authenticity and recording of the writing,

---

86 Sien par 6 6 infra.

87 Westman 1975 (50) Notre Dame L 737 739-740.

88 Sien par 6 5 3 infra.

89 Westman 1975 (50) Notre Dame L 737 741.

it deserves to be treated as what in fact it is - an independent documentary record of facts which can be obtained from no other source."

Die vraag of mondelinge getuienis of dan wel die inhoud van die skriftelike stuk in geval van herinneringsherhaling ontvang word, is nie bloot teoreties nie.[90] As byvoorbeeld aanvaar word - soos wat inderdaad in Maugham v Hubbard[91] en Birchall v Bullough[92] gedoen is - dat mondelinge getuienis ontvang word ten spyte van die feit dat die getuie bloot sy opgetekende herinnering herhaal, dan kan 'n aantekening wat opsigselfstaande ontoelaatbaar in getuienis is (soos 'n ongeseëlde of onvoldoende geseëlde dokument)[93] maar deur die getuie gebruik word. Sodra daar egter van die standpunt uitgegaan word dat die inhoud van die dokument as getuienis ontvang word waar herinneringsherhaling ter sprake is, dan kan die getuie nie op 'n ontoelaatbare dokument steun nie - iets wat

90 US v Riccardi 174 F 2d 883 887 (3d Cir 1948): "Whether the record is directly admitted into evidence, or indirectly by the permissive parroting of the witness, it is nevertheless a substitute for ... memory and is offered for the truth of its contents. It assumes a distinct significance as an independent probative force ..."

91 (1828) 8 B en C 14, 108 ER 948.

92 [1896] 1 QB 325.

93 Sien oor die algemeen die Wet op Seëlregte 77 van 1968. Daar moet egter onthou word dat ingevolge art 251 van die SPW is 'n dokument wat aan seëlreg onderhewig is, nie by strafregtelike verrigtinge ontoelaatbaar op grond daarvan dat dit nie vlg wet geseël is nie.

goed illustreer word deur die beslissing in Germiguet v Hubbard.[94] In hierdie saak het 'n getuie wat geen onafhanklike herinnering gehad het nie, vir doeleindes van sy getuienisaflegging gesteun op die inhoud van 'n verslag ten aansien waarvan 'n statuut bepaal het dat[95] "[it] shall not be available for use in any court action." Die verhoorhof het die "mondelinge getuienis" toegelaat ten spyte van die eisers se beswaar. Op appèl onderskei die supreme court of Michigan tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling en bevind dat die getuie inderdaad 'n beroep op laasgenoemde gedoen het.[96] Op grond hiervan bevind die hof voorts soos volg:[97]

> Permitting the witness to read ... [from the report] ... actually resulted in placing a part of the report in evidence ... We are not dealing with the admissibility of a memorandum made by a witness having at the time knowledge of the facts, but being unable to recall them to mind when called as a witness in the case, where there is no bar created by law to the admission of such memorandum in evidence. if under a situation of the character presented in the instant case, the report, or any part of it, can be put in evidence by

---

94 41 N W 2d 531 (1950).

95 532 van die verslag.

96 532 van die verslag: "On cross-examination the witness admitted that he had no recollection with reference to the statement made to him by ... [B] ... to which he had testified on direct examination. He further said that the report did not refresh his memory as to what took place and in substance, that his actual knowledge was limited to the fact that he made out the report."

97 534 van die verslag (my beklemtoning).

> reading it to the jury, the obvious purpose of the legislature is defeated. The statute forbids such use of the report. The trial court was in error in denying the motion to strike the testimony of the ... [witness] ...

6 5 2 Kruisondervraging en die toelating van die aantekening as getuienis

Toelating van die aantekening as getuienis kan ingevolge die gemene bewysreg wel deur die kruisondervraer se optrede teweeggebring word:[98] "[A] memory-refreshing document may attain some evidential status, depending on the course taken in cross-examination, since cross-examination may lend relevance to and thus render admissible a piece of evidence, which would not otherwise have been admissible as part of the case of the party calling the witness."

---

98 Sien vn 103 in par 6 5 3 infra, asook Murphy A Practical Approach to Evidence 363. In Senat v Senat [1965] P 172 177 is soos volg verduidelik: "Where a document is used to refresh a witness's memory, cross-examining counsel may inspect that document in order to check it without making it evidence. Moreover he may cross-examine upon it without making it evidence provided that his cross-examination does not go further than the parts which are used for refreshing the memory of the witness ..." Teenoor hierdie reël staan 'n verdere gemeenregtelike reël wat onafhanklik van die geheueverfrissingsprosedure is, nl dat "if a party calls for and inspects a document held by the other party, he is bound to put it in evidence if he is required to do so ..." (Senat v Senat supra 177E-F9. 'n Goeie voorbeeld van die toepassing van lg reël

As die kruisondervraer sy ondervraging beperk tot die dele van die aantekening wat die getuie geraadpleeg het, word die aantekening nie as getuienis ontvang nie;[99] maar[100] "[i]f ... [he] ... cross-examines on other parts of the memorandum, he lets in the whole, and that part referred to by the witness originally also becomes evidence." Newark en Samuels verduidelik die grondslag van hierdie reël soos volg:[101]

> When a cross-examiner confines his cross-examination to the part of the document used by the witness to refresh his memory he is merely testing the genuine nature of the refreshment of the witness's memory or challenging the accuracy of the past recollection recorded and deposed to by the witness. But when he cross-examines on other parts of the document he is attempting to elicit testimony from the witness, or to discredit him by means of a document that is not before the jury as evidence in the case. The argument is that it would be wrong to allow the cross-examiner to make use of the document in a way quite unrelated to the testing of the refreshment of memory, and then to complain about being required to put the document in evidence.

word aangetref in Stroud v Stroud [1963] 3 All ER 539. Sien voorts Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408 411-412, asook Cross en Tapper 254-255.

99 Sien oor die algemeen R v Fenlon (1980) 71 Cr App Rep 307 312; Estate Parry v Murray 1961 (3) SA 487 (T) 492; R v Rose 1937 AD 467 471; R v Elijah 1963 3 SA 86 (SR9 88H-89A; R v Wilken 1939 EDL 151 154; De Bruin v Rex 1945 2 PH H255 (T); R v Isaacs 1916 TPD 390 392; Gregory v Tavernor (1833) 6 Car en P 280, 172 ER 1241.

100 Estate Parry v Murray supra 492A.

101 1978 Crim L Rev 408 411.

6 5 3 Bewyswaarde van die aantekening en die reël teen selfstawing

Die aantekening wat langs bovermelde weg[102] "getuienis" word, het ingevolge die gemenereg geen selfstandige bewyswaarde nie. Dit dien slegs 'n beperkte bewysdoel deurdat dit bloot slaan op geloofwaardigheid.[103] Die getuie se aantekening[104] "is nie getuienis op sigself nie, maar het betrekking op die akkuraatheid van die getuienis wat hy in die hof aflê". Akkuraatheid en konsekwentheid kan bewys word waar die mondelinge getuienis gelykluidend met die aantekening is.[105] Maar die getuie kan homself nie staaf nie: die aantekening

102 Sien par 6 5 2 supra.

103 Murphy 1985 Crim L Rev 270 271: "... [A] ... previous consistent statement in the form of a memory-refreshing document ... [is at] ... common law ... admitted only after cross-examination on its contents, and ... if so admitted, it is regarded only as evidence of consistency, even where the cross-examiner has asked about parts not used by the witness to refresh his memory". Sien ook R v Virgo (1978) 67 Cr App R 323, asook JCS se bespreking van R v Britton [1987] Crim L Rev 490 in 1987 Crim L Rev 491.

104 S v Bergh 1976 4 SA 857 (A) 865E-F.

105 Onakkuraatheid en inkonsekwentheid word natuurlik bewys waar die vroeëre aantekening van die mondelinge getuienis verskil. Sien Schmidt 309. Die posisie is dan dat 'n vorige teenstrydige verklaring inderdaad teen die getuie bewys word, maar die verklaring verskaf nie bewys van die inhoud daarvan nie. Vgl egter art 3 van die Engelse Civil Evidence Act 1968.

word nie as stawing van die getuie se mondelinge getuienis beskou nie.[106] In Rex v Wilken[107] is gesê:[108]

> Now a witness is entitled under the permission of the court, to refresh his memory by referring to notes made by him, at or very close to the occurrence of the events of which he is testifying. The other side may call for the production of the notes thus referred to and may cross-examine upon them; and if those notes are cross-examined upon, then it seems to me the court ... is entitled to look at such of the notes as have been the subject of question - to look at them and to consider them in the light of the cross-examination ... Notes of this sort put in to refresh memory, and which are before the court in the sense which I have indicated, are not evidence per se at all, nor can they be used as corroboration of the evidence of the person who made the notes, because no amount of reiteration of his story can be corroboration of the person making a statement.

In R v Wilken supra - asook in die bekende beslissing R v Rose[109] - is daar egter nie spesifiek ingegaan op die gemenereg se subtiele onderskeid tussen die versterking van geloofwaardigheid met behulp van 'n toelaatbare vroeëre gelykluidende verklaring en die sogenaamde reël teen selfstawing wat geld waar sodanige verklaring regtens ontvang word nie. In beide sake is die reël teen selfstawing oorbeklemtoon.

106 S v Bergh 1976 4 SA 857 (A); R v Rose 1937 AD 467 473.

107 1939 EDL 151.

108 154-155 van die verslag.

109 1937 AD 467.

Die gemeenregtelike onderskeid tussen toelaatbare geloofwaardigheidsversterking en ontoelaatbare selfstawing, kan goed illustreer word met verwysing na R v Virgo.[110] In hierdie saak het 'n getuie, ene Humphreys, in hoofondervraging sy geheue met behulp van inskrywings in dagboeke verfris. Hy is met verwysing na hierdie dagboeke gekruisvra oor 'n breë terrein en langs hierdie weg het die dagboeke vir beperkte bewysdoeleindes "getuienis" geword. Die verhoorhof het in die opsomming aan die jurie oordrewe klem op die bewyswaarde van die dagboeke geplaas. Die dagboeke is byvoorbeeld as "powerful evidence" beskryf.[111] Die court of appeal bevind egter soos volg:[112] "At the very highest, if the jury were convinced that the diaries were genuine, they showed a degree of consistency in Humphreys ... just as a complaint by the victim of a sexual assault ... may show consistency in his or her evidence. What the diaries could not under any circumstances do, was to support the oral evidence of Humphreys other than in a very limited way which we have already endeavoured to describe. In no way were they evidence of the truth of their contents." Die court of appeal se analoë verwysing na die bewyswaarde van die klagte van 'n slagoffer van 'n seksmisdaad, is besonder nuttig. Dit staan vas dat die klagte by seksmisdade nie die slagoffer kan staaf

110 (1978) 67 Cr App R 323.

111 331 van die verslag.

112 329 van die verslag (my beklemtoning).

nie,[113] maar wel konsekwentheid kan bewys en dus geloofwaardigheid kan versterk.[114] Geloofwaardigheidsversterking is nie die ekwivalent van stawing nie. Dit is iets veel minder as stawing, naamlik 'n blote aanduiding dat die getuie in die lig van sy eie vorige gelykluidende verklaring of aantekening die waarheid praat.[115] Daar is nie sprake van stawing nie omdat stawing as bewysregtelike begrip in beginsel behels dat getuienis moet kom uit 'n bron wat onafhanklik is van die getuie wat gestaaf staan te word.[116] Gesien uit hierdie hoek, is

113 R v Whitehead [1929] 1 KB 99 102: "The girl cannot corroborate herself, otherwise it is only necessary for her to repeat her story some twenty five times in order to get twenty-five corroborations of it." Sien ook R v Lillyman [1896] 2 QB 167 en die uitspraak van regter Steenkamp in S v M 1980 1 SA 586 (B) 589 (veral op 392D).

114 Sien oor die algemeen R v M 1959 1 SA 352 (A); Schmidt 378; Van der Merwe 1980 OR 86 90-92; Cross en Tapper 228; Murphy A Practical Approach to Evidence 374; Snyman in Olwage (red) SA Regskommissie: Die Vrou en Geslagsmisdade in Suid-Afrika 39; Ashworth 1978 JP 226 267; Oughton 1984 Crim L Rev 265. In DPP v Kilbourne [1973] AC 729 746-747 is verklaar "... [the] ... evidence of complaint is accepted in rape cases to defeat any presumption of consent ... but not as corroboration. The jury is entitled to examine any evidence of complaint, in order to consider the question whether the evidence is credible at all. It is not entitled to treat that evidence as corroboration because a witness ... cannot corroborate himself ..."

115 Van der Merwe 1980 OR 86 92.

116 Oughton 1984 Crim L Rev 265 266: "To be corroborative, evidence

die sogenaamde reël teen selfstawing nie soseer 'n regsreël nie, maar 'n reël van logika: as stawende getuienis aangemerk word as getuienis afkomstig van 'n eksterne of onafhanklike bron, dan volg dit logieserwys dat 'n getuie se eie vroeëre verklaring of aantekening nie sy getuienis in die hof kan staaf nie. Daar is deurgaans

> must be independent. The conformation must come from a source other than the person whose testimony needs to be confirmed. To allow a witness to corroborate his own testimony would be to admit worthless evidence." Sien voorts die gesag aangehaal in vn 114 supra. S v Mjoli 1981 3 SA 1233 (A) mag die indruk skep dat 'n persoon homself kan staaf dmv sy vorige verklarings. In hierdie saak het die appélhof in 'n meerderheidsbeslissing bevind dat 'n besk se erkenning(s) gemaak tydens 'n pleitverduideliking ingevolge art 115 van die SPW die vereistes gestel in art 209 van dieselfde wet kan bevredig. Daar moet egter daarop gelet word dat art 209 nie die reël teen selfstawing betrek nie, maar bloot die omstandighede stel waaronder 'n hof op 'n bekentenis kan skuldig bevind. Daar word nie vereis nie dat "bevestiging" vir doeleindes van art 209 uit 'n bron onafhanklik van die beskuldigde moet kom nie. Daar moet ook saamgestem word met Schmidt 122 se standpunt: "Die reël teen selfstawing verhoed natuurlik nie dat 'n beskuldigde se bekentenis deur ... sy erkenning (binne of buite die hof) gestaaf word nie. Dit is nie vergelykbaar met die geval waar 'n staatsgetuie homself staaf nie, want sowel die verklaring wat gestaaf word as die stawende verklaring is selfinkriminerend." Joubert 1982 TSAR 261 269 wys ook daarop dat S v Mjoli supra nie onomwonde die reël teen selfstawing eo nomine verwerp nie. Vgl egter ook oor die algemeen Paizes 1982 SASK 115, Kotzé 1980 DJ 408; Kotzé 1983 DJ 385 en Labuschagne 1983 DJ 346.

slegs een bron, naamlik die getuie.[117] Herhaling van 'n weergawe beteken nie dat stawing teenwoordig is nie.[118] Ashworth verduidelik dat[119] "... repetition of a story does not corroborate it: and this is a corollary of the general proposition that the comfirmatory evidence must come from an independent source."

Voorts kan daarop gewys word dat wanneer 'n getuie gekruisvra word met betrekking tot 'n verklaring wat hy ter geheueverfrissing geraadpleeg het, is daar - direk of by implikasie - 'n geloofwaardigheidsaanval op hom in die sin dat die kruisondervraer moontlik op verskille tussen sy mondelinge getuienis en die aantekening wil wys of andersins wil aantoon dat die aantekening 'n onbetroubare geheueverfrissingshulpmiddel is. Waar die mondelinge stuk en die inhoud van die aantekening gelyk-luidend blyk te wees, behoort die aantekening - sonder

---

117 In R v Cross 1970 1 OR 693 694 verklaar hr Gale bv soos volg (my beklemtoning): "I have in mind the misdirection with respect to the fact that two buttons were missing from the complainant's coat when she appeared at the police station. While she stated that the buttons were lost during her struggle with the accused there was no independent evidence that the buttons were on the coat prior to the struggle, and they were not found in the car. Hence any probative value of the evidence was dependent upon the veracity of the girl and it was, therefore, incapable of being viewed as corroboration."

118 R v Rose 1937 AD 467.

119 1978 JP 266 267.

om as stawing beskou te word - aangewend te kan word om die geloofwaardigheidsaanval te neutraliseer. Die posisie is in 'n groot mate vergelykbaar met die reël dat 'n vorige ooreenstemmende verklaring aangewend kan word om 'n direkte of geïmpliseerde aantyging van onlangse versinsel te weerlê. In laasgenoemde geval verskaf die vorige verklaring ook nie stawing nie, maar dien slegs ter weerlegging van die aantyging van onlangse versinsel.[120]

6 5 4 Statutêre ingryping?

Daar is reeds vroeër in hierdie werk gewys op die rol wat die jurie gespeel het in die uitsluiting van vorige ooreenstemmende verklarings en in die ontwikkeling van die reël dat 'n getuie in beginsel onafhanklik van 'n skriftelike stuk moet getuig.[121] Aanvullend tot die betoog wat dáár gelewer is, kan ook gesê word dat die Engelse regters - in daardie uitsonderlike gevalle waar vorige ooreenstemmende verklarings wel toelaatbaar geag is - dit nodig gevind het om die jurie te waarsku om nie 'n vorige verklaring van 'n getuie te beskou as stawing van die betrokke getuie se mondelinge getuienis in die hof nie. As gevolg van die dwingende werking van die presedenteleer,[122] het hierdie vermaning of verduideliking tot regsreël ontwikkel. 'n Reël van logika is tot regsreël verhef - 'n tipiese verskynsel

---

120 S v Bergh 1976 4 SA 857 (A).

121 Sien par 2 4 supra.

122 Sien par 2 3 8 supra.

in 'n bewysregstelsel wat onder die presedenteleer funksioneer en terselfdertyd ruimte bied vir 'n regspreker om sekere opdragte en verduidelikings aan leke-feite-beoordelaars te gee.

Die bovermelde verheffing van 'n logiese reël tot regsreël het die ongelukkige newe-effek gehad dat 'n reël wat aanvanklik daarop gemik was om die jurie te help, dalk meer verwarring as hulp verskaf het. Daar is al aangevoer dat die volgende regterlike instruksie aan 'n jurie besonder verwarrend vir laasgenoemde is:[123]

> Police Constable P refreshed his memory while giving evidence, using his notebook. Counsel for D called for and examined the notebook, and asked a number of questions in cross-examination regarding its contents. As a result of certain of these questions, which were directed to parts of the book not used by P to refresh his recollection, the notebook has been placed before you. You may regard P's evidence from the witness box as evidence in the case generally. But you may regard the notebook as evidence only of the consistency or inconsistency of P as a witness, and therefore as affecting his credit, and not as evidence of any facts stated in it.

Dat die bovermelde tegnikaliteite van die gemenereg lede van die jurie (in teenstelling met 'n regspreker wat ook as feitebeoordelaar optree) kan verwar, moet

123 Murphy 1985 Crim L Rev 270 271. Sien ook oor die algemeen Hans en Brooks 1977 (15) Osgoode Hall L J 701 tav die feit dat regterlike instruksies aan 'n jurie soms verwarring kan veroorsaak.

moet stellig toegegee word.[124] Hierteenoor is dit egter ook so dat die bovermelde waarskuwing nodig is ten einde te verhoed dat die jurie oordrewe gewig heg aan - of selfs 'n stawingskwaliteit toeken aan - die getuie se vroeëre aantekening. Oorwegings rakende hoorsê het ook hier 'n rol gespeel: as die getuie se vroeëre aantekening nie aangebied word om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys nie, kan probleme rakende hoorsê nie ontstaan nie.[125]

Maar bestaan daar enige goeie redes om die gemeenregtelike reëls - wat al as[126] "obscure, complex and not obviously rational " beskryf is - te behou in geval van verhore waar daar geen jurie is nie? Moet die bewysdoel van 'n aantekening wat 'n getuie ter geheueverfrissing aangewend het en wat deur 'n kruisondervraer se optrede getuienis word, deurgaans beperk word tot die bewys van konsekwentheid of inkonsekwentheid?

In Engeland is die gemeenregtelike posisie vir doeleindes

---

124 Murphy 1985 Crim L Rev 270 272 voer aan dat jurie-lede " ... probably find it strange to be presented with a written statement made by a witness whom they have heard examined and cross-examined, and whose demeanour they have had the opportunity to observe, and then to be told that they are not allowed to make use of the statement to decide facts to which it is obviously relevant."

125 Sien par 6 6 infra, asook Gooderson 1968 Cambridge L J 64-65.

126 JCS 1987 Crim L Rev 491.

van siviele sake - waar jurieverhore baie selde voorkom[127] - gewysig deur artikel 3(2) van die Civil Evidence Act 1968. Dié artikel lui soos volg:[128]

> Nothing in this Act shall affect any of the rules of law relating to the circumstances in which, where a person called as a witness in any civil proceedings is cross-examined on a document used by him to refresh his memory, that document may be made evidence in those proceedings; and where a document or any part of a document is received in evidence in any such proceedings by virtue of any such rule of law, any statement made in that document or part by the person using the document to refresh his memory shall by virtue of this subsection be admissible as evidence of any fact [or matter] stated [or dealt with] therein, of which direct oral evidence by him would be admissible.

Artikel 3(2)[129] moet egter gelees word met artikel 4(a) van dieselfde wet. In laasgenoemde artikel word die

127 Zander Cases and Materials on the English Legal System 384 bereken dat in 1984 daar slegs sowat 12 tot 24 jurieverhore in siviele sake in Engeland was.

128 Die woorde in vierkantige hakies is ingevoeg deur art 1(1) van die Civil Evidence Act 1972.

129 Kl 33(2) van die wetsontwerp wat die verslag van die Criminal Law Revision Committee "Evidence (General)" 11th Report (Cmnd 4991) vergesel het, was inhoudelik gelyk aan art 3(2) van die Civil Evidence Act 1968. Hierdie klousule is egter nie in die Police and Criminal Evidence Act 1984 opgeneem nie. Die gemeenregtelike posisie geld dus steeds in geval van strafverhore. Sien ook oor die algemeen JCS 1987 Crim L Rev 491.

reël teen selfstawing van toepassing gemaak op verklarings wat as getuienis ingevolge artikel 3(2) - en ander bepalings van die wet - ontvang word. Dit blyk asof daar moontlik meriete in die Engelse wetgewer se benadering is: beperking van die bewysdoel van die aantekening (die tegniese reël) word opgehef, terwyl die reël teen selfstawing (die logiese reël) behou word.

Murphy verklaar soos volg met betrekking tot artikel 3(2):[130]

> The provision is part of the overall structure ... of the Act ... the object of which is to transfer the emphasis of the rules of evidence from questions of admissibility to those of weight. It follows that in a civil case, the judge may always consider a memory-refreshing document as evidence of the facts contained therein, provided that oral evidence by the witness would be admissible of such fact by virtue of the rules of evidence generally. He may act on the facts revealed by the documents for any proper purpose, although clearly it is not in every case that a memory-refreshing document would command any substantial weight. The judge may of course, also use the document for the purpose of assessing the credit of the witness, but it is not confined to this use of it, as would be the position at common law.

Daar moet egter daarop gewys word dat artikel 3(2) nie onderskei tussen "past recollection recorded" en "present recollection revived" nie, maar die gemeenregtelike sambreelbegrip "refreshing of memory" gebruik. Soos

130 Murphy A Practical Apprach to Evidence 364.

vroeër in hierdie werk standpunt ingeneem is,[131] behoort ontvangs van die inhoud van die aantekening as getuienis in elke geval van herinneringsherhaling te geskied en is sodanige ontvangs dus nie afhanklik van die kruisondervraer se optrede nie. 'n Bepaling soos artikel 3(2) kan myns insiens slegs betekenisvol wees met betrekking tot gevalle van herinneringsherlewing. Maar selfs dan moet gevra word of die gemeenregtelike posisie werklik só onbevredigend is dat statutêre ingryping nodig is? En bestaan daar enige rede waarom die stimulant (die relevante aantekening) tot die status van selfstandige getuienis verhef behoort te word as gevolg van die kruisondervraer se optrede? Indien daar standpunt ingeneem word - soos wat in hierdie werk reeds gedoen is[132] - dat die sogenaamde liberale benadering ten aansien van herinneringsherlewing gevolg behoort te word, dan kan 'n bepaling soos artikel 3(2) tot ietwat belaglike gevolge aanleiding gee. Dit sou byvoorbeeld daartoe kon lei dat 'n "past statement known to be false"[133] wat aan die getuie die nodige prikkel vir herinneringsherlewing verskaf het, deur die kruisondervraer se optrede tot selfstandige getuienis verhef kan word. Alhoewel die sogenaamde liberale benadering wat in die VSA en Kanada gevolg word, nie in Suid-Afrika

131 Sien bv par 6 5 1 supra.

132 Sien par 5 10 supra.

133 Voorbeeld soos gebruik deur regter Hand in US v Rappy 157 F 2d 964 967 (2d Cir) om 'n uiterse geval van geheue-stimulering (herinneringsherlewing) te illustreer. Sien ook vn 105 in par 5 9 supra.

en Engeland geld nie en bepalings soos vervat in artikel 3(2) dus nie in huidige omstandighede tot bovermelde absurditeit aanleiding kan gee nie, is dit tog so dat bepalings soortgelyk aan artikel 3(2) op indirekte wyse enige moontlike ontwikkeling in die rigting van die liberale benadering kan stuit. Op aanbeveling van die Kanadese Task Force bepaal klousule 112 van die Uniform Evidence Bill soos volg met betrekking tot herinneringsherlewing:[134] "Any writing used solely for the purpose of refreshing the memory of a witness is admissible only to challenge or support his credibility." Die gemeenregtelike standpunt word dus gehandhaaf, naamlik dat die bewysdoel tot geloofwaardigheid beperk word. Die Federal Rules of Evidence volg 'n soortgelyke benadering.[135] Die bewysdoel van 'n aantekening wat deur 'n kruisondervraer se optrede in geval van herinneringsherlewing "evidence" word, is beperk tot geloofwaardighed. Graham verduidelik:[136] "A document ... introduced ... [by the adverse party in terms of rule 612] ... may be considered ... in assessing the credibility of the witness. If the document is otherwise admissible as substantive evidence, it may also be employed as substantive evidence but not otherwise."

Artikel 3(2) van die Civil Evidence Act 1968 is vir my

134 Hierteenoor bepaal kl 113(1) dat igv herinneringsherhaling is die aantekening "admissible for all purposes."

135 Reël 612.

136 Graham Handbook of Federal Evidence 568 vn 18.

onaanvaarbaar omdat dit nie erkenning verleen aan die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling nie en omdat dit die moontlikhede wat 'n liberale benadering ten aansien van eersgenoemde bied, by implikasie ontken.

Die bepalings van Deel VI van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 - soos gelees met artikel 222 van die Strafproseswet 51 van 1977 - moet natuurlik ook in gedagte gehou word: as die aantekening wat die getuie ter geheueverfrissing mag raadpleeg toevallig ook aan die vereistes van voormelde wetgewing voldoen, sal dit as getuienis ontvang kan word[137] - ongeag die vraag of die getuie herinneringsherlewing of herinneringsherhaling ervaar het en ongeag die feit dat bepalings soortgelyk aan artikel 3(2) van die Civil Evidence Act 1968 in Suid-Afrikaanse wetgewing ontbreek.

6 6 Herinneringsherhaling en aspekte van hoorsê[138]

Onder Amerikaanse skrywers bestaan daar 'n debat oor die

137 Sien par 1 9 3 supra.

138 In vn 84 in par 2 5 supra is reeds op die klassieke definisie van hoorsê in die SA bewysreg gewys. Die jongste tendens is om te onderskei tussen die sg "declarant-orientated"-tipe omskrywings van hoorsê en die sg "assertion-orientated"-tipe omskrywings van hoorsê: sien oor die algemeen Paizes The Concept of Hearsay with Particular Emphasis on Implied Assertions 98, asook SA Regskommissie : Werkstuk 11 : Hersiening van die Bewysreg (Projek 6) 38. Eg tipe omskrywings plaas die klem op die volgende vraag : gaan die waarde van die getuienis

vraag of herinneringsherhaling aanleiding gee tot die ontvangs van getuienis wat as 'n uitsondering op hoorsê beskou moet word en of dié getuienis inderdaad glad nie eens as hoorsê beskou moet word nie.[139]

Wanneer daar gekleef word aan die Engelse gemene bewysreg se fiksie[140] dat mondelinge getuienis ontvang word selfs al verlaat die getuie hom uitsluitlik op die inhoud van sy aantekening, dan kan daar geen probleme rakende hoorsê ontstaan nie.[141]

---

afhang van die geloofwaardigheid van iemand anders as die persoon wat die getuienis aflê? Hierteenoor plaas die sg "assertion-orientated"-tipe omskrywing die klem op die volgende vraag: gaan die betrokke verklaring wat buite die hof gemaak is, aangewend word om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys? Sien ook oor die algemeen Cross en Tapper 458.

139 Dit blyk asof die howe in die VSA geen probleme in hierdie verband ervaar nie. Hulle benader herinnerings-herhaling bloot as 'n uitsondering op die hoorsêreël. In US v Kelly 349 F 2d 720 770 (2d Cir 1965) is bv gesê dat hierdie benadering "has long been favored by the federal and practically all the state courts that have had occasion to decide the question." Sien voorts vn 147 infra.

140 Sien vn 53 in par 6 5 1 supra.

141 Cross en Tapper 252-253: "Whether the case be one of total or partial oblivion, English legal theory maintains that the matters mentioned in the document are not proved by the statements contained in it under an exception to the hearsay rule but by the witness's oral testimony. In many of the cases the document to the accuracy of which the witness deposes, though remembering nothing about the matters to which it refers, would have been inadmissible in evidence and the courts have been

Maar, sê Wigmore[142] "...[i]f ... the fiction of a present recollection and the ceremony of reading the document as such recollection are abandoned ... and if ... the document is admitted as an exhibit, it is quite plausible to classify the document as hearsay and therefore to consider the situation as involving the admission of hearsay evidence as an exception to the hearsay rule." Morgan wys ook op die volgende betoog, naamlik dat die aantekening[143] "... [i]f ... accepted at all ... must be as a substitute for present memory. This means, in short, the reception in evidence of an extra-judicial statement as probative of the matter asserted in it ... If this is not hearsay, it comes perilously close to it." Morgan neem egter ook 'n realistiese standpunt in : hy wys daarop dat die getuie die eed aflê en inderdaad vir kruisondervraging beskikbaar is, alhoewel die kruis-ondervraer se taak aansienlik bemoeilik kan word deur die getuie se graad van herinneringsverlies. Sy slotsom is dat die aantekening as getuienis ontvang kan word - ongeag die vraag of dit beskou moet word as 'n uitsondering op die hoorsêreël of as getuienis wat nie op hoorsê neerkom nie.[144]

---

at pains to emphasise the fact that the evidence is oral, not documentary." In para 6 5 1 (a) tot 6 5 1 (g) supra is kritiek teen hierdie benadering gelewer.

142 Wigmore par 754(a).

143 Morgan 1927 (40) Harv L Rev 712 719.

144 Morgan 1927 (40) Harv L Rev 712 732.

McCormick sien die toelating van getuienis wat die resultaat van herinneringsherhaling is, as 'n uitsondering op die hoorsêreël.[145] In dié opsig aanvaar hy - asook ander skrywers[146] - die sistematiek wat in die Federal Rules of Evidence[147] aangetref word. Maar McCormick wys ook daarop dat die vraag[148] "... [w]hether recorded recollection should in fact be classed as a hearsay exception, or not as hearsay at all, may be arguable since the reliability of the assertions rests upon the veracity of a witness who is present and testifying."

Dit blyk dus duidelik dat beantwoording van bovermelde vraag wesenlik afhang van 'n verdere vraag, naamlik of hoorsê betrekking kan hê op 'n mededeling (verklaring, aantekening) wat buite die hof gemaak is deur 'n persoon wat as getuie opgeroep word. Ten opsigte van hierdie laaste vraag sê Schmidt dat hoorsêgetuienis is[149] "getuienis van 'n mededeling deur 'n nie-getuie wat aan-

145 McCormick on Evidence par 299.

146 Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 476.

147 Reël 803(5) van hierdie reëls bepaal, oa, soos volg: "The following ... [is] ... not excluded by the hearsay rule, even though the declarant is available as a witness ... Recorded Recollection. A memorandum or record concerning a matter about which a witness once had knowledge but now has insufficient recollection to enable him to testify fully and accurately, shown to have been made or adopted by the witness when the matter was fresh in his memory and to reflect that knowledge correctly ..."

148 McCormick on Evidence par 299.

149 Schmidt 460 (beklemtoning in die oorspronklike).

gebied word om dit wat die nie-getuie wou meedeel as waarheid te bewys." Schmidt gee toe dat dit nog nie vasstaan dat hoorsê slegs op die mededeling van 'n nie-getuie betrekking het nie,[150] dit wil sê, dat hoorsê dalk ook op 'n vroeëre mededeling (verklaring, aantekening) van 'n getuie wat wel getuig, betrekking kan hê. Maar hy verdedig sy eie definisie soos volg:[151] "Die hoofrede vir ontoelaatbaarheid van hoorsêgetuienis is ... die onbetroubaarheid van die getuienis weens die feit dat die verklaarder nie self voor die hof verskyn en aan kruisondervraging blootgestel word nie. Hierdie besondere beswaar verdwyn wanneer die verklaarder kom getuig. Die ... definisie klop dus met die reël se bestaansrede." Schmidt se motivering hang ten nouste saam met die rol wat kruisondervraging, as fundamentele kenmerk van die akkusatoriale prosesmodel, in die evolusie van die hoorsêreël in die Engelse gemene bewysreg gespeel het.[152] En vir doeleindes van die verdere bespreking, word sy definisie aanvaar.

Die probleemsituasie wat in uiterste gevalle van herinneringsherhaling ontstaan, is dat die getuie se bewerings in sy aantekening aangebied word om die waarheid van die inhoud daarvan te bewys in omstandighede waar die getuie weens sy besondere graad van herinneringsverlies, vir alle praktiese doeleindes nie aan (effektiewe)

---

150 Schmidt 455-456.

151 Schmidt 456.

152 Sien oor die algemeen die bespreking in par 2 5 supra.

kruisondervraging onderwerp kan word nie - maar tegnies gesproke is hy in die getuiebank en beskikbaar vir kruisondervraging. In hoeverre kan daar in hierdie omstandighede gesê word dat die risiko's wat aan hoorsê kleef, deur die getuie se aanwesigheid in die getuiebank uitgeskakel word? Moet die getuie as 'n "nie-getuie" gereken word? Myns insiens moet hier deeglik tussen die toelaatbaarheid van getuienis en die gewig van getuienis onderskei word. Die getuie is teenwoordig en beskikbaar vir kruisondervraging. Hy kan nie as 'n nie-getuie beskou word nie aangesien hy die inhoud van sy aantekening aanbied op die basis dat dit sy aangetekende herinnering is van dinge wat hy persoonlik waargeneem het maar nou nie meer aktief in herinnering kan roep nie. Hy bevestig sy vroeëre herinnering. Daar word nie van die hof verwag om die gewig van hierdie getuienis te beoordeel met verwysing na die geloofwaardigheid van 'n derde wat nie getuig nie. Die inhoud van die aantekening is dus toelaatbaar en die feit dat effektiewe kruisondervraging deur die getuie se graad van herinneringsverlies aan bande gelê word, is bloot 'n faktor wat op die beoordeling van die gewig van getuienis - en nie die toelaatbaarheid daarvan nie - betrekking behoort te hê. In die finale instansie wil dit ook blyk asof die "declarant-orientated"-benadering tot hoorsê, die aangeleentheid bo alle twyfel stel.[153]

In hoofstuk vier van hierdie werk is aangetoon dat persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) van die

153 Sien oor die algemeen vn 138 supra.

gebeurtenis een van die grondslae is waarop 'n geheue-verfrissingsaansoek berus en, voorts, dat die hof in hierdie verband 'n spesifieke bevinding behoort te maak.[154] Die ondersoek na eerstehandse ervaring is problematies in geval van herinneringsherhaling, dit wil sê, waar die getuie nie die herlewing van 'n herinnering ervaar nie maar beweer dat, alhoewel hy niks kan onthou nie, hy tog die betrokke aantekening herken as een wat hy gemaak het of as akkuraat bevestig het en dat hy nie die aantekening sou gemaak het of as akkuraat sou bevestig het nie as hy nie die gebeure persoonlik waargeneem het nie. Maar die hof kan altyd met behulp van omstandigheidsgetuienis waaruit afleidings kan volg, tot 'n bevinding geraak. Op hierdie aspek is ook in hoofstuk vier gewys.[155] In oorweging word gegee dat die hof se bevinding oor die aan- of afwesigheid van die getuie se persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) die risiko van hoorsê voldoende neutraliseer.

6 7 Die deskundige getuie

Daar bestaan 'n reeks verwarrende Suid-Afrikaanse uitsprake oor die presiese metode wat gevolg moet word waar 'n deskukndige met behulp van sy verslag getuig.[156]

---

154 Sien para 4 2 tot 4 2 3 supra.

155 Sien veral par 4 2 1 supra.

156 Vgl bv die beslissings in R v Van Schalkwyk 1948 2 SA 1000 (O) en R v K 1951 3 SA 180 (SWA) met dié in R v Birch-Monchrieff 1960 4 SA 425 (T) en S v Joubert 1971 3 SA 924 (OK). Vandag sal 'n deskundige se verslag normaalweg toelaatbaar

Dit blyk, met respek, dat hierdie uiteenlopende standpunte direk in verband staan met 'n versuim om volle erkenning aan die onderskeid tussen herinneringsherlewing en -herhaling te verleen. Sonder om enigsins in te gaan op die aan- of afwesigheid van 'n onafhanklike herinnering, beslis die hof byvoorbeeld soos volg in R v Van Schalkwyk:[157]

> The other evidence upon which the magistrate relies was the reading by the district surgeon of his reports made and drawn up after the alleged assault. The district surgeon was allowed to follow a procedure which is often allowed in magistrates' courts and against which judicial officers have been warned, namely to accept as evidence the reading of a report by a district surgeon. A medical officer may refer to his report when giving evidence in order to refresh his memory, but his testimony should be given viva voce ... It is a clear rule of evidence that where a witness refreshes his memory from notes made at the time of his examination and then gives evidence such evidence is admissible, but that the reading of the notes is not receivable evidence. That being so no reliance should have been placed by the magistrate upon the medical evidence tendered by the prosecution.

'n Mens wil - amper onwillekeurig - graag die volgende

> as getuienis wees ingevolge Deel VI van die WBSS, soos gelees met art 222 van die SPW. Die bespreking in die teks handel dus hoofsaaklik oor die beginsels wat toegepas moet word in gevalle waar voormelde wetgewing nie toepassing vind nie - bv waar die deskundige se verslag nie voldoen aan die vereistes gestel in art 34(4) van voormelde wetgewing nie.

157 1948 2 SA 1000 (O) 1002. Sien ook oor die algemeen R v K 1951 3 SA 180 (SWA) 182A-B.

vraag stel : sou die hof in R v Van Schalkwyk supra tot dieselfde slotsom gekom het indien daar ingegaan sou gewees het op die vraag of die distriksgeneesheer hoegenaamd enige onafhanklike herinnering gehad het? Dit is moeilik om te aanvaar dat indien die distriksgeneesheer geen onafhanklike herinnering gehad het nie, hy nie toegelaat sou gewees het om hom uitsluitlik op sy aantekening te verlaat deur dit voor te lees nie. In latere regspraak is blykbaar besef dat die beslissing in R v Van Schalkwyk supra die behoud van die mondelinge karakter van die verhoor té ver gevoer het. In R v Mbongwe[158] interpreteer regter Bekker die benadering van die hof in R v Van Schalkwyk supra in die volgende lig:[159] "Presumably the district surgeon ... [in R v Van Schalkwyk] ... did nothing more than read out his report. It is not apparent from the reading of the judgment whether the witness, who was giving evidence under oath, ever confirmed or adhered to the correctness of his report or the matters so read out, in which event it seems to me that the data so placed before the court would have been receivable or admissible as legal evidence." Regter Bekker bevind[160] dat die deskundige se voorlesing, bevestiging en inhandiging van sy verslag, die korrekte getuienisaanvoeringsmetode is[161] en, voorts, dat die vraag of die verslag bevestig is, beantwoord

158 1954 3 SA 1016 (T).

159 1018D-E van die verslag.

160 1018G-1019A van die verslag.

161 Sien ook in hierdie verband R v Manda 1951 3 SA 158 (A) 161.

word deur middel van afleidings uit die omstandighede van die geval. In R v Birch-Monchrieff[162] is "confirmation or adoption of the terms of ... [the] ... report" ook as vereiste gestel. Maar in dié saak gaan regter Williamson ook van die standpunt uit dat voorlesing nie 'n vereiste is nie - blote bevestiging en inlewering van die verslag kan voldoende wees.[163] Tereg wys Schmidt daarop dat in hierdie beslissing[164] "die dun skeidslyn tussen gebruikmaking van 'n verslag ter verfrissing van geheue en aanbieding van die verslag as getuienis oorbrug word. As die getuie wanneer hy die getuiebank binnegaan nie meer die feite kan onthou nie, maar nogtans sy verslag as juis bevestig en dit dan as 'n gerieflike notule van sy getuienis indien, is dit moeilik om te betoog dat die verslag self nie getuienis in die saak is nie." Maar aangesien ons howe nie op 'n uitdruklike grondslag tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei nie en bygevolg nie veel aandag skenk aan die vraag of 'n onafhanklike herinnering aan- of afwesig is nie, kleef hulle aan die teorie dat mondelinge getuienis ontvang word. In S v Ramgobin[165] verduidelik regter-president Milne soos volg:[166] "Not infrequently, experts are permitted to refresh their memories from reports and notes, and the reports and

162 1960 4 SA 425 (T).

163 427D-E van die verslag.

164 Schmidt 309.

165 1986 4 SA 117 (N).

