

50/16

G.P.A.

A. 448

In the Supreme Court of South Africa
In die Hooggeregshof van Suid-Afrika

(APPELLATE DIVISION).
AFDELING).

APPEAL IN CRIMINAL CASE.
APPEL IN STRAFSAAK.

W. J. SMIT.

Appellant.

versus/teen

THE ATTORNEY GENERAL EASTERN CAPE
AND ANOTHER Respondent.

Appellant's Attorney WEBBER N Respondent's Attorney A. E. (GRANVILLE)
Prokureur van Appellant Prokureur van Respondent

Appellant's Advocate H. J. van Heerden S.C. Respondent's Advocate S. H. Engelbrecht S.C.
Advokaat van Appellant Advokaat van Respondent

Set down for hearing on 20 9 196
Op die rol geplaas vir verhoor op

(E.C.D.) 145807
nam: Rumpff H. B. Samson, Trekkie, Rabie & Corbett A.B.R.
9.45 am 11.00 am
11.15 am 12.45 pm
2.15 pm 3.15 pm

C. van N.

[Handwritten signatures and notes at the bottom of the page]

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPELAFDELING)

In die saak tussen:

WILLEM JOHANNES SMIT

Appellant

teen

HERMAN VAN NIEKERK, N.O.

Eerste Respondent

en

DIE PROKUREUR-GENERAAL VAN DIE OOSKAAP

Tweede Respondent

CORAM: RUMPF, HR., JANSEN, AR., TROLLIP, AR.,

RABIE, AR. et CORBETT, AR.

VERHOOR: 20.5.1976. GELEWER: 16.8.1976.

U I T S P R A A K

RUMPF, HR. :

Die appellant in hierdie saak is 'n predikant van die Nederduits Gereformeerde Kerk in die gemeente Uitenhage-Oos. Op 10 September 1975 het hy 'n beëdigde verklaring voor 'n landdros afgelê waarin hy die volgende feite geopenbaar het: 'n diaken, Heinse, van sy gemeente, het op 28 April 1975

vanaf/....

vanaf die poskantoor per telefoon laat weet dat hy, Heinse, ontsteld is omdat sy suster in 'n voorval met 'n sekere man betrokke was en dat appellant aan Heinse en sy suster moes raad gee. Appellant het na die poskantoor gegaan en daarna na die polisiestasie waar hy Heinse se suster aangetref het. Appellant het haar uit die polisiestasie uitgeroep en, so lui die verklaring: „ek vind toe uit dat sy 'n tyd vantevore met 'n man, 'n mnr. Nel betrokke was, dat hy ernstig verbrand was en in hospitaal Port Elizabeth lê, dink ek sy was nog baie verward, het deurmekaar gepraat". Daarna het appellant die gebruik van 'n privaat kantoor bekom en daarin 'n gesprek gehad met Heinse se suster, terwyl Heinse teenwoordig was. Die verklaring lui verder:

„Sy het vir my gesê dat sy sedert die voorval, plus minus 2 dae gelede, in McGinnes Park weggekruipt het en sy wou haar nie oorgee aan die polisie nie. Ek het baie lank met haar geredeneer oor die saak en onder andere vir haar gesê sy moes haar al eerder oorgegee het aan polisie. Dit sal net haar saak verbeter. Ek het haar ook gesê dat sy niks moet sê aan enigiemand voordat sy met haar prokureur in verbinding getree het."

Omdat/.....

Omdat sy nie 'n prokureur gehad het nie, het appellant 'n prokureur gebel om namens haar op te tree. Appellant het daarna die suster van Heinse na die polisiestasie geneem en aan die sersant gesê: „hier is mev. Geldenhuys wat gesoek word in verband met 'n sekere mnr. Nel". Volgens die verklaring het mev. Geldenhuys haar toe oorgegee. Uit die stukke voor hierdie hof blyk dit dat die polisie mev. Geldenhuys verdink het van moord op mnr. Nel en dat appellant geweier het om aan die polisie te verklaar wat mev. Geldenhuys gesê het gedurende die gesprek met appellant in teenwoordigheid van haar broer. Daarna is appellant, kragtens artikel 83 van die Strafproseswet, No. 56 van 1955, aangesê om voor die landdros van Uitenhage (die eerste respondent) te verskyn vir ondervraging deur die staatsaanklaer. Artikel 83 lees soos volg:

„(1) 'n Landdros kan te eniger tyd op versoek van die staatsaanklaer enige persoon wat waarskynlik ter sake dienende getuienis oor 'n beweerde misdryf kan aflê, hetsy dit bekend is of vermoed word al dan nie wie die persoon is deur wie die misdryf gepleeg is, aansê om voor hom te verskyn vir ondervraging deur die staatsaanklaer.

(2) Die bepalings van artikels tweehonderd-en-ses, tweehonderd-en-sewe, tweehonderd-en-nege, tweehonderd-en-elf, tweehonderd-en-twaalf, tweehonderd-en-sestien, tweehonderd-en-sewentien, tweehonderd-en-agtien, tweehonderd-en-negentien en tweehonderd vier-en-vyftig is ten opsigte van 'n ondervraging kragtens hierdie artikel van toepassing asof dit 'n strafsak en die landdros 'n hof is: Met dien verstande dat die ondervraging van sulke persone in afsondering kan geskied op enige plek deur die landdros vir daardie doel aangewys."

Artikel 212 (1) van die Strafproseswet lui:

"Indien iemand wat in 'n hof aanwesig is en deur die hof aangesê word om in 'n strafsak getuienis af te lê, weier om as getuie die eed af te lê of 'n bevestiging te doen, of wat na eedaflegging of nadat hy die bevestiging gedoen het, weier om 'n vraag aan hom gestel, te beantwoord, of weier of versuim om 'n boek, stuk of dokument waarvan die oorlegging deur hom vereis word, oor te lê, kan die hof op summiere wyse ondersoek instel na bedoelde weiering of versuim en, tensy die persoon wat aldus weier of versuim 'n voldoende verskoning vir sy weiering of versuim het, hom 'n vonnis van gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens twaalf maande oplê."

By die ondervraging was appellant deur 'n advokaat verteenwoordig. Laasgenoemde het aangevoer, dat, hoewel

daar/.....

daar geen reg op verteenwoordiging bestaan nie, die landdros dit volgens sy diskresie behoort toe te laat. Hy het ook betoog dat appellant geregtig is op „professionele” privilegie omdat hy 'n predikant is. Die staatsaanklaer het verteenwoordiging van appellant bestry en ook betoog dat privilegie nie aan appellant toegeken behoort te word nie. Die landdros het beslis dat die ondersoek moes voortgaan sonder regsverteenvoordiging en dat appellant hom nie op privilegie kon beroep nie. Op versoek van appellant se advokaat het die landdros die ondersoek uitgestel, hangende 'n aansoek van appellant by die Hooggeregshof om uitsluitel in verband met die reg tot verteenwoordiging en die swygreg waarop appellant hom beroep het. Appellant het by kennisgewing van mosie en 'n beëdigde verklaring voor die Oos-kaapse Hooggeregshof (Cloete, R.) verskyn, wat beslis het dat in 'n geval soos die onderhawige, regsverteenvoordiging wel toegelaat behoort te word, maar dat appellant hom nie op 'n swygreg kan beroep nie. Verlof is aan die appellant verleen om te appelleer teen hierdie bevinding. Wat die feite betref, is daar

sekere/.....

sekere eienaardighede. Dit is duidelik dat beskuldigde (mev. Geldenhuys) haar nie tot appellant gewend het nie, maar dat appellant haar uit die polisiestasie uitgeroep het en daarna met haar begin praat het in teenwoordigheid van haar broer. Klaarblyklik het appellant nie aanbeveel dat beskuldigde se eie predikant haar raad moes gee nie. Dit skyn gemene saak te wees dat beskuldigde nie 'n lidmaat van appellant se gemeente was nie, maar van die „Moedergemeente" Uitenhage. Die appellant skyn die indruk te skep dat hy eintlik nie weet wat beskuldigde oor haar probleem gesê het nie, alhoewel hy haar oorreed het om haarself oor te gee. Daar is teenstrydige verklarings oor wat van buite die kamer, waarin die gesprek was, sou gehoor gewees het, en wat nie kon gehoor gewees het nie, en daar is teenstrydige verklarings van appellant en 'n polisiebeampte, Kaptein Calitz, oor wat, volgens 'n verklaring van beskuldigde se broer, deur appellant gedurende die gesprek gesê sou gewees het. Dit is egter onnodig om verder hierop in te gaan omdat die benadering in hierdie saak van die veronderstelling uitgaan dat die beskuldigde moontlik vrywillig 'n skuldbekentenis aan appellant in sy