166 146F-G van die verslag.

notes are, not infrequently, put in as exhibits.[167] They are not, however, the evidence. The evidence is the oral evidence given by the expert, and the notes are merely an aide-memoire." Hierdie uiteensetting - wat 'n volkome akkurate samevatting van die Engelse gemene bewysreg is[168] - bied maar net nog 'n voorbeeld van die verwarring wat kan ontstaan wanneer die sambreelbegrip "refreshing of memory" gebruik word sonder dat daar op 'n analitiese basis tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei word. In ooreenstemming met die standpunt wat vroeër in hierdie werk ingeneem is,[169] word mondelinge getuienis ontvang in geval van herinneringsherlewing, terwyl die inhoud van die verslag ontvang word in geval van herinneringsherhaling. Hierdie analitiese onderskeid is nodig ten einde volle effek te gee aan die volgende obiter dictum van hoofregter Rumpff in S v Bergh:[170] "By verfrissing van geheue is die aantekening wat gebruik word nie getuienis in die saak nie, alhoewel dit miskien getuienis skyn te word indien die getuie geen onafhanklike herinnering van die inhoud het nie."

167 Deur te sê dat die verslag of aantekening as bewysstuk ingehandig word, bedoel die regter baie duidelik dat dit geriefshalwe ingehandig word en nie dat die inhoud van die aantekening ontvang word nie. Sien die gesag in vn 3 in par 6 2 supra.

168 Sien par 6 5 1 supra.

169 Sien para 6 5 1 (a) tot 6 5 1 (g) supra, asook par 7 4 3 supra, sv "Kategorie B".

170 1976 4 SA 857 (A) 865C-D.

In oorweging word gegee dat dit in geval van die deskundige getuie meesal om herinneringsherhaling gaan en nie soseer om herinneringsherlewing nie : die deskundige steun sterk op die inhoud van sy verslag. En die akkuraatheid van sy getuienis staan myns insiens dikwels in direkte verband met die mate waarin hy toegelaat kan word om die inhoud van sy verslag as sy getuienis aan te bied. In die res van hierdie hoofstuk sentreer die bespreking hoofsaaklik om die volgende betoog, naamlik dat dit heeltemal geregverdig is dat die raadpleging van 'n aantekening deur 'n deskundige getuie - in teenstelling met 'n leke-getuie - nie onderhewig gestel behoort te word aan die vraag of herinneringsverlies aan- of afwesig is nie. Die posisie van die deskundige behoort bloot hanteer te word asof 'n herinneringsherhalingsgeval voorhande is.

Die gemeenregtelike reël dat 'n getuie nie sy weergawe wat hy op skrif gestel het aan die hof as sy getuienis mag voorlees nie, is onderworpe aan 'n uitsondering in die geval van die deskundige getuie.[171] Die voorgaande reël - wat ook beskryf kan word as die algemene reël dat onafhanklike mondelinge getuienis gelewer behoort te word[172] - word om praktiese redes ten gunste van die deskundige getuie verslap. Die deskundige se hulp word dikwels juis ingeroep met die oog op gedingvoering. Daar word in die reël van die deskundige verwag om 'n

---

171 S v Heller 1964 1 SA 520 (W) 522B-523D.

172 Sien oor die algemeen para 1 2 en 2 2 supra.

ondersoek te doen met die oog op sy latere getuienis-aflegging rakende sy bevindings. Dié ondersoek lei in baie gevalle tot 'n gedetailleerde feitlike verslag wat die mens se geheue nie geredelik kan stoor en met gemak volledig kan herwin nie - byvoorbeeld die rekenmeester se verslag wat die resultaat is van sy noukeurige ondersoek van die rekenkundige boeke van iemand wat teregstaan op 'n ingewikkelde aanklag van bedrog. En baie deskundiges (byvoorbeeld pataloë in die voltydse diens van die staat) doen op 'n gereelde grondslag gedetailleerde ondersoeke - iets wat uiteraard kan meebring dat, tensy 'n deskundige toegang tot sy relevante aantekening het, hy maklik een geval met 'n ander gelyksoortige geval mag verwar. Die behoud van die algemene reël dat onafhanklike mondelinge getuienis gelewer moet word, word in die geval van die deskundige nie geag waarheidsoeke te bevorder nie.

Maar daar moet begryp word dat die voorgaande uiteensetting in effek bloot beteken dat daar in geval van die deskundige getuie nie op algehele of gedeeltelike herinneringsverlies as voorvereiste vir die raadpleging van sy aantekening in die getuiebank, aangedring word nie. Daar word van regsweë aanvaar dat die akkuraatheid van die deskundige se getuienis deur raadpleging van sy aantekening bevorder word en, voorts, dat dié oorweging swaarder weeg as die voordele[173] wat bereik kan word deur die strenge toepassing van die reël dat onafhanklike mondelinge getuienis gelewer moet word. Deur

173 Sien oor die algemeen par 2 2 supra.

die voorvereiste van 'n algehele of gedeeltelike herinneringsverlies in die geval van die deskundige te ignoreer, word dit vir die deskundige maklik gemaak om sy aantekening te raadpleeg - maar in alle ander opsigte moet daar wel aan die gemeenregtelike geheueverfrissingsvereistes voldoen word. Die waarnemings en bevindings in die deskundige se verslag moet byvoorbeeld die resultaat van sy persoonlike ondersoek wees en die verslag moes ook deur hom geskryf of geverifieer of gedikteer gewees het toe die gebeure nog vars in sy geheue was.[174] En voorts moet hy van die oorspronklike verslag gebruik maak tensy die oorspronklike verlore of vernietig is, in welke geval 'n juis bewese afskrif aanvaarbaar is. Die rede waarom hy in beginsel van die oorspronklike verslag moet getuig, moet toegeskryf word aan die feit dat daar aanvaar word dat hy geen onafhanklike herinnering van die inhoud van sy verslag het nie. Uit 'n analitiese oogpunt beskou, sou daar gesê kan word dat die deskundige nie aan die algemene reël ten gunste van onafhanklike mondelinge getuienis onderworpe is nie omdat sy geval hanteer moet word asof herinneringsherhaling ter sprake is, met die praktiese verskil dat die afwesigheid van 'n onafhanklike of gedeeltelike onafhanklike herinnering wat as voorvereiste vir normale herinneringsherhalingsgevalle gestel word, nie 'n geskilpunt is nie maar aanvaar word. Die beslissing in R v Birch-Monchrieff[175] moet myns insiens uit hierdie oogpunt verduidelik word.

---

174 S v Joubert 1971 3 SA 924 (OK) 927F-G.

175 1960 4 SA 425 (T).

Dit blyk asof die deskundige getuie, in vergelyking met die leke-getuie, 'n bevoorregte posisie beklee in die opsig dat hy in die getuiebank geredelike toegang tot sy verslag of aantekening het. In hierdie verband verklaar Schmidt soos volg:[176]

> Dit blyk ... onlogies om hierdie voorreg slegs aan die deskundige getuie te laat toekom; waarom nie ook aan die leek wat 'n aantekening gemaak het, al is dit met die oog op gedingvoering, van ingewikkelde feite wat nie juis vir memorisering vatbaar is nie? Op dié wyse word die akkuraatheid van sy getuienis dan bevorder. Hierdie wyse van geheueverfrissing kan steeds onderskei word van die geval waar 'n getuie voor hy sy beurt in die getuiebank neem, sy getuienis op skrif stel en aan die hof voorlees : in eersgenoemde geval verfris hy inderdaad sy geheue, in laasgenoemde nie.

Die bevoorregting van die deskundige getuie teenoor die lege-getuie wat ook oor 'n groot aantal besonderhede getuig, is miskien meer oënskynlik as werklik. Anders as die deskundige getuie, geniet die leke-getuie nie uit die staanspoor die voordeel en gerief om sy aantekening uit te lees en te bevestig nie. Maar sodra daar bevind word dat die leke-getuie herinneringsverlies ervaar wat van so 'n graad is dat hy nie verder kan getuig nie of nie volledig en akkuraat kan getuig nie, behoort hy toegelaat te word om sy aantekening te raadpleeg[177] - en die feit dat hy hierdie aantekening met die oog op die verhoor opgestel het behoort geen verskil te maak nie,[178]

---

176 Schmidt 307.

177 Sien par 4 3 2 supra.

178 Sien par 5 6 supra.

solank as wat daar maar in alle ander opsigte aan die tradisionele vereistes voldoen word. Daar is reeds in hoofstuk vier gewys op die noodsaaklikheid dat herinneringsverlies - of 'n bepaalde graad van herinneringsverlies - as een van die grondslae van 'n geheueverfrissingsaansoek identifiseer en beslis behoort te word.[179] Indien herinneringsverlies as grondslag van 'n geheueverfrissingsaansoek in geval van alle getuies geïgnoreer sou word, sal die voordele wat bereik kan word deur middel van die algemene reël dat onafhanklike mondelinge getuienis gelewer moet word, in 'n groot mate verlore gaan. En die deur sal ook geopen word vir fabrikasie en geskoolde getuienis. Wigmore verduidelik die gemeenregtelike posisie soos volg:[180] "Since the witness' statement must correspond spontaneously to his actual recollection, it is plain that to permit him, as a practice, to commit in writing beforehand certain statements and then to read them or hand them in as his testimony would be to risk fabrication and coached testimony. This mode of furnishing testimony is therefore prohibited."

Wat die deskundige getuie betref, kan daar ook goedskiks betoog word dat die fabrikasie-risiko kleiner is as in die geval van die gewone getuie : die deskundige is normaalweg 'n objektiewe vakwetenskaplike. Gesien uit hierdie oogpunt, bestaan daar dus 'n verdere algemene rede waarom 'n deskundige as 'n uitsondering behandel kan word. Daar

---

179 Sien para 4 1 en 4 3 supra.

180 Wigmore par 787 (beklemtoning in die oorspronklike).

kan ook weer eens 'n beroep op Wigmore gedoen word:[181] "Sometimes a prepared statement has advantages, without risk of fabrication. In many cases, especially where an expert witness upon a subject of scientific knowledge has made an investigation or analysis and is called upon to testify, it makes for his own lucidity and accuracy, and for better comprehension and valuation of his testimony, if he first reads his written report stating in precise terms his observations and inferences. This practice should be freely permitted. It goes slightly beyond the technical rule for the use of memoranda of past recollection ..." In oorweging word gegee dat die rede waarom Wigmore standpunt inneem dat die posisie van die deskundige tegnies gesproke verder gaan as herinneringsherhaling, toegeskryf moet word aan die feit dat daar in geval van die deskundige nie spesifiek op verlies van herinnering as basis of grondslag van die "geheueverfrissingsprosedure" aangedring word nie - 'n vereiste wat wel ten aansien van alle ander gevalle van "geheueverfrissing" bestaan. Wigmore was egter ook bereid om die hele aangeleentheid rakende die verskil tussen die deskundige en leke-getuie se posisie, uit te wis op die basis dat[182] "... [a] faithful memorandum should be acceptable, not conditionally on the total or partial absence of a present remnant of actual recollection in the particular witness, but unconditionally; because, for every moment of time

---

181 Wigmore par 787 (beklemtoning in die oorspronklike).

182 Wigmore par 738 (beklemtoning in die oorspronklike).

which elapses between the act of recording and the occasion of testifying, the actual recollection must be inferior in vividness to the recollection perpetuated in the record." Dat daar meriete in hierdie betoog is, is reeds in hierdie werk toegegee.[183] Maar teenoor hierdie meriete, staan die voordele wat die Engelse gemene bewysreg wil bereik met die algemene reël dat onafhanklike mondelinge getuienis gelewer moet word. Wanneer Wigmore se standpunt teenoor Schmidt s'n opgeweeg word, blyk dit dat Schmidt 'n groter sensiwiteit vir die behoud (en voordele) van voorgaande gemeenregtelike reël openbaar. Laasgenoemde skrywer wil die toegewing wat aan die deskundige toekom, ook laat toekom aan die leek wat 'n aantekening gemaak het[184] "van ingewikkelde feite wat nie juis vir memorisering vatbaar is nie." Beide skrywers se voorstelle het duidelik die akkuraatheid van die getuienis as oogmerk, maar Schmidt stel - ander as Wigmore - by implikasie herinneringsverlies as kwalifiserende faktor : ingewikkelde feite wat nie juis vir memorisering vatbaar is nie, sal noodwendig daartoe aanleiding gee dat 'n bevinding van herinneringsverlies geredelik gemaak kan word ten opsigte van die betrokke getuie.

---

183 Sien par 4 3 2 supra.

184 Schmidt 307.

AFDELING D

GEHEUEVERFRISSING BUITE DIE GETUIEBANK

Hoofstuk 7 Bladsy

GEHEUEVERFRISSING VOOR GETUIENISAFLEGGING EN TYDENS 'n VERDAGING 282

Hoofstuk 8

HIPNOSE EN GEHEUEVERFRISSING MET DIE OOG OP DIE VERHOOR 353

The wise trial judge knows that human memory is only too fallible; perhaps he should bear in mind the Spanish proverb "memory, like women, is usually unfaithful ."

(Appèlregter Diemont in S v Nyembe 1982 1 SA 835 (A) 842G)

HOOFSTUK 7

GEHEUEVERFRISSING VOOR GETUIENIS-AFLEGGING EN TYDENS 'n VERDAGING

7 1 Inleiding 284

7 2 Geheueverfrissing voor getuienisaflegging : enkele regsetiese aspekte 285

7 3 Geheueverfrissing voor getuienisaflegging: die prinsipiële regverdiging 290

7 4 Geheueverfrissing voor getuienisaflegging: die relevansie van die tradisionele vereistes 295

7 4 1 Die vereiste: "vars in die geheue" 296

7 4 2 Die derde se aantekening 302

7 4 3 Beskikbaarstelling van die aantekening: die gepriviligeerde aantekening en die gevolge van nie-beskikbaarstelling 307

7 4 4 Die algemene wenslikheid van beskikbaarstelling .. 318

7 5 Geheueverfrissing voor getuienisaflegging en die getuie (en die party wat die getuie oproep) se reg om insae te verkry: wetgewing 322

7 5 1 Artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955 en veiligheidswetgewing: 'n historiese oorsig 323

7 5 2 Artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977 en artikel 29(8) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982: die posisie van die beskuldigde 326

7 5 3 Artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977: die posisie van die verdedigingsgetuie wat vroeër 'n polisieverklaring gemaak het 335

7 6 Geheueverfrissing tydens 'n verdaging 340

HOOFSTUK 7

GEHEUEVERFRISSING VOOR GETUIENISAFLEGGING EN TYDENS 'n VERDAGING

7 1 Inleiding

Twee moontlike situasies kan ten opsigte van geheueverfrissing buite die getuiebank identifiseer word. Die eerste situasie - wat gereeld in die praktyk voorkom[1] - is dat 'n getuie sy geheue vóór die aanvang van sy getuienis verfris. Hy raadpleeg sy aantekening met die oog op die verhoor. Hierdie situasie word voortaan "geheueverfrissing voor getuienisaflegging" genoem. Die tweede situasie - wat nie so gereeld in die praktyk voorkom nie - is die geval waar 'n getuie besig is met getuienisaflegging maar dan tydens 'n hofverdaging 'n aantekening raadpleeg met die oog daarop om sy geheue vir doeleindes van sy verdere getuienisaflegging te verfris. Streng gesproke is die getuie nog onder eed of bevestiging. Hierdie situasie word voortaan "geheueverfrissing tydens 'n verdaging" genoem. In beide voormelde situasies het die hof - en dikwels ook die partye - geen direkte beheer oor die getuie se optrede nie.[2]

In hierdie hoofstuk word aandag geskenk aan, onder andere,

---

1 Sien oor die algemeen die opmerkings gemaak in Ex parte Minister van Justisie: In re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 511H.

2 Sien oor die algemeen R v Richardson (1971) 55 Cr App R 244 251; Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T) 966F; Howard 1972 Crim L Rev 351 356.

die vraag of geheueverfrissing voor getuienisaflegging op 'n prinsipiële grondslag van geheueverfrissing binne die getuiebank onderskei kan word. Alhoewel geheueverfrissing tydens 'n verdaging selde voorkom, word dié situasie ter wille van volledigheid ook in die slotparagraaf[3] van die huidige hoofstuk behandel. Dit sal ook blyk dat dit in verskeie opsigte belangrik is om tussen geheueverfrissing voor getuienisaflegging en tydens 'n verdaging te onderskei - ten spyte van die feit dat beide gevalle as geheueverfrissing buite die getuiebank aangemerk kan word.

7 2 Geheueverfrissing voor getuienisaflegging: enkele regsetiese[4] aspekte

Aspekte van regsetiek kom gereeld in hierdie hoofstuk ter sprake. Uit die staanspoor moet vermeld word dat geheueverfrissing voor getuienisaflegging - net soos geheueverfrissing tydens 'n verdaging[5] - in 'n groot mate deur regsetiese beginsels beheer word. Die ooglopende rede hiervoor is dat sodanige geheueverfrissing nie onder direkte beheer en toesig van die hof geskied nie. In hierdie verband word aanklaers en praktisyns met 'n besondere verantwoordelikheid opgesaal. Met betrekking tot geheue-

3 Sien par 7 6 infra.

4 Wat die begrip "regsetiek" betref, sien oor die algemeen McQuoid-Mason 1983 AJ 213 215 en Lewis Legal Ethics 1.

5 Sien par 7 6 infra.

verfrissing voor getuienisaflegging, is daar byvoorbeeld al beslis dat dit hoogs onbehoorlik is vir 'n staatsaanklaer om een gesamentlike voorverhoor-onderhoud te voer met al die staatsgetuies:[6] "A witness may well be misled into accepting the recollection of another witness as his own without consciously realising what has happened." 'n Gesamentlike voorverhoor-onderhoud ter verfrissing van die geheues van getuies skep natuurlik ook die wesenlike gevaar van bewustelike samespanning tussen getuies. 'n Voorverhoor-onderhoud ter verfrissing van die geheue van 'n getuie, moet in die afwesigheid van ander getuies geskied.[7]

In oorweging word gegee dat die etiese verpligting wat in hierdie verband op aanklaers en regsverteenwoordigers rus, ook ten opsigte van die polisie geld. In Lau Pak Ngam v The Queen[8] het 'n ondersoekbeampte 'n dag voor die verhoor die polisieverklarings van die belangrikste getuies in die teenwoordigheid van al hierdie getuies aan hul uitgelees. Die hooggeregshof van Hong Kong het die beskuldigde se appèl van die hand gewys, maar terselfdertyd met afkeur verwys na die betrokke polisieman se optrede.

Dit spreek natuurlik ook vanself dat daar tydens 'n voor-

---

6 S v De Lange 1983 4 SA 621 (ZS) 623C.

7 Lau Pak Ngam v The Queen [1966] Crim L Rev 443; R v Richardson (1971) 55 Cr App R 244 251; Redgment 1985 SALJ 30; Stone Proof of Fact in Criminal Trials 73.

8 [1966] Crim L Rev 443 444.

verhoor-onderhoud ter verfrissing van 'n getuie se geheue, geen suggesties aan hom gemaak behoort te word nie.[9] Dat "skoling" van getuies verbode is, behoef eintlik geen vermelding nie. Cross en Tapper verklaar tereg:[10] "If it were to transpire that there had been anything in the nature of 'coaching' ... the judge would no doubt treat the evidence with the contempt it deserved." 'n Poging om 'n getuie se geheue te verfris is ook so ver verwyder van die onetiese oogmerke van skoling, dat geen onderhoud-voerder in alle erns kan beweer dat sogenaamde geskoolde getuienis ("tutored evidence") 'n onverwagte of onberekende resultaat is van sy voorverhoor-onderhoud met die betrokke getuie nie.

In die Engelse strafbewysreg het die volgende vraag al ontstaan: is die vervolging onder 'n verpligting om die verdediging in te lig dat die kroongetuies met die oog op die verhoor hul verklarings geraadpleeg het? Die relevansie van hierdie vraag is duidelik wanneer aanvaar word dat 'n getuie se raadpleging van 'n aantekening met die oog op die verhoor, 'n faktor is wat, afhangende van omstandighede, gewig in die skaal mag werp.[11]

In R v Webb[12] is beslis dat die vervolging onder 'n ver-pligting is om die verdediging hieroor in te lig en dat

---

9 Sien oor die algemeen Allan 1986 DR 609.

10 Cross en Tapper 248.

11 Sien oor die algemeen para 7 4 2 tot 7 4 4 infra, asook R v Varachia 1947 4 SA 267 (T) 272.

12 [1975] Crim L Rev 159.

sodanige mededeling moet plaasvind vóórdat die getuie die getuiebank betree.[13] R v Webb supra is in Worley v Bentley[14] en R v Westwell[15] verwerp. In laasgenoemde saak is soos volg verklaar:[16]

> Accordingly, if the prosecution is aware that statements have been seen by witnesses it will be appropriate to inform the defence. But if, for any reason, this is not done, the ommission cannot of itself be a ground for acquittal. If the prosecution tell the defence that the witness has been allowed to see his statement the defence can make such use of the information as it thinks prudent, but in any event the defence, where such a fact may be material, can ask the witness directly when giving evidence whether the witness has recently seen his statement. Where such information is material it does not ultimately matter whether it is volunteered by the prosecution or elicited by the defence. If the mere fact that the prosecution had not volunteered the information were a bar to conviction, this would be an artificial and arbitrary rule more appropriate to a game or a sporting contest than to a judicial process.

Die huidige regsposisie in Engeland is dat dit wenslik maar nie verpligtend is dat die verdediging ingelig behoort te word.[17] In Suid-Afrika bestaan daar geen sodanige praktyksreël nie. My beskouing is dat die hele

---

13 Sien ook oor die algemeen May Criminal Evidence par 13-59.

14 [1976] 2 All ER 449.

15 [1976] 2 All ER 812.

16 814j-815b van die verslag.

17 Cross en Tapper 248-249; Phipson on Evidence par 33-39; May Criminal Evidence par 13-59; Heydon Evidence: Cases and Materials 448; Carter Cases and Statutes on Evidence 181-182.

aangeleentheid volledig deur regsetiek beheer word. Solank as wat die vervolging nie inligting onderdruk of weerhou in omstandighede waar hierdie inligting tot voordeel van die verdediging kan strek nie,[18] is daar geen verpligting om die verdediging mee te deel dat die getuie sy aantekening met die oog op die verhoor geraadpleeg het nie. Dit volg egter dat sodra 'n staatsgetuie byvoorbeeld onder kruisondervraging sou beweer dat hy nie sy aantekening geraadpleeg het nie, sal die vervolging die staatsgetuie se ontkenning moet weerspreek as die vervolging daarvan bewus is dat dié betrokke getuie inderdaad sy verklaring geraadpleeg het. Alhoewel die getuie se verklaring nie noodwendig beskikbaar gestel hoef te word nie, is die posisie in 'n groot mate vergelykbaar met die vervolging se etiese plig om 'n staatsgetuie se vroeëre verklaring aan die verdediging te openbaar waar hierdie verklaring in wesenlike opsigte verskil van die getuie se mondelinge getuienis in die hof.[19]

---

18 Sien oor die algemeen die volgende bronne tav die vervolging se etiese plig om die proses van waarheidsoeke te bevorder en die verdediging nie te benadeel deur inligting wat vir lg gunstig mag wees, te onderdruk nie: R v Motshe 1960 1 PH H84 (T); S v Takaendesa 1972 4 SA 72 (RAD); S v M 1982 1 SA 240 (N) 244A-E; par D 3 4 3 2 d(i) van die Eenvormige Gedragskode: Reëls van die Algemene Balieraad; par 3 8 (d) van die Model Rules of Professional Conduct: American Bar Association; Carom 1985 (23) Am Crim L Rev 207.

19 R v Steyn 1954 1 SA 324 (A); Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A); S v Xaba 1983 3 SA 717 (A).

7 3 Geheueverfrissing voor getuienisaflegging: die prinsipiële regverdiging[20]

Alhoewel daar nie volkome eenstemmigheid is oor die presiese gevolge wat intree wanneer 'n getuie sy geheue met die oog op die verhoor verfris nie,[21] word allerweë aanvaar dat dit in die reël heeltemal reëlmatig is vir 'n getuie om dit te doen.[22] Verskeie faktore en oorwegings lê hierdie reël ten grondslag.

---

20 Vgl par 7 6 infra tav die vraag of daar enige prinsipiële regverdiging bestaan vir geheueverfrissing tydens 'n verdaging.

21 Sien para 7 4 2 tot 7 4 3 infra.

22 Sien oor die algemeen Yskor Utiliteitswinkel (Edms) Bpk v Maia 1985 2 PH F32 (A); Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A); R v Varachia 1947 4 SA 267 (T); R v Richardson (1971) 55 Cr App R 244; Lau Pak Ngam v The Queen [1966] Crim L Rev 443; Worley v Bentley [1976] 2 All ER 449; R v Westwell [1976] 2 All ER 812; R v Webb [1975] Crim L Rev 159; R v Bonnycastle, Ex parte Attorney-General of Saskatchewan (1969) 3 DLR (3d) 288; R v Kerenko et al (1965) 49 DLR (2d) 288; R v Lewis [1969] 3 CCC 235; R v Monfils et al (1971) 4 CCC (2d) 163; Holm v Smith [1956] QWN 8; King v Bryant (No 2) [1956] QSR 570; R v Muise (1974) 22 CCC (2d) 487; R v Boucher (1978) 44 CCC (2d) 177; Lennon v United States 20 F 2d 490 (8th Cir 1927); Goldman v United States 316 US 129 (1942); CW Hull Co v Marquette Cement Mfg Co 208 Fed 260 (8th Cir 1913); Wigmore par 762; Cross en Tapper 248; Phipson on Evidence 33-39; Schmidt 307; Hoffmann en Zeffertt 347; Klemme 1952-1953 (25) Rocky M L Rev 388 390; Guenther 1959-1960 (35) Notre Dame L 152; Howard 1972 Crim L Rev 351; Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 408 413-414; par 23 3 (e) van

Soos vroeër vermeld, bring die aard en karakter van die Engelsregtelike stelsel mee dat 'n getuie in die reël nie 'n aantekening in die getuiebank kan raadpleeg nie:[23] hy moet in beginsel onafhanklike mondelinge getuienis lewer.[24] Die praktiese resultaat hiervan - so word in oorweging gegee - is dat die stelsel as sodanig eintlik op indirekte wyse geheueverfrissing met die oog op die verhoor aanmoedig. Dit is dus begryplik dat 'n party wat beoog om 'n getuie te roep, heel dikwels hierdie getuie sal versoek om sy verklaring deur te lees ten einde sy geheue op te knap.[25] Langs hierdie weg kan die akkuraatheid en volledigheid van die getuie se getuienis bevorder word en - soos

die Report of the Task Force; par 27 van The Australian Law Reform Commission: Report no 26 (Interim) Evidence (Vol 2); Maguire en Quick 1957 (3) How L J 1 13.

23 Sien para 1 1, 1 2, 2 2 en 2 4 supra.

24 Lenssen v Rex 1906 TS 154 156; S v Molefe 1975 3 SA 495 (T).

25 Sien oor die algemeen Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 511H. Daar sou beweer kon word dat geheueverfrissing 'n belangrike komponent vorm van enige voorverhoorkonsultasie met 'n getuie. Allan 1986 DR 609 maak in hierdie verband die volgende voorstel aan regsverteenwoordigers (beklemtoning in die oorspronklike): "Ask the witness to prepare a written statement prior to the interview. This will allow the witness an opportunity to refresh his or her memory and to call the relevant facts to mind in relaxed circumstances before being interviewed, thereby limiting the stress which would otherwise be present during the interview. This preparation further allows for memories which have been 'transferred' to the subconscious to be 'transferred'

hieronder sal blyk[26] - word enige privilegie wat moontlik ten aansien van sodanige verklaring mag bestaan, steeds behou.

Die risiko bestaan ook altyd dat 'n geheueverfrissingsaansoek deur of ten behoewe van 'n getuie wat in die getuiebank sekere feite nie in herinnering kan roep nie, mag misluk weens die strenge vereistes wat ten aansien van sodanige aansoek gestel word.[27] Wanneer geheueverfrissing met die oog op die verhoor geskied, is daar - onderworpe aan oorwegings van regsetiek - in die reël geen sodanige strenge vereistes nie.[28] 'n Mens sou goedskiks kan betoog dat dit 'n party op 'n regsetiese basis volkome vry staan om met die oog op die verhoor sy getuie se geheue te probeer verfris aan die hand van die kernbeginsel wat die sogenaamde liberale benadering[29] ten grondslag lê, naamlik dat enige aantekening - ongeag die herkoms, egtheid en akkuraatheid daarvan - 'n geheue kan stimuleer en 'n herinnering kan laat herleef. Die skeidslyn tussen

> back to the conscious. Unless an incident is very recent it is, in any event, difficult to recall all relevant facts at once - it normally takes some probing." Sien ook S v Maruping 1980 2 BSC 76 77D-E tav die algemene belang van 'n voorverhoor-onderhoud met 'n getuie. Sien voorts par 7 5 infra.

26 Sien par 7 4 3 infra.

27 Newark en Samuels 1978 Crim L Rev 413.

28 Sien egter die bespreking in par 7 6 infra tav geheueverfrissing tydens 'n verdaging.

29 Sien par 5 9 supra.

onetiese suggestie en gebruikmaking van die aantekening as 'n blote stimulant om te sien of 'n getuie herinnerings-herlewing ervaar, moet egter nie ignoreer word nie. Voorts kan daarop gewys word dat 'n reël wat 'n getuie verbied om sy geheue voor getuienisaflegging te verfris in meeste gevalle onafdwingbaar sal wees omdat die nodige beheer ontbreek. Alle moontlike geheueverfrissingshulpmiddele (byvoorbeeld die getuie se persoonlike dagboek) is nie altyd onder die uitsluitlike beheer van die party wat hom as getuie wil roep nie. Onafdwingbaarheid moet egter nie beskou word as die primêre oorweging ter vestiging van die reël dat 'n getuie voor sy getuienisaflegging sy geheue mag verfris nie. Die belangrikste oorweging is - net soos in die geval van geheueverfrissing binne die getuiebank[30] - dat die verhoor nie in 'n "geheue-toets" van die getuie moet ontaard nie.[31] Dit is in die belang van geregtigheid dat 'n getuie 'n akkurate weergawe van sy waarnemings moet kan verskaf en die akkurate aanbieding van sy weergawe word natuurlik in die reël bevorder deur 'n reël wat geheueverfrissing voor die aanvang van getuie-

---

30 Sien par 1 2 supra.

31 In die geredigeerde verslag van Lau Pak Ngam v The Queen [1966] Crim L Rev 443 444 word gesê: "Testimony in the witness box becomes more a test of memory than of truthfulness if witnesses are deprived of the opportunity of checking their recollection beforehand by reference to notes made a time closer to the events in question. If a witness is denied reasonable opportunities for refreshing his memory there is a greater danger that the court will be deprived of his full testimony than of untruthful testimony being encouraged or facilitated."

nisaflegging toelaat - ten spyte van die feit dat behoorlike beheer nie moontlik is nie. In R v Richardson[32] is soos volg verklaar:

> [A] line is drawn at the moment when a witness enters the witness box and when giving evidence there in chief he cannot refresh his memory except by a document which ... "must have been written either at the time of the transaction or so shortly afterwards that the facts were fresh in his memory." It is moreover a practice which the courts can enforce; when a witness is in the box the court can see that he complies with that practice. The courts, however, must take care not to deprive themselves by new, artificial rules of practice of the best chances of learning the truth. The courts are under no compulsion unnecessarily to follow on a matter of practice the lure of the rules of logic in order to produce unreasonable results which would hinder the course of justice. Obviously it would be wrong if several witnesses were handed statements in circumstances which enabled one to compare with another what each had said. But there can be no general rule (which incidentally would be unenforceable, unlike the rule as to what can be done in the witness box) that witnesses may not before trail see the statements they made at some period reasonably close to the time of the event which is the subject of the trial. Indeed one can imagine many cases, particularly those of a complex nature, where such a rule would militate very greatly against the interest of justice.

Daar kan ook gesê word dat 'n reël wat 'n getuie verbied om voor die verhoor sy verklaring met die oog op geheueverfrissing te raadpleeg, vir die eerlike getuie ernstige probleme skep en vir die oneerlike getuie nie juis raak nie.[33]

---

32 (1971) 55 Cr App R 244 250-251.

33 Lau Pak Ngam v The Queen [1966] Crim L Rev 443 444.

Voorts is daar al in Suid-Afrikaanse regspraak gesê dat 'n getuie (insluitende die beskuldigde as potensiële getuie in sy eie verdediging) 'n reg het en behoort te hê om sy geheue met die oog op die verhoor te verfris met behulp van 'n verklaring wat hy ten opsigte van die relevante gebeure aan die polisie gemaak het.[34] Soos aangetoon sal word,[35] is hierdie beskouing navolgenswaardig. Ongelukkig maak wetgewing egter indirek ernstige inbreuk op hierdie reg wat aan 'n getuie toegeken is.[36] 'n Kritiese ontleding van hierdie wetgewing volg later. Voorlopig kan gesê word dat hierdie wetgewing nie geduld kan word in die lig van, onder andere, die voorgaande prinsipiële regverdiging wat geheueverfrissing vóór getuienisaflegging ten grondslag lê nie.

7 4 Die relevansie van die tradisionele vereistes

Daar is reeds gewys op die sogenaamde tradisionele vereistes wat deur die Engelse gemene bewysreg gestel word ten aansien van die posisie waar 'n getuie in die getuiebank 'n aantekening raadpleeg ten einde sy geheue te verfris.[37] Die volgende vrae ontstaan: behoort - en kan? -

---

34 S v Hassim 1971 4 SA 120 (N); S v ffrench-Beytach (1) 1971 4 SA 333 (T) 336F.

35 Sien para 7 5 tot 7 5 3 infra.

36 Sien bv die bespreking van art 335 SPW en art 29(8) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 in par 7 5 3 infra.

37 Sien oor die algemeen para 5 3 tot 5 7 supra, asook hfst 6 tav beskikbaarstelling.

hierdie vereistes ook gestel word ten aansien van geheue-verfrissing vóór getuienisaflegging?

7 4 1 Die vereiste: "vars in die geheue"[38]

In R v Richardson[39] het kroongetuies met die oog op die verhoor hul geheues verfris met behulp van verklarings wat hul aan die polisie gemaak het. Hierdie geheueverfrissing het plaasgevind op versoek van die vervolging en met instemming van die getuies. In die loop van die verhoor het die voormelde feite aan die lig gekom - asook later op appèl die feit dat die verklarings wat die getuies geraadpleeg het "were not 'contemporaneous' within the meaning of that word as normally applied to documents used to refresh memory ... in the witness box."[40] Die verhoorhof het bevind dat daar geen benadeling vir die beskuldigde was nie - veral aangesien die jurie (die feitebeoordelaars) ingelig is dat die getuies voor die verhoor insae in hul onderskeie aantekeninge gehad het. Die jurie kon dus die getuienis in die lig hiervan beoordeel. Op appèl is aangevoer dat die feit dat die getuies voor die verhoor hul geheues met behulp van hul polisieverklarings verfris het, hul getuienis ontoelaatbaar gemaak het. Die alternatiewe betoog was dat indien die getuienis nie inherent ontoelaatbaar was nie, dan het n

38 Sien oor die algemeen par 5 7 supra tav hierdie vereiste wat by geheueverfrissing in die getuiebank geld.

39 R v Richardson (1971) Cr App R 244.

40 249 van die verslag. Sien voorts vn 65 in par 5 7 supra.

voorsittende beampte 'n diskresie om sulke getuienis uit te sluit, welke diskresie verkeerdelik deur die verhoorhof uitgeoefen is deurdat die getuienis toegelaat is.

Die court of appeal bevind dat die feit dat die getuies met die oog op die verhoor hul geheues verfris het met hul verklarings wat weens die tydsverloop tussen die gebeure en die aflegging van hierdie verklarings nie vir geheueverfrissingsdoeleindes in die getuiebank sou gekwalifiseer het nie, geen benadeling geskep het nie. Op die hof se algemene redenasie is reeds gewys, asook die hof se opmerkings oor die probleme rakende effektiewe beheer.[41]

Howard opper drie hoofbesware teen die court of appeal se benadering in R v Richardson supra. Sy eerste beswaar is dat[42] "[t]he obvious danger that arises from the fact that a statement is made long after the events which it described is hardly alleviated when the refreshing of memory is done out of court. One would have supposed that if the witness is to be allowed to reconstruct the occasion on the basis of a statement which he furnished the police, there is a far greater need for contemporaneity." Hierdie beswaar is egter nie geldig nie. Die court of appeal het die regsgeskil beslis op die feitlike basis dat die getuies 'n onafhanklike herinnering van die

---

41 Sien die aanhaling uit R v Richardson supra aan die einde van par 7 3 supra.

42 Howard 1972 Crim L Rev 351 354 (beklemtoning in die oorspronklike).

gebeure gehad het.[43] Die getuies het nie getuig op die basis van 'n herinnering wat hul in opgetekende vorm in hul verklarings gevind het nie. Die bevinding dat 'n onafhanklike herinnering ten aansien van elke getuie aanwesig was, impliseer dat die hof tevrede was dat die deurlees van hul verklarings hoogstens 'n stimulerende effek kon gehad het, naamlik dat inligting uit die langtermyngeheue herwin is. Die hof se beslissing is nie vatbaar vir 'n interpretasie - soos wat Howard beweer - dat 'n getuie "is ... allowed to reconstruct the occasion" nie. Stimulasie wat tot 'n onafhanklike herinnering lei, is nie die ekwivalent van rekonstruksie nie,[44] en beteken ook nie dat die deur vir rekonstruksie geopen word nie. Die getuie wat stimulasie ervaar, herwin inligting geberg in sy langtermyngeheue. Hy onthou werklik.[45] Die getuie wat rekonstrueer,[46] maak afleidings : hy wil aan die hand van die bekende na die onbekende beweeg. Howard wil ook te kenne gee dat aangesien die verklarings soos gemeet aan die tradisionele vereiste vir geheueverfrissing in die getuiebank, té lank na die voorval tot stand gekom het, is die verklarings onbetroubaar en skep dit die risiko van rekonstruksie. Met hierdie beskouing ignoreer hy egter die feit dat die voormelde tradisionele geheueverfrissingsvereiste 'n objektiewe maatstaf

43 R v Richardson supra 248-249. Vlg ook Holm v Smith [1956] QWN 8 en King v Bryant no 2 [1956] QSR 570 soos bespreek in para 7 4 3 infra.

44 Sien oor die algemeen hfst 3.

45 Sien bv die appèlhof se bevinding in Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 511E.

46 Wat rekonstruksie oor die algemeen betref, sien die gesag aangehaal in vn 26 in par 1 3 (a) supra.

stel wat die werklike subjektiewe ervaring van die getuie negeer. Objektief gesproke, is dit so dat hoe gouer die herinnering op skrif gestel, hoe groter is die waarskynlikheid dat die aantekening volledig en akkuraat sal wees. Maar waar die getuie 'n onafhanklike herinnering behou het - soos wat met die getuies in R v Richardson supra gebeur het - is dit glad nie nodig om nou 'n objektiewe maatstaf in te sleep nie. Watter nut kan so 'n maatstaf dien anders as om 'n onnodige versperring in die weg van waarheidsoeke te plaas?

Howard formuleer sy tweede beswaar teen R v Richardson supra in die volgende woorde:[47] "[T]he rationale of the court's approach would, if applied au pied de la lettre, subvert the rule against hearsay ... [T]he court in effect issued a disclaimer as to its responsibility for the manner in which witnesses acquired information which is the subject of what appears on the face of it to be direct testimony in court." Ter ondersteuning van hierdie argument gebruik hy die feite in die bekende hoorsê-saak, Myers v DPP.[48] In hierdie saak wou die vervolging sekere voertuie identifiseer deur hul enjinnommers te bewys. Daar is bevind dat die enjinnommers nie bewys kon word deur inhandiging van die betrokke motorfabrikant se dokumente waarin die relevante nommers deur onbekende werkslui aangeteken is nie. Dié getuienis was hoorsê. Howard sê dat R v Richardson supra kan beteken dat 'n werknemer van die fabriek in Meyers v DPP supra bloot vyf minute voor die verhoor die relevante enjinnommers kon

---

47 Howard 1972 Crim L Rev 351 354.

48 [1965] AC 1001. Vgl egter ook art 68 van die Engelse Police and Criminal Evidence Act 1984, asook art 221 van die SPW.

memoriseer het en dan kon getuig het. Howard ignoreer egter die feit dat die court of appeal in R v Richardson supra in geen stadium beslis het dat persoonlike kennis (eerstehandse ervaring) van die gebeure afwesig mag wees nie. Trouens, daar is juis bevind dat die getuies op grond van hul eie ervaring getuig het. Wat toegegee moet word, is dat dit in bepaalde gevalle moeilik mag wees om vas te stel of 'n getuie skuldig is aan die wanpraktyk wat Howard voorsien. Maar dit is nie nodig om nog 'n regsreël te skep om die moontlikheid van bovermelde wanpraktyke te stuit as die hoorsêreël reeds getuienis wat die resultaat van sulke wanpraktyke is, uitsluit nie. Die voordele wat raadpleging van 'n aantekening vir die eerlike getuie bied, weeg swaarder. Die feit dat die court of appeal dit nodig gevind het om te vermeld dat die getuies 'n onafhanklike herinnering gehad het, impliseer myns insiens duidelik dat die hof nie bereid sou gewees het om die getuienis toe te gelaat het nie indien die getuies bloot hul herinnering herhaal het soos wat hulle dit in opgetekende vorm aangetref het in hul verklarings wat weens tydsverloop nie vir geheueverfrissing in die getuiebank sou kwalifiseer het nie. 'n Mens kry die indruk dat as die court of appeal op 'n duidelike prinsipiële grondslag tussen herinneringsherlewing en -herhaling onderskei het, dan sou Howard nie kritiek gelewer het nie; en as Howard self tussen herinneringsherlewing en -herhaling onderskei het, sou hy 'n beter begrip vir die court of appeal se beslissing gehad het.

Howard se derde beswaar is dat R v Richardson supra in

konflik is[49] "with the reasons that underlie the so-called rule against self-corroboration ... [T]he witness appears to have a confidence in the truth of his story which is no more than confidence in the efficacy of his rehearsal." Soos vroeër vermeld,[50] is die reël teen selfstawing eintlik 'n reël van logika wat deur regters aan juries verduidelik moes word en wat langs die weg van die presedenteleer[51] tot regsreël ontwikkel het. Die feit dat 'n getuie sy geheue met die oog op die verhoor verfris het, moet bloot beskou word as 'n faktor wat gewig in die skaal kan werp,[52] afhangende van omstandighede.[53] In die meeste gevalle sal dit egter 'n neutrale of "kleurlose" faktor wees - veral as die feitebeoordelaar daarop bedag is dat die feit dat 'n getuie sy geheue met die oog op die verhoor verfris het, hoegenaamd nie beteken dat konsekwentheid bewys word nie, en nog minder dat daar stawing is. Die feit dat die getuie se gedrag, houding en spreekmanier[54]

---

49 Howard 1972 Crim L Rev 351 355.

50 Sien par 6 5 3 supra.

51 Sien par 2 3 supra tav die algemene rol van die presedenteleer in die vorming van die reëls van die bewysreg.

52 In R v Varachia 1947 4 SA 267 (T) 272 merk regter Neser soos volg op: "I am prepared to concede that if, in the course of the evidence of a witness, it is ascertained that he read certain notes shortly prior to coming to court, the weight to be attached to his evidence might be affected, but in my opinion no irregularity has been committed."

53 Sien oor die algemeen die bespreking van King v Bryant (No 2) [1956] QSR 570 in par 7 4 3 infra.

54 Sien oor die algemeen par 2 2 supra.

'n valse indruk van vertroue in sy eie storie mag skep, is doodeenvoudig een van die inherente risiko's wat by die beoordeling van mondelinge getuienis bestaan. Howard se laaste beswaar is dus ook nie geldig nie.

7 4 2 Die derde se aantekening

R v Richardson[55] kan myns insiens interpreteer word as gesag vir die stelling dat 'n getuie se getuienis nie ontoelaatbaar is bloot omdat hy met die oog op die verhoor 'n aantekening geraadpleeg het wat nie vir geheueverfrissingsdoeleindes in die getuiebank sou kwalifiseer het nie. Daar kan egter betoog word dat aangesien R v Richardson supra betrekking gehad het op gevalle waar getuies hul eie verklarings geraadpleeg het, is die volgende vraag nog onbeantwoord: kan 'n getuie se getuienis ontvang word in gevalle waar hy met die oog op die verhoor sy geheue verfris het deur raadpleging van 'n derde se aantekening wat nie deur die getuie geverifieer is in 'n stadium toe die gebeure nog vars in sy geheue was nie? Vir geheueverfrissing in die getuiebank, kan 'n derde se aantekening slegs gebruik word indien die getuie die derde se aantekening geverifieer het toe die gebeure nog vars in sy geheue was.[56]

In oorweging word gegee dat die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling weer eens die

---

55 (1971) 55 Cr App R 244.

56 Sien par 5 3 supra. Vgl egter ook die bespreking van R v O'Linn 1960 1 SA 545 (N) in par 5 5 supra.

antwoord verskaf:

(a) As die getuie 'n onafhanklike herinnering het wanneer hy getuig - dit wil sê, raadpleging van die derde se aantekening was bloot 'n stimulus wat 'n eie herinnering laat herleef het - is die getuienis toelaatbaar. Die inhoud van die derde se aantekening word nie aan die hof oorgedra nie. Die getuie getuig op grond van sy eie herinnering. My submissie is dat die posisie hier analoog is aan R v Richardson supra en deur dieselfde beginsels onderlê word as die sogenaamde liberale benadering wat vroeër met betrekking tot herinneringsherlewing in die getuiebank bespreek is: die herkoms, egtheid en akkuraatheid van die aantekening is irrelevant waar bevind word dat 'n getuie op grond van sy eie herinnering van sy persoonlike waarneming van die gebeure getuig.[57]

(b) As die getuie geen onafhanklike herinnering het nie en bloot die inhoud van die derde se aantekening in die getuiebank resiteer soos wat hy dit memoriseer het, is die getuienis natuurlik ontoelaatbaar. Dit is hoorsê. Dié aspek verg nie bespreking nie.

In Yskor Utiliteitswinkel (Edms) Bpk v Maia[58] volg die appèlhof 'n benadering wat as 'n versoening van proposisies (a) en (b) hierbo beskou kan word. In hierdie saak het 'n getuie, ene R, 'n derde se aantekening geraadpleeg kort voordat hy (R) getuig het. Hierdie aantekening - wat nie

---

57 Sien par 5 9 supra.

58 1985 2 PH F32 (A).

aan die hof en teenparty beskikbaar gestel is nie - was ŉ getikte opsomming van "notas" wat die eerste respondent se advokaat tydens ŉ onderhoud met ene V gemaak het. Die appèlhof bevind:[59] "Dit was geoorloof om dit te doen ... maar dit is nietemin ŉ faktor wat by die beoordeling van die betroubaarheid van ... [R se] ... getuienis in aanmerking geneem ... [moet word] ... Daar is geen getuienis dat die opsomming (of die notas) ŉ getroue weergawe van die onderhoud is nie ... [R] ... het dit nie gesê nie. Dit is dus moeilik om te bepaal of en, indien wel, in watter mate hy ŉ onafhanklike herinnering van die gesprek met ... [V] ... gehad het." Die appèlhof se benadering verskaf op die oog af ŉ gerieflike uitweg om te volg in gevalle waar dit nie duidelik is of ŉ gedeeltelike onafhanklike herinnering bestaan nie en of ŉ algehele onafhanklike herinnering aan- of afwesig is nie. Dit is egter ook duidelik dat die appèlhof se versoenende benadering die deur oopmaak vir hoorsê. As R se getuienis of gedeeltes daarvan bloot ŉ gememoriseerde weergawe was van die inhoud van die derde se aantekening, dan was R se getuienis of die betrokke gedeeltes daarvan, inderdaad hoorsê. Die hof het egter verkies om nie ŉ spesifieke feitebevinding te maak aangaande die vraag of R ŉ algehele, gedeeltelike of geen onafhanklike herinnering van die relevante gebeure gehad het nie. ŉ Feitlike bevinding van hierdie aard sou noodwendig ŉ beslissing oor die toelaatbaarheid van R se getuienis (of gedeeltes daarvan) afgedwing het. Die appèlhof verkies egter om die aange-

---

59 ibid. Vgl voorts R v Mawena 1961 3 SA 362 (SR) 368D-E.

leentheid nie uit 'n toelaatbaarheidshoek te benader nie, maar uit die oogpunt van die gewig van getuienis.

Die appèlhof se benadering is, met respek, in verskeie opsigte vatbaar vir kritiek. Deur te versuim om te beslis (dit was "moeilik om te bepaal") of R geen onafhanklike herinnering gehad het nie of 'n algehele of gedeeltelike onafhanklike herinnering gehad het, is die deur geopen vir die ontvangs van hoorsêgetuienis op die manier wat Howard[60] juis ten aansien van R v Richardson[61] voorsien het, naamlik dat 'n getuie die hele inhoud of gedeeltes van die inhoud van 'n derde se aantekening met die oog op die verhoor memoriseer en dan bloot in die getuiebank herhaal.

Daar moet geredelik toegegee word dat dit in bepaalde gevalle moeilik mag wees om te beslis oor die vraag of 'n getuie geen onafhanklike herinnering het nie en of hy 'n algehele of gedeeltelike onafhanklike herinnering het.[62] Maar die hof kan, met respek, nie nalaat om 'n feitebevinding te maak in gevalle waar die toelating van getuienis afhang van die feitlike posisie nie - en nog minder kan die hof sy versuim regverdig omdat die feitlike posisie "moeilik" is om te bepaal. In elk geval,

60 Howard 1971 Crim L Rev 351 354.

61 (1971) 55 Cr App R 244.

62 Sien egter die besprekings van Holm v Smith [1956] QWN 8, Ames v Nicholson [1921] SASR 224 en King v Bryant (No 2) [1956] Qd R 570 in par 7 4 3 infra.

in Bowes v Friedlander[63] en Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner[64] is oënskynlik geen ernstige probleme ervaar om te kon bevind dat die betrokke getuies 'n onafhanklike herinnering gehad het en dus vir die doeleindes van getuienisaflegging nie op die inhoud van die relevante aantekeninge gesteun het nie.

Uit die beknopte verslag in Yskor Utiliteitswinkel (Edms) Bpk v Maia supra wil dit egter blyk asof die teenparty in geen stadium in die loop van die verhoor in die hof a quo beswaar gemaak het teen R se getuienis op die basis dat sy getuienis bloot 'n algehele of gedeeltelike reproduksie van 'n derde se aantekening was nie. Op hierdie grondslag kan die appèlhof se benadering wel in 'n mate ondersteun word, naamlik dat die teenparty se versuim om teen R se getuienis beswaar te maak, meegebring het dat dit onnodig was dat die aangeleentheid uit 'n streng toelaatbaarheidshoek benader moes word:[65] die party wat

---

63 1982 2 SA 504 (K) 513B-D.

64 1965 4 SA 507 (A) 511D-F. Sien voorts par 9 4 3 infra.

65 Maar selfs op hierdie grondslag is die appèlhof se benadering moeilik versoenbaar met die huidige regsposisie wat soos volg deur Schmidt 351-352 geformuleer word: "'n Versuim om teen ontoelaatbare getuienis beswaar te maak (nie nou 'n geval van uitlokking of voorlegging nie, maar van 'n versuim om te protesteer) beteken nie dat die getuienis toelaatbaar word nie. In 'n siviele saak kan 'n party wat versuim het om beswaar aan te teken egter nie daarna kla dat hy 'n onbillike verhoor gehad het nie." Schmidt doen 'n beroep op, oa, Langham v Milne 1961 SA 811 (N).

die getuie opgeroep het, ontvang - weens die teenparty se versuim om beswaar te maak - 'n toegewing ten aansien van die toelaatbaarheidsvraag. Maar hierdie toegewing verwyder nog nie - uit die oogpunt van die beoordeling van getuienis - die risiko van hoorsê nie, welke risiko die betroubaarheid van die getuie se getuienis mag affekteer. Vir doeleindes van 'n strafverhoor, is voorgaande benadering egter in beginsel nie geldig nie[66].

7 4 3 Beskikbaarstelling van die aantekening: die gepriviligeerde aantekening en die gevolge van nie-beskikbaarstelling

In die Suid-Afrikaanse regspraak word algemeen aanvaar dat die teenparty nie die reg het om insae te verkry in 'n gepriviligeerde aantekening wat 'n getuie voor die aflegging van sy getuienis ter verfrissing van sy geheue geraadpleeg het nie.[67] In Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner[68] is byvoorbeeld bevestig dat daar 'n privilegie kleef aan 'n getuie se buite-geregtelike getuieverklaring[69] en dat hierdie privilegie (hierna genoem

---

66 Die rede hiervoor is dat die hof in strafsake 'n plig het om mero motu in te gryp wanneer ontoelaatbare getuienis aangebied word: sien oor die algemeen R v Noorbhai 1945 AD 58.

67 Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K) 511F 513.

68 1965 4 SA 507 (A).

69 Dws, die verklaring wat 'n party buite die hof en met die oog op die verhoor van sy potensiële getuie bekom het: Van Niekerk et al par 18 1.

die getuieverklaringsprivilegie) nie vernietig word deur die feit dat 'n getuie hierdie verklaring ter verfrissing van sy geheue vóór die aanvang van sy getuienis geraadpleeg het nie.

Die beslissing in Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner supra was die appèlhof se antwoord op 'n vraag wat ingevolge artikel 385 van die Strafproseswet 56 van 1955[70] gestel is en soos volg geformuleer is: is die beslissing van die Oranje-Vrystaatse provinsiale afdeling van die hooggeregshof in S v Wagner[71] juis dat die beskuldigde en/of sy regsverteenwoordiger 'n reg besit van insae tot skriftelike getuieverklarings van die staatsgetuies in 'n geval waar die staatsgetuies voor die verhoor hul geheue verfris het uit sodanige verklarings?

Appèlregter Rumpff lewer die eenparige uitspraak. Hy identifiseer die wedywerende of botsende belange wat

70 Sien tans art 333 van die SPW.

71 1962 4 SA 698 (O). Op 701D is opgemerk dat "[i]t seems ... illogical to hold that a witness may refresh his memory from a writing immediately before he goes into the witness box and not be liable to produce that writing in cross-examination, but be compelled to do so if he takes it with him into the witness box and there refreshes his memory from it." Op 701H van die verslag is bevind dat die staat "by allowing its witnesses to refresh their memories from their statements waived the privilege of these statements from production and that defending counsel was entitled to call for them." Sien ook Scoble 1966 SALJ 136 139-140 tav 'n betoog ter ondersteuning van die voorgaande uiteensetting.

hier ter sprake is, naamlik dat waarheidsvasstelling bevorder kan word deur aan die kruisondervraer 'n reg tot insae in die betrokke verklaring te verleen, maar dat verlening van hierdie reg in stryd met die getuieverklaringsprivilegie sal wees.[72] Appèlregter Rumpff sê voorts dat "[n]et soos in die substantiewe reg, is daar ook in die bewysreg spannings."[73] Hy beweer dat die hof a quo se benadering as billik omskryf kan word, maar tot "ernstige praktiese besware"[74] aanleiding sal kan gee.

72 Ex parte Minister van Justisie: In re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 512A-C.

73 512C-D van die verslag.

74 512C van die verslag. In Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T) 965D-G is, mvn Van Niekerk et al par 18 2, aanvaar dat die getuieverklaringsprivilegie 'n doelmatigheidsgrondslag het deurdat dit wil verhoed "dat 'n verhoor, sowel siviel as strafregtelik, uiteindelik ontaard in 'n blote ondersoek na die verskil tussen die verklaring wat die getuie in die hof maak en 'n verklaring wat hy vóór die tyd gemaak het. Dit sou aanleiding gee tot 'n geweldige uitgerekte kruisverhoor. Die ... hele prosedure sou dan tot stilstand kom en in semantiek verval, soos die gevaar blyk te wees onder die ou regime toe daar ... ['n] ... voorlopige ondersoek was. Die hele doel van die verdediging sou dan wees, in 'n strafsaak, om aan te toon dat daar 'n verskil is tussen wat ... [die getuie] ... vooraf gesê het en wat hy nou in die hof sê. Daar sou 'n twis ontstaan, of kon ontstaan, oor wat sy bedoeling was, of dit behoorlik neergeskryf was, of dit behoorlik getolk was, en die hofprosedure sou ontsaglik ondoelmatig word as gevolg daarvan." Sien ook oor die algemeen R v Steyn 1954 1 SA 324 (A) 333F en Nicholas 1954 SALJ 342 343. Voorgaande benadering word onder-

Appèlregter Rumpff bevind soos volg:[75]

> Die verklarings was in besit van die aanklaer en daar was geen poging deur die aanklaer om hierdie verklarings of 'n deel daarvan as sodanig te publiseer nie, en die enigste publikasie van die inhoud daarvan het plaasgevind toe die getuies sonder verwysing na die verklarings hulle getuienis afgelê het. Dit kan nooit as grond dien vir stilstywende afstand nie, net so min as wat die getuienis van die litigant self as grond vir afstand kan dien van die privilegie wat sy verklarings beskerm.

Die hele aangeleentheid rakende stilswyende of geïmpliseerde afstanddoening van die privilegie word later in meer besonderhede bespreek met betrekking tot geheueverfrissing tydens 'n verdaging.[76]

Die beslissing in Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner supra moet in 'n belangrike opsig gekwalifiseer word. In die uitspraak word daarop gewys dat in die verhoorhof beide getuies erken het dat hulle vir geheueverfrissingdoeleindes hul getuieverklarings 'n paar dae voor die aanvang van die verhoor oorgelees het "en daardeur onthou het wat hulle anders nie sou onthou het nie."[77]

---

steun, veral wanneer in ag geneem word dat daar in S v Xaba 1983 3 SA 717 (A) 730B-C gesê is dat "police statements are, as a matter of common experience, frequently not taken with the degree of care, accuracy and completeness which is desirable ..." Sien ook Abelman 1966 SALJ 530.

75 714F-G van die verslag (my beklemtoning).

76 Sien par 7 6 infra.

77 511E van die verslag.

Die appèlhof se uitspraak is op hierdie feitlike basis gelewer. Daar is uitdruklik verklaar dat die beslissing nie betrekking het op die vraag wat die posisie sou wees - of behoort te wees - indien 'n getuie sou erken dat hy geen onafhanklike herinnering van die gebeure het nie,[78] dit wil sê, dat die getuienis wat hy in die hof aflê slegs 'n "weergawe" is van sy herinnering van wat hy in sy verklaring gelees het nie. Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner supra het, in die woorde van regter Marais in Bowes v Friedlander, nie betrekking gehad op die geval waar[79] "the evidence of the witness is no more than a regurgitation of notes taken by him about events of which he no longer has any independent recollection."

In oorweging word gegee dat die vraag wat deur die appèlhof oopgelaat is, soos volg ontmoet kan word: as die houer[80] van die privilegie weier[81] om die betrokke aantekening beskikbaar te stel, is die getuienis ontoelaatbaar.[82] In

---

78 511E-F van die verslag.

79 Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K) 513C.

80 Die hof kan nie nms die houer van die privilegie 'n besluit neem nie. Sien oor die algemeen S v Van Vreden 1969 2 SA 524 (N). En 'n getuie kan ook nie nms die houer van die privilegie besluit nie: Bowes v Friedlander supra 511C-D.

81 Die hof behoort wel te ondersoek of daar nie stilswyend of by implikasie van die privilegie afstand gedoen is nie. Sien oor die algemeen Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 714F-G en Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T) 963I-J.

82 Sien oor die algemeen ook regter Le

die Australiese saak Ames v Nicholson[83] het 'n konstabel met die oog op die verhoor die name van sekere wedrenne memoriseer. Hy het geen onafhanklike herinnering gehad nie en uitsluitlik gesteun op die inhoud van sy aantekening. In die loop van sy getuienisaflegging het die verdediging beswaar gemaak en op insae in die konstabel se aantekening aangedring, maar die aantekening is nie beskikbaar gestel nie. Regter Poole benader die aangeleentheid soos volg:[84]

> If a witness has no independent recollection of any particular fact apart from a document, then the document must be produced. But what consequences follow if the document is not produced? The evidence is not admissible ... If therefore it appears before the evidence is given that the witness has no independent recollection, it will not be admitted: if that appears afterwards, it should be excluded from the consideration of the tribunal. The absence of independent recollection

> Roux se interpretasie van R v O'Linn 1960 1 SA 545 (N) in Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark supra 963E-H. Die getuie se getuienis is vergelykbaar met ontoelaatbare sekondêre getuienis. Die mondelinge getuienis word aangebied om die inhoud van die aantekening te bewys in omstandighede waar die aantekening beskikbaar is. Hier het 'n mens, weer eens, te doen met 'n situasie waar die gemeenregtelike teorie dat mondelinge getuienis by alle gevalle van geheueverfrissing ontvang word (sien par 2 6 supra), nie geldig is nie. Die prinsipiële onderskeid tussen herinneringsherlewing en -herhaling moet gehandhaaf word. Hierdie onderskeid bepaal - soos in par 6 6 2 supra aangetoon is - of dit in 'n bepaalde geval om die bewys van die inhoud van die aantekening gaan of nie.

83 [1921] SASR 224.

84 228 van die verslag (my beklemtoning).

> relates in this case only to the names of races ... His evidence on that point merely should have been excluded.

Hierdie saak illustreer duidelik dat daar gelet moet word op die vraag of die betrokke getuie se getuienis (of gedeeltes daarvan) die resultaat is van herinnerings-herlewing of herinneringsherhaling. Kategorisering van die betrokke getuie se getuienis mag moeilik wees,[85] maar is beslis nie onmoontlik nie - soos blyk uit die siviele saak King v Bryant (No 2).[86] In hierdie saak het 'n getuie, ene konstabel Wicks, getuienis afgelê maar op grond van privilegie geweier om die aantekening wat hy met die oog op die verhoor geraadpleeg het, beskikbaar te stel. Wicks het in sy getuienis te kenne gegee dat hy sy aantekening geraadpleeg het ten einde tye en datums vas te stel, maar dat hy andersins 'n onafhanklike herinnering van die gebeure gehad het. Sy aantekening is nie by die verhoor ingehandig nie. Op appèl identifiseer regter Stanley die volgende situasies:[87]

> Wicks' evidence could conceivably have fallen into one of four categories:
> A. Matters mentioned in the report of which Wicks had no memory at all, even after reading his report.
> B. Matters of which Wicks had an actual memory at the moment of giving evidence, although his memory of them had been lost until he revived it by reading his report.
> C. Matters of which he had at all times retained an actual memory, and

85 Sien ook oor die algemeen par 7 4 2 supra.

86 [1956] Qd R 570.

87 577 van die verslag.

> concerning which his memory had not needed to be revived (or "refreshed") from the report, although such matters were mentioned in it.
> D. Matters of which Wicks had at all times retained an actual memory, and which are not mentioned in the report.

Kategorie A: 'n Voorbeeld van hierdie tipe getuienis, sê die regter, kan gevind word in Holm v Smith.[88] In dié saak het 'n getuie met die oog op die verhoor sy aantekening van buite geleer. Hy het geen onafhanklike herinnering gehad nie. Sy getuienis was die resultaat van sy vroeëre memorisasie. Die relevante aantekening is in geen stadium ingehandig in 'n poging om aan herinneringsherhalingsvereistes in die getuiebank te voldoen nie. Die getuienis is ontoelaatbaar bevind. Dit is vergelyk met sekondêre getuienis van die inhoud van 'n beskikbare dokument. Regter Stanley wys egter ook tereg daarop dat Holm v Smith supra nie beteken dat 'n teenparty se versuim om beswaar aan te teken nie as toelatingsgrond kan dien nie.[89]

---

88 [1956] QWN 8.

89 Vgl ook oor die algemeen die volgende betoog deur Schiff Evidence in the Litigation Process (Band I) 198 (beklemtoning in die oorspronklike): "What should happen if cross-examining counsel demands production of a document the witness looked at before entering the witness box but did not use while testifying? When a witness in the box has no present recollection of the disputed event and therefore must depend entirely on what the record of his past recollection can reveal to him, the document's crucial importance justifies the long-standing rule that, unless the document (or a copy if the original is unavailable) is

Regter Stanley vereenselwig hom met die benadering in Ames v Nicholson supra. Hy sê[90] "that as Wicks swore that he looked at the document only to refresh his memory as to times and dated, then if times and dates came within the category of completely forgotten and unrevived matters simply learnt from the document, only his evidence as to times and dates should have been excluded, on the assumption of an objection taken." Regter Stanley vind dit egter onnodig om 'n bevinding te maak oor die vraag of die tye en datums bloot deur Wicks gememoriseer is. Hy gooi die aangeleentheid oor die volgende boeg: die regsverteenwoordiger het by die verhoor geen beswaar geopper nie en die getuienis kan dus op hierdie grondslag ontvang word.[91]

---

produced, the testimony will be rejected. However, in cases where no challenge was made to the witness's purported present recollection on the stand, judicial opinions have divided: some courts have insisted that the document need not be produced while others, supported by eminent commentators, have insisted that it should. In the light of the reasons justifying counsel's right to inspect and cross-examine on a document used to revive a witness's present recollection on the stand, why should the fact that he perused the document before testifying make any difference?" Sien voorts vn 91 infra tav die gevolge van 'n party se versuim om beswaar te maak. Wat geheueverfrissing binne die getuiebank betref, staan ons howe op die standpunt dat indien 'n party nie by die verhoor teen geheueverfrissing mbv afskrifte beswaar maak nie, kan die beswaar nie by appèl geopper word nie: R v Carr 1949 4 SA 132 (T) 134. Sien ook Harris v Mayer 1911 AD 260 264.

90 578 van die verslag (my beklemtoning).

91 583 van die verslag. Die beginsel

Kategorie B: Wat getuienis in hierdie kategorie betref, bevind die regter soos volg:[92]

> wat hier ter sprake is, is dat getuienis "wat net formeel (nie materieel of intrinsiek nie) ontoelaatbaar is ... toelaatbaar ... [word] ... as geen beswaar daarteen geopper word nie" (Schmidt 352). Wat die toelaatbaarheid van sekondêre getuienis betref, verklaar regter King soos volg in Gemeenskapsontwikkelingsraad v Williams 1977 2 SA (W) 702D-E: "As a general rule where the contents of a document are in issue, no evidence will be received other than the production of the original document itself. If there is evidence of diligent search and the document cannot be found, then secondary evidence of the contents will be received by a court. Secondary evidence will also be received if it is not challenged in a civil case. It will be received in a criminal case if the accused's conduct amounts to an admission of the correctness of the secondary evidence. The secondary evidence will, however, be rejected by a court if it concludes that the better evidence was readily available and there is reason to believe that it is not safe to accept the secondary evidence." Dat dit om die bewys van die inhoud van die aantekening gaan waar 'n getuie geen onafhanklike herinnering het nie, blyk uit hoofregter Rumpff se obiter dictum in S v Berg 1976 4 SA (A) 865C-D. S v Makoba 1980 1 SA 99 (N) bied 'n voorbeeld van 'n geval waar 'n beskuldigde - wat by sy verhoor regsverteenwoordiging gehad het - se gedrag as 'n erkenning van die inhoud van 'n dokument beskou is. Dit word egter sterk betwyfel of ons howe igv 'n onverteenwoordigde beskuldigde maklik tot só 'n slotsom sal geraak - veral wanneer in ag geneem word dat daar vereis word dat die beskuldigde se gedrag van só 'n ondubbelsinnige aard moet wees dat daar bo redelike twyfel afgelei kan word dat hy die inhoud van die dokument erken. Sien oor die algemeen R v De Meyer 1949 3 SA 892 (O) 897.

92 584 van die verslag (my beklemtoning).

> At present my view is that if a witness purports to have refreshed his memory outside the court from a document and swears that his evidence is to be his actual memory of the events and not a mere repetition by learning the contents of the document, his evidence is admissible whether the document is produced or lost or destroyed or privileged. In any of those cases the facts can be proved if the memory exists independently of the document, even though looking at the document has revived the memory of the facts. The weight of such evidence is a different matter. When the document is unavailable, the opportunity to see it and cross-examine on it has gone. Although the right to cross-examine the witness remains, the cross-examiner may be at a great disadvantage. Accordingly the court is entitled to scrutinise the evidence most carefully with a readiness to discount it severely as circumstances warrant.

Regter Stanley se benadering word ondersteun. Wanneer die getuie se getuienis die resultaat van herinneringsherlewing is, steun die getuie immers nie op die inhoud van die aantekening nie[93] en kan daar nie daarvan sprake wees dat sekondêre getuienis van die inhoud van 'n dokument aangebied word nie.[94] Wat die beoordeling van die gewig van die getuienis betref, moet daar wel - binne die konteks

---

93 Sien oor die algemeen Walker 1975 (6) Cumb L Rev 471 474; Solomon 1955-1956 (3) UCLA L Rev 616 617.

94 Sien oor die algemeen Schmidt 329 se bespreking van R v Amod and Co (Pty) Ltd 1947 3 SA 32 (A). Hierdie saak het nie op geheueverfrissing betrekking gehad nie, maar illustreer die beginsel dat waar 'n getuie op grond van 'n onafhanklike herinnering mondelinge getuienis lewer van die inhoud van 'n dokument, sulke getuienis nie noodwendig sekondêre getuienis van die inhoud van die dokument is nie maar wel direkte (primêre)

van die akkusatoriale prosesmodel[95] - gelet word op die kruisondervragingsgeleentheid wat aan 'n party gebied is.

Kategorieë C en D: Wat hierdie twee kategorieë betref, bevind regter Stanley dat nie-beskikbaarstelling van die aantekening wat geraadpleeg is, totaal irrelevant is ten aansien van die toelaatbaarheidsvraag, alhoewel dit tog op die beoordeling van die gewig van getuienis betrekking mag hê.[96]

7 4 4 Die algemene wenslikheid van beskikbaarstelling

Wigmore beweer dat die beskikbaarstellingsverpligting[97]

---

getuienis van die relevante feite kan wees. Sien 37 van die verslag.

95 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 3 in par 2 2 supra.

96 Op 584 van die verslag: "If a witness reads a document outside the court, and these categories apply, his evidence must be in effect that he has not refreshed his memory - in C because he did not gain any help from the matters stated in the document as he remembered everything independently of it: in D because there was nothing in it to refresh him ... I can see no reason for excluding his evidence falling within these categories. Evidence cannot be excluded because a witness has sought assistance in vain from a document. Its weight, again, is a different matter. The very nature of the evidence may be a strong ground for disbelieving the statement that it is the product of an unaided memory."

97 Wigmore par 762 (beklemtoning in die oorspronklike).

"should apply, moreover, to a memorandum consulted for refreshment before trial and not brought by the witness into court, for, though there is no objection to a memory being thus stimulated, yet the risk of imposition and the need of safeguard is just as great." Hierdie benadering word ondersteun - met die voorbehoud dat die hof nie die bevoegdheid het om namens die houer van 'n toepaslike privilegie, beskikbaarstelling te gelas nie.[98] In gevalle waar daar geen geldige aanspraak op privilegie bestaan nie, kan die hof 'n beskikbaarstellingsbevel maak,[99] met inagneming van die beginsels soos in die vorige hoof-

---

98 Sien oor die algemeen Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K) 511C-D.

99 Sien oor die algemeen Owen v Edwards (1983) 77 Cr App R 191. In hierdie saak is beslis dat 'n polisieman wat sy sakboekie vóór getuienisaflegging geraadpleeg het, hierdie boekie aan die verdediging op versoek beskikbaar moet stel en ook oor die relevante gedeeltes daarvan gekruisvra kan word. JGS in 1983 (57) Austl L J 363 364 kom tot die slotsom dat Owen v Edwards supra daarop dui dat "the law and practice as to memory-refreshment of witnesses from notes, whether related to the rights and obligations of witnesses or to the rights and obligations of the adverse party, are governed by considerations of common sense and fairness." In oorweging word gegee dat Owen v Edwards supra ook in die Suid-Afrikaanse regspraak gevolg behoort te word aangesien 'n polisieman se sakboekie nie binne die beskermingsomvang van die getuieverklaringsprivilegie val nie (sien par 6 3 supra). Billikheid en die belangrike rol van kruisondervraging is sterk oorwegings tgv die maak van 'n beskikbaarstellingsbevel. In 1975 het die Law Reform Commission of Canada

stuk vermeld.[100]

Klousule 111(b) van die Kanadese Uniform Evidence Bill bepaal soos volg ten aansien van gevalle van herinneringsherlewing: "Where any writing or object is used for the purpose of refreshing the memory of a witness ... out of court, the court may order it to be produced for inspection and use in cross-examination by an adverse party." 'n Diskresie word aan die hof toegeken.[101] Die Kanadese Task Force het egter spesifiek voorsien dat die hof nie in hierdie verband die bestaan van 'n geldige privilegie sal ignoreer nie.[102]

Reël 612(2) van die Amerikaanse Federal Rules on Evidence bepaal, onder andere, dat beskikbaarstelling van 'n aantekening wat met die oog op die verhoor geraadpleeg is, moet plaasvind "if the court in its discretion determines it necessary in the interests of justice ..."[103] Indien

---

soos volg opgemerk: "Fairness and the safeguard of cross-examination would appear to compel the disclosure of a document used to refresh memory, whether the document was used by the witness while actually testifying or consulted and memorized by him ten minutes before testifying" (Report on Evidence 92). Vgl egter ook R v Kerenko [1965] 3 CCC 52.

100 Sien par 6 3 supra.

101 Sien oor die algemeen R v Lewis [1969] 3 CCC 235.

102 Par 23 3 (e) van die Report of the Task Force. Sien ook oor die algemeen R v Bonnycastle, Ex parte Attorney-General of Saskatchewan (1969) 3 DLR (3d) 288.

103 Sien oor die algemeen die opmerkings

die hof op beskikbaarstelling sou besluit, is die teenparty daarop geregtig[104] "to have the writing produced at the hearing, to inspect it, to cross-examine the witness thereon, and to introduce in evidence those portions which relate to the testimony of the witness." Die belang van hierdie bepaling is dat dit die klem plaas op 'n diskresie[105] en weg breek van die ietwat formalistiese standpunt dat beskikbaarstelling slegs nodig is waar die getuie sy aantekening binne die getuiebank raadpleeg - 'n standpunt wat in sommige uitsprake[106] aangetref word. In die VSA,[107] Kanada[108] en

---

gemaak in vn 99 supra.

104 Reël 612. Die prosedure en sanksie wat volg igv 'n party se versuim om aan die beskikbaarstellingsbevel te voldoen, word ook deur reël 612 bepaal: "If a writing is not produced or delivered pursuant to order under this rule, the court shall make any order justice requires, except that in criminal cases when the prosecution elects not to comply, the order shall be one striking the testimony or, if the court in its discretion determines that the interests of justice so require, declairing a mistrial."

105 Sien ook oor die algemeen Goldman v United States 316 US 129 132 (1942); State v Mucci 136 A 2d 761 (1957).

106 McGill v United States 270 F 2d 329 331 (DC Cir 1959).

107 Sien oor die algemeen Goldstein 1960 (69) Yale L J 1149; Louisell 1961 (49) Calif L Rev 56; reël 26 2 van die Federal Rules of Criminal Procedure.

108 Sien oor die algemeen die Law Reform Commission of Canada se verslag Disclosure by the Prosecution 24.

Engeland[109] word daar - in teenstelling met die posisie in Suid-Afrika[110] - heelwat minder waarde geheg aan die sogenaamde buite-geregtelike getuieverklaringsprivilegie. Die resultaat hiervan is dat die howe van eersgenoemde drie lande oor die algemeen gesproke in die uitoefening van hul diskresie meer ruimte het om beskikbaarstellingsbevele te maak met betrekking tot 'n buite-geregtelike getuieverklaring wat 'n getuie met die oog op die verhoor geraadpleeg het en ten opsigte waarvan die getuie beweer dat sodanige raadpleging as stimulant vir herinneringsherlewing gedien het.

7 5 Geheueverfrissing voor getuienisaflegging en die getuie (en party wat die getuie oproep) se reg om insae te verkry: wetgewing

Daar is reeds vroeër ingegaan op die prinsipiële regverdiging vir die gevestigde praktyk om 'n getuie of potensiële getuie toe te laat om sy geheue met die oog op die verhoor te verfris.[111] Aanvullend tot die beginsels wat dáár genoem is, kan ook gesê word dat 'n party die reg het om 'n behoorlike en billike geleentheid te kry om vir die verhoor voor te berei, welke geleentheid 'n voorverhoor-onderhoud met getuies ter verfrissing van hul geheues insluit:[112] "[T]he interviewing of witnesses

109 Practice Notice [1982] 1 All ER 734-736.

110 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vne 72 en 74 supra.

111 Sien par 7 3 supra.

112 McCormick on Evidence par 9 (my beklemtoning).

by counsel who will examine them in court is a necessary step in preparing for trial. It is at this stage that the memory of the witness can best be refreshed about the facts of the case, by giving him the opportunity to read his own written statements previously made ..." Dit volg - so word in oorweging gegee - dat getuies se insae in hul verklarings 'n integrale komponent vorm van 'n party se reg tot 'n behoorlike en billike geleentheid om vir die verhoor voor te berei. En wanneer 'n party en 'n party se getuies voor die aanvang van die verhoor insae in laasgenoemde se verklarings ontsê word, vind daar 'n versteuring van voormelde reg plaas.

7 5 1 Artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955 en veiligheidswetgewing: 'n historiese oorsig

Bovermelde artikel het bepaal dat wanneer iemand in verband met 'n handeling aan 'n vredesbeampte 'n skriftelike verklaring verstrek het - of 'n verklaring wat neergeskryf is - en 'n vervolging daarna met betrekking tot daardie handeling ingestel is, dan moes enige iemand wat so 'n verklaring in sy besit gehad het, aan die persoon wat die verklaring afgelê het op laasgenoemde se versoek 'n afskrif van daardie verklaring beskikbaar gestel het. Hierdie artikel is allerweë interpreteer as indirekte bevestiging van 'n beskuldigde en getuies se reg om hul geheues met die oog op die verhoor te verfris. In S v Hassim[113] is byvoorbeeld verwys na die beskuldigde se "right to refresh his memory from the statement he made to the police -

---

113 1971 4 SA 120 (N) 123C-D.

a right given to the accused and witnesses by section 380 ..."

In verskeie stadia is daar egter deur middel van veiligheidswetgewing gepoog om op hierdie reg inbreuk te maak. Artikel 46 van die Algemene Regswysigingswet 80 van 1964 het byvoorbeeld bepaal dat artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955 nie van toepassing is nie op 'n verklaring gedoen deur 'n persoon aangehou ingevolge artikel 17 van die Algemene Regswysigingswet 37 van 1963 (die sogenaamde "negentig dae-bepaling"). Artikel 46 van die Algemene Regswysigingswet 80 van 1964 was die wetgewer se reaksie op S v Nkosi.[114] In hierdie saak is beslis dat afskrifte van verklarings bekom van persone aangehou ingevolge artikel 17 van die Algemene Regswysigingswet 37 van 1963 binne artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955 geval het en dat die beskuldigdes met die oog op die verhoor 'n reg op ontvangs daarvan gehad het. Artikel 46 van die Algemene Regswysigingswet 80 van 1946 het S v Nkosi supra neutraliseer. Die werking van artikel 17 van die Algemene Regswysigingswet 37 van 1963 is egter in 1964 opgeskort en artikel 46 van die Algemene Regswysigingswet 80 van 1964 het dus bloot in vacuo bestaan.

Die volgende relevante artikel was artikel 6(6) van die eerstydse Wet op Terrorisme 83 van 1967. Hierdie artikel het bepaal dat geen persoon - behalwe die minister of 'n beampte in diens van die staat in die uitvoering van sy ampspligte - toegang kon hê tot amptelike inligting met

114 1964 4 SA 70 (W).

betrekking tot of verkry van 'n aangehoudene nie. In S v Ndou[115] is beslis dat die regte verleen ingevolge artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955 deur artikel 6(6) uitgesluit is ten spyte van die afwesigheid van 'n verwysing in artikel 6(6) na die bepalings van artikel 380. S v Ndou supra is egter nie in S v Hassim[116] gevolg nie. In laasgenoemde saak bevind regter-president James soos volg:[117]

> Now the respondent is endeavouring to rely on the provisions of sec 6(6) as a ground for deying the applicants the right to have copies of the statements that they made during their period of detention. Sec 380 of the Criminal Code ... gives the right to all persons who have made statements in writing to peace officers in regard to any transaction to be given a copy of that statement if criminal proceedings are thereafter instituted in regard to that transaction. This is a right given equally to accused persons and to those who are to be called as witnesses. It is a right given to enable such a person to refresh his memory from a statement he made nearer to the time of the transaction. It the Legislature intended that any person who became either an accused or a witness in a trial under the Terrorism Act should be denied the right to claim a copy of the written statements he made to the police, it would have been easy enough to say so in unequivocal terms. It has not done so and this is a pointer to the fact that it did not intend to take away this right.

In S v ffrench-Beytagh(1)[118] is S v Hassim supra gevolg

115 1970 2 SA 15 (T).

116 1971 4 SA 120 (N).

117 123F-G van die verslag (my beklemtoning).

118 1971 4 SA 333 (T) 336D-F. Sien

en het regter-president Cilié ook gesteun op die uitgangspunt dat artikel 380 erkenning verleen aan 'n geheueverfrissingsreg.

7 5 2 Artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977 en artikel 29(8) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982: die posisie van die beskuldigde

Artikel 335 van die huidige Strafproseswet bepaal dat wanneer 'n persoon met betrekking tot 'n aangeleentheid 'n skriftelike verklaring of 'n verklaring wat op skrif gestel is,[119] aan 'n vredesbeampte[120] gedoen het en strafregtelike verrigtinge daarna in verband met bedoelde aangeleentheid[121] teen daardie persoon ingestel word,

ook S v Mpetha(1) 1982 2SA 253 (K) 258D-F.

119 In S v Mogale 1980 1 SA 457 (T) is in 'n obiter dictum te kenne gegee dat art 335 nie van toepassing is op 'n verklaring wat op band opgeneem is en daarmee getranskribeer is nie. Hiedie beskouing kan egter nie ondersteun word nie aangesien artikel 335 ook spesifiek verwys na "'n verklaring wat op skrif gestel is ..." Sien ook oor die algemeen Du Plessis 1980 TSAR 204; Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafproses 756; Van Niekerk et al par 18 6 3. Die benadering in S v Mogale supra sou beteken dat 'n beskuldigde die geleentheid ontneem word om met die oog op die verhoor sy geheue te verfris mbv 'n verklaring wat op band opgeneem is en daarna getranskribeer is.

120 Sien oor die algemeen die woordomskrywing van "vredesbeampte" in art 1 van die SPW.

121 In S v Mpetha (1) 1982 2 SA 253 (K) 256G sê regter Williams soos

moet die persoon wat in besit van bedoelde verklaring is die persoon wat die verklaring gedoen het, op laasgenoemde se versoek van 'n afskrif van daardie verklaring

> volg: "The basic requirement of a connection between the statement and the ensuring criminal proceedings must be satisfied before a person is entitled to obtain a copy of his statement in terms of s 335." Op 257E-H van die verslag verduidelik die regter die toets wat hy as paslik beskou ten einde vas te stel of daar 'n verband tussen die verklaring en die strafregtelike verrigtinge is (my beklemtoning): "If I ask myself by what measure, test or standard I am to judge whether the required degree or relationship between a statement 'in relation to any matter' and the criminal proceedings instituted 'in connection with that matter' exists or not, I find only one practical and sensible answer to that question, and that answer I would formulate along the following lines, namely: if criminal proceedings have been instituted against a person and that person has made a prior written statement the contents of which are admissible and relevant evidence at his trial upon any issue that may arise during the trial; or if the contents may be referred to by the prosecution in cross-examination of that person at his trial, then there is a sufficient relationship between that statement and the criminal proceedings for it to be said that in terms of s 335 those criminal proceedings were instituted in connection with mater referred to in the statement. Any narrower construction would in my view lead to an unfair result for an accused. It is surely not to be presumed that, when the legislature was trying to be fair to an accused, as in my opinion it manifestly was in the case of this section, it intended a narrow construction to be put upon these words which could, and probably would, result in unfairness to an accused."

voorsien.[122] Anders as artikel 335 se voorganger, naamlik artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955, word die reg tot 'n afskrif van die polisieverklaring[123] nou beperk tot iemand wat 'n beskuldigde word. Getuies het nie meer die reg om insae in afskrifte van hul polisieverklarings te bekom nie. Die posisie van getuies word later behandel.[124]

In S v Mpetha (1) verduidelik regter Williamson die grondslag van die beskuldigde se reg tot insae soos volg:[125]
"To my mind it is only fair and just that a person who makes a statement to the police, and who is thereafter prosecuted in connection with some matter referred to in that statement should be entitled to see that statement

122 In S v Mpetha (1) 1982 2 SA 253 (K) 259F bevind regter Williamson soos volg tav die breë effek van artikel 335: "In my judgment the state's claim of general privilege is overridden by the provisions of section 335. That section is my opinion operates to nullify any competing claim of privilege and is in law superior to the general common law privilege."

123 Art 335 van die SPW is wyd genoeg om ook verklarings aan landdroste en sekere lede van die gevangenisdiens te omvat (sien art 1 soos gelees met art 335). Ter wille van bondigheid word voortaan volstaan met die begrip "polisieverklaring." Uit 'n praktyksoogpunt beskou, het art 335-verklarings in elk geval in die meeste gevalle betrekking op verklarings gemaak aan die polisie.

124 Sien par 7 5 3 infra.

125 1982 2 SA 253 (K) 257A-B (my beklemtoning). Van der Vyver 1982 THRHR 294 307 omskryf die reg wat art 335 aan 'n besk verleen, as a "basiese reg." Sien egter ook Tsewu v President of the Regional Court for the Regional Division of the Eastern Cape 1987 3 SA 476 (A).

when preparing his defence. The injustice of the law being otherwise is only too manifest. That a provision should exist along the lines of s 335 is therefore only reasonable and to be expected." Ten spyte van hierdie sterk billikheidsgrondslag[126] waarop aan 'n beskuldigde insae in 'n afskrif van sy polisieverklaring verleen word, het die wetgewer - op die voetspoor van vroeëre veiligheidswetgewing[127] en in navolging van die aanbevelings van die Rabie-kommissie[128] - dit goed gedink om in artikel 29(9) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 te bepaal dat artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977 nie van toepassing is op 'n verklaring afgelê deur 'n persoon tydens sy aanhouding ingevolge artikel 29 van eersgenoemde wet nie.

Artikel 29(8) bevat wel 'n voorbehoudsbepaling wat soos volg lui: "Met dien verstande dat indien in die loop van strafregtelike verrigtinge ... in verband met die aangeleentheid met betrekking waartoe bedoelde persoon daardie verklaring afgelê het, enige gedeelte van sodanige verklaring deur die aanklaer aan hom gestel word, die persoon wat in besit van die verklaring is eersgenoemde persoon op sy versoek van 'n afskrif van bedoelde verklaring moet voorsien." Die praktiese effek van hierdie voorbehouds-

126 Sien oor die algemeen Van Wyk Die Boni Mores as Toetssteen vir Toelaatbaarheid in die Bewysreg par 2 4 en para 5 1 tot 5 3 tav die rol van billikheid in die bewysreg.

127 Sien par 7 5 1 supra.

128 Sien par 10 84 (soos gelees met par 10 32) van die Verslag van die Rabie-kommissie.

bepaling is dat artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977 wel in werking tree wanneer die staat 'n beskuldigde kruisvra met betrekking tot sy verklaring gemaak tydens aanhouding ingevolge artikel 29.[129] Daar moet egter daarop gewys word dat die voorbehoudsbepaling in artikel 29(8) nie as 'n besonderhede toegewing aan die beskuldigde interpreteer moet word nie :[130] 'n getuie kan in elk geval nie op die inhoud van sy beweerde vroeëre verklaring gekruisvra word sonder dat hy in 'n stadium die geleentheid gebied word om die verklaring te identifiseer en te verduidelik of te ontken nie.[131]

129 Art 29(8) verbied egter nie die staat om te poog om in die loop van die staatsaak 'n art 29-verklaring verklaring teen 'n beskuldigde te bewys nie. In S v Mzo 1984 3 SA 945 (OK) 948I-949A merk regter Howie op dat artikel 29(8) "is a provision which looks at the matter from the point of view of he who seeks to obtain the statement, not he who possesses it. There is nothing in this subsection which bars the state from disclosing or using the statement at a stage earlier in criminal proceedings than when the accused is under cross-examination. Indeed, if the statement in question in any given case were a confession, it is to be questioned whether the state would be able to put its contents to an accused without first, as part of its own case, having proved the admissiblity of that confession. The state would hardly be in any satiffactory positon to reopen its case to prove a confession if it failed or neglected to prove that confession as part of its own case." Sien egter ook vn 136 infra.

130 Sien oor die algemeen Van Niekerk et al par 18 8.

131 R v Gatebe 1961 1 PH H103 (O).

Gesien uit die oogpunt van geheueverfrissing, het artikel 29(8) 'n uiters onbillike resultaat:[132] "To deny an accused and his counsel access to a statement made in detention, places the defence at a serious disadvantage which cannot be rectified by later making the statement available if the accused is cross-examined on the statement. The effect ... [of section 29(8)] ... is that, whereas a state witness will be allowed to refresh his memory from a statement made to the police before giving evidence, the accused will not be permitted to do so.[133] It may also hamper the defence case as the accused may make disclosures under the pressure[134] and disorientation[135] of detention which he fails to make to his own counsel at the time of trial ..." Hierdie kritiek word ondersteun. Artikel 29(8) ignoreer die fundamentele beginsels wat die akkusatoriale prosesmodel ten grondslag lê,

---

132 Report on the Rabie Report: An Examination of Security Legislation in South Africa 56.

133 Sien ook oor die algemeen Murray 1982 SASK 290 293-294 en Van Niekerk et al par 18 8.

134 Sien oor die algemeen Rudolph Security, Terrorism and Torture: Detainees' Rights in South Africa and Israel: A Comparative Study 205-212; Foster en Sandler A Study of Detention and Torture in South Africa: Preliminary Report 44-47; Mathews Law, Order and Liberty in South Africa 137, 152-153.

135 Sien oor die algemeen Mathews en Albino 1966 SALJ 16 23-26; Fine 1984 SASK 156 174-176; Parmanand en Vorster 1984 THRHR 180 189-257; Van den Vyver 1982 THRHR 294 307. Sien voorts Foster Detention and Torture in South Africa: Psychological, Legal and Historical Studies 119-152.

naamlik dat die partye in die voorbereiding[136] en

136 Mathews Law, Order and Liberty in South Afrika 162-163 wys bv daarop dat die akkusatoriale prosesmodel se beginsels versteur word in omstandighede waar een party in die voorbereiding van sy verhoor belemmer word en dat sodanige versteuring plaasvind "even if the subsequent trial is conducted with immaculate regard for standard procedures." In oorweging word dus gegee dat art 29 ook betrag moet word uit die oogunt van die verdediging se voorbereiding vir die verhoor: die beskuldigde word die geleentheid ontneem om sy geheue mbv 'n art 29-verklaring te verfris. 'n Benadering ingevolge waarvan art 29(8) slegs uit die oogunt van die werklike aanbieding van getuienis gesien word - en nie ook uit die oogpunt van voorbereiding vir die verhoor nie - kan nie ondersteun word nie. Murray 1982 SASK 290 294 (my beklemtoning) sê bv dat "the provisions of section 29(8) deprive the defence of access to information that is available to, and can be used by, the prosecution. This makes a mockery of the adversary system." Ackermann Die Reg Insake Openbare Orde en Staatsveiligheid 114 vn 56 beweer dat Murray se kritiek "is nie heeltemal gegrond nie. Word 'n ... [artikel 29-verklaring] ... later tydens die staatsaak as getuienis toegelaat, mag dit 'n ... [beskuldigde] ... wel in 'n swak posisie plaas, hoewel hy uiteraard goeie verduidelikings ... [ten aansien van] ... afwykings sal mag verskaf. Hou die aanklaer die verklaring terug tot die kruisverhoor van die ... [beskuldigde] ... kan 'n blote ontkenning van die inhoud of 'n bewering van dwang deur die ... [beskuldigde] ... die verklaring kragteloos maak, aangesien die hof nouliks die staat sal toelaat om in die lig van 'n bekende verweer die staatsaak te heropen om die verklaring na behore te probeer bewys." My submissie is egter dat Ackermann, met respek, die nadelige effek wat art 29(8) op die voorbereiding vir die verhoor het, onderbeklemtoon. Sy uiteensetting van wat in die loop van die aanbieding

aanbieding[137] van hul onderskeie weergawes so ver moontlik gelyke geleenthede behoort te geniet. Voorts is dit ook so dat artikel 29(8) die prinsipiële regverdiging wat ten gunste van geheueverfrissing bestaan - naamlik die bevordering van die volledigheid en akkuraatheid van getuienislewering[138] - heelwat geweld aandoen.

Die Rabie-kommissie het standpunt ingeneem dat inligting wat die polisie tydens ondervraging van 'n artikel 29-aangehoudene probeer bekom, oor 'n veel wyer gebied strek as die feite van die saak waarmee die aangehoudene self gemoeid is.[139] Die kommissie het ook aangevoer dat inligting wat van 'n aangehoudene ingewin word "van so 'n aard kan wees dat die bekendmaking daarvan die polisie in hul bestryding van wat terrorisme en subversie genoem kan word, sou kon belemmer ..."[140] Op grond van voorgaande beskouing is aanbevelings gemaak wat vandag in artikel 29(8) aangetref word.

Die Rabie-kommissie het egter in geen stadium oorweging geskenk aan die bewysregtelike implikasies[141] van die

van getuienis mag gebeur, is wel korrek. Sien ook vn 129 supra.

137 Sien oor die algemeen S v Mpetha(1) 1983 1 SA 493 (K) 494A en 495A-496B.

138 Sien oor die algemeen par 1 3 (a) supra.

139 Par 10 84 (soos gelees met par 10 32) van die Verslag van die Rabie-kommissie.

140 ibid.

141 Afgesien van die nadeel wat art 29(8) vir 'n besk uit die oogpunt

betrokke aanbeveling nie en die wetgewer het geen alternatiewe prosedure geïmplementeer nie. Murray betoog in hierdie verband soos volg:[142] "The commission itself indicated two features that statements taken from detainees may, but would not necessarily, have. Thus the statements might cover areas unrelated to a subsequent criminal trial, or their publication might interfere with police activities. It is unfortunate that the legislature did not at least tailor the new provisions to the exigencies of these situations, excluding only those statements that fulfilled either or both of these conditions. Ideally, then, it would be left to a judge in camera to decide whether the statements should be made public or not." Respekvol word in oorweging gegee dat Murray se voorstel groter billikheid teenoor die beskuldigde bevorder en terselfdertyd daarop gemik is om 'n gebalanseerde versoening tussen die belange van die staat en die individu te bewerkstellig.[143]

---

van geheueverfrissing vóór en tydens getuienisaflegging skep, ontneem dié art ook 'n besk die geleentheid om 'n aantyging van onlangse versinsel wat teen hom gemaak word, mbv sy vroeëre gelykluidende art 29-verklaring te weerlê: sien oor die algemeen Van Niekerk et al par 18 8 en Murray 1982 SASK 290 293.

142 Murray 1982 SASK 290 293 (beklemtoning in die oorspronklike).

143 'n Verdere alternatief wat deur Murray 1982 SASK 290 293 voorgestel word, is dat die betrokke minister moet sertifiseer dat 'n besondere verklaring die staatsbelang nadelig mag beïnvloed en dat 'n beskuldigde slegs in hierdie omstandighede van sy regte ingevolge art 335 van die SPW

7 5 3 Artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977: die posisie van die verdedigingsgetuie[144] wat vroeër 'n polisieverklaring[145] gemaak het

Een gevolg van bovermelde artikel is dat iemand wat in die ondersoekstadium in hoedanigheid van potensiële staatsgetuie 'n polisieverklaring gedoen het en dan by die verhoor nie deur die staat nie maar deur die verdediging as getuie opgeroep word, geen reg het om 'n afskrif van sy polisieverklaring te bekom nie.[146] En die verdediging het ook geen geldige aanspraak om namens die betrokke getuie insae in sodanige afskrif te verkry nie.[147] Die posisie verskil dus drasties van die "tege-

---

ontneem behoort te word. Sien oor die algemeen art 66(1) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982. Murray ibid beskou hierdie voorstel, heeltemal tereg, "as a second best, because it ignores the importance of the doctrine of separation of powers."

144 Die bespreking word beperk tot die posisie van die verdedigingsgetuie aangesien art 335 van die SPW geen probleme oplewer tav die staatsgetuie nie. Die staat - as houer van die privilegie - verleen vryelik toegang aan staatsgetuies ten einde hul in staat te stel om hul geheues voor getuienisaflegging te verfris. Vgl egter ook oor die algemeen R v Graham [1973] Crim L Rev 628.

145 Sien vn 123 supra.

146 S v Kubeka 1982 1 SA 534 (W). Dit is nie duidelik waarom die wetgewer in art 335 die reg tot insae ingekort het nie. In die Verslag van die Botha-kommissie - wat die huidige SPW voorafgegaan het - is geen sodanige aanbeveling gemaak nie.

147 S v B 1980 2 SA 946 (A) 952F.

moetkomende" bepalings van artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955.[148]

Die onbillike resultaat wat uit artikel 335 van die huidige Strafproseswet voortvloei, is dat verdedigingsgetuies wat vroeër polisieverklarings gemaak het, die geleentheid ontneem word om hul geheues met die oog op die verhoor te verfris. Wat hulle getuienis betref, ontaard die verhoor eerder in 'n "geheue-toets" as 'n objektiewe soeke na die waarheid. Hierteenoor geniet die staat die voordeel dat staatsgetuies vóór die aanvang van hul getuienis hul verklarings wat aan die polisie gemaak is, kan raadpleeg. Net soos in die geval van artikel 29(8) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982,[149] versteur artikel 335 'n belangrike beginsel wat die akkusatoriale prosesmodel ten grondslag lê, naamlik die beginsel dat strydende partye in die voorlegging van hul onderskeie weergawes aan 'n passiewe arbiter, gelyke geleenthede behoort te geniet.

Daar bestaan 'n beskouing dat artikel 335 nie 'n getuie se posisie wesenlik affekteer nie omdat[150] "die kant wat hom wil oproep ... in elk geval sy getuienis eers met hom ... [kan] ... deurgaan." Dit is natuurlik so dat daar niks is wat die verdediging belet om self 'n verklaring te neem van en 'n onderhoud te voer met 'n getuie

148 Sien par 7 5 1 supra, asook Van Niekerk et al par 18 6 1.

149 Sien par 7 5 2 supra.

150 Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafproses (3e uitg) 756. Dié stelling word nie in die 4e uitg herhaal nie.

wat deur die staat beskikbaar gestel[151] is nie. Die doeltreffendheid van hierdie proses hang egter direk af van die vraag of die getuie 'n helder herinnering van die betrokke gebeure het. Waar die getuie geen herinnering het nie of 'n gebrekkige herinnering het, skep die afwesigheid van 'n reg tot insae in die vroeëre polisieverklaring ernstige probleme vir die verdediging. Daar is al gesê dat in geval van ingewikkelde sake wat maande se ondersoek verg, dit mag gebeur[152] "dat 'n getuie wat 'n verklaring aan die polisie gedoen het, maar wat later as 'n verdedigingsgetuie beskikbaar gestel en opgeroep word, hom in 'n situasie mag bevind dat hy moet getuig sonder die voordeel van geheueverfrissing aan die hand van sy oorspronklike verklaring aan die polisie. Sy posisie as getuie word beswaar en die belange van geregtigheid kom ook in gedrang indien so 'n getuie ... gebeure probeer rekonstrueer wanneer hy in konsultasie met die beskuldigde se regsverteenwoordiger verkeer."

Op die keper beskou, het artikel 335 die volgende praktiese effek: die staat kan vir kruisondervragingsdoeleindes gebruik maak van die polisieverklaring van 'n getuie wat aan die verdediging beskikbaar gestel is, terwyl die verdediging hierdie selfde verklaring nie kan aanwend om die getuie se geheue met die oog op die verhoor en in die loop van getuienisaflegging te verfris nie. Uit 'n

---

151 Wat beskikbaarstelling van getuies deur die staat aan die verdediging betref, sien oor algemeen R v Filanius 1916 TPD 415.

152 Van Niekerk et al par 18 6 2.

billikheidsoogpunt is dit so dat artikel 380 van die Strafproseswet 56 van 1955 te verkies is bo die tans geldende artikel 335.

In oorweging word gegee dat die krasse effek van artikel 335 in gepaste gevalle met 'n beroep op regsetiek getemper kan word. Twee samehangende beginsels is hier ter sprake. In die eerste plek het die staat die regsetiese verpligting om inligting wat tot voordeel van die beskuldigde mag strek, aan die verdediging te openbaar.[153] In die tweede plek het die staat die bevoegdheid om afstand te doen van die privilegie ten aansien van 'n getuie se verklaring wat met die oog op die verhoor bekom is.[154] Die staat is immers die houer van die privilegie[155] en artikel 335 verbied nie afstanddoening nie. Die gekombineerde effek van voormelde beginsels het tot gevolg dat die staat[156] "in gepaste gevalle afstand behoort te doen van die polisieverklarings van getuies wat aan die verdediging beskikbaar gestel word. 'n Gepaste geval sou byvoorbeeld betrekking ... [kon] ... hê op 'n verklaring wat gunstig vir 'n beskuldigde is en wat gedoen is deur 'n objektiewe en onafhanklike waarnemer van die gebeure wat tot die ... vervolging aanleiding gegee het." In oorweging word

---

153 Sien die gesag aangehaal in vn 18 in par 7 2 supra, asook Steytler The Undefended Accused on Trial: Justice in the Lower Courts 301-303.

154 S v Wesi 1979 4 SA 1041 (B) 1042H-1043A.

155 Van den Berg v Streeklanddros, Vanbijlpark 1985 3 SA 960 (T) 967E.

156 Van Niekerk et al par 18 6 2.

gegee dat wanneer die staat 'n getuie aan die verdediging beskikbaar stel maar terselfdertyd dié getuie se polisieverklaring - wat gunstig vir die beskuldigde is - weerhou, daar nouliks betoog kan word dat die staat aan sy etiese openbaringsverpligting voldoen het, veral nie in gevalle waar dit sou blyk dat die betrokke verdedigingsgetuie (byvoorbeeld 'n rekenmeester in 'n ingewikkelde bedrogsaak) vir die akkurate en volledige aflegging van sy getuienis afhanklik is van sy polisieverklaring wat hy in sy vroeëre hoedanigheid as potensiële staatsgetuie gemaak het nie. Dat regsetiese oorwegings 'n dwingende rol in die vernietiging van die staat se getuieverklaringsprivilegie kan speel, blyk uit die gevestigde reël dat die staat 'n staatsgetuie se buite-geregtelike getuieverklaring aan die verdediging moet oorhandig in gevalle waar hierdie verklaring in wesenlike opsigte verskil van die getuie se mondelinge getuienis in die hof.[157]

Die Vereniging van Prokureursordes van die RSA beywer hul tans vir wetgewing wat die bovermelde nadelige gevolge van artikel 335 oor 'n breë front sal regstel. Hul verlang dat die Strafproseswet 51 van 1977 gewysig moet word om daarvoor voorsiening te maak dat die staat aan die einde van die staatsaak aan die verdediging afskrifte van die polisieverklarings van die getuies wat die staat nie opgeroep het nie, moet verskaf.[158] Dié

---

157 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 19 in par 7 2 supra.

158 Sien die Jaarverslag (1986) van die Vereniging van Prokureursordes van die RSA, s v "Strafprosesaangeleenthede" (en soos gepubliseer in 1987 DR 215 221).

voorgestelde wysiging word ondersteun in die lig van die kritiek wat hierbo ten aansien van artikel 335 gelewer is.

7 6 Geheueverfrissing tydens 'n verdaging

In hierdie hoofstuk het die bespreking tot dusver primêr gewentel om die regsposisie waar 'n getuie 'n aantekening met die oog op die verhoor en vóór sy getuienisaflegging raadpleeg. Maar wat gebeur waar 'n getuie besig is met getuienisaflegging en dan 'n hofverdaging as 'n geleentheid benut om sy aantekening te raadpleeg met die oog op sy verdere getuienisaflegging?

Daar is reeds daarop gewys dat daar uit 'n regsetiese oogpunt geen beswaar kan wees dat 'n regsverteenwoordiger 'n voorverhoor-onderhoud met sy getuie voer ter verfrissing van laasgenoemde se geheue nie.[159] Die posisie verskil egter drasties ten aansien van geheueverfrissing tydens 'n verdaging. Die rede hiervoor is dat daar 'n etiese reël bestaan dat 'n regsverteenwoordiger of aanklaer in die reël nie 'n onderhoud met 'n getuie mag voer nadat laasgenoemde se getuienisaflegging 'n aanvang geneem het nie.[160]

Dit is sterk te betwyfel of ons howe ooit goedkeuring sal verleen aan die prosedure wat in die Amerikaanse

---

159 Sien par 7 2 supra.

160 Sien oor die algemeen para D2 4 2 tot D2 4 2 4 van die Eenvormige Gedragskode: Reëls van die Algemene Balieraad.

saak State v Henson[161] gevolg is. In hierdie saak kon die aanklaer se getuie in die loop van haar hoofgetuienis sekere relevante feite nie onthou nie. 'n Verdaging is toegestaan ten einde die aanklaer 'n geleentheid te gun om in afsondering met dié getuie 'n onderhoud te voer in 'n poging om haar geheue te verfris met behulp van haar vroeëre getuienis wat sy voor 'n "grand jury" afgelê het. In 'n kritiese bespreking van hierdie saak, is soos volg verklaar:[162] "With the privileges which the law gives by way of various methods of stimulating the recollection of a witness while on the witness stand, there would seem to be no reason except a sinister one for withdrawing a witness to refresh recollection. The method adopted in the instant case lends itself too conveniently to the coaching of an unscrupulous witness by an unscrupulous attorney not to be viewed with suspicion." Die prosedure in State v Henson supra omseil die reëls en beginsels wat ten aansien van geheueverfrissing in die getuiebank bestaan, ontneem die hof die geleentheid om direkte beheer oor die geheueverfrissingsprosedure uit te oefen, belemmer die teenparty se kruisondervragingsreg en open - soos aangetoon - die deur vir wanpraktyke.[163]

161 234 S W 832 (1921).

162 Anon 1922 (20) Mich L Rev 673.

163 In ons reg sal die prosedure in State v Henson supra stellig as 'n ernstige onreëlmatigheid aangemerk word. Hutchins en Slesinger 1927-1928 (41) Harv L Rev 860 872 kritiseer State v Henson supra bloot uit die oogpunt van die gewig van getuienis deur te sê: "The trial judge who ... permitted counsel to withdraw a witness into an anteroom during ... [the latter's] ... examination, must

Anders as in die geval van geheueverfrissing vóór getuienisaflegging,[164] kan daar nie betoog word dat die aard en karakter van die verhoorstelsel ook indirek geheueverfrissing tydens 'n verdaging goedkeur of aanmoedig nie. Geheueverfrissing wat deur 'n regsverteenwoordiger of aanklaer geïnisieer word tydens 'n verdaging, word deur die regsetiek begrens: daar mag nie direk of indirek met die getuie wat tegnies nog onder eed of bevestiging is, gekommunikeer word nie.

Oorwegings van regsetiek kom egter nie ter sprake in situasies waar 'n getuie op eie houtjie - dit wil sê, sonder die bystand of aanmoediging van die betrokke regsverteenwoordiger of aanklaer - sy geheue tydens 'n verdaging verfris nie. Sover vasgestel kan word, is daar slegs twee gerapporteerde Suid-Afrikaanse beslissings in hierdie verband: S v Tshomi[165] en Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark.[166]

In S v Tshomi supra het 'n staatsgetuie wat onder kruisverhoor was, tydens 'n kort verdaging - en sonder die medewerking van die aanklaer - sy eie vroeëre buitegeregtelike getuieverklaring deurgelees. Voorgaande feite is by hervatting van sy kruisverhoor van hom ontlok.

> have smiled grimly at the thought of how little of this inspired evidence a hard-headed jury would believe."

164 Sien par 7 3 supra.

165 1983 1 SA 1159 (K).

166 1985 3 SA 960 (T).

Die verdediging het aansoek gedoen om insae in die getuie se verklaring. Dié aansoek was gebaseer op 'n beskouing dat die staat se buite-geregtelike getuieverklaringsprivilegie deur die getuie se optrede beëindig is en dat laasgenoemde se getuienis slegs ontvang kan word by beskikbaarstelling van die getuieverklaring. Ten behoewe van die staat is - met 'n beroep op Ex parte Minister van Justisie: in re S Wagner[167] - betoog dat die getuieverklaringsprivilegie nie beëindig is nie aangesien die getuie sy verklaring buite die getuiebank geraadpleeg het. Regter Vos beslis soos volg:[168]

> In my opinion if a witness refers to his statement during any adjournment ... to refresh his memory, that would not forfeit the privilege because he is not actually testifying from the document. It is not a matter of using the document to aid his memory whilst in the witness-box ... The counter-argument ... is what would happen if the adjournment was specifically given for the witness to consult his statement and then to go back into the witness-box. That is very much a borderline case, but even then I have doubts as to whether he would be testifying from his statement. An aide memoire is one thing, but testimony given from the statement is another, and it seems to me it is the latter which amounts to a forfeiture of the privilege ... Therefore, in these circumstances, where the witness consulted his statement during an adjournment and not while in the witness-box, to my mind, the privilege would not be forfeited and accordingly I rule against the request made by defending counsel.

167 1965 4 SA 507 (A). Sien par 7 4 3 supra vir 'n bespreking van dié saak.

168 S v Tshomi supra 1160G-H.

In Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark[169] sê regter Le Roux dat die[170] "tegniese onderskeidings wat getref word ... in die Tshomi-saak of 'n persoon werklik in die getuiebank staan en of hy buite die getuiebank is wanneer hy na sy verklaring kyk, is een wat vir my nie aantreklik is nie." In hierdie saak - waar die regsvraag identies was aan dié in S v Tshomi supra - verkies regter Le Roux om die hele aangeleentheid oor die volgende boeg te gooi : kan daar bevind word dat die houer ("beskikker") van die betrokke privilegie uitdruklik of stilswyend daarvan afstand gedoen het? Hy bevind dat die staatsaanklaer - as verteenwoordiger van die staat - die beskikker is oor die privilegie en dat die getuie se optrede niks met die staatsaanklaer te doen gehad het nie. Voorts bevind die regter dat die blote feit dat die verdediging deur middel van kruis-ondervraging van die getuie ontlok het dat hy tydens 'n verdaging na sy verklaring "gekyk" het, geen grond is om aan te voer dat daar van die privilegie afstand gedoen is nie. Van besondere belang is egter die volgende opmerkings:[171] "Verder kan dit nie gesê word dat hierdie getuie nie 'n onafhanklike herinnering gehad het oor die gebeure nie. Al wat hy gedoen het, is net om sy geheue weer te stimuleer. Hy het wel getuig oor die gebeure wat hy kon onthou. Hy was nie aangewese op die dokument vir sy getuienis nie en gevolglik kan die dokument ook nie op daardie grond toegelaat word as getuienis in die

169 1985 3 SA 960 (T).

170 966G-H.

171 967F (my beklemtoning).

hof nie."

Die regter vind steun vir voorgaande aangehaalde standpunt in Schmidt[172] se kommentaar op R v O'Linn,[173] naamlik dat waar 'n getuie geen onafhanklike herinnering het nie en hom geheel en al verlaat op die inhoud van die aantekening, die situasie ontstaan dat die getuienis wat die hof ontvang inderdaad die inhoud van die aantekening is en "nie die opgewekte herinnering"[174] van die getuie nie. "In so 'n geval," sê regter Le Roux,[175] "is die verklaring altyd die beste getuienis en moet dit aan die hof en verdediging voorgelê word."

Hierdie opmerking - wat ook klop met Schmidt[176] se standpunt - plaas die belang van 'n helder onderskeid tussen herinneringsherlewing en -herhaling in die juiste perspektief. As die getuie tydens 'n verdaging sy aantekening raadpleeg en dié aantekening bloot sy geheue stimuleer sodat hy steeds op grond van 'n onafhanklike herinnering getuig, is beskikbaarstelling van die aantekening nie 'n vereiste nie.[177] Enige privilegie wat ten

172 Schmidt 308.

173 1960 a SA 545 (N).

174 Schmidt 308.

175 Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark supra 963F-G.

176 Sien Schmidt 308, asook Schmidt vn 11 op 307.

177 Sien ook oor die algemeen die bespreking van King v Bryant (No 2) [1956] Qd R 570 in par 7 4 3 supra.

aansien van die aantekening mag bestaan, kom dus nie in gedrang nie. Sodra 'n mens egter met herinneringsherhaling te doen het, verander die posisie. Met "herinneringsherhaling" in hierdie konteks, word bedoel dat die getuie nie by die raadpleging van sy aantekening tydens die verdaging stimulasie ervaar nie maar die inhoud van sy aantekening memoriseer met die oog op verdere getuienisaflegging. Beskikbaarstelling van die aantekening is nou 'n voorvereiste vir die ontvangs van die getuie se getuienis aangesien dit nou gaan om bewys van die inhoud van die aantekening[178] en die beste getuienis-reël aanwending vind.[179]

In die lig van voorgaande kan gesê word dat raadpleging van 'n aantekening vóór getuienisaflegging en tydens 'n verdaging in beginsel deur dieselfde reëls beheer word. Die kernvraag is nie of die getuie sy aantekening vóór sy getuienisaflegging of tydens 'n verdaging geraadpleeg het nie, maar of sodanige raadpleging tot herinneringsherlewing of -herhaling aanleiding gegee het. Word onafhanklike mondelinge getuienis gelewer of verlaat die getuie hom op die inhoud van 'n aantekening?

Daar moet ook aandag geskenk word aan die volgende vraag: wanneer kan daar in die konteks van die geheueverfrissingsprosedure gesê word dat stilswyende of geïmpliseerde

178 Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T) 963E-H.

179 Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark supra 963F-G en Schmidt 307 vn 11.

afstanddoening van 'n privilegie plaasvind?

As basiese vertrekpunt by 'n geskil rakende geïmpliseerde afstanddoening, steun ons howe[180] op Wigmore se standpunt:[181]

> [R]egard must be had to the double elements that are predicated in every waiver, ie, not only the elements of implied intention, but also the elements of fairness and consistency. A privileged person would seldom be found to waive, if his intention not to abandon could alone control the situation. There is also always the objective consideration that when his conduct touches a certain point of disclosure, fairness requires that his immunity shall cease, whether he intended that result or not. He cannot be allowed, after disclosing as much as he pleases, to withhold the remainder. He may elect to withhold or to disclose, but after a certain point his election must remain final.

Benewens bovermelde oorwegings, is dit ook so dat daar by geïmpliseerde afstanddoening altyd 'n element van publikasie van die volle of gedeeltelike inhoud van die tersaaklike geprivilegeerde dokument moet wees. Daar moet 'n sogenaamde "publikasie"-element wees wat as grond kan dien vir die afleiding dat die houer van die privilegie nie meer die inhoud van die betrokke stuk geheim wil hou nie.[182]

---

180 Sien oor die algemeen S v Fourie 1972 1 SA 341 (T) 345C; Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A) 514C; Msimang v Durban City Council 1972 4 SA 333 (D) 337H-338A.

181 Wigmore par 2327 (my beklemtoning).

182 Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner supra 514.

Die belang van die teenwoordigheid van een of ander direkte of indirekte vorm van publikasie wat aan die gedrag van die houer van die privilegie toegeskryf kan word, word goed geïllustreer deur die beslissing in S v Fourie.[183] In hierdie saak het ene K, 'n staatsgetuie, onder kruisverhoor erken dat hy vier verklarings aan die polisie gemaak het. Hy het egter ontken dat dit 'n aanduiding was dat hy sy oorspronklike verklaring in die loop van die ondersoek van die saak verander het. Trouens, K het beweer dat al sy verklarings inhoudelik dieselfde was. Die aanklaer het egter ook vir ene V, die senior ondersoekbeampte in die saak, as getuie geroep. Laasgenoemde het getuig dat hy die inhoud van K se verklarings vergelyk het en geen teenstrydighede kon vind nie. In hierdie stadium het die verdediging aansoek gedoen om insae in die betrokke verklarings. Die staat het die aansoek teengestaan op die basis dat die betrokke verklarings deur die getuieverklaringsprivilegie beskerm word. Die verdediging se aansoek is deur die verhoorhof van die hand gewys. Op appèl word bevind dat V se getuienis - wat deur die staat aangebied is - beskou moet word as[184] "'n genoegsame verwysing na die inhoud van die verklarings om afstand te doen van die staat se privilegie." Uit die uitspraak blyk dit duidelik dat indien die staat sou volstaan het met K se ontkenning dat daar verskille in sy (K se) verklarings was, dan sou daar nie 'n suksesvolle aansoek om insae kon gewees het nie.[185]

---

183 1972 1 SA 341 (T).

184 345 van die verslag.

185 344C-E van die verslag.

Die hof het egter gelet op die aanklaer - wat die houer of beskikker van die privilegie is - se gedrag, naamlik om 'n getuie te roep om te sê dat die verklarings gelykluidend was. Langs hierdie weg het indirekte publikasie plaasgevind:[186] "Dit sou onmoontlik gewees het om te getuig dat die een verklaring nie van die ander ... verskil nie sonder om na die inhoud van ... [die] ... verklarings te verwys ..." Dit is duidelik dat die aanklaer, subjektief gesproke, in geen stadium beoog het om van sy privilegie afstand te doen nie. Maar die toets strek wyer as die subjektiewe bedoeling van die houer van die privilegie . Daar is - in die woorde van Wigmore[187] wat reeds hierbo aangehaal is - "also always the objective consideration that when his conduct touches a certain point of disclosure, fairness[188] requires that his immunity shall cease, whether he intended that result of not." Dit is egter ook duidelik dat hierdie objektiewe oorweging slegs in werking tree of aangewend kan word wanneer die houer van die privilegie - en nie 'n derde nie - se gedrag ter sprake is.

Alhoewel S v Fourie supra nie op geheueverfrissing as sodanig betrekking gehad het nie, betrek dit tog die belangrike beginsel dat geïmpliseerde afstanddoening kan plaasvind waar die element van publikasie teenwoordig

186 345E-F van die verslag.

187 Sien vn 181 supra.

188 Dat die hof in S v Fourie supra ook billikheid teenoor die verdediging in gedagte gehad het, blyk uit 345G-H van die verslag.

is en toegeskryf kan word aan die houer van die privilegie se optrede of gedrag. Dit volg - so word in oorweging gegee - dat daar nie van geïmpliseerde afstanddoening sprake kan wees waar 'n getuie vóór sy getuienisaflegging of tydens 'n verdaging en sonder die aanmoediging van die houer van die privilegie, die gepriviligeerde aantekening memoriseer en dan die inhoud daarvan in die getuiebank herhaal nie. Die houer van die privilegie kan in so 'n geval self besluit of hy van die privilegie afstand wil doen. Maar as die houer van die privilegie die betrokke aantekening nie beskikbaar wil stel nie, is die getuienis - in die lig van beginsels wat vroeër identifiseer is[189] - ontoelaatbaar. Hierdie aspek is egter nog nie pertinent deur ons howe beslis nie. S v Tshomi[190] en Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark[191] het wel betrekking gehad op gevalle waar getuies tydens 'n verdaging en sonder die aanmoediging van die houer van die privilegie, hul aantekeninge geraadpleeg het. Maar in beide sake het die getuies op grond van hul onafhanklike herinnerings getuig. Daar was nie daarvan sprake dat dit gegaan het om die blote herhaling van die inhoud van 'n aantekening nie. En gevolglik was die ontvangs van die getuienis nie afhanklik van die beskikbaarstelling van die gepriviligeerde aantekening nie. Indien die betrokke getuies in beide voormelde sake hul aantekeninge sou gememoriseer het tydens die verdagings, dan sou die staat in beide gevalle voor 'n keuse gestel

---

189 Sien par 7 4 3 supra.

190 1983 1 SA 1159 (K).

191 1985 3 SA 960 (T).

gewees het: doen afstand van die privilegie (en die getuienis kan ontvang word) of dring aan op die beskerming wat die privilegie bied (en die getuienis kan nie ontvang word nie).[192] Die hof sou in beide gevalle nie beskikbaarstelling kon gelas het op die basis dat daar by implikasie deur die staat van die privilegie afstand gedoen is nie. Die staat het nooit direk of indirek hierdie bedoeling gekoester nie en die "publikasie"-element waaruit die bedoeling om afstand te doen afgelei kan word, kon nie aan die gedrag van die staatsaanklaers toegeskryf word nie.

Ten slotte word in oorweging gegee dat 'n privilegie tot niet gaan waar die houer daarvan tydens 'n verdaging en in stryd met sy regsetiese verpligting met 'n getuie wat nog besig is om te getuig, sou kommunikeer met die versoek dat laasgenoemde met die oog op sy verdere getuienisaflegging 'n gepriviligeerde aantekening moet raadpleeg. Beskikbaarstelling van die aantekening behoort gelas te word ongeag die vraag of die getuie by raadpleging van die aantekening herinneringsherlewing ervaar het en of hy die inhoud van die aantekening gememoriseer het. My submissie is dat die privilegie in hierdie omstandighede tot niet moet gaan omdat 'n privilegie in beginsel slegs regmatige belange beskerm[193] en ook nie regtens beskermingswaardig is waar die

192 Sien oor die algemeen King v Bryant (No 2) [1956] Qd R 570 in par 7 4 3 supra.

193 Van Niekerk et al par 1 3.

onetiese optrede ter sprake is nie.[194]

194 Vgl oor die algemeen die sg misdaads- of bedrogsuitsondering wat tav regsprofessionele privilegie geld. Sien oor die algemeen Van Niekerk et al par 3 8.

HOOFSTUK 8

HIPNOSE EN GEHEUEVERFRISSING MET DIE OOG OP DIE VERHOOR

8 1 Inleiding 354

8 2 Hipnose: 'n basiese historiese agtergrond 356

8 3 Hipnose as geheueverfrissingstegniek en die hipnotiese toestand 359

8 4 Die Amerikaanse regspraak 370

8 4 1 Die "admissibility-credibility"-benadering .. 372

8 4 2 Die "procedural safeguards"-benadering 378

8 4 3 Die Frye-benadering 382

8 4 4 Die konstitusionele benadering 393

8 4 4 1 Die reg van die beskuldigde om getuies te konfronteer 394

8 4 4 2 Die "due process"-benadering 400

8 5 Suid-Afrika: 'n vooruitskouing en die relevansie van die Amerikaanse ervaring 403

8 6 Hipnose as geheueverfrissingstegniek ná die aanvang van getuienisaflegging 412

HOOFSTUK 8

HIPNOSE EN GEHEUEVERFRISSING MET DIE OOG OP DIE VERHOOR

8 1 Inleiding

In hierdie hoofstuk word aandag geskenk aan hipnose[1] as geheueverfrissingstegniek[2] - asook die vraag of getuienis wat die resultaat van hierdie tegniek is, toelaatbaar is of nie.

Dit sal in hierdie hoofstuk blyk dat hipnose nie 'n verskynsel is wat tot die mistieke of magiese hoort nie; inteendeel, dit het 'n wetenskaplike karakter en word op wetenskaplike beginsels beoefen. Wat wel 'n besondere brandpunt is, is of hipnose 'n geheueverfrissingstegniek is waarop gesteun kan word vir bewysregtelike doeleindes. Eintlik moet die vraag heelwat wyer gestel word: hoe pas hipnose as geheueverfrissingstegniek in by die prosesreg en die breër beginsels wat geag word noodsaaklik te wees vir die behoorlike en regverdige beregting van 'n geding?

---

1 Sien oor die algemeen Scheehan en Perry Methodologies of Hypnosis: A Critical Appraisal of Contemporary Paradigms of Hypnosis 46; Estabooks Hypnotism 24; Cuddon Hypnosis: Its Meaning and Practice 3; Braid (soos hersien deur Waite) Braid on Hypnotism: The Beginnings of Modern Hypnosis 94; Moenssens et al Scientific Evidence in Criminal Cases par 15 08; Rosen et al Abnormal Psychology 28-29; Orne 1979 (27) IJCEH 311; Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 332-334. Sien voorts par 8 3 infra.

2 Dit gaan hier om hipnose as geheuever-

In teenstelling met Suid-Afrika,[3] Engeland[4] en Kanada,[5] geniet hipnose as geheueverfrissingstegniek heelwat aandag in die howe van die VSA[6] en het dit reeds tot 'n uitgebreide polemiek in laasgenoemde land se regsliteratuur[7] aanleiding gegee.

frissingstegniek vóór die aanvang van getuienisaflegging. Sover vasgestel kon word, is daar slegs twee sake waar dié tegniek op 'n getuie na die aanvang van getuienisaflegging toegepas is. Dié sake word in par 8 6 infra bespreek.

3 Sover vasgestel kon word, is daar geen SA gewysdes wat op hipnose as geheueverfrissingstegniek betrekking het nie. In R v Lincoln 1950 1 PH H68 (A) het die appèlhof wel te doen gehad met 'n geval waar die ondersoekbeampte 'n chemiese waarheidsmiddel aan 'n besk toegedien het. 'n Praktyk van dié aard is om ooglopende redes sterk afgekeur. Daar moet egter begryp word dat die gebruik van waarheidsmiddels - soos sodium amital, sodium pentotal en scopolamine - nie as "geheueverfrissingsmiddels" beskryf kan word nie. McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 665 675 verduidelik soos volg (my beklemtoning): "The depressant effect of drugs prevents access to events buried in the subconscious memory. As a result, this method of examining witnesses does not stimulate recollections, but simply reduces a person's ability to lie." Sien voorts oor die algemeen mbt tot waarheidsmiddels, Després 1947 (14) U Chi L Rev 601 en Moenssens et al Scientific Evidence in Criminal Cases par 15 02.

4 Sien oor die algemeen Haward en Ashworth 1980 Crim L Rev 469 en Cross en Tapper 249.

5 Vgl oor die algemeen die bespreking van Regina v Pitt (1968) 68 DLR (2d) 513 in par 8 6 infra.

6 Sien oor die algemeen die gesag waarna in die res van hierdie hfst verwys word.

7 Sien oor die algemeen Feldman 1981 (8) Barr 4; Herman 1964 (25) Ohio

8 2 Hipnose: 'n basiese historiese agtergrond

Daar word dikwels beweer dat die vroegste spore van die beoefening van hipnotisme (of 'n baie kru vorm daarvan) so ver teruggevoer kan word as die Egiptenare van vóór die geboorte van Christus, dat alle primitiewe gemeenskappe dit in een of ander vorm beoefen en dat sommige Oosterlinge eeue gelede reeds die kuns van self-hipnotisering bemeester het.

Die resente ontwikkeling van hipnotisme in Westerse lande, kan egter gekoppel word aan die aktiwiteite van 'n Oostenrykse geneesheer in Parys, Friedrich Anton Mesmer (1735-1815). Mesmer het sy praktyk beoefen op die teorie dat elke persoon 'n magnetiese kragveld het en dat 'n hipnotiseur[8] - hoofsaaklik deur aanraking van sy

St L J 1; Teitelbaum 1963 (8) St Louis U L J 205; Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313; Hlavaty 1983 (16) Akron L Rev 517; Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927; Carter 1982 (60) Wash U L Q 1059; Falk 1982 (57) St John's L Rev 30; Beaver 1983 (6) U Puget Sound L Rev 155; Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567; Dilloff 1977 (4) Ohio N U L Rev 1; McLaughlin 1981 (17) Williamette L Rev 665; Ladd 1902 (11) Yale L J 173; Swaine 1961 (14) Vand L Rev 1509.

8 Mesmer het nie werklik hipnotisme beoefen nie, maar bloot die weg gebaan vir die wetenskaplike identifisering en beoefening daarvan. Estabrooks Hypnotism 126 verduidelik dat "Mesmer contributed practically nothing to modern hypnotism. His theories were completely wrong ... He did, however, throw the 'fat in the fire', so to speak. Once he had offered his technique, it was almost impossible not to stumble on the phenomena of modern hypnotism."

"pasiënt" - sy besondere "kragveld" kon aanwend om fisiese en geestelike kwale te genees. Die Franse regering het egter in 1784 'n kommissie aangestel om "mesmerisme" te ondersoek. Dié kommissie het bevind dat mesmerisme geen terapeutiese waarde het nie.[9] Mesmer móés Frankryk verlaat.

In 1842 het James Braid - 'n Engelse geneesheer van Manchester wat 'n studie van mesmerisme gedoen het - die Griekse woord "hypnos" wat "slaap" beteken, ingespan om die woord "hypnosis" te skep.[10] Met hierdie nuwe begrip wou hy geneeshere se (geregverdigde!) negatiewe beskouings oor mesmerisme afskud en wou hy terselfdertyd aantoon dat hipnotisme nie geskoei is op die magnetiese kragveld-teorie van mesmerisme nie, maar op die teorie dat die mens geplaas kan word in 'n gewysigde bewussynstoestand wat slegs in sommige opsigte vergelykbaar is met die toestand bekend as slaap.[11] Onder medici was daar nou 'n mate van belangstelling in hipnose as 'n metode om pynlose operasies uit te voer. Die ontdekking van chemiese narkose-middels teen die middel van die vorige eeu, het egter meegebring dat dié belangstelling vervaag

---

9 Braid (soos hersien deur Waite) Braid on Hypnotism: The Beginnings of Modern Hypnosis 2; Estabrooks Hypnotism 126.

10 Cuddon Hypnosis: Its Meaning and Practice 2; Sheehan en Perry Methodologies of Hypnosis: A Critical Appraisal of Contemporary Paradigms of Hypnosis 30; Braid (soos hersien deur Waite) Braid on Hypnotism: The Beginnings of Modern Hypnosis 93-94; Hlavaty 1983 (16) Akron L Rev 517 vn 3.

11 Sien par 8 3 infra.

het.[12] Sporadiese belangstelling deur psigoloë in hipnose as terapie vir geestesongesteldhede, het wel steeds voorgekom. Sigmund Freud (1856-1939) het 'n deeglike kennis van hipnotisme gehad en het vóór die draai van die eeu hipnose ingespan as 'n diagnostiese hulpmiddel in die psigoanalise. Hy het egter nie hipnose per se beskou as 'n geskikte metode om geestesongesteldhede te behandel nie.[13] Dit was ook in hierdie stadium dat die hooggeregshof van Calfornia beslis het dat[14] "[t]he law of the United States does not recognize hypnotism." Die wetenskaplike beoefening van hipnotisme het egter steeds vordering getoon.

Gedurende die Eerste[15] en Tweede[16] Wêreldoorloë het psigiaters hipnose aangewend in die behandeling van oorlogsneurose. Die volgende belangrike ontwikkeling het in die vyftigerjare plaasgevind toe mediese verenigings in die VSA en Engeland die gebruik van hipnose as terapie vir geestelike kwale formeel goedgekeur het. Vandag is daar meer as 15 000 Amerikaanse geneeshere wat van hipnose

---

12 Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 318. Sien egter voorts Rosen et al Abnormal Psychology 29-30 tav die volgehoue beoefening en bestudering van hipnotisme deur sommige wetenskaplikes.

13 Estabrooks Hypnotism 82; Rosen et al Abnormal Psychology 29.

14 Bevinding van die verhoorhof soos goedgekeur op appèl in People v Ebanks 49 P 1049 1053 (1897).

15 Estabrooks Hypnosis 156-158.

16 Falk 1982 (57) St John's L Rev 30 33, Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 320.

in die sielkundige behandeling van pasiënte gebruik maak[17] - veral op die terrein van die sogenaamde psigosomatiese geneeskunde.

Die bestaan van hipnose as 'n verskynsel wat op wetenskaplike beginsels berus en beoefen word, kan vandag nie meer betwis word nie. Wat wel aanleiding tot 'n geskilpunt gee, is die vraag of 'n mens hier uit 'n bewysregtelike oogpunt te doen het met[18] "a phenomenon that has a helpful role to play ... in factfinding and, particularly, in the 'enhancement' of the recall of a prospective witness."

8 3 Hipnose as geheueverfrissingstegniek[19] en die hipnotiese toestand

As gevolg van bewese gevalle waar hipnotiseurs daarin geslaag het om geheueblokkasies by hul subjekte te verwyder,[20] het sommige regstoepassingsliggame in die VSA

---

17 Minninger (vert deur Viljoen) Totale Geheue 151.

18 Diamond 1980 (68) Calif L Rev 321.

19 Soos in die res van hierdie hfst sal blyk, kom die geskilpunt betreffende hipnose as geheueverfrissingstegniek hoofsaaklik in die strafbewysreg voor. Daar is egter ook 'n paar sake waar dié geskilpunt in siviele sake ter sprake gekom het. Sien oor die algemeen Wyller v Fairchild Hiller Corps 503 F 2d 506 (9th Cir 1974); Kline v Ford Motor Co 523 F 2d 1067 (9th Cir 1975) en Connolly v Farmer 484 F 2d 456 (5th Cir 1973).

20 Sien oor die algemeen Minninger (vertaling deur Viljoen) Totale

in die vyftigerjare spesiale eenhede gestig waar amptenare opgelei kon word om hipnose in die ondersoek van misdaad aan te wend. Die primêre oogmerk was om daardie geweldsmisdaadslagoffers wat weens hul traumatiese ervarings geheueverlies opgedoen het, te kon help om hul (tydelike) geheueverlies te oorkom.[21] Die ontstaan van hierdie eenhede - en die latere aansienlike uitbreiding daarvan[22] - het direk daartoe aanleiding gegee dat die geldigheid van hipnose as geheueverfrissingstegniek in die geregshof beoordeel moes word. En die gebruik van hipnose as tegniek om vervolgingsgetuies se geheues met die oog op die verhoor te verfris, het noodwendig ook regsverteenwoordigers vir die verdediging aangespoor om in gepaste gevalle 'n beskuldigde se geheue deur middel van hipnose te laat verfris.[23] Trouens, reeds in 1959 is beslis dat 'n beskuldigde se reg om regsverteenwoordiging, soos konstitutisioneel gewaarborg,[24] die reg

Geheue 151; Teitelbaum 1963 (8) St Louis U L Rev 205-206.

21 Feldman 1981 (8) Barr 4.

22 Sien oor die algemeen Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313. Vgl Carter 1982 (60) Wash U L Q 1059 vn 1 was daar in 1981 in die VSA reeds meer as 'n duisend speurders opgelei in die beoefening van hipnotisme.

23 Sien oor die algemeen Dilloff 1977 (4) Ohio N U L Rev 11.

24 Die 6e amendement tot die grondwet van die VSA bepaal, oa, dat "the accused shall enjoy the right ... to have the assistance of counsel for his defence." Hierdie amendement is reeds in 1791 aanvaar: Mason en Beany American Constitutional Law 608.

insluit dat hy met die oog op die verhoor in 'n hipnotiese toestand deur sy regsverteenwoordiger ondervra kan word in 'n poging om geheueverlies te oorbrug.[25]

Hipnose as geheueverfrissingstegniek moet gesien word in die lig van die moontlikhede wat ontstaan wanneer 'n persoon in 'n hipnotiese toestand verkeer. Wat word met die begrip "hipnose" bedoel? En wat beteken "hipnotiese toestand"?

Daar is al dikwels gesê dat dit uiters moeilik is om 'n presiese begripsomskrywing van hipnose te gee[26] - veral

25 Cornell v Superior Court 338 P 2d 447 (1959). 'n Oënskynlike teenoorgestelde beslissing is in State ex rel Sheppard v Koblentz 187 N E 2d 40 (1962) bereik. Herman 1964 (25) Ohio St L J 11 vn 48a onderskei egter op die volgende basis tussen eg en lg saak: "On the hypnosis point, the Sheppard case arguably is distinguishable from the Cornell case in that Cornell involved pretrial proceedings and Sheppard involved post-appellate proceedings. However, the court did not even make this distinction. Indeed ... the court, in a shocking opinion, did not even cite Cornell."

26 Cuddon Hypnosis: Its Meaning and Practice 2-3 verklaar bv dat alhoewel hipnose "may resemble sleep in some respects, that word conveys a most inadequate idea of its true nature. Many definitions have been given by well-known Hypnotists, but the more one learns about Hypnosis, the more one realizes how extremely difficult it is to find a set phrase of words, which will adequately convey a true conception of a state of mind, that embraces so wide a field of practical application, and presents within itself so wide a range of variation, as Hypnosis."

in die lig van die feit dat die hipnotiese toestand bepaalde vlakke of grade van intensiteit kan bereik[27] en uit verskeie perspektiewe verduidelik (en verdedig)

---

27 Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 571-572 verduidelik soos volg: "The hypnotic state may be separable into six depths, or levels, of trance. Each level is distinguishable by a set of characteristic mental and physical acts that the subject is capable of performing at that level. The charateristic acts become more difficult to fake as the depth of the trance increases. In the first and second stages, the so-called 'hypnoidal' stage or light trance, only localized catalepsies are demonstrated. For example, if the operator suggests that the subject will be unable to open his eyes, the subject will be unable to open his eys. At this stage the subject experiences physical relaxation, often accompanied by fluttering of the eyelids, deep and slow breathing, and a progressive deepening of muscular lethargy. In the third and fourth stages, the so-called 'medium' trance, the subject experiences various degrees of analgesia: though the sense of touch is retained the subject feels no pain. Also in the fourth stage the subject will be incapable of remembering that which the operator suggests he will be unable to remember. In the fifth stage, a 'deep' or 'heavy' trance, the subject is capable of positive hallucinations upon suggestion and experiences neither touch nor pain. Finally, in the sixth stage or hypnosis, the subject is capable of negative hallucination: upon suggestion he is unable to perceive objects that are actually present. It must be noted, however, that not all subjects are capable of achieving the deeper trance levels." Sien voorts Braid (soos hersien deur Waite) Braid on Hypnotism: The Beginnins of Modern Hypnosis 130-131; Estabrooks Hypnotism 24-30; Arons Hypnosis in Criminal Investigation 137; McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 665 667; Falk 1982 (57) St John's L Rev 30 32.

kan word.[28] As vertrekpunt kan egter aanvaar word dat hipnose[29] "is a mental state in which the subject is neither asleep nor unconscious ... " Maar die persoon is wel in 'n gewysigde bewussynstoestand waarin hy besonder vatbaar is vir suggesties van die hipnotiseur.[30]

28 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 1 in par 8 1 supra.

29 Dilloff 1977 (4) Ohio N U L Rev 1 3. Hierdie basiese omskrywing klop in beginsel met die omskrywings wat verskaf word in die gesag aangehaal in vn 1 in par 8 1 supra.

30 In 1980 (68) Calif L Rev 313 333 gaan Diamond - 'n prof in sowel die regte as die psigiatrie - sover om te sê: "Hypnosis is, almost by definition, a state of increased suggestibility. The operator's suggestions control each step of the process..." Daar moet egter ook begryp word dat die hipnotiseur nie dmv suggestie absolute beheer oor die subjek het nie. Allan 1934 (12) Can Bar Rev 14 18 verduidelik bv soos volg: "It is a fundamental error to believe that the hypnotized is under a complete dependence on the hypnotist. This dependence is a relative one, and is encumbered by all sorts of conditions. Suggestion means a sort of tournament between the dynamisms of two brains; the one gains the mastery over the other up to a certain point, but only under the condition that it deals adroitly and delicately with the other, that it stimulates and uses its inclinations skillfully, and above all things, that it does not make its dealings go against the grain. It seems that beyond the suggestive relation between the hypnotizer and the hypnotized there stands only an ego ideal which serves the ends of the total personality and exercises a continuous control over the relations between the suggester and the suggestee. The hypnotized is not merely a tool in the hands of the operator, but on the contrary his will is liable to manifest itself at odd and unexpected places depending on the personality of the

Hipnose skep op die oog af 'n paradoksale bewussynstoestand: die subjek verkeer in 'n toestand van verminderde bewustheid teenoor die buite-wêreld, maar staan terselfdertyd in 'n verhouding van verhoogde konsentrasie teenoor die hipnotiseur. Om hierdie rede beskryf Hlavaty die hipnotiese toestand[31] "as an altered state of consciousness involving extreme suggestibility. The procedure is intended to bring about a heightened state of selective attention during which the person focuses solely on the hypnotist's suggestions and ignores irrelevant stimuli." Soos hieronder sal blyk, is dit hierdie "beheer deur middel van suggestie" wat, aan die een kant, hipnose as geheueverfrissingstegniek uiters verdag kan maak en, aan die ander kant, hipnose as geheueverfrissingstegniek kan regverdig.

Wanneer die potensiële getuie in 'n hipnotiese toestand is, kan die herroeping van feite bevorder word:[32] "Because he is free from inattention, distraction by external events and internal random thoughts, the subject is able to apply himself most effectively to the process of

particular subject." Cuddon Hypnosis: Its Meaning and Practice 3 verduidelik ook dat tydens hipnose "any suggestion made by the Hypnotist is accepted and acted upon by the Subject, provided that such suggestion is not contrary to the moral sense of the Subject."

31 Hlavaty 1983 (16) Akron L Rev 517. Sien voorts ook die gesag aangehaal in vn 1 in par 8 1 supra.

32 Haward en Ashworth 1980 Crim L Rev 469 471.

remembering." Die mees gebruiklike manier is dan vir die hipnotiseur om 'n "opdrag" aan die potensiële getuie te gee, byvoorbeeld die opdrag dat hy die betrokke insident moet herroep of die opdrag dat hy die insident inderdaad moet "herbeleef." Laasgenoemde opdrag behels dat die hipnotiseur van 'n suggestie van tydsregressie gebruik maak: die potensiële getuie word in tyd teruggevoer. Soos reeds vermeld, is die potensiële getuie in die hele loop van die hipnose-sessie besonder vatbaar vir enige (bewustelike en onbewustelike)[33] suggesties afkomstig van die hipnotiseur. Die hipnose-sessie word afgesluit met 'n finale suggestie wat bekend staan as die post-hipnotiese suggestie: die potensiële getuie wat nog in sy hipnotiese toestand is, ontvang van die hipnotiseur 'n opdrag tot die effek dat hy alles wat hy tydens die hipnose-sessie kon herroep, sal onthou sodra hy weer in 'n toestand van normale bewustheid is. Die begrip "post-hipnotiese suggestie" word soos volg deur Cuddon verduidelik:[34] "The term post-hypnotic suggestion is somewhat misleading since it seems to imply that a suggestion is given subsequent to the termination of Hypnosis. What in fact is meant by this term, however, is that a subject, in the deep stage, is told the fulfilment of a suggestion then given will be deferred until ... after the termination of the Hypnosis."

---

33 Sien oor die algemeen par 8 4 2 infra tav van die pogings van sommige howe om hierdie risiko van bewustelike en onbewustelike suggesties te verminder mbv sg "procedural safeguards."

34 Cuddon Hypnosis: Its Meaning and Practice 54 (beklemtoning in die oorspronklike).

Sommige voorstanders van hipnose as effektiewe geheue-verfrissingstegniek steun direk of indirek of Penfield, 'n neurochirurg, se teorie dat die menslike brein vergelykbaar is met 'n bandopnemer: alle ervarings van die mens word gestoor in die brein net soos wat 'n bandopnemer op 'n deurlopende grondslag 'n stem kan vaslê waar dit dan vir latere opsporing en terugspeling beskikbaar is.[35]

In die veertigerjare het Penfield gevind dat die stimulering van die menslike brein met behulp van 'n swak elektriese stroom tot gevolg gehad het dat pasiënte sekere ervarings kon herroep alhoewel hul vóór die elektriese stimulering geen sodanige aktiewe herinnering gehad het nie.[36] Hy het tot die slotsom geraak dat alle ervarings wel iewers in die brein geberg word en dat die vergeetproses bloot dui op 'n onvermoë om dit op te spoor.

Penfield se teorie - wat ook soms as die "'exact copy' theory"[37] of die "'permanent impression' theory of

---

35 Cheek en Lecron Clinical Hypnotherapy 54 verklaar bv soos volg: "It seems that everything that happens to us is stored in memory in complete detail. Conscious recall is limited to a very tiny part of total memory. Regression under hypnosis can bring out completely forgotten memories. It is also possible to bring them out merely by suggesting that they be recalled."

36 Sien oor die algemeen Loftus Eyewitness Testimony 115-117; Louw et al Inleiding tot die Psigologie 222; Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 934.

37 Putnam 1979 (27) IJCEH 437.

memory"[38] bekend staan - is duidelik te bespeur in die volgende stelling van Reisser, die direkteur van die Law Enforcement Hypnosis Institute van Los Angeles:[39] "The brain functions much like a high fidelity recorder, putting on tape, as it were, every experience from the time of birth, possibly even before birth, and ... these experiences and associated feelings are available for replay today in as vivid form as when they first occurred."

Dit val te betwyfel of Penfield self in gedagte gehad het dat sy teorie as prinsipiële regverdiging vir hipnose as geheueverfrissingstegniek in die konteks van die regsproses moes dien. Penfield se teorie het oor die afgelope dekade in elk geval heelwat aanhang verloor en die oorwig wetenskaplike gesag huldig die standpunt dat sy teorie[40] "is counter to any currently accepted theory of memory and is not supported by scientific data[41] ... Memory is continuously changing and is reconstructive as well as reproductive." Op die feit dat die

---

38 Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 934.

39 Reisser Handbook of Investigative Hypnosis 222.

40 Orne 1979 (27) IJCEH 312 321. Reeds in 1932 het Bartlett Remembering 213 verklaar dat "[r]emembering ... is an imaginative reconstruction, or construction, built out of the relation of our attitude towards a whole active mass of organized past reactions or experience ..."

41 Loftus Eyewitness Testimony 117 wys bv daarop dat Penfield self erken het dat slegs 40 uit 'n totaal van 1132 pasiënte - dws 3,5% - die reaksies getoon het waarop hy sy teorie baseer het.

moderne psigologie die menslike geheue as rekonstruktief beskryf, is reeds gewys.[42] Dit is juis hierdie hedendaagse beskouing wat in 'n groot mate in People v Shirley[43] tot die verwerping van hipnose as geheueverfrissingstegniek aanleiding gegee het.

Die teorie van Penfield is egter nie die enigste basis waarop daar aangevoer kan word dat hipnose as geheueverfrissingstegniek in die bewysreg erkenning behoort te geniet nie. Spector en Foster wys byvoorbeeld op die betoog dat[44] "a memory restored by the device of hypnosis is equal in validity to a memory revived through the use of any recognized technique, such as subjecting the witness to leading questions or requesting him to peruse a particular document, and is therefore indistinguishable from the latter in legal effect." Die basiese beginsel wat hierdie betoog ten grondslag lê, is dat getuienis wat die resultaat is van die "erkende" bewysregtelike geheueverfrissingstegnieke vergelykbaar is - wat betroubaarheid of onbetroubaarheid betref - met getuienis wat die resulaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is. In State v Hurd[45] is byvoorbeeld in die lig van deskundige getuienis soos volg opgemerk: "[H]ypnosis can be considered reasonably reliable if it is able to yield

42 Sien par 3 7 supra.

43 641 P 2d 775 (1982). Sien voorts par 8 4 3 infra.

44 Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 586.

45 432 A 2d 86 92 (1981). Sien par 8 4 3 infra vir 'n kritiese bespreking van hierdie saak.

recollections as accurate as those of an ordinary witness, which are likewise often historically inaccurate."

McLaughlin[46] neem ook standpunt in dat hipnose as geheue-verfrissingstegniek prinsipiële regverdiging vind in die sogenaamde liberale benadering[47] wat in die VSA met betrekking tot herinneringsherhaling gevolg word: as die getuie herinneringsherlewing ervaar, is die besondere metode wat die herinnering laat herleef het, irrelevant. Hierteenoor betoog Beaver soos volg:[48]

> Hypnotizing a witness is not like "any other method" of refreshing a witness's recollection. It is not like a song or a scent. The technique of hypnosis does much more than permit the witness to recover repressed actual memories; it actively serves to erect fantasies, creates in the subject an abiding belief in their truth, and makes it impossible for the trier of facts to distinguish between the two. If the testimony is only as reliable as the techinique, it must be judged by the same standard of admissibility. Finally the hypnotized witness's conviction of absolute veracity of his hypnotically induced recollection waxes in strength each time he is asked to repeat his story. At the time of trial, the "memory" is highly likely to be so firmly implanted that he is immune to cross-examination.

Dit is duidelik dat die verskil tussen McLaughlin en Beaver se beskouings in direkte verband staan met hul verskil in beskouings oor die effek wat 'n voorverhoor-

46 McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 665 674-675.

47 Sien par 5 9 supra.

48 Beaver 1983 (6) U Puget Sound L Rev 155 204.

hipnose-sessie ter verfrissing van 'n getuie se geheue, op dié getuie kan hê - iets wat in beginsel in elke individuele saak aan die hand van deskundige getuienis beslis moet word. In die hieropvolgende analise en bespreking van Amerikaanse gesag, word aan hierdie aspek aandag geskenk[49] - asook die breër vraag of die ontvangs van getuienis wat die resultaat van hipnose as geheue-verfrissingstegniek is, versoenbaar is met die breë struktuur en beginsels wat die verhoor ten grondslag lê.

8 4 Die Amerikaanse regspraak

Die United States supreme court het nog nie uitsluitsel gegee oor die toelaatbaarheid van getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is nie. Wat egter al wel gebeur het, is dat hierdie hof die sogenaamde petisie "for writ of certiorari"[50] geweier het in gevalle waar die hof a quo sodanige getuienis toegelaat het.[51] Maar die hof het egter ook al sulke petisies geweier waar die hof a quo die getuienis uitgesluit het.[52] 'n Sogenaamde "certiorari denied" het nie bindende regskrag ingevolge die Amerikaanse presedenteleer nie en

---

49 Sien par 8 4 3 infra.

50 Sien oor die algemeen reëls 17 tot 25 van die Rules of the Supreme Court of the United States (soos aangehaal deur Witt (red) The Supreme Court and Its Work 253-255).

51 United States v Adams 581 F 2d 199 (9th Cir 1978) cert denied 439 US 1006; Harding v State 246 A 2d 302 (1968) cert denied 395 US 949.

52 People v Shirley 641 P 2d 775 (1982) cert denied 103 S Ct 133.

beteken bloot dat die hof dit nie nodig geag het dat die aangeleentheid beslis moet word nie.[53]

Die howe en appèlhowe van die onderskeie state - asook dié in die federale jurisdiksies - het al dikwels oor die afgelope twee dekades oor die toelaatbaarheid van sogenaamde "hypnotically induced testimony" beslis. Hierdie beslissings verteenwoordig verskillende benaderings wat - ter wille van analise en sistematiek - soos volg identifiseer kan word:[54] die "admissibility-credibility"-benadering; die "procedural safeguards"-benadering; die Frye-benadering en die konsitusionele benadering. Soos hieronder sal blyk, is hierdie benaderings nie noodwendig almal wedersyds uitsluitend nie en is daar gevalle waar howe op 'n kombinasie van hierdie benaderings gesteun het ten einde tot 'n bevinding te kon geraak.

Alhoewel die hieropvolgende bespreking nie 'n streng chronologiese uiteensetting van die Amerikaanse howe se beslissings verteenwoordig nie, sal tog afgelei kan word dat die ontwikkelingspatroon soos volg was: die meeste howe was aanvanklik heel ontspanne ten aansien van die ontvangs van getuienis gelewer deur 'n getuie wat vóór die verhoor met die oog op geheueverfrissing gehipnotiseer is, maar die afgelope dekade se beslissings toon meesal 'n streng kritiese herbetragting en -evaluering

53 Sien oor die algemeen reël 17 van die Rules of the Supreme Court of the United States (soos aangehaal deur Witt (red) The Supreme Court and Its Work 253)

54 Sien para 8 4 1 tot 8 4 4 2 infra.

van vroeëre beslissings.[55]

8 4 1 Die "admissibility-credibility"-benadering

Harding v State[56] - wat in 1968 beslis is - was die eerste geval waar hipnose as geldige geheueverfrissingstegniek erken is. In hierdie saak was die klaagster die slagoffer van 'n verkragting en 'n aanranding met die opset om te moor. Tydens die ondersoek van die misdade het die klaagster verskeie onvolledige en botsende weergawes van die gebeure gegee. Vóór die verhoor is sy op versoek van die vervolging deur 'n psigoloog onder hipnose geplaas. In haar hipnotiese toestand het sy na bewering die relevante gebeure onthou. Ná die hipnose-sessie was sy selfs in staat om die beskuldigde te identifiseer - iets wat sy nie voorheen kon doen nie.

By die verhoor het sy in haar normale toestand van bewustheid getuig en daarop aanspraak gemaak dat haar vroeëre hipnotisering bloot 'n geheueverfrissende effek gehad het. Volgens haar het sy in die getuiebank op grond van 'n onafhanklike herinnering getuig.[57] Die betrokke psigo-

---

55 Commonwealth v Nazarovitch 436 A 2d 170 177 (1982): "A judicial reluctance to render hypnotically-refreshed testimony admissible appears to be increasing."

56 246 A 2d 302 (1968).

57 Die hof se opmerking op 306 van die verslag is van belang: "On the witness stand she recited the facts and stated that she was doing so from her own recollection. The fact that she had told different stories or had received her present knowledge

loog het getuig oor sy professionele kwalifikasies en ervaring in hipnotisme, asook oor die tegniek en prosedure wat hy gevolg het. Hy het veral beklemtoon dat die klaagster in geen stadium voorgesê is nie. Die verdediging het teen ontvangs van die klaagster se getuienis beswaar gemaak. Geen deskundige het egter ten behoewe van die verdediging getuig nie.

Die Maryland court of appeals beslis dat die klaagster se getuienis toelaatbaar is en dat die jurie dit dus kon oorweeg - maar terselfdertyd het die hof beslis dat 'n versigtigheidsvermaning aan die jurie gerig moet word.[58]

> after being hypnotized concerns the question of the weight of the evidence which the trier of facts, in this case the jury, must decide." In State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 (1982) deel regter Gordon nie hierdie vertroue in die jurie se oordeelsvermoë nie. Op 1272 verklaar hy: "Hypnosis is cloaked in a veil of mysticism to the lay person. It seems to be a magical thing indeed that can produce fantastic recall and startling results. A jury is likely to place undue emphasis on what transpired during a hypnotic session ... [A] typical juror will place greater emphasis on posthypnotic testimony than it warrants."

58 Die hoër hof (op 310 van die verslag) was oënskynlik tevrede met die volgende instruksies wat deur die verhoorhof aan die jurie gegee is (my beklemtoning): "You have heard, during this trial, that a portion of the testimony of the ... [prosecution's] ... witness ... was recalled by her as a result of her being placed under hypnosis. The phenomenon commonly known as hypnosis has been explained to you during this trial. I advise you to weigh this testimony carefully. Do not place any greater weight on this portion of ... [the] ... testimony

Die hof se beslissing het in literatuur bekend geword as die "admissibility-credibility rule":[59] die getuienis word ontvang, maar die aanwending van hipnose as voorverhoor-geheueverfrissingstegniek is 'n faktor wat deur die feitebeoordelaar in ag geneem moet word by die bepaling van die gewig van die getuienis. Die verskynsel dat verdagte getuienis toegelaat word maar dan gepaard moet gaan met 'n versigtingheidsvermaning aan die feitebeoordelaars, is nie vreemd aan die bewysreg nie. Die sogenaamde versigtigheidsreëls[60] wat ten aansien van die getuienis van sekere getuies geld, verskaf 'n nuttige parallel. Die rede waarom die getuienis in Harding v State supra toegelaat is maar as verdag aangemerk is, lê opgesluit in die bevinding van die hof dat[61] "modern medical science has now recognized the possibility that memory of painful events can sometimes be restored by hypnosis, although some authorities warn that fancy can be mingled with fact in some cases." Die risiko bestaan ook dat die jurie oordrewe beïndruk met hipnose as geheueverfrissingstegniek

than on any other testimony that you have heard during this trial. Remember, you are the judges of the weight and believability of all the evidence in this case." Sien ook oor die algemeen die versigtigheidsvermaning soos voorgestel deur Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 595-596 vn 141.

59 Sien oor die algemeen McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 666 676.

60 Sien oor die algemeen Schmidt 131-134; Hoffmann en Zeffertt 449; Cross en Tapper 214-224; Wilken Genoegsaamheid van Getuienis: Stawing die Versigtigheidsreël 53-54.

61 246 A 2d 302 311-312 (1968).

mag wees.

Harding v State supra het tot 'n groot aantal soortgelyke beslissings in verskeie jurisdiksies aanleiding gegee.[62]

---

62 State v Jorgensen 492 P 2d 312 (1971); State v McQueen 244 S E 2d 414 (1978): Creamer v State 205 S E 2d 240 (1974); United States v Awkward 597 F 2d 667 (9th Cir). Dit val te betwyfel of Harding v State supra werklik soveel aanhang moes geregverdig het. Dilloff 1977 (4) Ohio N U L Rev 1 19-20 beskou Harding v State supra as 'n oppervlakkige beslissing en lewer die volgende kritiek waarmee ek my vereenselwig: "The Harding court, while apparently trying to be forward looking in its willingness to accept 'scientific' methods of securing reliable evidence, assumed that: (1) because the victim stated that she was testifying from her own independent recollection which was subsequently refreshed by the hypnotic interlude, and (2) because the hypnotist (who was, however, employed by the police), stated that there were no suggestions, that witness was testifying from her original memory. The court therefore assumed that the evidence was both accurate and reliable. Nevertheless ... the court naively made several crucial mistakes and the testimony was probably neither very reliable nor accurate ... First, the hypnotist was not truly impartial ... Second, the fact that the victim modified her story after hypnosis should have been a signal to the court of at least the possibility of confabulation, memory alteration or distortion ... Third, the court assumed that because one testifying hypnotist stated that in his opinion hypnosis was a valid means of enhancing memory recall, hypnosis had attained a level of scientific acceptance sufficient to allow the evidence to be heard by the jury ... With a 'battle of the experts,' the court may have been less likely to admit the evidence."

Maar in 1982 is Harding v State supra in Collins v State[63] - 'n beslissing van die einste Maryland court of appeals - omvergewerp. In laasgenoemde is die Frye-benadering toegepas.[64]

Dit is duidelik dat die "admissibility-credibility"-benadering in 'n groot mate berus op die beginsel dat die feitebeoordelaar wat bewus is van die risiko's verbonde aan sekere getuienis, met die beoordeling van sulke getuienis vertrou behoort te word. Gesien uit hierdie hoek, kan die geskilpunt tot die volgende vraag reduseer word: moet 'n vrye benadering wat die klem op die beoordeling van die gewig van die getuienis plaas, voorkeur geniet bo 'n streng benadering waar toelaatbaarheid die primêre oorweging is?[65] McLaughlin steun die gewigbenadering op, onder andere, die basis dat juries[66] "are sufficiently sophisticated to discern the differences between various forms of evidence. Their ability to discriminate between substantive and impeachment evidence[67] indicates the capacity to place ... testimony in its proper perspective." Hierdie betoog kan natuurlik selfs

---

63 Collins v State 447 A 2d 1272 1283 (1982).

64 Sien oor die algemeen par 8 4 3 infra.

65 Sien oor die algemeen para 2 7 en 2 8 supra.

66 McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 665 668. Sien egter die aanhaling uit State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 (1982) in vn 57 supra.

67 Vgl egter oor die algemeen Murphy 1985 Crim L Rev 270.

sterker wees in gevalle waar die regspreker (met of sonder assessore soos in die Suid-Afrikaanse regspleging) as feitebeoordelaar optree.

In oorweging word egter gegee dat die "admissibility-credibility"-benadering 'n growwe oorvereenvoudiging en ongeregverdige ontkenning is van die breër problematiek wat setel in getuienis wat die resultaat van hipnose as voorverhoor-geheueverfrissingstegniek is. Soos hieronder sal blyk,[68] gaan dit nie slegs om die vraag of die feitebeoordelaar met die evaluering van die getuienis vertrou kan word nie, maar ook om die vraag of die vereistes wat die betrokke prosesmodel stel sinvol geakkommodeer en bevredig kan word. Of behoorlike evaluering deur 'n jurie moontlik is, word in elk geval sterk betwyfel deur Beaver:[69] "[P]erhaps ... [the] ... most troubling aspect of hypnosis concerns jury observation ... The jury's decision may rest upon a witness's demeanor, memory, certainty, and convictions ... [T]he subjective conviction of the witness ... [in his own story] ... is usually entirely different after the hypnotic process. The ... [witness] ... may have a strong subjective confidence in the validity of his own memory, making it impossible for ... [a] ... jury to critically assess the credibility of the witness's memory." My beskouing is dat hierdie betoog ook geldig is vir verhore waar leke nie as feitebeoordelaars optree nie. Die risiko's wat

---

68 Sien para 8 4 4 tot 8 4 4 2 infra.

69 Beaver 1983 (6) U Puget Sound L Rev 155 201. Sien ook par 8 4 4 1 infra.

Beaver aanvoer, bestaan ongeag die besondere samestelling of kwalifikasies van die lede van die hof.

8 4 2 Die "procedural safeguards"-benadering[70]

In navolging van Harding v State,[71] is die "admissibility-credibility rule" ook deur die Oregon court of appeals in 1971 in State v Jorgenson[72] toegepas, met die voorbehoud dat die teenparty volledige geleentheid moes gehad het om oor alle aspekte van die voorverhoor-hipnose-sessie te kon kruisvra en, voorts, dat die aanwending van hipnose as voorverhoor-geheueverfrissingstegniek volledig aan die teenparty openbaar moes gewees het.

Die "admissibility-credibility rule" het nou op 'n ad-hoc-basis ontwikkel deurdat die howe telkens met behulp van prosesmaatreëls die risiko van wanbevindings wou bekamp. Hierdie skepping van "procedural safeguards" het gekulmineer in die New Jersey supreme court se beslissing in State v Hurd.[73] Die volgende veiligheidsmaatreëls is in

---

70 Sien oor die algemeen Carter 1982 (60) Wash U L Q 1059 1074; Falk 1982 (57) St John's L Rev 30 45-49; Feldman 1981 (8) Barr 4 54; Hlavaty 1983 (16) Akron L Rev 517 530. Sien voorts vn 175 in par 8 5 infra tav wetgewing in Oregon. Dáár sal blyk dat hierdie wetgewing op die sg "procedural safeguards"-benadering geskoei is.

71 246 A 2d 303 (1968). Sien die bespreking van hierdie saak in par 8 4 1 supra.

72 492 P 2d 312 315 (1971).

73 432 A 2d 86 (1981). Sien ook oor die algemeen United States v Adams

dié saak gestel:[74]

(a) Die hipnotiseur moet ervare wees en 'n gekwalifiseerde psigiater of psigoloog wees. Hy moet as deskundige kwalifiseer.

(b) Die hipnotiseur moet onafhanklik wees van enige party betrokke by die geding. "This condition", het die hof opgemerk,[75] "will safeguard against any bias on the part of the hypnotist that might translate into leading questions, unintentional cues, or other suggestive conduct."

(c) Enige inligting wat vóór die hipnose-sessie aan die hipnotiseur verskaf word deur 'n party, moet in skriftelike vorm geskied ten einde die hof te kan help om vas te stel in watter mate inligting deur die hipnotiseur op 'n direkte wyse of deur middel van suggestie aan die potensiële getuie oorgedra kon gewees het.

(d) Vóór die aanvang van die hipnose-sessie, moet die hipnotiseur die pre-hipnotiese geheue van die potensiële getuie bepaal deur 'n gedetailleerde feite-

---

581 F 2d 193 199 vn 12 (9th Cir 1978) en Pearson v State 441 N E 2d 468 (1983).

74 432 A 2d 86 96-97 (1981). Die betrokke getuienis is in hierdie saak ontoelaatbaar bevind omdat die vervolging nie die nodige beveiligingsmaatreëls nagekom het nie.

75 96 van die verslag. Sien ook People v Smrekar 385 N E 2d 848 (1979).

beskrywing van die betrokke gebeure van die potensiële getuie te bekom.

(e) 'n Klank- of video-opname moet gemaak word van alle kontak tussen die hipnotiseur en die potensiële getuie:[76] "This will establish a record of the pre-induction interview, the hypnotic session and the post-hypnotic period, enabling a court to determine what information or suggestions the witness may have received during the session and what recall was first elicited through hypnosis. The use of videotape, the only effective record of cues, is strongly encouraged, but not mandatory."

(f) Die hele proses - vanaf die vassteling van die pre-hipnotiese geheue van die potensiële getuie tot by die post-hipnotiese onderhoud met die getuie - moet in afsondering geskied: geen derde mag teenwoordig wees nie.

In Shirley v People[77] was die supreme court of California egter nie beïndruk met die "procedural safeguards"-benadering nie:[78]

> After careful consideration we decline to join in the ... effort to develop a set of "safeguards" in admitting hypnotically induced testimony. To begin with, we are

---

76 97 van die verslag. Sien ook vn 175 in par 8 5 infra.

77 641 P 2d 775 (1982).

78 786-787 van die verslag.

> not persuaded that the requirements adopted in Hurd and other cases will in fact forestall each of the dangers at which they are directed. Next, we observe that certain dangers of hypnosis are not even addressed by the Hurd requirements: virtually all of those rules are designed to prevent the hypnotist from exploiting the suggestibility of the subject; none will directly avoid the additional risks, recognized elsewhere in Hurd, that the subject (1) will lose his critical judgment and begin to credit "memories" that were formerly viewed as unreliable, (2) will confuse actual recall with confabulation and will be unable to distinguish between the two, and (3) will exhibit an unwarranted confidence in the validity of his ensuing recollection ... Lastly, even if requirements could be devised that were adequate in theory, we have grave doubts that they could be administered in practice without injecting undue delay and confusion into the judicial process.

In die hieropvolgende bespreking van die Frye-benadering en die konstitusionele benadering, sal ook blyk dat die "procedural safeguards"-benadering nie genoegsame begrip toon vir die relevantheidsgrondreël van die bewysreg nie en in 'n groot mate die beginsels wat geag word 'n behoorlike en regverdige beregtingsproses te onderlê, ignoreer. Daar bestaan voorts ernstige twyfel oor die effektiwiteit van beveiligingsmaatreëls om alle moontlike beïnvloeding van die getuie te vermy - 'n twyfel wat in State ex rel Collins v Superior Court[79] tot die verwerping

---

79 664 P 2d 1266 (1982). Op 1273 van die verslag steun regter Gordon bv op volgende stelling van Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 339: "[A] complete record of the hypnotic experience is never possible ... [I]nfluences exerted both before and after the hypnotic session become integrated into the hypnotic

van die "procedural safeguards"-benadering aanleiding gegee het.

8 4 3 Die Frye-benadering[80]

In Frye v United States[81] het die United States court of appeals for the district Columbia circuit soos volg beslis:[82]

> Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while the courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.

Op die basis van hierdie toets is beslis dat resultate verkry deur middel van 'n instrument (die voorloper van die hedendaagse sogenaamde leuenverklikker of "polygraph")[83]

> experience and significantly distort the validity of recall." Sien egter ook op 1277-1279 van die verslag die afwykende uitspraak van hr Holohan en met wie regter Hays saamgestem het.

80 Sien oor die algemeen Hlavaty 1983 (16) Akron L Rev 517 522-523; Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 961-969; Carter 1982 (60) Wash U L Q 1059 1062-1066.

81 293 F 1013 (D C Cir 1923).

82 1014 van die verslag (my beklemtoning).

83 Die leuenverklikker funksioneer op, oa, die verskynsel dat 'n persoon wat

nie ontvang kan word nie.[84] Die sogenaamde Frye-toets[85] - alhoewel dit ook al dikwels gekritiseer is[86] - verteenwoordig oor die algemeen en met geringe redaksionele aanpassings die Amerikaanse howe se benadering tot die toelaatbaarheid van getuienis wat die resultaat van "nuwe" wetenskaplike instrumente of tegnieke is. Die

---

(bewustelik) lieg, 'n sneller polsslag en hoër bloeddruk ervaar en meer sweet afskei. Hierdie fisiologiese reaksies word deur die sentrale senuweestelsel beheer en is dus onwillekeurig. Deur wetenskaplike meting van die voorgaande reaksies kan - so word beweer - vasgestel word dat 'n verdagte of getuie lieg. Sien oor die algemeen Horgan Criminal Investigation 78; Weston en Wells Criminal Investigation 186-187; Wicker 1953 (22) Tenn L Rev 711 en Skolnick 1961 (70) Yale L J 694 - asook verdere gesag aangehaal deur Van der Merwe in sy oppervlakkige artikel in 1986 DR 576. Dat die vroeë regspleging reeds fisiologiese reaksies ingespan het ten einde skuld te kon bepaal, blyk uit die godsoordeel bekend as die "corsnaed" wat in par 2 3 1 supra bespreek is. Op die feit dat die leuenverklikker nie as 'n geheueverfrissingstegniek beskou kan word nie, is reeds in vn 3 in par 8 1 supra gewys.

84 Sien egter ook oor die algemeen State v Dorsey 539 P 2d 204 (1975).

85 Sien oor die algemeen Giannelli 1980 (80) Colum L Rev 1197 vir 'n omvattende bespreking van die Frye-toets.

86 In Harper v State 292 S E 2d 389 395 (1982) is bv gesê dat die "Frye rule of 'counting heads' in the scientific community is not an appropriate way to determine admissibility of a scientific procedure in evidence ... We hold that it is proper for the trial judge to decide whether the procedure or technique in question has reached a scientific stage of verifiable certainty ..." Sien voorts McCormick on Evidence par 203.

voormelde toets is byvoorbeeld al toegepas op die stemspektograaf ('n instrument wat vir identifikasie-doeleindes die frekwensie en intensiteit van 'n stem kan meet), die tegniek om menslike bytmerke te identifiseer, die mikroskopiese identifisering van partikels waar 'n vuurwapen afgevuur is en die effek en betroubaarheid van waarheidsmiddels en bloedgroepontleding.[87]

Die vraag of hipnose as voorverhoor-geheueverfrissingstegniek die Frye-toets bevredig, is in vroeë beslissings - soos Harding v State[88] - nie geopper nie en bygevolg ook nie beslis nie. In State v Armstrong[89] is voorgaande

87 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 1281 (1982), People v Shirley 641 P 2d 775 794-795 (1982) en Gianelli 1980 (80) Colum L Rev 1197 1198.

88 246 A 2d 302 (1968). Daar moet vermeld word dat in 1968 was die Frye-toets nog nie deur die Maryland court of appeals aanvaar nie. Sien egter die latere ontwikkeling soos weerspieël in Polk v State 427 A 2d 1041 (1981) en Collins v State 447 A 2d 1272 (1982).

89 329 N W 2d 386 (1983). Op 393 kom die volgende eienaardige redenasie voor: "Even if this court applied the test set out in Frye, that test could not be used to determine the admissibility of hypnotically affected testimony ... Here, it is not expert testimony that is challenged. Rather it is the admissibility of an eyewitness' post-hypnosis identification which is in question." Met alle respek, die hof skei die tegniek van die resultaat in omstandighede waar die Frye-toets 'n breër trefkrag het. Sien oor die algemeen State ex rel Collins v Superior Court 664 P 2d 1282-1288 (1982) en die gesag aangehaal in vne 97, 98 en 99 infra.

vraag omseil deurdat beslis is dat die Frye-toets hoegenaamd nie relevant is nie. In verskeie ander sake is die vraag wel beantwoord - met botsende resultate. In State v Hurd[90] bevestig die hof die toepaslikheid van die Frye-toets ten aansien van hipnose as geheueverfrissingstegniek deur te bevind dat voormelde toets[91] "has previously been applied only to the results of physical tests such as radar ... and voiceprints. But we believe that the policy reasons embodied in the general acceptance standard are germane to hypnotically refreshed testimony as well." Die uitgangspunt dat die Frye-toets toepassing vind, word ondersteun. As hipnose as geheueverfrissingstegniek buite die kader van die Frye-toets geplaas word - soos wat Falk dit inderdaad dan ook wil hê[92] - dan word die hof se erkende funksie om oor die

---

90 432 A 2d 86 (1981).

91 91 van die verslag (my beklemtoning).

92 Falk 1982 (50) St John's L Rev 30 50-51: "While it is recognized that ... [hypnotically induced] ... testimony can never be completely free from doubt, it is suggested that the Frye test of general scientific acceptance is misplaced in the context of hypnosis. Hypnosis, unlike polygraphs, voiceprints and other technological testing devices, does not purport to establish any type of scientific fact or data. An expert does not render an opinion as to the credibility of any fact based upon the results of a test. Hypnosis simply is a method of prompting the recall of information buried within the mind of the witness. As such, its reliability should be left for determination by a jury, rather than its admissibility determined by a Frye analysis." Die vraag of die hipnotiseur, as deskundige, tog maar nie in effek 'n opinie oor die geloofwaardigheid

toelaatbaarheid van getuienis te beslis, in 'n erge graad ondermyn. Ten aansien van die vraag of hipnose as geheue-verfrissingstegniek die Frye-toets bevredig, is soos volg in State v Hurd supra beslis:[93]

> [T]he court below did not demand as a precondition of admissibility, that hypnosis be generally accepted as a means of reviving truthful or historically accurate recall. We think this was correct. The purpose of using hypnosis is not to obtain truth, as a polygraph or "truth serum" is supposed to do. Instead, hypnosis is employed as a means of overcoming amnesia and restoring the memory of a witness ... In light of this purpose, hypnosis can be considered reasonably reliable if it is able yield recollections as accurate as those of an ordinary witness, which likewise are often historically inaccurate. Based on the evidence submitted at trial, we are satisfied that the use of hypnosis to refresh memory satisfies the Frye standard in certain instances. If it is conducted properly and used only in appropriate cases, hypnosis is generally accepted as a reasonably reliable method of restoring a person's memory. Consequently, hypnotcially-induced testmimony may be admissible if the proponent of the testimony can demonstrate that the use of hypnosis in the particular case was a reasonably reliable means of restoring memory comparable to normal recall in its accuracy.

Dit lyk egter, met respek, verdag om 'n analogie te tref tussen die akkuraatheidspotensiaal van getuienis wat

---

van die "resultate" van 'n hipnose-sessie uitspreek nie, word behandel in par 8 4 4 2 infra.

93 92 van die verslag (my beklemtoning).

die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is en dié van 'n normale getuie wat op grond van sy geheue getuig.[94] Om dan voorts die beweerde gelykwaardigheid tussen hierdie twee tipe getuienis as basis te gebruik om hipnose as aanvaarbare geheueverfrissingstegniek aan te merk, is 'n totale negering van die werklike geskilpunt, naamlik dat hipnose as beweerde wetenskaplike geheueverfrissingstegniek aan 'n bepaalde aanvaarbaarheidsgraad, soos gestel in die Frye-toets, moet voldoen. Die standpunt in State v Hurd supra kan gekritiseer word op die basis dat die[95] "Frye test for admissibility can only be met if the scientific technique, hypnosis, and its product, memory, are both reliably accurate."

In skrille kontras met State v Hurd supra, staan 'n hele reeks sake - waarvan State v Mack,[96] State v Kena,[97]

---

94 In Commonwealth v Nazarovitch 436 A 2d 170 176-177 (1981) is bv soos volg verklaar: "[W]e remain unconvinced that the trier of fact could do anything more than speculate as to the accuracy and reliability of hypnotically-refreshed memory. The Hurd court's rationale that hypnotically-refreshed recollection might as well be admissible since ordinary eyewitness accounts are also vulnerable to error and inaccuracies does not do full justice to the fact that 'the traditional guaranties of trustworthiness as well as the jury's ability to view the demeanor of the witness are wholly ineffective to reveal distortions of memory induced by the hypnotic process.'"

95 Micklenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 966 (my beklemtoning).

96 292 N W 2d 764 768 (1980).

97 624 P 2d 1274 (1981).

Commonwealth v Nazarovitch[98] en People v Shirley[99] goeie voorbeelde is. In hierdie laasgenoemde vier sake is bevind dat hipnose as geheueverfrissingstegniek nie die Frye-toets bevredig nie.

In Shirley v People[100] is spesifiek vir doeleindes van die Frye-toets regterlike kennis geneem van relevante en resente vakliteratuur[101] waarin deskundiges se botsende beskouings oor hipnose as betroubare geheueverfrissingstegniek verskyn het - 'n benadering wat myns insiens aantreklik is en heeltemal geregverdig is waar die geskilpunt wentel om "general acceptance" deur deskundiges.[102] Die moontlike betoog dat State v Hurd[103] streng korrek in die lig van die deskundige getuienis wat op rekord was, beslis is, kan dus nie opgaan nie. Trouens, in State v Hurd supra het die hof ook na relevante vakliteratuur verwys.[104] Maar deur uit te gaan van die standpunt dat[105] "the use of hypnosis ... was a reasonably reliable means

---

98 436 A 2d 170 (1981).

99 641 P 2d 775 (1982).

100 641 P 2d 775 797 (1982).

101 Daar is bv besonder sterk gesteun op die beskouings van Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 en Orne 1979 (27) IJCEH 311 teenoor dié van Reisser Handbook of Investigative Hypnosis soos gepubliseer in 1980.

102 Sien ook oor die algemeen State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 1269-1270 (1982).

103 432 A 2d 86 (1981).

104 Sien bv 94 van die verslag.

105 92 van die verslag.

of restoring memory comparable to normal recall in its accuracy..." is die vraag wat deur die Frye-toets gestel word, in effek nie behoorlik beslis nie.

In oorweging word gegee dat die Frye-toets bloot 'n gespesifiseerde geval is van die strenge toepassing van die relevantheidsgrondreël van die bewysreg:[106] as daar nie algemene eenstemmigheid onder deskundiges oor die akkuraatheid van die resultate van 'n wetenskaplike instrument of 'n tegniek is nie, kan die hof nie uit hierdie resultate 'n redelike afleiding met betrekking tot die feite in geskil maak nie. "'n [F]eit," sê Schmidt,[107] "... [is] ... nie relevant bloot indien daaruit 'n afleiding omtrent 'n feit in geskil gemaak kan word nie, maar slegs indien die afleiding in die omstandighede 'n redelike afleiding sou wees." En hy vervolg:[108] "Getuienis wat geringe bewyskrag het en 'n gewigtige potensiaal om te benadeel, is irrelevant want regtens kan geen redelike afleiding daaruit omtrent die feit in geskil gemaak word nie." Voorts berus die relevantheidsvereiste ook op die beginsel of beleidsreël dat 'n proliferasie of vermenigvuldiging van kollaterale geskilpunte vermy moet word:[109]

---

106 Sien oor die algemeen McCormick on Evidence par 206 (C).

107 Schmidt 358. Sien ook oor die algemeen Van Wyk 1978 THRHR 175.

108 Schmidt 358-359.

109 Maguire Evidence: Common Sense and Common Law 205 stel die beginsel pittig deur te sê dat daar 'n behoefte is "to avoid waste of time in probative exertions more or less off the bull's eye of litigation."

dit is doodeenvoudig nie "bewysregtelik ekonomies" om talle sydelingse geskilpunte te bereg ten einde te kan uitkom by getuienis waarvan die bewyskrag in elk geval nie hoog aangeslaan kan word nie.[110] In People v Shirley[111] wys die hof byvoorbeeld daarop dat die toelating van getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is, neerkom op 'n situasie waar die kool nie die sous werd is nie.[112]

---

110 Cross en Tapper 54-55.

111 641 P 2d 775 (1982).

112 Op 787 van die verslag (my beklemtonig) wys die hof daarop dat toelating "... would provide a fertile new field for litigation. There would first be elaborate demands for discovery, parades of expert witnesses, and special pretrial hearings, all with concomitant delays and expense. Among the questions our trial courts would then be expected to answer are scientific issues so subtle as to confound the experts ...Their resolution would in turn generate a panoply of new claims that could be raised on appeal, including difficult questions of compliance with the 'clear and convincing' standard of proof. And because the hypnotized subject would frequently be the victim, the eyewitness, or a smaller source of crucial testimony against the defendant, any errors in ruling on the admissibilty of such testimony could easily jeopardize otherwise unimpeachable judgments of conviction. In our opinion, the game is not worth the candle. For all these reasons, we join instead a growing number of courts that have abandoned any pretense of devising workable 'safeguards' and have simply held that hypnotically induced testimony is so widely viewed as unreliable that it is inadmissible under the Frye test."

Daar moet ook saamgestem word dat die[113] "probative force of the hypnotically-adduced evidence cannot overcome the serious and fundamental handicaps inherent therein."

Die vernaamste redes - soos geïdentifiseer in regspraak - waarom wetenskaplikes nog nie eenstemmigheid kon bereik het oor die aanvaarbaarheid van hipnose as betroubare geheueverfrissingstegniek nie, setel in die volgende:

(a) In die hipnotiese toestand is die subjek só hoogs vatbaar vir suggesties afkomstig van die hipnotiseur dat die[114] "attitude, demeanor, and expectations of the hypnotist, his tone of voice, and his body language may all communicate suggestive messages to the subject. Especially powerful as an agent of suggestion is the context and purpose of the hypnotic session. Most hypnotic subjects aim to please."

---

113 Commonwealth v Nazarovitch 436 A 2d 170 177 (1982).

114 Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 333; Commonwealth v Nazarovitch 436 A 2d 170 174 (1982). In State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 1270 (1982) is ook soos volg verklaar: "The grave danger is that what subjects 'remember' during the session will become their permanent memory. The experts on hypnosis seriously doubt if a suggestion-free hypnotic session can be conducted. This Court will not take a position on the question of whether a suggestion-free session is possible, but we cannot approve posthypnotic testimony in a criminal trial where a witness may be testifying from a memory influenced by undetectable suggestion."

(b) 'n Suggestie van tydsregressie (die potensiële getuie word in tyd teruggevoer)[115] staan onder verdenking omdat 'n suggestie van tydsprogressie (dieselfde getuie word byvoorbeeld na die jaar 1999 "verplaas") ook kan meebring dat die getuie 'n ervaring "beleef."[116]

(c) 'n Persoon in 'n hipnotiese toestand kan doelbewus lieg[117] (en 'n persoon kan ook 'n "hipnotiese toestand" simuleer sonder dat die hipnotiseur dit opmerk).[118]

(d) Gedurende en ná 'n hipnose-sessie ter verfrissing van die geheue van 'n potensiële getuie, is nòg die potensiële getuie nòg die hipnotiseur in staat om te sê of 'n werklike herinnering opgediep is.[119]

Daar bestaan 'n beskouing dat bovermelde besware of geskilpunte ondervang kan word deur navolging van die

115 Sien par 8 3 supra.

116 People v Shirley 641 P 2d 775 800 (1982). Sien ook Carter 1982 (60) Wash U L Q 1059 1071 en Falk 1982 (57) St John's L Rev 30 53 vn 143.

117 State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 (1982).

118 Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 336-337.

119 People v Shirley 641 P 2d 775 803 (1982). In State v Mack 292 N W 2d 764 768 (1980) is bv ook bevind: "[W]here the best expert testimony indicates that no expert can determine whether memory retrieved by hypnosis, or any part of that memory is truth, falsehood or confabulation ... [s]uch results are not scientifically reliable as accurate." Sien ook People v Gonzales 329 N W 2d 743 746 (1983).

"procedural safeguards"-benadering en deur die daarstelling van 'n verdere vereiste dat die getuienis slegs ontvang kan word as dit deur onafhanklike getuienis gestaaf word.[120] Hierdie beskouing word nie ondersteun nie omdat die[121] "[r]eliability of hypnotically generated testimony, not its plausibility, should determine whether it is accepted ... [S]uch evidence does not become admissible because other evidence corroborates it."

8 4 4 Die konstitusionele benadering[122]

Met bovermelde benadering word bedoel dat grondwetlike waarborge as uitgangspunt moet dien. Twee grondwetlike waarborge is ter sprake: die reg om getuies te konfronteer[123] en die reg dat geen persoon ontneem sal word van

120 Sien die afwykende uitspraak van regter Hays in State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 1297 (1982).

121 People v Hughes 452 N Y S 2d 929 932 (1982). Met 'n beroep op hierdie saak, betoog Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 967 ook heeltemal tereg soos volg: "Because Frye requires that the hypnotic process itself be reliable in producing accurate memories, the existence of facts corroborating the hypnotic memories is irrelevant."

122 Sien oor die algemeen State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 1273-1274 (1982).

123 Sien die 6e amendement op die grondwet van die VSA. In par 2 3 3 supra is gewys op die feit dat die idee van konfrontasie soms gekoppel word aan 'n vroeë godsoordeel, nl die tweegeveg.

sy "life, liberty or property without due process of law" nie.[124] Die konfrontasie-waarborg[125] is in 'n mate 'n komponent van die breër "due process"-waarborg, maar word hieronder apart bespreek omdat dit streng gesproke slegs in die strafbewysregtelike sfeer - en uit die oogpunt van die beskuldigde[126] - as waarborg geld. Die "due process"-waarborg het 'n wyer strekking.[127]

8 4 4 1 Die reg van die beskuldigde om getuies te konfronteer

In California v Green[128] het die United States supreme court bevind dat die reg om getuies te konfronteer[129] "(1) insures that the witness will give his statement under oath - thus impressing him with the seriousness of the matter and guarding against the lie by the possibility of a penalty of perjury; (2) forces the witness to submit to cross-examination ... [and] ... (3) permits the jury ... to observe the demeanor of the witness ..." Eedaflegging en kruisondervraging - asook die feitebeoordelaar se geleentheid om die gedrag, houding en spreekmanier van die getuies waar te neem - is reeds

124 Sien die 5e en 14de amendemente op die grondwet van die VSA.

125 Sien oor die algemeen Graham 1978 (56) Tex L Rev 151.

126 Sien oor die algemeen regter Gordon se afwykende uitspraak in Lemieux v Superior Court of Arizona 644 P 2d 1300 1304 (1982).

127 Sien par 8 4 4 2 infra.

128 399 US 149 (1970).

129 158 van die verslag.

vroeër in hierdie werk[130] identifiseer as faktore of oorwegings wat die Engelsregtelike prosesmodel ten grondslag lê en as't ware uitvloeisels is van die mondelinge karakter van die verhoor. Daar sou gesê kan word dat die United States supreme court se wye uitleg van die "right to confront"-bepaling in die sesde amendement op die grondwet van die VSA, eintlik in effek slegs 'n samevatting is van dáárdie gemeenregtelike beginsels wat - kultuur-histories gesproke[131] - noodsaaklik geag word vir behoorlike en regverdige beregting.

In die lig van voorgaande kan gesê word dat die konstitusionele benadering wat geskoei is op die konfrontasie-waarborg, in wese die volgende vraag betrek: is die ontvangs van getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is, versoenbaar met daardie minimum-vereistes wat deur die akkusatoriale prosesmodel[132] vir die behoorlike en regverdige beregting van 'n geding gestel word? Meer spesifiek gestel: watter effek het 'n voorverhoor-hipnose-sessie op die oogmerke van eedafleging, kruisondervraging en die beginsel dat die feitebeoordelaar die gedrag, houding en spreekmanier van 'n getuie moet kan waarneem?

(a) Eedaflegging (met bevestiging om die waarheid te praat as ekwivalent). Beaver verduidelik dat[133] "an

130 Sien par 2 2 supra.

131 Sien vn 98 in par 2 6 supra.

132 Sien oor die algemeen vn 3 in par 2 2 supra.

133 Beaver 1983 (6) U Puget Sound L

oath-taking ceremony, if anything, strongly cautions a witness against knowingly testifying to false statements ... Hypnosis, however, destroys this ... function ... The witness claims only one thing: a 'new' memory. What is remembered may be either accurate or inaccurate, but the witness cannot know which, and thus by definition can never knowingly perjure himself. Through hypnosis, the oath-taking purpose underlying confrontation is effectively neutralized." Aanvullend tot hierdie betoog, kan ook gesê word dat daar 'n risiko is dat die getuie onverskillig teenoor die meineedstrafsanksie kan staan: die "sielkundige druk" van die sanksie word verminder omdat die getuie teenstrydighede en onakkuraathede in sy getuienis aan die voorverhoor-hipnose-sessie kan toeskryf. Alhoewel daar nog nie in regspraak behoorlik ingegaan is op die effek wat hipnose as geheueverfrissingstegniek op die oogmerke van eedaflegging kan hê nie, is daar darem ten minste twee sydelingse verwysings na die problematiek in hierdie verband.[134]

Rev 155 198-199 (my beklemtoning).

134 Een jaar nadat die "admissibility-credibility"-benadering in Harding v State 246 A 2d 302 toegepas is, is een dimensie van die konstitusionele benadering soos volg in United States v Miller 411 F 2d 825 (2d Cir 1969) gestel: "[H]ypnosis had arguably placed at least some obstacle in the way of one of the most valuable protections accorded ... [the accused] ... by the Sixth Amendment - the possibility that the sanctity of the oath ... might lead ... [the witness for the prosecution] ... to recant his identification or at least to admit to doubt." In State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 1274-1275 (1982) is met oënskynlike goedkeuring verwys na die volgende stelling van Haward en

(b) Kruisondervraging. Diamond[135] - 'n sterk voorstaander van 'n per se ontoelaatbaarheidsreël ten aansien van getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is - beweer dat 'n getuie ná 'n hipnose-sessie ter verfrissing van sy geheue, in die meeste gevalle nie tussen sy pre-hipnotiese geheue en sy post-hipnotiese geheue kan onderskei nie en 'n oordrewe vertroue in sy getuienis kan hê bloot omdat hy glo dat die hipnose-sessie sy geheue "korrek" gestimuleer het. Op die voetspoor van Diamond, word in Commonwealth v Nazarovitch soos volg beslis:[136] "[T]he hypnotic subject, upon awakening, is often imbued with a confidence and conviction as to his memory ... Prehypnosis uncertainty becomes molded ... into certainty ... The subject's firm belief in the veracity of his enhanced recollection is honestly held, and cannot be undermined through cross-examination."

Falk[137] reken egter dat kruisondervraging van sowel die

Ashworth in 1980 Crim L Rev 469 476: "[T]he oath or affirmation loses its meaning, for whilst the witness may be prepared to tell the whole truth and nothing but the truth as he or she sees it, what the witness honestly believes to be truth could be a purely fictitious piece of information planted in the mind of the witness during hypnosis."

135 Diamond 1980 (68) Calif L Rev 313 337 en 339.

136 436 A 2d 170 174 (1982).

137 Falk 1982 (57) St John's L Rev 30 55. Falk beweer ook (Ibid) : [T]he additional confidence in a witness' testimony induced by hypnosis need not violate a defendant's sixth amendment rights any more than confidence induced through more conventional and accepted techniques,

getuie as die hipnotiseur die nodige beskerming bied - veral wanneer die beveiligingsmaatreëls,[138] soos gestel in State v Hurd,[139] ten opsigte van die hipnose-sessie nagekom is. Maar dit gaan, met respek, nie slegs om die formele bevrediging van die kruisondervragingsvereiste wat die akkusatoriale prosesmodel stel nie. Die kernvraag gaan om die effektiwiteitsgraad wat in die loop van kruisondervraging bereik kan word. In State v Mack[140] wys die Minnesota supreme court byvoorbeeld daarop dat hipnose as voorverhoor-geheueverfrissingstegniek die "ordinary indicia of reliability" vernietig en dat daar vir verhoordoeleindes 'n stadium bereik word waar dit onmoontlik raak[141] "to cross-examine such a witness in a meaningful way." Dat dit om 'n aanvaarbare effektiwiteitsgraad gaan - en nie 'n blote formele geleentheid om te kruisvra nie - blyk ook uit State ex rel Collins v Superior Court[142] waar gesê is dat die getuie immuun kan raak teen[143] "effective impeachment to ascertain the truth." En in People v Shirley[144] word ook verklaar dat hipnose as geheueverfrissingstegniek tot gevolg kan

---

such as an attorneys extensive drilling of a witness before trial."

138 Sien par 8 4 2 supra.

139 432 A 2d 86 (1981). Sien par 8 4 2 supra vir 'n bespreking van hierdie saak.

140 292 N W 2d 764 (1980).

141 769 van die verslag (my beklemtoning).

142 644 P 2d 1266 (1982).

143 1274 van die verslag (my beklemtoning).

144 641 P 2d 775 (1982).

hê dat[145] "traditional legal techniques such as cross-examination may be largely ineffective to expose ... unreliability."

(c) Gedrag, houding en spreekmanier van die getuie.[146] In State ex rel Collins v Superior Court[147] neem adjunk-hoofregter Gordon die volgende standpunt in:[148]

> The recalling of events or creating of a new memory under hypnosis cements a witness' story, and the testimony retold in minute detail becomes very convincing. The insistent manner of the witness and the apparent belief in the posthypnotic version of the occurence may deprive the jury of the value of observing the demeanor of a witness as it would have been absent the hypnotic session. 'The right to confrontation granted to defendants by the Sixth Amendment to the United States Constitution is also a valuable right for the trier of fact, allowing the witness's demeanor to be observed and his credibility weighed.'

(d) Gevolgtrekking. In die lig van die standpunte gestel in (a), (b) en (c) supra, kan aangevoer word dat die vereistes en behoeftes van die akkusatoriale proses-model 'n groot struikelblok plaas in die weg van die ontvangs van getuienis wat die resultaat van hipnose

---

145 804 van die verslag.

146 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 7 in par 2 2 supra. Observasie van 'n getuie se gedrag, kan so ver teruggevoer word as die godsoordeel bekend as die "corsnaed": sien par 2 3 1 supra.

147 644 P 2d 1266 (1982).

148 1274 van die verslag. Die aanhaling waarop die regter steun is uit State v Thomas 515 P2d 865 870 (1973).

as geheueverfrissingstegniek is. Dat die vereistes en behoeftes van die akkusatoriale prosesmodel in die uitsluiting van getuienis 'n rol kan speel, is reeds gewys.[149] Morgan[150] se verduideliking van die oorsprong en ontwikkeling van die hoorsêreël, is in hierdie konteks besonder relevant.[151]

8 4 4 2 Die "due process"-benadering

Die "due-process"-waarborg beteken, bondig gestel, dat in ooreenstemming met die voorskrifte en beginsels van die reg opgetree moet word. Dit betrek "certain immutable principles of justice"[152] en het uiteraard 'n wye strekking. Dit kom byvoorbeeld ter sprake op sowel die materiële[153] as prosesregtelike[154] terrein.

149 Sien par 2 5 supra.

150 Morgan Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation 106-114.

151 Sien par 2 5 supra vir 'n bondige uiteensetting van Morgan se beskouing.

152 Holden v Hardy 169 US 366 369 (1897).

153 Sien bv Allgeyer v Louisiana 165 US 578 (1897).

154 In re Winship 397 US 358 (1970) bied 'n goeie voorbeeld van die toepassing van die "due-process"-waarborg op die terrein van die bewysreg. In hierdie saak is beslis dat die "due process"-waarborg (soos vervat in die 14e amendement) verhoed dat die gevestigde strafbewysmaatstaf van bewys bo redelike twyfel vir doeleindes van sekere verhore van jeugdige oortreders, met 'n mindere maatstaf vervang kan word.

In Stovall v Denno[155] het die United States supreme court aangetoon dat getuienis betreffende die identifikasie van 'n beskuldigde die "due-process"-waarborg skend in 'n situasie waar die voorafgaande uitkenningsparade of -verrigtinge aangemerk kan word as[156] "unnecessarily suggestive and conducive to irreparable mistaken identification."

Wat is die posisie waar 'n identifikasie volg nadat 'n getuie vir doeleindes van geheueverfrissing gehipnotiseer is? Met verwysing na Stovall v Denno supra, het regter Pashman in State v Hurd[157] (waar die "procedural safeguards"-benadering gevolg is) soos volg opgemerk:[158]

> In most cases, the due process inquiry will be closely related to the threshold determination of admissibility. If the hypnotically refreshed testimony is inadmissible because of its unreliability, there will be no need to consider the due process issue. Conversely, it is difficult to imagine that an identification would violate due process once the court has determined that the testimony satisfies the more stringent standard for reliability we have established today.

Die bovermelde standpunt is egter slegs geldig as aanvaar word dat die "procedural safeguards"-benadering die risiko van suggestie uitskakel of afdoende verminder -

155 388 US 293 (1967).

156 302 van die verslag.

157 432 A 2d 86 (1981).

158 96 van die verslag.

iets wat die meeste howe weier om te aanvaar.[159]

Wat hipnose as geheueverfrissingstegniek betref, kom die "due process"-waarborg egter nie slegs ter sprake in geval van post-hipnotiese identifikasie nie. In State v Hurd supra het die hof in geen stadium aandag geskenk aan die breër implikasies van die "due process"-waarborg nie. Daar is ten minste twee verdere oorwegings wat aan "due process" gekoppel kan word:

(a) In People v Tait[160] is 'n sleutelgetuie se voor-verhoor-geheueverfrissing met behulp van hipnose vergelyk met die[161] "tamper[ing] with evidence material to a defendant's guilt or innocence." Indien hierdie vergelyking geldig is, word "due process" geskend (en kom regsetiese aspekte ook in gedrang).

(b) Wanneer 'n hipnotiseur as deskundige getuie ten gunste van hipnose as geheueverfrissingstegniek getuig, spreek hy noodwendig 'n reeks opinies uit. Die kumulatiewe effek van hierdie opinies wentel om die betroubaarheid van die betrokke herinnering soos opgewek onder hipnose. In oorweging word gegee dat die hipnotiseur eintlik 'n opinie uitspreek dat die betrokke getuie geglo moet word. Op hierdie basis kan betoog word dat die hipnotiseur die

159 Sien oor die algemeen para 8 4 4 2 en 8 4 4 3 supra.

160 297 N W 2d 853 (1980).

161 857 van die verslag.

rol van 'n soort eedhelper[162] vervul - iets wat nouliks met die "due-process"-waarborg versoenbaar is.

8 5 Suid-Afrika : 'n vooruitskouing en die relevansie van die Amerikaanse ervaring

Dit is sekerlik nie té vergesog nie om te beweer dat 'n Suid-Afrikaanse hof in een of ander stadium gekonfronteer sal word met die toelaatbaarheidsvraag betreffende

---

162 Sien par 2 3 2 supra tav die rol wat eedhelpers in die vroeë regspleging gespeel het. In United States v Awkward 597 F 2d 669 het die betrokke hipnotiseur getuig dat die getuie se geheue akkuraat verfris is deur middel van hipnose. Dié getuienis is gelewer vóórdat die betrokke getuie getuig het en vóórdat daar 'n aanval op die getuie se geloofwaardigheid was. Op appèl word die toelating van die hipnotiseur se getuienis gekritiseer aangesien dit geskied het (op 670 van die verslag) "without weighing the possibility of prejudice in having a nationally recognized expert testify as an oath-helper in support ... [of the witness]". Vlg die ninth circuit kan die hipnotiseur slegs getuig waar die teenparty die betrokke getuie se "ability to recall" aanval - maar selfs dan mag die hipnotiseur nie 'n opinie uitspreek oor die betroubaarheid van die spesifieke getuie se herroeping onder hipnose nie. Vlg die hof moet die hipnotiseur se getuienis beperk word tot die beginsels van hipnose en die effek wat hipnose op die getuie gehad het. In oorweging word egter gegee dat die hipnotiseur nie langs hierdie weg sy rol van "eedhelper" kan ontduik nie, omdat hy nog steeds oor die effek van hipnose op die getuie getuig en dus tog maar 'n "geloofwaardigheidsopinie" uitspreek. Vgl egter ook Haward en Ashworth 1980 Crim L Rev 469 479-480.

getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is. Hoe sal of behoort die hof te reageer? In die lig van plaaslike bewysregtelike beginsels, die Amerikaanse ervaring en die (huidige) botsende beskouings van deskundiges oor die betroubaarheid van hipnose as geheueverfrissingstegniek, behoort die getuienis uitgesluit te word. My basiese redes is voos volg:

(a) Die "admissibility-credibility"-benadering en die "procedural safeguards"-benadering is naïewe benaderings wat nie versoen kan word met die relevantheidsgrondreël van ons bewysreg nie. Die volgende stelling van appèlregter Nestadt in S v Shabalala[163] is ook gepas:[164] "[T]he distinction between admissibility and weight must not be blurred ... [I]f the latter is so inconsequential and the relevance accordingly so problematical, there can be little point in receiving the evidence." Getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is, gee aanleiding tot 'n groot aantal sydelinge geskilpunte wat buite verhouding is met die bewyswaarde van die eindresultaat waarna gestreef word - en die potensiaal om te benadeel is groot.

(b) Die afwesigheid van 'n Frye-toets in die Suid-Afrikaanse bewysreg, beteken nie dat daar 'n leemte in die Suid-Afrikaanse bewysreg bestaan nie. Soos vroeër betoog, is die Frye-toets in wese 'n spesifieke relevant-

---

163 1986 4 SA 734 (A).

164 743F-G van die verslag.

heidstoets. As die getuienis nie oor die potensiaal beskik om 'n redelike afleiding met betrekking tot die feite in geskil te kan regverdig nie, is dit irrelevant[165] - 'n standpunt waarop hoofregter Innes sterk gestaan het in R v Trupedo.[166]

(c) Die afwesigheid van konstitusionele waarborge

165 Schmidt 114 verklaar soos volg: "[A]s die produk van 'n masjien, instrument, toestel of apparaat as 'n bron van ter sake dienende inligting aangebied word, sal die hof daarvan gebruik maak indien dit 'n betroubare bron is. Omgeskep in bewysregtelike terminologie kom dit daarop neer dat die produk relevante getuienis moet wees. Getuienis is relevant as 'n afleiding omtrent 'n feit in geskil redelikerwys daarop gebaseer kan word. So 'n afleiding kan slegs gemaak word as die instrument betroubaar is." Hierdie beskouing kan, mi, ook toegepas word op hipnose as geheueverfrissingtegniek.

166 1920 AD 58. Op 63 van die verslag word die volgende gesê: "[T]o draw inferences from the actions of a trailing hound as to the identity of a particular individual ... is to enter a region of conjecture and uncertainty. We have no scientific or accurate knowledge as to the faculty by which dogs of certain breeds are said to be able to follow the scent of one human being, rejecting the scent of all others ... [T]here is too much uncertainty as to the constancy of ... [the dog's] ... behaviour and as to the extent of the factor of error involved to justify us in drawing legal inferences therefrom. And therefore it should not be regarded as relevant." Sien voorts ook S v Shabalala 1986 4 SA 734 (A) 740H en para 11 06 1 tot 11 06 6 van die Verslag van die Botha-kommissie. In S v Shabalala supra is die Amerikaanse benadering tot die toelating van getuienis betreffende die gedrag van polisiehonde, verwerp.

in die Suid-Afrikaanse bewysreg, skep ook nie 'n probleem nie. In die konteks van ons gemeenregtelike prosesmodel, is die oogmerke van eedaflegging,[167] kruisondervraging[168] en die waarneming van 'n getuie se gedrag, houding en spreekmanier,[169] ook beskermingswaardig.

(d) Die regsproses het eiesoortige behoeftes en stel sekere vereistes wat nie noodwendig relevant of noodsaaklik ten aansien van die beoefening van ander wetenskappe of ander dissiplines is nie. Daar moet gewaak word teen 'n denkrigting dat die sukses wat met behulp van hipnose op ander terreine behaal word, 'n goeie rede is om hipnose as geheueverfrissingstegniek in die regsproses te betrek. Die oogmerke van dissiplines verskil:[170] "While the historical acccuracy of recall may not be significant for psychotherapy purposes, it is the very quality at stake in the controversy surrounding forensic hypnosis."

(e) Die Amerikaanse ervaring leer dat die ontvangs van getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is, praktiese en teoretiese gevolge het wat die struktuur van die toepaslike prosesmodel

167 Sien oor die algemeen S v Bothma 1971 1 SA 332 (K).

168 Sien oor die algemeen S v Mcolweni 1973 3 SA 106 (OK).

169 Vgl egter oor die algemeen S v Mgengwana 1964 2 SA 149 (K).

170 Commonwealth v Nazarovitch 436 A 2d 170 174 (1982).

ernstig versteur.[171] Harding v State[172] - die beslissing wat die bal aan die rol gesit het - was 'n ondeurdagte beslissing waarin al die implikasies nie voorsien is nie. 'n Suid-Afrikaanse hof behoort nie 'n soortgelyke fout te begaan nie.

(f) Uit die breër perspektief van regsbeleidsoorwegings, kan met vrug kennis geneem word van die volgende stelling in State ex rel Collins v Superior Court[173] waar getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is, ontoelaatbaar bevind is:[174] "To those who feel that we are overly apprehensive and cautious on the subject of hypnosis, we can only state that the law has long recognized that there are few dangers so great in the search for truth as man's propensity to tamper with the memory of others ... It is in the interest of the judicial system and society as a whole that such risks be minimized."

In die lig van voorgaande kan gesê word dat getuienis wat die resultaat van hipnose as geheueverfrissingstegniek is, nie deur wetgewing toelaatbaar gemaak behoort te word nie - en wetgewing van hierdie aard in die staat Oregon,[175] kan nie geregverdig word nie. Die basiese

171 Sien spesifiek par 8 4 4 1 supra.

172 246 A 2d 302 (1968). Sien par 8 4 1 supra.

173 644 P 2d 1266 (1982).

174 1296-1297 van die verslag.

175 Hierdie wetgewing - wat slegs igv

beginsel wat hier ter sprake is, is soos volg geformuleer deur die Botha-kommissie in reaksie op die polisie se vertoë dat getuienis betreffende die gedrag van 'n polisiehond in die opsporing en identifisering van 'n beskuldigde,

---

strafsake geld en wat bekend staan as die Hypnotized Witness Statute (Oregon Revised Statutes (ORS) 136 675-695 (1979)) - word bespreek deur McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 666 688-692. Die wetgewing is geskoei op die "procedural safeguards"-benadering wat in par 8 4 2 supra bespreek en gekritiseer is. ORS 136 675 bepaal bv soos volg: "If either prosecution or defense in any criminal proceeding in the State of Oregon intends to offer the testimony of any person, including the defendant, who has been subjected to hypnosis, mesmerism or any other form of the exertion of will power of suggestion which is intended to or results in a state of trance, sleep or entire or partial unconsciousness relating to the subject matter of the proposed testimony, performed by any person, it shall be a condition of the use of such testimony that the entire procedure be recorded either on videotape or any mechanical recording device. The unabridged videotape or mechanical recording shall be made available to the other party or parties ..." En ORS 136 695 bepaal dat geen getuienis "secured in violation ... [of the provisions] ... shall be admissible." Sover vasgestel kon word, is die geldigheid van voormelde wetgewing nog nie aan 'n konstitusionele toets in 'n geregshof onderwerp nie. Mi, is die kanse goed dat die "konfrontasie"-waarborg en die "due process"-waarborg die ongeldigheid van die betrokke wetgewing tot gevolg kan hê: sien oor die algemeen para 8 4 4 1 tot 8 4 4 2 supra. Voorts kan die wetgewing gekritiseer word op die basis dat dit die Frye-toets ignoreer in omstandighede waar die meeste howe beslis het dat die Frye-toets die toepaslike toets is en dat hipnose as geheueverfrissingstegniek nie die Frye-toets bevredig nie.

deur wetgewing toelaatbaar gemaak moet word:[176] "Omdat die fundamentele toets vir die toelating van getuienis ... die relevantheid daarvan is, sou wetgewing wat irrelevante getuienis toelaatbaar maak, onwenslik wees."

Alles in ag genome, is hipnose as geheueverfrissingstegniek hoogstens 'n verskynsel wat in die ondersoek van 'n misdaad of delik 'n rol kan vervul - en die party wat 'n hipnose-sessie inisieer, loop natuurlik die risiko dat die betrokke getuie se getuienis dan nie later ontvang sal word nie weens die wesenlike gevaar dat kontaminasie tussen die pre-hipnotiese en post-hipnotiese geheue kan bestaan.

Sommige Amerikaanse howe het hul bereid verklaar om die getuienis van 'n getuie te ontvang waar bewys kan word dat hy op grond van sy pre-hipnotiese geheue kan getuig[177] - 'n benadering wat tereg deur Mickenberg as[178] "one compromise too many" aangemerk word.[179]

Dat die howe hier met 'n besondere dilemma worstel, blyk

---

176 Par 11 06 6 van die Verslag van die Botha-kommissie.

177 Commonwealth v Taylor 439 A 2d 805 (1982); State v Palmer 313 N W 2d 648 655 (1981); State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 (1982); State v Wallack 312 N W 2d 387 (1981); State v Koehler 312 N W 2d 108 (1981).

178 Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 929. Sien ook oor die algemeen Beaver 1983 (6) U Puget Sound L Rev 155 184-185 vn 190.

179 Sien ook oor die algemeen State v Mena 624 P 2d 1274 (1981).

duidelik uit State ex rel Collins v Superior Court:[180]

"We recognize, however, that there is danger even in allowing testimony of facts recalled prior to hypnosis, because the subsequent hypnosis does have an effect upon the witness' confidence in those facts ... We are persuaded, however, that with respect to the investigatory use of hypnosis, the benefit does outweigh the danger."

Dit val sterk te betwyfel of hierdie benadering geregverdig is. Ek vind veel meriete in die afwykende uitspraak van adjunkhoofregter Gordon waarin hy die volgende ses punte aanstip teen 'n benadering ingevolge waarvan 'n getuie op grond van sy pre-hipnotiese geheue kan getuig:[181]

> (1) As stated by the majority in support of its argument that hypnosis causes unreliable recall, prehypnotic memory ceases to exist after the witness is hypnotized. The act of hypnotizing ... does away ... with prehypnotic recall ... (2) The witness will frequently be required to testify as to a state of facts - the prehypnotic memory - in which he or she does not presently believe. Regardless of how improper it may seem to the witness or anyone else, the witness will be required to "stick to the script" ... (3) The prosecution will have to instruct a witness what can and cannot be said on the witness stand. Coaching a witness not to say what he or she presently believes to be the truth may run afoul of tenets of ethics ... (4) The prosecution dare not question ... [the] ... witness beyond the facts included in prehypnotic recall without risking a mistrial or reversible error ... (5) The quandary of defence counsel is worst of all ... [He] ... cannot adequately probe the prehypnotic recall on cross-examination ... because of the risk of bringing out additional

---

180 644 P 2d 1266 1296 (1982).

181 1297-1298 van die verslag.

> recall tainted by hypnosis - which we say is so unreliable ... (6) ... If a witness does stray and experts on hypnosis are called, then the judge must interrupt the trial to hold additional hearings to determine the competency of these witnesses ...

Daar kan ook betoog word dat die dilemma wat hier bestaan tot die buite-geregtelike sfeer hoort. Die party - byvoorbeeld die polisie in geval van misdaadsondersoek - word doodeenvoudig voor 'n keuse gestel: die voordeel dat verdere leidrade en getuienis[182] met behulp van 'n hipnose-sessie bekom kan word, moet opgeweeg word teen die nadeel dat die betrokke getuie vir alle praktiese doeleindes 'n "onbevoegde" getuie raak.[183] In oorweging word gegee dat die voorafgaande standpunt in Suid-Afrika gevolg behoort te word - tot tyd en wyl daar volkome helderheid is oor die effek van hipnose op 'n pre-hipnotiese geheue. 'n Benadering van hierdie aard verleen erkenning aan die rol wat hipnose vir ondersoekdoeleindes kan speel maar hou die misbruik en risiko's daaraan verbonde, buite die arena van die geregshof. Hierdie benadering,

---

182 Die sg "fruit of the poisonous tree"-leerstuk van die Amerikaanse reg geld nie tav getuienis bekom as gevolg van leidrade wat tydens 'n hipnose-sessie opgetel is nie. State v Palmer 313 N W 2d 648 655 (1981). Sien voorts Haward en Ashworth 1980 Crim L Rev 469 475-476.

183 Sien bv People v Tait 297 N W 2d 853 (1980) waar 'n getuie, ene Myers, se geheue mbv hipnose verfris is. Die hof bevind M se getuienis ontoelaatbaar en beveel dat igv 'n herverhoor die vervolging "[would be] ... absolutely prohibited from in any way using any testimony of deputy sheriff Myers ..."

sê Mickenberg,[184] "permits ... hypnotism where the technique is most valid, in locating tangible evidence, while screening out the unreliable testamentary abuses of the process."

8 6 Hipnose as geheueverfrissingstegniek ná die aanvang van getuienisaflegging

Sover vasgestel kon word, is daar slegs twee gevalle waar hipnose in die loop van getuienisaflegging as geheueverfrissingstegniek aangewend is: die gerapporteerde Kanadese saak Regina v Pitt[185] en die ongerapporteerde Amerikaanse saak State v Nebb.[186] Die skaarsheid van gewysdes op hierdie punt is geen verrassing nie. Wat wel 'n verrassing is, is dat daar inderdaad ten minste twee gewysdes oor hierdie onderwerp op te spoor is! Afgesien van die bewysregtelike besware wat hieronder teen bovermelde gewysdes ingebring kan word, moet ook uit die staanspoor aangetoon word dat hierdie gewysdes uit die oogpunt van die presendenteleer nie juis sterk dwingende krag het nie aangesien daar in beide gevalle geen beswaar deur die teenparty teen die uitsonderlike

---

184 Mickenberg 1983 (34) Syracuse L Rev 927 974.

185 (1968) 68 DLR 2d 513.

186 Saakno 39 540 (Ohio CP Franklin County, 28 Mei 1962) - soos aangehaal deur Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 596 vn 143 en McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 665 687 vn 141. Sien voorts Teitelbaum 1963 (8) St Louis U L J 205 en Herman 1964 (25) Ohio St L J 1 vir besprekings van State v Nebb supra.

prosedure aangeteken is nie - en State v Nebb supra is in elk geval 'n beslissing van 'n "county court." As die vervolging in beide gevalle beswaar sou aangeteken het teen die verdediging se uitsonderlike aanspraak om die betrokke beskuldigdes se geheues te verfris nadat laasgenoemdes reeds die getuiebank betree het, sou die uitslae stellig anders gewees het.

In Regina v Pitt supra is die British Columbia supreme court deur die verdediging versoek om 'n psigiater toe te laat om 'n beskuldigde te kon hipnotiseer in 'n poging om beweerde funksionele amnesia uit die weg te ruim. Hierdie versoek is gerig in 'n stadium toe die beskuldigde in hoofgetuienis getuig het tot op 'n punt waar sy daarop aanspraak gemaak het dat sy niks verder van die voorval kon onthou nie.[187] Die verdediging se versoek het ook behels dat die hipnose-sessie buite die getuiebank maar in die teenwoordigheid van die jurie moes plaasvind en dat die getuie na afloop van die hipnose-sessie vir doeleindes van verdere getuienisaflegging weer die getuiebank betree. Twee psigiaters het in die afwesigheid van die jurie ten behoewe van die verdediging getuig oor die wetenskaplike status van hipnose as geheueverfrissingstegniek. Langs hierdie weg het die verdediging 'n basis vir die buitengewone aansoek gelê. Regter Atkins beslis soos volg:[188]

> ... I have evidence before me which indicates that there is a recognized and efficacious medical means whereby

187 (1968) 68 DLR 2d 513 514.

188 516 van die verslag.

> recollection can be revived of those things which have been put down into the subconscious by the process of functional amnesia. All that is suggested is that ... this recognized scientific or medical method of reviving recollection be made available to the accused so that it may be, if the method is indeed efficacious in this case, that she will be able to recall things which she has forgotten and give fuller evidence in her own defence of what happened ...

Die regter gaan voort en tref 'n analogie tussen die posisie van die beskuldigde en dié van 'n fiktiewe beskuldigde wat weens 'n bloedklont op die brein geheueverlies ervaar maar wat by die chirurgiese verwydering van die klont, die relevante herinnering moontlik sal kan herroep. Omdat 'n hof laasgenoemde tipe behandeling nie behoort te weier nie, kan daar in die onderhawing geval ook geen weiering wees nie. Die regter meld dat sy analogie dalk nie perfek is nie.[189] Met respek, daar is glad nie sprake van 'n analogie nie. In die geval van die chirurgiese ingreep het 'n mens te doen met die verwydering van 'n fisiese rede vir die geheueblokkasie en is daar geen aktiewe of direkte poging om 'n "geheue te herstel" nie. Wanneer hipnose as geheueverfrissingtegniek ingespan word, is daar egter 'n aktiewe of direkte poging om 'n geheue op te wek op 'n wyse wat in ten minste een Amerikaanse gewysde vergelyk is met 'n "gepeuter" aan getuienis.[190]

Die hof het in geen stadium oorweging geskenk aan die

---

189 ibid.

190 People v Tait 297 N W 2d 853 (1980). Sien voorts par 8 4 4 2 (a) supra.

feit dat dit uiters riskant mag wees om die hipnose-sessie in die teenwoordigheid van die jurie te laat geskied nie. Die dramatiese aard van so 'n sessie mag die leek besonder beïndruk en oordrewe gewig mag aan die daaropvolgende getuienis geheg word[191] - 'n risiko wat dikwels in jurieverhore as 'n geldige grondslag aangewend word ter uitsluiting van getuienis wat tog maar geringe bewyskrag het.[192] In State v Nebb supra was die hof blykbaar bewus van hierdie risiko aangesien die beskuldigde in die afwesigheid van die jurie gehipnotiseer is.

Beide Regina v Pitt supra en State v Nebb supra kan onderwerp word aan dieselfde kritiek wat reeds tot dusver in hierdie hoofstuk teen hipnose as geheueverfrissingstegniek gelewer is[193] - met die verskil dat die risiko's verbonde aan die getuienis wat die produk of resultaat van hierdie tegniek is, aansienlik hoër is waar hipnose as't ware in die verhoorproses betrek word. McLaughlin - wat homself sterk uitspreek ten gunste van hipnose as

---

191 Sien oor die algemeen vn 57 in par 8 4 1 supra.

192 In R v Trupedo 1920 AD 58 63 verklaar hr Innes bv soos volg tav die toelaatbaarheid van getuienis betreffende die opsporing en identifisering van 'n besk deur 'n polisiehond: "And there is the further consideration arising from the dramatic nature of the testimony and the super-canine sagacity claimed for these animals by those in charge of them, that juries might be inclined to attach to such evidence a dangerously exaggerated importance."

193 Sien oor die algemeen para 8 4 1 tot 8 4 4 2 infra.

voorverhoor-geheueverfrissingstegniek - verklaar byvoorbeeld dat[194] "the potential for undue influence, manipulation, or confusion ... is unjustifiably increased during in-court hypnosis ... In view of ... the meager benefit returned to the adversarial process,[195] disruption of courtroom routine by in-court hypnosis is not justified." Alhoewel hy hierdie betoog lewer om aan te toon dat dit onaanvaarbaar is dat getuienisaflegging geskied terwyl die getuie in 'n hipnotiese toestand is, kan die kern van sy betoog ook deurgevoer word na die situasie waar 'n getuie se getuienisaflegging onderbreek word vir doeleindes van 'n hipnose-sessie ter verfrissing van sy geheue: die verhoging van die inherente risiko's en die klein voordeel (geringe bewyskrag) wat bekom kan word, regverdig nie die versteuring van die gevestigde en aanvaarde verhoorproses nie.

Regina v Pitt supra en State v Nebb supra is ook nie versoenbaar met die sogenaamde liberale benadering wat in Kanada en die VSA ten aansien van geheueverfrissing in die hof voorgestaan word nie.[196] Die liberale benadering is geskoei op die beginsel dat enige vorm van stimulasie van 'n getuie se geheue vir verhoordoeleindes aanvaarbaar kan wees - maar dit moet geskied in omstandighede waar die getuie in 'n normale bewussynstoestand

---

194 McLaughlin 1981 (17) Willamette L Rev 665 685 vn 687.

195 Sien ook Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 596. Vgl egter Teitelbaum 1963 (8) St Louis U L J 205 212-214.

196 Sien par 5 9 supra.

verkeer en die teenparty volledige geleentheid gebied word om effektief of doeltreffend te kan kruisvra. Wanneer hipnose ter sprake is, is daar nie sprake van die stimulering van 'n geheue van 'n persoon wat in 'n normale bewussynstoestand is nie.[197] En wanneer die getuie getuig, is daar - soos vroër aangetoon[198] - ernstige bedenkinge oor die effektiwiteitsgraad wat in kruisondervraging bereik kan word.

In die finale instansie kan gesê word dat die feit dat Regina v Pitt supra en State v Nebb supra geen "nageslag" of "volgelinge" opgelewer het nie,[199] genoegsame aanduiding is dat dié sake 'n "geheueverfrissingsprosedure" gevolg het wat té vreemd is aan die beginsels en teorie van 'n beregtingsproses.[200] Beide voormelde sake is myns insiens 'n terugwaartse stap in die rigting van die vroeë irrasionele bewysleweringsmetodes wat kenmerkend

---

197 Sien par 8 3 supra.

198 Sien oor die algemeen par 8 4 4 1 supra.

199 Vgl egter oor die algemeen Teitelbaum 1963 (8) St Louis U L J 205 210 wat beweer dat "the Nebb case must be considered as a landmark. The fact that the court and adverse counsel were able to view the entire proceeding and make their own determination as to the credibility of the hypnotized witness is the most important aspect of the case - the first time in the history of American jurisprudence that a witness was hypnotized in the courtroom."

200 Spector en Foster 1977 (38) Ohio St L J 567 596 vn 143 beskryf State v Nebb supra as "bizarre" en as 'n saak wat "a brief flurry of interest" veroorsaak het, maar gou weer in vergetelheid verval het.

van die vroeë regspleging was.[201] Soos 'n tipiese eed-helper[202] het die psigiater in State v Nebb supra soos volg getuig:[203] "It's my opinion that the statements ... [Nebb] ... made to me ... in a hypnotic trance were factual."

---

201 Sien oor die algemeen par 2 3 supra, asook par 8 4 4 2 (b) supra.

202 Sien par 2 3 2 supra.

203 Getuienis van die psigiater soos aangehaal deur Herman 1964 (25) Ohio St L J 1 6.

AFDELING E

SLOTBESKOUINGS EN AANBEVELINGS

Hoofstuk 9 Bladsy

SLOTBESKOUINGS EN AANBEVELINGS 420

"But what did the Dormouse say?" one of the jury asked.

"That I can't remember," said the Hatter.

"You must remember," remarked the King, "or I'll have you executed."

The miserable Hatter dropped his teacup and bread-and-butter, and went on one knee ...

(Lewis Carroll Alice's Adventures in Wonderland (Penguin-uitg, Harmondsworth, 1976) 146)

HOOFSTUK 9

SLOTBESKOUINGS EN AANBEVELINGS

In hoofstuk een is daarop gewys dat Deel VI van die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965 en artikel 222 van die Strafproseswet 51 van 1977 nie in alle gevalle aangewend kan word ter oplossing van die probleem wat ontstaan wanneer 'n getuie in die getuiebank 'n onvermoë ervaar om feite in herinnering te roep nie[1]; die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure speel steeds 'n aanvullende rol. In dieselfde hoofstuk is ook aangetoon dat voormelde wetgewing nie die gemeenregtelike geheueverfrissingsprosedure verbied nie[2] en dat 'n party - om goeie taktiese redes - steeds 'n getuie se geheue kan probeer verfris ten spyte van die feit dat voormelde wetgewing op die betrokke situasie van toepassing mag wees.[3] Stimulering van die getuie se geheue, met die gevolglike vermoë om weer vlot en onafhanklik van sy aantekening te kan getuig, bevorder die mondelinge karakter van die verhoor. En soos in hoofstuk twee in die bespreking van die evolusie van die Engelse gemene bewysreg en gepaardgaande prosesmodel aangetoon is, is behoud van die mondelinge karakter van die verhoor, uit die oogpunt van die beoordeling van die gewig van getuienis, van besondere belang.

In hierdie werk is hoofsaaklik gepoog om die Engelse

---

1 Sien para 1 9 tot 1 9 4 *supra*.

2 Sien bv vn 150 in par 1 9 4 *supra*.

3 Sien oor die algemeen par 1 9 4 *supra*.

gemene bewysreg[4] se benadering ten opsigte van geheue-verfrissing te vergelyk met die ontwikkelings wat in die VSA en Kanada plaasgevind het. Soos aangetoon, word daar in die VSA en Kanada op 'n duidelike prinsipiële grondslag tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei.[5] Hierdie onderskeid het sekere praktiese gevolge.[6] Die Engelse gemene bewysreg ontken die nut van hierdie onderskeid.[7] "English law" sê Murphy[8] "has perceived no need for such subtleties." Behoort die Suid-Afrikaanse bewysreg getrou te bly aan die gemeenregtelike benadering? Of bied aanvaarding van die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling aantreklike voordele?

Myns insiens moet die laaste vraag positief beantwoord word. Uit 'n psigologiese perspektief,[9] bestaan daar goeie redes waarom daar deeglik tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei behoort te

4 Sien vn 6 in par 1 1 supra tav die gebruik van die begrip "Engelse gemene bewysreg."

5 Sien bv para 1 6, 5 9 en 5 10 supra.

6 Sien bv para 5 9, 6 5 1 en 7 6 supra.

7 Behalwe dat die Engelse gemene bewysreg tog daarop aandring dat wanneer 'n getuie geen onafhanklike herinnering het nie, die oorspronklike aantekening gebruik moet word tensy bewys kan word dat die oorspronklike vernietig of verlore: sien par 5 8 supra, asook Cross en Tapper 251.

8 Murphy A Practical Approach to Evidence 363.

9 Sien oor die algemeen hfst 3.

word. Vakterminologies beskou, is die begrippe "herinneringsherlewing" en "herinneringsherhaling" - soos deur Wigmore[10] beskryf as onderskeidelik "present recollection revived" en "past recollection recorded" - heelwat akkurater as die sambreelbegrip "geheueverfrissing" ("refreshing of memory"). Dit gaan egter nie bloot om die soeke na 'n akkurater begrip as "geheueverfrissing" nie, maar ook om die identifisering van 'n analitiese struktuur en prinsipiële raamwerk waarbinne - en psigologies grondslag waarop - die bewysreg te werk behoort te gaan in geval van die getuie wat in die getuiebank herinneringsverlies ervaar of die getuie wat buite die getuiebank met die oog op sy getuienisaflegging (of hervatting van sy getuienisaflegging) 'n aantekening raadpleeg. Ek het probeer om aan te toon dat die bewysregtelike reëls en gevolge van "geheueverfrissing" in 'n groot mate afhanklik is van, en dikwels in direkte verband gebring behoort te word met, die beantwoording van die volgende vraag: is herinneringsherlewing of herinneringsherhaling aanwesig? Anders gestel: getuig die getuie op grond van 'n opgewekte herinnering (die aantekening was bloot 'n stimulant) of herhaal die getuie bloot die inhoud van die aantekening (hy steun op 'n vroeëre herinnering soos wat hy dit in opgetekende vorm vind)?

In hoofstuk vyf is byvoorbeeld betoog - op die voetspoor van die Amerikaanse bewysreg - dat waar die hof bevind

---

10 Wigmore par 725. Sien ook oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 39 in par 1 6 supra.

dat 'n getuie herinneringsherlewing ervaar, behoort die egtheid, herkoms en akkuraatheid van die aantekening (die stimulant) nie noodwendig 'n deurslaggewende rol te speel nie. Die streng vereistes wat die Engelse gemene bewysreg stel, behoort in so 'n geval in die diskresie van die regspreker geïgnoreer te kan word. Hierdie liberale benadering vind prinsipiële regverdiging in die feit dat enige eksterne prikkel 'n herinnering kan laat herleef, asook die feit dat objektiewe regsreëls nouliks kan bepaal wat 'n getuie subjektief ervaar. "...[T]he substance of the writing used to refresh memory should be of no consequence if the memory is in fact refreshed... Within the ambit of refreshing the memory, the witness swears to the truth of his oral testimony, not to that of the writing used to recall it ..."[11] Hierdie soge-naamde liberale benadering bots nie met die beginsels van die akkusatoriale[12] prosesmodel nie aangesien die relevante aantekening steeds vir doeleindes van kruis-ondervraging aan die teenparty beskikbaar gestel moet word.[13] Die liberale benadering strook nie noodwendig met die streng karakter van die Engelse gemene bewysreg nie. Maar dit is ten minste 'n realistiese benadering wat op grond van algemene lewenservaring en psigoloë se beskouings van die mens se geheue, verdedig kan word.

11 Walker 1975 (6) Cum L Rev 471 474.

12 Sien oor die algemeen die gesag aangehaal in vn 3 in par 2 2 supra.

13 "Beskikbaarstelling" - en die algemene oogmerke daarvan - is bespreek in par 6 2 tot 6 4 supra.

En voorts klop die liberale benadering met die algemene denkrigting dat die Anglo-Amerikaanse bewysreg meer ontspanne behoort te wees en groter vertroue in die oordeel van die feitebeoordelaar behoort te stel[14] - veral in verhore waar geen jurie aanwesig is nie. Dit is immers in die finale instansie die mens - en nie die reg nie - wat die feitebevindingstaak moet verrig. In hierdie werk is aangetoon dat daar amper twee eeue gelede in die Engelse bewysreg - ingevolge die sogenaamde klassieke benadering[15] - wel tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling onderskei is. Maar hierdie onderskeid het vervaag weens die latere regsprekers se versuim om 'n behoorlike inhoudsanalise van "refreshing of memory" te doen : hulle het doodeenvoudig die vereistes van herinneringsherhaling op herinneringsherlewing oorgeplant.[16] Weens hierdie analitiese blaps is die ontwikkeling en identifisering van die liberale benadering in die Engelse gemene bewysreg gestuit. Hierteenoor is daar in die VSA - en later ook in Kanada - op die grondslag van die klassieke benadering voortgebou; en die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling het tot volle wasdom gekom.

Alhoewel die Suid-Afrikaanse howe nie die liberale

14 Sien oor die algemeen die gesag in vn 153 in par 9 10 supra, asook die opmerkings in para 2 7 en 2 8 supra.

15 Sien par 5 2 supra.

16 Sien ook oor die algemeen Delisle Evidence: Principles and Problems 140.

benadering volg nie, wil dit tog blyk asof daar in 'n toenemende mate in regspraak erkenning verleen word aan die nut van 'n onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling. Die beslissings in Ex parte Minister van Justisie: in re S v Wagner[17] en Van den Berg v Streeklanddros Vanderbijlpark[18] is goeie voorbeelde. Hierdie gewysdes is reeds elders bespreek[19] en met die prinsipiële onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling in verband gebring. Uit beide hierdie beslissings - asook uit die terloopse opmerkings van die appèlhof in S v Bergh[20] - kan duidelik bespeur word dat die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling reeds op indirekte wyse in die Suid-Afrikaanse bewysreg erken en benut word.

In hierdie werk is ook standpunt ingeneem dat wanneer die prinsipiële onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling gehandhaaf word, dan blyk dit duidelik dat die Engelsregtelike teorie[21] dat mondelinge getuienis ontvang word selfs in daardie gevalle waar die getuie hom uitsluitlik op die inhoud van die aan-

---

17 1965 4 SA 507 (A). Sien veral 511E van die verslag.

18 1985 3 SA 960 (T). Sien veral 967F van die verslag.

19 Sien para 7 4 3 en 7 6 supra.

20 S v Bergh 1976 4 SA 857 (A). Sien veral 865C-D van die verslag.

21 Sien oor die algemeen para 2 6 en 6 5 1 supra, asook Cross en Tapper 252.

tekening verlaat, nie geldig is nie.[22] Op die praktiese gevolge van 'n onwilligheid om te erken dat dit in die geval van herinneringsherhaling om die ontvangs van die inhoud van die aantekening gaan, is reeds gewys.[23] Maar gelukkig is daar sterk aanduidings dat die Suid-Afrikaanse howe nie op die dwaalspoor van die Engelse reg sal voortbou nie. Die gemenereg se dwaalspoor om herinneringsherhalingsgevalle onder die sambreelbegrip "geheueverfrissing" te betrek en dit dan te akkommodeer op die basis dat dit deurgaans om die ontvangs van mondelinge getuienis gaan, is byvoorbeeld moeilik versoenbaar met regter Le Roux se akkurate analise in Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark.[24]

Wanneer die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling gehandhaaf word, is 'n beginselbenadering ook moontlik in die suksesvolle oplossing

22 Sien par 6 5 1 supra, en veral die redes soos aangevoer in par 6 5 1 (a) tot 6 5 1 (h).

23 Sien die bespreking van Germiquet v Hubbard 41 N W 2d 531 (1950) in par 6 5 1 supra.

24 1985 3 SA 960 (T) 967F: "Verder kan dit nie gesê word dat hierdie getuie nie 'n onafhanklike herinnering gehad het oor die gebeure nie. Al wat hy gedoen het, is net eenvoudig om sy geheue weer te stimuleer. Hy het wel getuig oor die gebeure wat hy kon onthou. Hy was nie aangewese op die dokument vir sy getuienis nie en gevolglik kan die dokumente ook nie op daardie grond toegelaat word as getuienis in die hof nie." Sien ook op 963E-H die regter se bespreking van R v O'Linn 1960 1 SA 545 (N) en sy aanvaarding van Schmidt 308 se interpretasie van dié saak.

van sommige probleme wat kan ontstaan waar 'n getuie buite die getuiebank 'n aantekening met die oog op sy getuienisaflegging (of hervatting van sy getuienis-aflegging) raadpleeg. Ek volstaan met enkele voorbeelde wat reeds in hoofstuk sewe uitgelig en bespreek is. Wanneer 'n getuie met die oog op die verhoor sy aantekening van buite leer en sy getuienis lewer bloot op grond van hierdie vroeëre memorisasie, dan is sy getuienis ontoelaatbaar en kan dit slegs ontvang word indien die aantekening wat die bron van sy getuienis is, as getuienis ingehandig word[25] (en mits die aantekening natuurlik voldoen aan die tradisionele vereistes soos bespreek in hoofstuk vyf). Ontvangs van die aantekening is 'n voorvereiste aangesien herinneringsherhaling ter sprake is: dit gaan om die bewys van die inhoud van die aantekening en die beste getuienis-reël vind aanwending.[26] Raadpleging van 'n aantekening vóór getuienisaflegging of tydens 'n verdaging, word in beginsel deur dieselfde reëls[27] beheer: die sleutelvraag is nie of die getuie sy aantekening vóór getuienisaflegging geraadpleeg het nie en of hy dit tydens 'n verdaging - toe hy tegnies nog onder eed of bevestiging of waarskuwing was[28] - gedoen het nie. Die sleutelvraag is of die getuie in

25 Sien par 7 4 3 supra.

26 Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T) 963F-G.

27 Wat regsprofessionele etiek betref, is daar wel verskille: sien par 7 2 supra en die inleidende gedeelte van par 7 6 supra.

28 Sien oor die algemeen S v Phohlo 1987 3 SA 27 (O).

die hof op grond van herinneringsherlewing of herinneringsherhaling getuig. As byvoorbeeld bevind sou word dat die getuie op grond van herinneringsherlewing getuig, is beskikbaarstelling van die aantekening nie nodig nie[29] - en natuurlik ook nie inhandiging van die aantekening as getuienis nie. Enige privilegie wat aan die aantekening mag kleef, kom dus nie in gedrang nie. Maar wanneer herinneringsherhaling ter sprake kom, kom 'n privilegie wat aan die aantekening mag kleef, wel in gedrang. Dit gaan nou om bewys van die inhoud van die aantekening - iets wat slegs sal kan geskied indien die hof sou kan bevind dat die houer van die privilegie uitdruklik of stilswyend daarvan afstand gedoen het, byvoorbeeld die kliënt[30] in geval van regsprofessionele privilegie en die staatsaanklaer (as verteenwoordiger van die staat)[31] in geval van die sogenaamde getuieverklaringsprivilegie.

Deurlopende handhawing van die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling, bring noodwendig mee dat 'n hof telkens sal moet bevind watter een van die twee gevalle aanwesig is.[32] Daar is reeds vroeër in hierdie werk gewys op die feit dat daar nie altyd 'n duidelike skeidslyn tussen herinneringsherlewing

29 Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T).

30 Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K).

31 Van den Berg v Streeklanddros, Vanderbijlpark supra 963B, 966F en 967E.

32 Sien ook die opmerkings gemaak in die slotgedeelte van par 4 3 4 supra.

en herinneringsherhaling kan bestaan nie.[33] In US v Ricardi[34] is byvoorbeeld gesê dat herinneringsherlewing en herinneringsherhaling[35] "are, in practice, converging rather than parallel lines; the difference is frequently one of degree." Maar terselfdertyd is daar ook in dié saak gesê dat dit aksiomaties is dat die bewysreg dikwels van 'n hof vereis om 'n moeilike bevindingstaak te verrig.[36] Die voordele wat bereik word wanneer 'n onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling gehandhaaf word, behoort nie verlore te gaan bloot omdat dit moeilik mag wees om te bevind watter kategorie voorhande is nie. In elk geval, dit blyk dat die howe geen ernstige probleme in hierdie verband ervaar nie.[37] Daar móét doodeenvoudig na die een of die ander kant beslis word.[38]

33 Sien die slotgedeelte van par 1 7 supra.

34 174 F 2d 883 (3d Cir 1949).

35 889 van die verslag.

36 Sien die beklemtoonde gedeeltes in die aanhaling uit US v Ricardi supra, soos vervat in vn 129 in par 5 9 supra.

37 Sien die gesag aangehaal in vne 63 en 64 in par 6 4 2 supra. Sien ook oor die algemeen die bespreking van die Australiese gesag in par 7 4 3 supra. Vgl egter ook Yskor Utiliteitswinkel (Edms) Bpk v Maia 1985 2 PH F32 (A) soos bespreek in par 7 4 2 supra.

38 Daar kan in hierdie verband vermeld word dat selfs in die Engelse gemene bewysreg, daar van die hof verwag word om, mbt tot die vraag of 'n oorspronklike aantekening gebruik moet word, te beslis of die getuie 'n onafhanklike herinnering het of nie: sien par 5 8 supra.

My finale slotsom is dat die onderskeid tussen herinneringsherlewing en herinneringsherhaling geldig en nuttig is. En my aanbeveling is dat die geheueverfrissingsprosedure in die Suid-Afrikaanse bewysreg op 'n sterker analitiese grondslag geplaas kan word indien voorgaande onderskeid gehandhaaf word. Daar behoort voortgebou te word op dáárdie Suid-Afrikaanse beslissings waar voormelde onderskeid reeds op indirekte of selfs tentatiewe wyse erkenning geniet het.

Ten slotte moet ook gewys word op twee verdere geheueverfrissingsaspekte wat in hierdie werk ondersoek is, naamlik wetgewing wat op geheueverfrissing - as komponent van 'n party se fundamentele reg om 'n billike geleentheid te kry om vir sy verhoor voor te berei - inbreuk maak[39] en, voorts, die aanwending van hipnose as geheueverfrissingstegniek.[40]

Wat artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977 en artikel 29(8) van die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982 betref, is my bevindings en aanbevelings soos volg:

(a) Die reg wat ingevolge artikel 335 aan 'n beskuldigde verleen word, behoort ook verleen te word aan die verdedigingsgetuie wat vroeër 'n polisieverklaring[41] gedoen

39 Sien oor die algemeen para 7 5 tot 7 5 3 supra.

40 Sien hfst 8.

41 Die gebruik van die begrip "polisieverklaring" word verduidelik in vn 123 in par 7 5 2 supra.

het. Die wetgewer behoort terug te keer na die posisie soos wat dit was ingevolge artikel 380 van die Strafproseswet 55 van 1956.[42] Dit is onbillik en onverdedigbaar dat verdedigingsgetuies wat polisieverklarings gedoen het, die geleentheid ontneem word om met behulp van hierdie verklarings hul geheues met die oog op die verhoor te verfris. Daar is geen rede waarom 'n verhoor in 'n "geheue-toets" - eerder as 'n objektiewe soeke na die waarheid - moet ontaard nie.

(b) Artikel 29(8) ignoreer die fundamentele beginsels wat die akkusatoriale prosesmodel ten grondslag lê, naamlik dat partye in die voorbereiding en aanbieding van hul onderskeie weergawes gelyke geleenthede behoort te geniet.[43] Bestaan daar werklik genoegsame rede waarom 'n artikel 29-aangehoudene wat later aangekla word, nie soos 'n gewone beskuldigde 'n beroep op artikel 335 van die Strafproseswet 51 van 1977 kan doen nie? Die wetgewer behoort die regsposisie te wysig om te klop met die beslissing in S v Nkosi.[44]

Oor hipnose as geldige geheueverfrissingstegniek, het ek tot 'n negatiewe slotsom geraak. My beskouings in die verband, is in die vorige hoofstuk uiteengesit.[45]

42 Sien die inleidende gedeelte van par 7 5 1 supra.

43 Sien oor die algemeen par 7 5 2 supra.

44 1964 4 SA 70 (W).

45 Sien veral para 8 4 3 tot 8 6 supra.

LYS VAN GEWYSDES

AA Mutual Insurance Association Ltd v Blom 1979 (1) SA 491 (O)
Allgeyer v Louisiana 165 US 578 (1897)
Ames v Nicholson [1921] SASR 224
Anderson v Whalley (1852) 3 Car en Kir 54, 175 ER 460

Bain v Moss Hutchison Line Ltd [1949] 1 KB 51
Barkway v South Wales Transport Co Ltd [1949] 1 KB 54
Bearmans Ltd v Metropolitan Police District Receiver [1961] 1 All ER 384
Birchall v Bullough [1896] 1 QB 325
Boshoff v Nel 1983 2 SA 41 (NK)
Bowes v Friedlander 1982 2 SA 504 (K)
Bradpiece v South British Insurance Co Ltd 1966 2 SA 629 (W)
Burrough v Martin (1809) 2 Camp 112, 170 ER 1098
Burton v Plummer (1834) 2 A en E 341, 111 ER 132

California v Green 399 US 149 (1970)
Cape Coast Exploration Ltd v Scholtz 1933 AD 56
Collins v State 447 A 2d 1272 (1982)
Commonwealth v Nazarovitch 436 A 2d 170 (1981)
Commonwealth v Taylor 439 A 2d 805 (1982)
Connolly v Farmer 484 F 2d 456 (5th Cir 1973)
Cornell v Superior Court 338 P 2d 447 (1959)
Creamer v State 205 S E 2d 240 (1974)
Cremer v Afdelingsraad, Vryburg 1974 3 SA 252 (NK)
Curtis v Bradley 31 Atl 591 (1884)
CW Hull Co v Marquette Cement Mfg Co 208 Fed 260 (8th Cir 1913)

Da Mata v Otto 1971 1 SA 763 (T)
Da Mata v Otto 1972 3 SA 858 (A)
Davis v Field 56 Vt 426 (1884)
De Bruin v Rex 1945 2 PH H255 (T)
Digby v Stedman 1 Esp 328 (1795)
Doe d Church and Phillips v Perkins (1790) 3 TR 749, 100 ER 838
DPP v Kilbourne [1973] AC 729
Druker v Timmerman 1939 SWA 42
Dyer v Best (1966) 4 H en C 189

Ellerine v Rex 1938 TPD (J/C 4/38)
Estate Parry v Murray 1961 3 SA 487 (T)
Evon and Evon v Noble [1949] 1 KB 222
Ex parte Minister of Justice : in R v Pillay 1945 AD 653
Ex parte Minister van Justisie : in re S v Wagner 1965 4 SA 507 (A)

Fanelli v US Gypsum 141 F 2d 216 (2d Cir 1944)
Fifth Avenue-Fourteenth Street Corp v Commissioner for Internal Revenue 147 F 2d 453 (2d Cir 1945)
Friend v Wallman [1946] KB 493
Frye v United States 293 F 1013 (D C Cir 1923)

Germiguet v Hubbard 41 NW 2d 531 (1950)
Goldman v United States 316 129 (1942)

Gregory v Tavernor (1933) 6 Car en P 280, 172 ER 1241
Groves v Redbart [1975] Crim L Rev 158

Harding v State 246 A 2d 302 (1968)
Harper v State 292 S E 2d 389 (1982)
Harris v Mayer 1911 AD 260
Harvey v Smith-Wood [1964] 2 QB 171
Hladhla v President Insurance Co Ltd 1965 1 SA 614 (A)
Henry v Lee 2 Chitty 124 (1810)
Hilton v Lancashire Dynamo Nevelin Ltd [1964] 2 All ER 769
Hoffmann v US 87 F 2d 410 (9th Cir 1937)
Holden v Hardy 169 US 366 (1897)
Holm v Smith [1956] QWN 8
Holton v Holton [1946] 2 All ER 534

In the Estate of Hill [1948] P 341
In the Estate of Powe [1956] P 110

Jackson v US 250 F 2d 897 (5th Cir 1958)
Jarman v Lambert and Cooke [1951] 2 KB 937
Jewitt v US 15 F 2d 955 (9th Cir 1926)
Johannes v Auto Protection Insurance 1962 3 SA 253 (K)
Johnston v Earle 313 F 2d 686 (9th Cir 1962)
Jones v Metcalfe [1967] 3 All ER 205
Jordan v People 376 P 2d 699 (1962)

Langham v Milne 1961 SA 811 (N)
Laubscher v Commercial Union Assurance Co of SA Ltd 1976 1 SA 908 (OK)
Lau Pak Ngam v The Queen [1966] Crim L Rev 443
Lemieux v Superior Court of Arizona 644 P 2d 1300 (1982)
Lennon v United States 20 F 2d 490 (8th Cir 1927)
Lenssen v Rex 1906 TS 154
Little v US 93 F 2d 401 (8th Cir 1937)

Macduff and Co (in liquidation) v Johannesburg Consolidated Co Ltd 1923 TPD 318
Mann v Rex 1931 SWA 54
Marti v Standard Fire Ins Co 23 A 2d 576 (1942)
Maugham v Hubbard (1828) 8 B en C 14, 108 ER 948
McGill v United States 270 F 2d 329 (DC Cir 1959)
Michael v Additional Magistrate of Johannesburg and Attorney-General 1926 TPD 331
Mojapelo v Rondalia Assurance Corp of SA Ltd 1979 3 SA 1133 (W)
Msimang v Durban City Council 1972 4 SA 333 (D)
Myers v DPP [1965] AC 1001

Owen v Edwards (1983) 77 Cr App R 191

Papalia v US 243 F 2d 437 (5th Cir 1957)
Pearson v State 441 N E 2d 468 (1983)
People v Ebanks49 P 1049 (1897)
People v Gonzales 329 N W 2d 743 (1983)
People v Hughes 452 N Y S 2d 929 (1982)
People v Shirley 641 P 2d 775 (1982)

People v Smrekar 385 N E 2d 848 (1979)
People v Tait 297 N W 2d 853 (1980)
Pillay v Cross 1937 2 PH F98 (N)
Pitout v North Cape Livestock Co-Operative Ltd 1977 4 SA 842 (A)
Polk v State 427 A 2d 1041 (1981)
Putter v Provincial Insurance Co Ltd 1963 3 SA 145 (W)

Queen v Naidanovici [1962] NZLR 334

R v Alexander [1975] VR 741
R v Alward (1976) 32 CCC 2d 416
R v Amod and Co (Pty) Ltd 1947 3 SA 32 (A)
R v Bass [1953] 1 All ER 1064
R v Bengert (No 2) [1979] 1 WWR 742 (BCSC)
R v Birch-Monchrieff 1960 4 SA 425 (T)
R v Bonnycastle, Ex parte Attorney-General of Saskatchewan (1969) 3 DLR (3d) 288
R v Boucher (1978) 44 CCC (2d) 177
R v Britton [1987] Crim L Rev 490
R v Bryant and Dickson (1946) 31 Cr App R 146
R v Carr 1949 4 SA 132 (T) 134
R v Cross 1970 1 OR 693
R v De Meyer 1949 3 SA 892 (O)
R v Elijah 1963 3 SA 86 (SR)
R v Fenlon (1980) 71 Cr App R 307
R v Filanius 1916 TPD 415
R v Fotheringham [1975] Crim L Rev 710
R v Gatebe 1961 1 PH H103 (O)
R v Governor of Gloucester Prison, ex parte Miller [1979] 2 All ER 1103
R v Graham [1973] Crim L Rev 628
R v Grieve 1947 2 SA 264 (T)
R v Harvey (1869) 11 Cox CC 546
R v Inhabitants of St Martin's Leicester (1834) 2 Ad en E 210, 111 ER 81
R v Isaacs 1916 TPD 390
R v Jonathan 1947 1 PH K4 (K)
R v K 1951 3 SA 180 (SWA)
R v Kanemeyer 1958 3 SA 56 (K)
R v Kelsey (1982) 74 Cr App R 213
R v Kerenko et al (1965) 49 DLR (2d) 288
R v Kwok Si Cheng (1976) 63 Cr App R 20
R v Lewis [1969] 3 CCC 235
R v Lincoln 1950 1 PH H68 (A)
R v M 1959 1 SA 352 (A)
R v Manda 1951 3 SA 158 (A)
R v Mawena 1961 3 SA 362 (SR)
R v Mbongwe 1954 3 SA 1016 (T)
R v McClean (1968) 52 Cr App R 80
R v Mills and Rose (1962) 46 Cr App R 336
R v Mohafa 1950 2 PH H103 (OKPA)
R v Monfils et al (1971) 4 CCC (2d) 163
R v Motshe 1960 1 PH H84 (T)
R v Muise (1974) 22 CCC (2d) 487
R v Mullins (1848) 3 Cox CC 526
R v Noorbhai 1945 AD 58

R v O'Linn 1960 1 SA 545 (N)
R v Richardson (1971) 55 Cr App R 244 251
R v Rose 1937 AD 467
R v Scoble 1958 3 SA 667 (N)
R v Simmonds (1967) 51 Cr App R 316
R v Smit 1946 AD 862
R v Smith (no 2) (1938) 71 CCC 394
R v Steyn 1954 1 SA 324 (A)
R v Theunissen 1948 4 SA 43 (K)
R v Trupedo 1920 AD 58
R v Van Rooi 1958 3 SA 70 (GW)
R v Van Schalkwyk 1948 2 SA 1000 (O)
R v Varachia 1947 4 SA 267 (T)
R v Virgo (1978) 67 Cr App R 323
R v Webb [1975] Crim L Rev 159
R v Westwell [1976] 2 All ER 812
R v Whitehead [1929] 1 KB 99
R v Woodcock [1963] Crim L Rev 273
Ratten v R [1972] AC 378
Rawoot v Marine and Trade Insurance Co Ltd 1980 1 SA 260 (K)
Regina v Pitt (1968) 68 DLR (2d) 513
Rex v Mohafa 1950 2 PH H103 (ODPA)
Robinson v Stern [1939] 2 KB 260

S v Alexander (1) 1965 2 SA 796 (A)
S v B 1980 2 SA 946 (A)
S v Bergh 1976 4 SA 857 (A)
S v Bothma 1971 1 SA 332 (K)
S v De Lange 1983 4 SA 621 (ZS)
S v ffrench-Beytach (1) 1971 4 SA 333 (T)
S v Hassim 1971 4 SA 120 (N)
S v Heller (1) 1964 1 SA 520 (W)
S v Joubert 1971 3 SA 924 (OK)
S v Kubeka 1982 1 SA 534 (W)
S v M 1980 1 SA 586 (B)
S v M 1982 1 SA 240 (N)
S v Makoba 1980 1 SA 99 (N)
S v Malinga 1963 1 SA 692 (A)
S v Maruping 1980 2 BSC 76
S v Mbatha 1965 1 SA 560 (N)
S v Mcolweni 1973 3 SA 106 (OK)
S v Mgengwana 1964 2 SA 149 (K)
S v Mjoli 1981 3 SA 1233 (A)
S v Mogale 1980 1 SA 457 (T)
S v Molefe 1975 3 SA 495 (T)
S v Moseli (2) 1969 1 SA 650 (O)
S v Mpetha (1) 1982 2 SA 253 (K)
S v Mpetha (1) 1983 1 SA 492 (K)
S v Mpumlo 1987 2 SA 442 (SOK)
S v Mzo 1984 3 SA 945 (OK)
S v Ndou 1970 2 SA 15 (T)
S v Nkosi 1964 4 SA 70 (W)
S v Phohlo 1987 3 SA 27 (O)
S v Ramgobin 1986 4 SA 117 (N)
S v Rhamahila 1966 2 SA 315 (T)
S v Shabalala 1986 4 SA 734 (A)

S v Smuts 1972 4 SA 358 (T)
S v Takaendesa 1972 4 SA 72 (RAD)
S v Tuge 1966 4 SA 565 (A)
S v Van Tonder 1971 1 SA 310 (T)
S v Van Vreden 1969 2 SA 524 (N)
S v Wagner 1962 4 SA 698 (O)
S v Wesi 1979 4 SA 1041 (B)
S v Xaba 1983 3 SA 717 (A)
Schimper v Monastry Diamond Mining Corporation Pty Ltd 1982 1 SA 612 (O)
Schneider v Leigh [1955] 2 QB 195
Senat v Senat [1965] P 172
Shield Insurance Co Ltd v Hall 1976 4 SA 431 (A)
Simmons v Gilbert Hamer and Co Ltd 1963 SA 897 (N)
State v Armstrong 329 N W 2d 386 (1983)
State v Carter 449 A 2d 1280 (1982)
State v Dorsey 539 P 2d 204 (1975)
State ex rel Collins v Superior Court 644 P 2d 1266 (1982)
State ex rel Sheppard v Koblentz 187 N E 2d 40 (1962)
State v Hurd 432 A 2d 86 (1981)
State v Jorgensen 492 P 2d 312 (1971)
State v Kena 624 P 2d 1274 (1981)
State v Kinsey 65 P 2d 1141 (1937)
State v Koehler 312 N W 2d 108 (1981)
State v Mack 292 N W 2d 764 (1980)
State v McQueen 244 S E 2d 414 (1978)
State v Mena 624 P 2d 1274 (1981)
State v Mucci 136 A 2d 761 (1957)
State v Nebb Saakno 39, 540 28 Mei 1962)
State v Palmer 313 N W 2d 648 (1981)
State v Rompey 339 S W 2d 746 (1960)
State v Thomas 515 P 2d 865 (1973)
State v Wallack 312 N W 2d 387 (1981)
Steele v Coxe 36 S E 2d 288 (1945)
Stewart v The Queen (1976) 71 DLR (3d) 449
Stovall v Denno 388 US 293 (1967)
Stroud v Stroud [1963] 3 All ER 539

The Queen's Case (1820) 2 Brod en B 284, 129 ER 976
Thompson v US 342 F 2d 137 140 (5th Cir 1965)
Thrasyvoulos Ioannou v Papa Christoforos Demetriou [1952] AC 84
Titus v Shield Insurance Co Ltd 1980 3 SA 119 (A)
Topham v McGregor (1844) 1 Car en Kir 320, 174 ER 829
Tsewu v President of the Regional Court for the Regional Division of the Eastern Cape 1987 3 SA 476 (A)

United States v Adams 581 F 2d 193 (9th Cir 1978)
United States v Awkward 597 F 2d 667 (9th Cir)
United States v Horton 526 F 2d 884 (5th Cir 1976)
United States v Kelly 349 F 2d 720 (2d Cir 1965)
United States v Landof 591 F 2d 36 (9th Cir 1978)
United States v Miller 411 F 2d 825 (2d Cir 1969)
United States v Rappy 157 F 2d 964 (2d Cir 1946)
United States v Riccardi 174 F 2d 883 (3d Cir 1949)

Van den Berg v Streeklanddros Vanderbijlpark 1985 3 SA 960 (T)
Vaughan v Martin 1 Esp 440 (1876)
Vumendlini v Boardman 1946 EDL 165

W and M Wood (Haulage) Ltd v Redpath [1967] 2 QB 520
Williams v US 365 F 2d 21 22 (7th Cir 1966)
Wolcher v US 200 F 2d 493 496 (9th Cir 1952)
Woodward v City Council 162 SE 2d 304 (1968)
Worley v Bentley [1976] 2 All ER 449
Wyller v Fairchild Hiller Corps 503 F 2d 506 (9th Cir 1974)

Young v Denton [1927] 1 DLR 426
Yskor Utiliteitswinkel (Edms) Bpk v Maia 1985 2 PH F32 (A)

BIBLIOGRAFIE

Abelman "Privilege of Prosecution Witness's Proof" 1966 South African Law Journal 531

Ackermann Die Reg Insake Openbare Orde en Staatsveiligheid (Durban, Butterworth 1984)

Allan "The Witness" 1986 De Rebus 609

Allen "Hypnotism and Its Legal Import" 1934 (12) Canadian Bar Review 14

Anoniem "Evidence : Not Error for Prosecutor to Withdraw Witness and Privately Refresh His Recollection" 1922 (20) Michigan Law Review 673

Archbold Sien Mitchell (red)

Arons Hypnosis in Criminal Investigation (Springfield, Lewis 1980)

Ashworth "Corroboration and Self-Corroboration" 1978 Justice of the Peace 266

Atkinson McRae on Evidence 3e uitg (Toronto, Carswell 1976)

Atkinson, Atkinson en Hilgard Introduction to Psychology 8e uitg (New York, Harcourt Brace Jovanovich Inc 1983)

Barry "The Problem of Human Testimony" 1938 (11) Austl Law Journal 314

Bartlett Remembering : A Study in Experimental and Social Psychology (Cambridge Univ Press, Cambridge 1932)

Beaney The Right to Counsel in American Courts (Westport, Greenwood Press 1972)

Beaver "Memory Restored or Confabulated by Hypnosis - Is it Competent?" 1983 (6) University of Puget Sound Law Review 155

Bentham Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice (Londen, Hunt en Clark 1827) Herdruk New York en Londen, Garland Publishing Inc 1978 : Bande I tot V

Berger Taking the Fifth (Massachusetts, Heath and Co 1980)

Best en Phipson Best on Evidence : The Principles of the Law of Evidence with Elementary Rules for Conducting the Examination and Cross-examination of Witnesses 12e uitg (Londen, Sweet en Maxwell Ltd 1922)

Bigelow History of Procedure in England from the Norman Conquest (Rothman Reprints, New Jersey 1972)

Binder en Bergman Fact Investigation : From Hypothesis to Proof (Minnesota, West Publishing Co 1984)

Bodington An Outline of the French Law of Evidence (Londen, Stevens 1904)

Bohlen "The Effect of Rebuttable Presumptions of Law Upon the Burden of Proof" 1919-1920 (68) University of Pennsylvania Law Review 307

Braid (soos hersien deur Waite) Braid on Hypnotism : The Beginnings of Modern Hypnosis (New York, Julian Press 1960)

Brett "Legal Decisionmaking and Bias : A Critique of an 'Experiment'" 1973-1974 (45) University of Colorado Law Review 1

Brissaud (vertaling deur Garner) A History of the French Public Law (New York, Kelly Publishers 1956)

Broeder "The Functions of the Jury - Facts or Fictions?" 1954 (21) University of Chicago Law Review 386

Brooks Sien Linden (red)

Brouwer "Inquisitorial and Adversary Procedures - A Comparative Analysis" 1981 (55) The Australian Law Journal 207

Brown "Fact and Law in Judicial Review" 1942-1943 (56) Harvard Law Review 899

Bruijn De Rol der Aanwijzingen in Het Bewijsrech, Proefschrift ter Verkryging van den Graad van Doctor in de Rechtswetenschap (Utrecht, De Kruyff 1885)

Buckhout "Eyewitness Testimony" 1975 (15) Jurimetrics Journal 171

Bucknill The Nature of Evidence (Londen, Skeffington 1953)

Buzzard, May en Howard Phipson on Evidence 13e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1982)

Cairn Law and the Social Sciences (New York, Boardman 1935)

Capelletti "Social and Political Aspects of Civil Procedure - Reforms and Trends in Western and Eastern Europe" 1971 (59) Michigan Law Review 847

Cappelletti en Perillo Civil Procedure in Italy (Den Haag, Martinus Nijhoff 1965)

Carom "The Capital Defendant's Right to Obain Exculpatory Evidence from the Prosecution to Present in Mitigation Before Sentencing" 1985 (23) American Law Review 207

Carter Cases and Statutes on Evidence, Being Based upon Cockle's Cases and Statutes on Evidence (Londen, Sweet en Maxwell 1981)

Carter "The Use of Hypnosis to Refresh Memory : Invaluable Tool or Dangerous Device?" 1982 (60) Washington University Law Quarterly 1059

Certoma "The Accusatory System v The Inquisitorial System : Procedural Truth v Fact" 1982 (56) The Australian Law Journal 288

Cheek en LeCron Clinical Hypnotherapy (New York, Boardman 1968)

Cleary (red) McCormick on Evidence 3e uitg (St Paul, Minnesota, West Publishing Co 1984)

Clifford en Bull The Psychology of Person Identification (Londen, Routledge and Kegan Paul 1978)

Cockle Cases and Statutes on the Law of Evidence 6e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1938)

Connolly "The Adversary System - Is it Any Longer Appropriate?" 1975 (49) The Australian Law Journal 439

Conrad Modern Trial Evidence (St Paul, West Publ Co 1956)

Coon Introduction to Psychology : Exploration and Application 2e uitg (New York, West Publ Co 1980)

Cowen en Carter Essays on the Law of Evidence (Oxford, Clarendon Press 1956)

Crawley Oath, Curse and Blessing (Londen, Watts en Kie 1934)

Cross Precedent in English Law 3e uitg (Oxford, Clarendon Press 1977)

Cross en Tapper Cross on Evidence 6e uitg (Londen, Butterworths 1985)

Crowder Principles of Learning and Memory (Hillsdale, Erlbaum Press 1976)

Cuddon Hypnosis : Its Meaning and Practice (Londen, Bell and Sons 1955)

Damaska "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure : A Comparative Study" 1972 (121) University of Pennsylvania Law Review 506

Darvill en Stirling Britian and the World : The Early Years (Huddersfield, Schofield and Sims Ltd 1970)

De Blécourt Historisch en Juridisch Bewijs (Oratie op 8 Februari 1936, Den 36len Gedenkdag van de Stichting der Leidsche Universiteit) (Groningen, Wolters' Uitgevers-Maatschappij 1936)

Delisle Evidence : Principles and Problems (Toronto, Carswell Co Ltd 1984)

Den Hollander "Impressions of a Dutch Lawyer of the Administration of Justice in South Africa" 1975 Acta Juridica 332

Després "Legal Aspects of Drug-induced Statements" 1947 (14) University of Chicago Law Review 601

Devlin The Judge (Oxford, Oxford University Press 1979)

Devlin Trial by Jury (London, Stevens and Sons Ltd, 1978)

Diamond "Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness" 1980 (68) California Law Review 313

Diamond Primitive Law Past and Present (Londen, Methuen and Co 1971)

Dilloff "The Admissibility of Hypnotically Influenced Testimony" 1977 (4) Ohio Northern University Law Review 1

Dorcus "Recall under Hypnosis of Amnesic Events" 1960 (7) International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis 57

Drenth Bijdrage tot de Kennis der Historische Ontwikkeling van Het Accusatoire tot het Inquisitoire Strafproces (Amsterdam, Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1939)

Du Plessis "S v Mogale 1980 1 SA 457 (T) - Bekentenis - Bandopname - transkripsie - Toelaatbaarheid" 1980 Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 204

Du Toit en Van der Merwe Sielkunde : 'n Algemene Inleiding (Pretoria, HAUM 1983)

Dugard South African Criminal Law and Procedure : Vol IV : Introduction to Criminal Procedure (Kaapstad, Juta 1977)

Edwards Cases on Evidence in Australia 3e uitg (Sydney, Law Book Co 1981)

Eenvormige Gedragskode : Reëls van die Algemene Balieraad

Eggleston Evidence, Proof and Probability 2e uitg (Londen, Weidenfeld en Nicolson 1978)

Eggleston "The Assessment of Credibility" in Morris en Perlman (reds) Law and Crime : Essays in Honour of Sir John Barry (New York, Gordon and Breach Publ Co 1972)

Eggleston "What is Wrong with the Adversary System?" 1975 (49) The Australian Law Journal 428

Ekelöf "Free Evaluation of Evidence" 1964 (8) Scandinavian Studies in Law 47

Ekman en Fresein "Detecting Deception from the Body or Face" 1974 (29) Journal of Personality and Social Psychology 228

Elliott "Law and Fact in Theft Act Cases" 1976 Criminal Law Review 707

Elton (red) The Law Courts of Medieval England : Historical Problems : Studies and Documents (Londen, George Allen en Unwin 1972)

Erasmus "Hervorming van Ons Burgerlike Prosesreg" 1982 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 1

Ervine "Small Claims : The Central Research Unit Report and Beyond" 1984 Journal of the Law Society of Scotland 66

Esmein (vertaling deur Simpson) A History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France : Vol V : Continental Legal History Series (New York, Kelly Publishers 1913, herdruk 1968)

Estabrooks Hypnotism (Londen, Museum Press 1959)

Falk "Posthypnotic Testimony - Witness Competency and the Fulcrum of Procedural Safeguards" 1982 (57) St John's Law Review 30

Feldman "Look Me in the Eyes and Tell Me that's Admissible" 1981 (8) Barrister 4

Ferreira Strafproses in die Laer Howe 2e uitg (Kaapstad, Juta en Kie 1979)

Findlay Simplification of Proof in Criminal Proceedings (ongepubl LL M-verhandeling, Univ van Natal 1974)

Fine "Evidence Review : Past Recollection Refreshed v Past Recollection Recorded" 1984 (57) Wisconsin Bar Bulletin 15

Fine "Re-examining the Validity of Detainee Evidence : A Psycho-legal Approach" 1984 Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 156

Fitzgerald Salmond on Jurisprudence 12e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1966)

Fokkens en Mulder Bewijzen in het Strafprocesrecht (Zwolle, Tjeenk Willink 1978)

Forkosch "The Nature of Legal Evidence" 1971 (59) California Law Review 1356

Forsyth (vertaling deur Morgan) History of Trial by Jury 2e uitg (Franklin, New York 1878)

Foster (in medewerking met Davis en Sandler) Detention and Torture in South Africa : Psychological, Legal and Historical Studies (Kaapstad, David Philip Publisher 1987)

Frank Courts on Trial (Princeton, Princeton University Press 1949)

Gard Jones on Evidence 6e uitg (Rochester, The Lawyers Co-operative Publishing Co 1972) Band 4

Gardner "The Perception and Memory of Witnesses" 1932-1933 (18) Cornell Law Quarterly 391

Gausewitz "Presumptions in a One-Rule World" 1952 (5) Vanderbilt Law Review 324

Giannelli "The Admissibility of Novel Scientific Evidence : Frye v United States, A Half-Century Later" 1980 (80) Columbia Law Review 1197

Gilbert The Law of Evidence, with All the References Carefully Prepared (Dublin, Sarah Cottler 1754)

Ginsburg en Bruzelius Civil Procedure in Sweden (Den Haag, Martinus Nijhoff 1965)

Glass (red) Seminars on Evidence (Sydney, Law Book Co 1970)

Goldstein "The State and the Accused : Balance of Advantage in Criminal Procedure" 1960 (69) Yale Law Journal 1149

Gooderson "Previous Consistent Statements" 1968 Cambridge Law Journal 64

Goodhart en Hanbury (red) A History of English Law 7e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1956) Band I, herdruk 1966

Graham Handbook of Federal Evidence (St Paul, West Publ Co 1981)

Graham "The Confrontation Clause, the Hearsay Rule, and the Forgetful Witness" 1978 (56) Texas Law Review 151

Green (red) Famous Last Words : The Ultimate Dictionary of Quotations (Londen, Omnibus Press 1979)

Greer "Anything but the Truth? The Reliability of Testimony in Criminal Trials " 1971 (11) British Journal of Criminology 131

Gruneberg, Morris en Sykes (reds) Practical Aspects of Memory (Londen, Academic Press 1978)

Guenther "Impeachment of Witnesses - Jencks Statute - Request for Production of Notes Used by Police Officer Witness to Refresh his Memory prior to Testifying Denied" 1959-1960 (35) Notre Dame Lawyer 152

Guest "The Scope of the Hearsay Rule" 1985 (101) The Law Quarterly Review 385

Hahlo en Kahn The South African Legal System and Its Background (Kaapstad, Juta en Kie 1973)

Hans en Brooks "Effects of Corroboration Instructions in a Rape Case on Experimental Juries" 1977 (15) Osgoode Hall Law Journal 701

Harding Sien Elton (red)

Hart Essays on Bentham : Jurisprudence and Political Theory (Oxford, Clarendon Press 1982)

Hartland Primitive Law (Londen, Metheun and Co 1924)

Haward en Ashworth "Some Problems of Evidence Obtained by Hypnosis" 1980 Criminal Law Review 469

Heaton-Armstrong "Police Officers' Notebooks : Recent Developments" 1987 Criminal Law Review 470

Herman "The Use of Hypno-Induced Statements in Criminal Cases" 1964 (25) Ohio State Law Journal 1

Herrmann "Various Models of Criminal Proceedings" 1978 Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 3

Herzog (in medewerking met Weser) Civil Procedure in France (Den Haag, Martinus Nijhoff 1967)

Heydon Evidence : Cases and Materials 2e uitg (Londen, Butterworths 1984)

Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafproses 3 uitg (Durban, Butterworth 1981)

Hiemstra Suid-Afrikaanse Strafproses 4e uitg (Durban, Butterworth 1987)

Hintzman The Psychology of Learning and Memory (New York, Prentice Hall 1978)

Hlavaty "Hypnosis in Our Legal System : The Status of its Acceptance in the Trial Setting" 1983 (16) Akron Law Review 517

Hockensmith "Admissibility of Written Statements in Corroboration of Oral Testimony" 1946-1947 (19) Rocky Mountain Law Review 97

Hoffmann en Zeffertt The South African Law of Evidence 3e uitg (Durban, Butterworth 1981)

Holdsworth A History of English Law 7e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1956) Herdruk 1966 : Bande I en II

Holdsworth Sien Goodhart en Hanbury (reds)

Hollingworth "Characteristic Differences between Recall and Recognition" 1913 (24) American Journal of Psychology 532

Horgan Criminal Investigation (New York, McGraw-Hill 1974)

Howard "Refreshment of Memory out of Court" 1972 Criminal Law Review 351

Hutchins en Slesinger "Some Observations on the Law of Evidence - Memory" 1927-1928 (41) Harvard Law Review 860

Ingersoll Lectures and Essays (First Series) (New York, Gretan Publ 1908)

Isaacs "The Law and the Facts" 1922 (22) Columbia Law Review 1

JCS "Commentary" 1987 Criminal Law Review 491

JGS "Memory Refreshment of Witnesses from Notes" 1983 (57) The Australian Law Journal 363

Jones on Evidence Sien Gard

Joubert "S v Mjoli 1981 3 SA 1233 (A) - Stawing van 'n Bekentenis - Informele Erkenning tydens Pleitverduideliking Voldoende - Rasionalisering van die Bewysreg" 1982 Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 261

Keeton and Schwarzenberger (reds) Jeremy Bentham and the Law : A Symposium (Westport, Greenwood Press 1948)

Kempin Historical Introduction to Anglo-American Law (St Paul, West Publ Co 1973)

Kleinhauz, Horowitz en Tobin "The Use of Hypnosis in Police Investigation : A Preliminary Communication" 1963 (65) Journal of the Forensic Science Society 190

Klemme "Right to Inspect Memoranda Used to Revive Recollection" 1952-1953 (25) Rocky Mountain Law Review 388

Knittel en Seiler "The Merits of Trial by Jury: Some Aspects of English Jury Trial and Continental Modes of Trial" 1972 (30) Cambridge Law Journal 316

Kock "Criminal Procedure in France" 1960 (9) The American Journal of Comparative Law 253

Kötz "The Role of the Judge in the Court-room : The Common Law and Civil Law Compared" 1987 Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg 35

Kotze "S v Kumalo 1983 2 SA 379 (A) - Strafprosesreg - Bekentenis - Stawing deur Beskuldigde se Buite-geregtelike Verklarings" 1983 De Jure 385

Kralik Introduction to the Continental Judicial Organization (Unisa, 1963)

Kubie "Implications for Legal Procedure of the Fallibility of Human Memory" 1959 (108) University of Pennsylvania Law Review 59

Kunert "Some Observations on the Origin and Structure of Evidence Rules under the Common Law System and the Civil Law System of 'Free Proof' in the German Code of Criminal Procedure" 1966-1967 (16) Buffalo Law Review 122

Kuttner en Ryan (reds) Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law : Boston College 12-16 August 1963 : Monumenta Juris Canonici Reeks C Band I (1965)

Labuschagne "Selfbevestiging van 'n Bekentenis" 1983 De Jure 346

Landis "Studies of Emotional Reactions : Preliminary Study of Facial Expressions" 1924 (7) Journal of Experimental Psychology 325

Langbein Prosecuting Crime in the Renaissance : England, Germany, France (Massachusetts, Harvard University Press 1974)

Langbein "The Criminal Trial before the Lawyers" 1977-1978 (45) University of Chicago Law Review 263

Langbein Torture and the Law of Proof (Chicago, University of Chicago Press 1977)

Lansdown en Campbell South African Criminal Law and Procedure : Vol V : Criminal Procedure and Evidence (Kaapstad, Juta en Kie 1982)

Laughlin "In Support of the Thayer Theory of Presumptions" 1953-1954 (52) Michigan Law Review 195

Lefton Psychology 2e uitg (Boston, Allyn 1982)

Lennhoff "The Law of Evidence : A Comparative Study Based Essentially on Austrian and New York Law" 1954-1955 (3) American Journal of Comparative Law 313

Levy Origins of the Fifth Amendment (New York, Oxford University Press 1968)

Lewis Kings and Queens (Loughborough, Ladybird Books 1981)

Ligertwood "The Uncertainty of Proof" 1976 (10) Melbourne University Law Review 367

Lilly An Introduction to the Law of Evidence (St Paul, West Publ Co 1978)

Lind, Thibaut en Walker "A Cross-Cultural Comparison of the Effect of Adversary and Inquisitorial Processes on Bias in Legal Decisionmaking" 1976 (62) Virginia Law Review 271

Linden (red) The Canadian Judiciary (Toronto, Osgoode Hall Law School, 1976)

Lloyd-Bostocke en Clifford (red) Evaluating Witness Evidence : Recent Psychological Research and New Perspectives (Chichester, John Wiley and Sons 1983)

Loftus Eyewitness Testimony (Cambridge, Harvard University Press 1979)

Loftus en Loftus "On the Permanence of Stored Information in the Human Brain" 1980 (35) American Psychologist 409

Louisell "Criminal Discovery : Dilemma Real or Apparent?" 1961 (49) California Law Review 56

Louisell, Kaplan en Waltz Principles of Evidence and Proof (New York, Foundation Press 1977)

Louw in medewerking met Broekman, Gouws, Meyer, Nel, Plug, Schoeman, Swiegers, Van der Westhuÿsen en Wolff Inleiding tot die Psigologie (Johannesburg, McGraw-Hill 1982)

Love "The Applicability of the Rules of Evidence in Non-jury Trials" 1951-1952 (24) Rocky Mountain Law Review 480

Maguire en Quick "Testimony : Memory and Memoranda" 1957 (3) Howard Law Journal 1

Maier en Thurber "Accuracy of Judgments of Deception When an Interview is Watched, Heard and Read" 1968 (21) Personnel Psychology 23

Malpass en Devine "Realism and Eyewitness Identification Research" 1980 (4) Law and Human Behavior 347

Mannheim "Trial by Jury in Modern Continental Criminal Law" 1937 (53) Law Quarterly Review 388

Mason en Beany American Constitutional Law : Introductory Essays and Selected Cases 4e uitg (New Jersey, Prentice Hall 1968)

Matthews en Albino "The Permanence of the Temporary - An Examination of the 90- and 180-day Detention Laws" 1966 South African Law Journal 16

Mathews Law, Order and Liberty in South Africa (Kaapstad, en Juta en Kie 1971)

May Criminal Evidence (Londen, Sweet en Maxwell 1986)

May South African Cases and Statutes on Evidence (Kaapstad, Juta 1962)

McCormick "Deception-tests and the Law of Evidence" 1927 (15) California Law Review 484

McCormick Sien Cleary (red)

McCormick "Tomorrow's Law of Evidence" 1938 (24) American Bar Association Journal 507

McLaughlin "Hypnosis - Its Role and Current Admissibility in the Criminal Law" 1981 (17) Willamette Law Review 665

McWilliams Canadian Criminal Evidence (Toronto, Canada Law Book Ltd 1984)

Mendez "The Civil Law and Common Law : Differing Approaches to Some Aspects of Credibility" 1984 (20) Stanford Journal of International Law 1

Merryman Civil Law Tradition (Stanford, Stanford University Press 1969)

Meyer "Evidence in the Future" 1973 (51) Canadian Bar Review 107

Meyer (red) Foundations of Contemporary Psychology (New York, Oxford University Press 1979)

Mickenberg "Mesmerizing Justice : The Use of Hypnotically-Induced Testimony in Criminal Trials" 1983 (34) Syracuse Law Review 927

Mildred The Expert Witness (Londen, Godwin 1982)

Minninger (vertaling deur Viljoen) Totale Geheue (Kaapstad, Human 1985)

Mitchell (red) Archbold on Pleadings, Evidence and Practice in Criminal Cases 41e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1982)

Moenssens, Moses en Inbau Scientific Evidence in Criminal Cases (New York, The Foundation Press Inc 1973)

Moore "Modern Evidential Developments : From Note-books to Video Tapes" 1984 The Law Society's Gazette 1427

Morgan Basic Problems of Evidence (Philadelphia, American Law Institute 1957)

Morgan "Presumptions" 1937 (12) Washington Law Review and State Bar Journal 255

Morgan Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation (New York, Columbia University Press 1956) Herdruk 1975

Morgan "The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence" 1936 (4) University of Chicago Law Review 247

Morgan, King en Robinson Introduction to Psychology 6e uitg (New York, McGraw-Hill 1969)

Morris en Perlman (reds) Law and Crime : Essays in Honour of Sir John Barry (New York, Gordon and Breach Publ Co 1972)

Mueller en Le Poole-Griffiths Comparative Criminal Procedure (New York, University Press 1969)

Münsterberg On the Witness Stand : Essays on Psychology and Crime (New York, Boardman 1908)

Murdock Human Memory : Theory and Data (New Jersey, Erlbaum Press 1974)

Murphy A Practical Approach to Evidence 2e uitg (Londen, Financial Training Publications 1985)

Murphy "Previous Consistent and Inconsistent Statements : A Proposal to Make Life Easier for Juries" 1985 Criminal Law Review 270

Nagel (red) Rights of the Accused (Beverley Hills, Sage Publications Inc 1972)

Neisser Memory Observed - Remembering in Natural Contexts (Londen, MacMillan Publ 1982)

Newark and Samuels "Refreshing Memory" 1978 Criminal Law Review 408

Nicholas "Credibility of Witnesses" 1985 (The South African Law Journal 32

Nicholas "Disclosure of Statements of Witnesses" 1954 South African Law Journal 342

Nijboer Algemene Grondslagen van de Bewijsbeslissing in het Nederlandse Strafprosesrecht (Arnham, Goude Quint 1982)

Nokes "A Hardy Annual" 1961 (24) Modern Law Review 493

Nokes An Introduction to Evidence 4e uitg (Londen, Sweet en Maxwell 1967)

Nokes "Real Evidence" 1959 (65) Law Quarterly Review 57

Nokes "The English Jury and The Law of Evidence" 1956-1957 (31) Tulane Law Review 153

O'Connor "'Thats the Man': A Sobering Study of Eye-witness Identification and the Polygraph" 1974 (49) St John's Law Review 171

O'Dowd The Law of Evidence in South Africa (Kaapstad, Juta en Kie 1963)

Olwage (red) Suid-Afrikaanse Regskommissie : Die Vrou en Geslagmisdade in Suid-Afrika : Navorsingsreeks : 3 (Verrigtinge van 'n Seminaar gehou deur die Instituut vir Kriminologie aan Unisa in Samewerking met die SA Regskommissie, Pta, 18 Okt 1984) (Pretoria, Staatsdrukker 1984)

Orne "The Use and Misuse of Hypnosis in Court" 1979 (27) International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis 311

Osborn The Problem of Proof, Especially as Exemplified in Disputed Document Trials : A Discussion of Various Phases of the Proof of the Facts in a Court of Law, with Some General Comments on the Conduct of Trials (Albany, Boyd Printing Co 1956)

Oughton "The Distressing Nature of Corroboration" 1984 Criminal Law Review 265

Packer The Limits of the Criminal Sanction (Stanford, Stanford University Press 1968)

Paizes "Corroboration of Confessions" 1982 Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 115

Paizes The Concept of Hearsay with Particular Emphasis on Implied Hearsay Assertions (ongepubl Ph D-verhandeling, Univ van die Witwatersrand 1983)

Parmanand en Vorster "South Africa's State Security Legislation : Exit Section 6" 1984 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 180

Paton en Derham A Textbook of Jurisprudence 4e uitg (Oxford, Clarendon Press 1972)

Pattendon The Judge, Discretion and the Criminal Trial (Oxford, Clarendon Press 1982)

Penfield Sien Pribram (red)

Penfield The Mystery of the Mind (New York, Little 1975)

Phipson Sien Best en Phipson, asook Buzzard, May en Howard

Ploscowe "Development of Inquisitorial and Accusatorial Elements in French Procedure" 1932 (23) Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 372

Pollock en Maitland The History of English Law 2e uitg (Cambridge, University Press 1968) Bande I en II

Pound "The Administration of Justice in the Modern City" 1913 (26) Harvard Law Review 302

Practice Notice [1982] 1 All ER 734

Pribram (red) On the Biology of Learning (New York, Harcourt 1969)

Purdum "The Early History of Small Claims Courts" 1981 (65) Judicature : The Journal of the American Judicature Society 31

Purves "The Policeman's Notebook" 1971 Criminal Law Review 212

Putnam "Hypnosis and Distortions in Eyewitness Memory" 1979 (27) International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis 437

Ratushny "Basic Problems in Examination and Cross-examination" 1974 (52) Canadian Bar Review 209

Ratushny Self-incrimination in the Canadian Criminal Process (Toronto, Carswell Co Ltd 1979)

Rava, Freed en Ginsburg "Comparative Study of Hearsay Evidence Abroad" 1969-1970 (4) International Lawyer 156

Re "Oral v Written Evidence : The Myth of the 'Impressive Witness'" 1983 (57) Australian Law Journal 679)

Redgment "A Chorus of Witnesses" 1985 South African Law Journal 30

Redmount "The Psychological Basis of Evidence Practices : Memory" 1959 (50) Journal of Criminal Law and Criminology 249

Reisser Handbook of Investigative Hypnosis (Springfield, Thomas Publ 1980)

REM "Notes" 1961 (77) Law Quarterly Review 303

Richings "German Criminal Trials : Some Notes and Impressions" 1978 Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 249

Roberts "Trial Procedure - Past, Present and Future" 1929 American Bar Association Journal 667

Robinson Law and The Laywers (New York, McMillan 1935)

Rosen, Fox en Gregory Abnormal Psychology 2e uitg (Saunders, Philadelphia 1972)

Rothblatt Handbook of Evidence for Criminal Trials (New York, Prentice Hall 1965)

Rudolph Security, Terrorism and Torture : Detainees' Rights in South African and Isreal : A Comparative Study (Kaapstad, Juta en Kie 1984)

Sahm "Demeanour Evidence : Elusive and Intangible Imponderables" 1961 (47) American Bar Association Journal 580

Sanders (red) Southern Africa in Need of Law Reform (Durban, Butterworth 1981)

Schiff Evidence in the Litigation Process 2e uitg (Toronto, Carswell Co Ltd 1983) Bande I en II

Schmidt Bewysreg 2e uitg (Durban, Butterworth 1982)

Schuster en Ashburn The Process of Human Development : A Holistic Approach (Boston, Little Brown and Co 1980)

Scoble "Refreshing Memory and Professional Privilege" 1966 South African Law Journal 136

Scoble The Law of Evidence 3e uitg (Durban, Butterworths 1952)

Sheehan Criminal Procedure in Scotland and France (Glasgow, McCorquodale Ltd 1975)

Sheehan en Perry Methodologies of Hypnosis : A Critical Appraisal of Contemporary Paradigms of Hypnosis (New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates 1976)

Shepherd, Ellis en Davies Identification Evidence : A Psychological Evaluation (Aberdeen, Aberdeen University Press 1982)

Skeen "Certain Exceptions to the Hearsay Rule Provided for by the Criminal Procedure Act 1977" 1981 Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 154

Skolnick "Scientific Theory and Scientific Evidence : An Analysis of Lie-detection" 1961 (70) Yale Law Journal 694

Snyman "The Accusatorial and Inquisitorial Approaches to Criminal Procedure : Some Points of Comparison between the South African and Continental Systems" 1975 The Comparative and International Law Journal of Southern Africa 100

Solomon "The Forgetful Witness : Refreshing Memory and Past Recollection Recorded" 1955-1956 (3) UCLA Law Review 616

Spector en Foster "Admissibility of Hypnotic Statements : Is the Law of Evidence Susceptible?" 1977 (38) Ohio State Law Journal 567

Stephen Digest of the Law of Evidence 5e uitg (Londen, MacMillan 1899)

Stephen History of the Criminal Law of England (Londen, MacMillan 1883)

Stone Proof of Fact in Criminal Trials (Edinburgh, Green and Son Ltd 1984)

Stritmatter "Presumptions in the Washington Supreme Court" 1970 (5) Gonzaga Law Review 198

Swaine "Hypnotism and the Law" 1961 (14) Vanderbilt Law Review 1509

Teitelbaum "Admissibility of Hypnotically Adduced Evidence and the Arthur Nebb Case" 1963 (8) Saint Louis University Law Review 205

Thayer A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law (Boston, Little, Brown and Co 1989) Herdruk New Hersey, Rothman Reprints 1969

Thibaut, Walker en Lind "Adversary Presentation and Bias in Legal Decisionmaking" 1972 (86) Harvard Law Review 386

Thornton "Effect of Wearing Glasses on Judgment of Personality Traits of People" 1940 (28) Journal of Applied Psychology 203

Timm "The Effect of Forensic Hypnosis Techniques on Eyewitness Recall and Recognition" 1981 (9) Journal of Police Science and Administration 188

Towe "Criminal Pretrial Procedure in France" 1963-1964 (38) Tulane Law Review 469

Tunstall "Findings of Fact and Conclusions of Law : Their Use and Some Abuses" 1952 American Bar Association Journal 293

Turner "Reforms in the Law of Evidence" 1969 New Zealand Law Journal 211

Van Caenegem Sien Kuttner en Ryan (reds)

Van der Berg "The Duty of Prosecutors to Disclose Inconsistent Statements by State Witnesses - S v Xaba 1983 3 SA 717 (A)" 1984 Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 204

Van der Berg "Treason : Evaluating the Evidence of Political Detainees" 1985 Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafreg en Kriminologie 252

Van der Merwe, Barton en Kemp Plea Procedures in Summary Criminal Trials (Durban, Butterworths 1983)

Van der Merwe "Die Toelatingsgrond en Bewyswaarde van Klagtes in Seksmisdade" 1980 Obiter 86

Van der Merwe (red) Evidence : Juta's Legal Guide Series (Kaapstad, Juta en Kie 1983)

Van der Merwe "The Inquisitorial Procedure and Free System of Evidence in Small Claims Courts : An Examination of Principles" 1985 De Rebus 445

Van der Merwe "The Polygraph as an Aid in Truth Finding" 1981 De Rebus 576

Van der Vyver "Kantaantekeninge by die Wet op Binnelandse Veiligheid 74 van 1982" 1982 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 294

Van Loggerenberg Hofbeheer en Partybeheer in die Burgerlike Litigasieproses : 'n Regshervormingsondersoek (ongepubl) LL D-verhandeling, Univ van PE, 1987)

Van Niekerk, Van der Merwe en Van Wyk Privilegies in die Bewysreg (Durban, Butterworths 1984)

Van Warmelo "Oor Boeke : Bewysreg deur CWH Schmidt" 1983 (1) Codicillus 42

Van Wyk Die Boni Mores as Toetssteen vir Toelaatbaarheid in die Bewysreg (ongepubl LL M-verhandeling UOVS 1983)

Van Wyk "Juridiese Relevantheid en Toelaatbaarheid" 1978 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 175

Veegens Het Nieuwe Bewijsrecht in Burgerlijke Zaken : Algemene Grondslagen en Verdeling van de Bewijslast (Zwolle, Tjeenk Willink 1973)

Von Mehren en Gordley An Introduction to the Comparative Study of Law : The Civil Law System 2e uitg (Boston, Little, Brown en Kie 1977)

Wakeling Corroboration in Canadian Law (Toronto, Carswell Co Ltd 1977)

Walker "Witness' Use of Memoranda : Present Recollection Revived and Past Recollection Recorded" 1975 (6) Cumberland Law Review 471

Weinberg "The Law of Testimonial Oaths and Affirmations" 1976 (3) Monash University Law Review 25

Wells, Lindsay en Tousignant "Effect of Expert Psychological Advice on Human Performance in Judging the Validity of Eyewitness Testimony" 1980 (4) Law and Human Behavior 275

Westman "Past Recollection Recorded : The 'Forward-looking' Federal Rules of Evidence Lean Backwards" 1974-1975 (50) Notre Dame Lawyer 737

Weston en Wells Criminal Investigation (Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1970)

White "Origin and Development of Trial by Jury" 1961-1962 (29) Tennesee Law Review 8

Wicker "The Polygraphic Truth Test and the Law of Evidence" 1953 (22) Tennesee Law Review 711

Wigmore A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law 3 uitg (Boston, Little, Brown and Co 1940, soos hersien)

Wigmore "Professor Münsterberg and the Psychology of Evidence " 1909 (3) Illinois Law Review 399

Wilken Genoegsaamheid van Getuienis : Stawing en die Versigtigheidsreël (ongepubl LL B-skripsie, Univ van Pret 1979)

Williams "Law and Fact" 1976 Criminal Law Review 472

Williams The Proof of Guilt 2e uitg (Londen, Stevens 1958)

Witt (red) The Supreme Court and Its Work (Congressional Quarterly Inc, Washington 1981)

Woocher "Did Your Eyes Deceive You? Expert Psychological Testimony on the Reliability of Eyewitness Identification" 1976-1977 (29) Stanford Law Review 969

Wright "French and English Civil Procedure : A Parallel" 1926 (42) Law Quarterly Review 327

Yarmey The Psychology of Eyewitness Testimony (Londen, MacMillan Publ 1979)

Zahle "Evidence, Probability, and Tactics in Proceedings" 1979 (23) Scandinavian Studies in Law 259

Zander Cases and Materials on the English Legal System 4e uitg (Londen, Weidenfeld and Nicolson 1984)

Zander "The Report of the Roskill Committee on Fraud Trails" 1986 Criminal Law Review 423

Zeffertt "The Civil Proceedings Evidence Act 1965" 1971 South African Law Journal 154

Zeidler "Evaluation of the Adversary System : As Comparison, Some Remarks on the Investigatory System of Procedure" 1981 (55) Austl L J 390

BIBLIOGRAFIE : AMPTELIKE EN NIE-AMPTELIKE SUID-AFRIKAANSE VERSLAE

Afkortings	Volledige verwysing
(1) Botha-kommissie ...	Verslag van die Kommissie van Ondersoek na Strafprosedure en Bewyslewering (RP 78/1971), Staatsdrukker, Pretoria 1971
(2) Rabie-kommissie ...	Verslag van die Kommissie van Ondersoek na Veiligheidswetgewing (RP 90/1981), Staatsdrukker, Pretoria 1981
(3) Report on the Rabie report	Report on the Rabie Report : An Examination of Security Legislation in South Africa (Occasional Papers-reeks nr 3) Wits Centre for Applied Legal Studies, Johannesburg 1982

Sonder afkorting

(4) Suid-Afrikaanse Regskommissie : Navorsingsreeks 3 : Die Vrou en Geslagsmisdade in Suid-Afrika (Verrigtinge van 'n Seminaar gehou deur die Instituut vir Kriminologie aan die Universiteit van Suid-Afrika in Samewerking met die Suid-Afrikaanse Regskommissie, Pretoria, 18 Oktober 1984) Staatsdrukker, Pretoria 1984

(5) Suid-Afrikaanse Regskommissie : Werkstuk 11 : Projek 6 : Hersiening van die Bewysreg Staatsdrukker, Pretoria 1986

BIBLIOGRAFIE : AMPTELIKE

BUITELANDSE VERSLAE

AUSTRALIë

(1) Australian Law Reform Commission : Report no 26 (Interim) : Evidence (bande 1 en 2), Australian Government Publishing Service, Canberra 1985

(2) Australian Law Reform Commission : Working Paper no 9, The Rule against Hearsay, Government Printer, Sydney 1976

BRITTANJE

(3) Criminal Law Revision Committee, "Evidence (General)" 11th Report (Cmnd 4991) Her Majesty's Stationery Office, Londen 1972

(4) Evershed Committee ... Sien item 5 infra

(5) Final Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure (Cmnd 8878), Her Majesty's Stationery Office, Londen 1953

(6) Law Reform Committee, "Hearsay in Civil Proceedings", 13th Report (Cmnd 3472), Her Majesty's Stationery Office, Londen 1966

KANADA

(7) Law Reform Commission of Canada : First Report : Evidence, Minister of Supply and Services, Kanada 1975.

(8) Law Reform Commission of Canada : Working Paper 27 : The Jury in Criminal Trials, Minister of Supply and Services, Kanada 1980

(9) Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, Prepared for the Uniform Law Conference of Canada, Toronto, Carswell Co Ltd 1982

15 AUG 1988