hoedanigheid/.....

hoedanigheid as predikant kon gedoen het.

Namens appellant is toegegee dat dit in hierdie saak nie daarom gaan of appellant luidens artikel 212 (1) „'n voldoende verskoning" in wyere sin gehad het nie, maar of in ons reg die swygreg van 'n geestelike erken word of nie. Ek gebruik met opset die woord „geestelike" omdat in ons land daar 'n groot verskeidenheid van kerke en geloofsgroepe is, waarin sekere geestelike voorgangers of kerklike ampte met verskillende titels aangedui word, soos predikante, priesters, pastore ens. Namens appellant is ook toegegee dat daar 'n beperking sou moes wees, indien daar 'n swygreg sou bestaan, en aan die hand is gedoen, dat, wat geestelikes betref, die reg beperk sou moet word tot dié geestelikes wat van staatsweë as huweliksbevestigers erken word. Dat daar van ouds 'n tradisionele etiese swygplig erken word ten opsigte van die trits regsadviseur, geneesheer en geestelike ly geen twyfel nie. Dat daar verskil van mening bestaan oor die swygreg van hierdie trits staan ook vas. Die ontstaan ~~van~~ die swygplig en swygreg van hierdie persone en die problematiek

wat/.....

wat aan hierdie begrippe verbonde is, word redelik volledig behandel in 'n werk van 'n Nederlandse skrywer, Dr. Ph. J. Huyser, getitel „Het ambtsgeheim van de Zielzorger". Die skrywer verwys ook o.a. na vorige werke oor dieselfde onderwerp van Duitse en Franse skrywers. Die kern van die betoog wat namens appellant gelewer is, is dat wat ook al die inhoud van sekere wetgewing mag wees, hierdie hof geregtig is om, as deel van die substantiewe reg, vas te stel wat in die openbare belang is, en dat hierdie hof die swygereg van 'n geestelike sal erken omdat dit in die openbare belang is dat so 'n reg bestaan.

Die enigste gewysde in ons reg oor die swygereg van 'n geestelike is Wissekerke v. Wissekerke, 1923 (1) P.H. F.5, waarin waarnemende regter Jeppe bevind het, sonder verwysing na enige gesag, dat 'n predikant hom op privilegie kon beroep toe hy deur eiser gevra is om getuienis af te lê, in 'n egskeiding-saak, oor wat verweerderes aan hom sou vertel het. Wat die Strafprosesreg betref, het die wetgewer hom in artikel 223 van

die/.....

die Strafproseswet No. 56 van 1955 in geen onduidelike taal
uitgedruk nie en bepaal:

„Elke persoon aan wie die aflegging van getuienis
nie uitdruklik deur hierdie Wet ontsê word nie,
is bevoeg en verplig om in enige strafsak
getuienis af te lê.”

In artikel 232 word uitdruklik die swygreg van
'n regsadviseur in die volgende omstandighede erken:

„Geen advokaat, prokureur of wetsagent of ander
regspraktisyn wat bevoeg is om in 'n hof, hetsy
binne die Republiek of elders, te praktiseer, is
bevoeg om teen iemand aan wie hy beroepsdienste
gelewer het of deur wie hy uit hoofde van sy
beroep geraadpleeg is, sonder so iemand se toe-
stemming getuienis af te lê nie aangaande 'n feit,
aangeleentheid of saak waaroor so 'n regspraktisyn
uit hoofde van sodanige dienste of raadpleging
en sonder sodanige toestemming nie op die der-
tigste dag van Mei 1961 bevoeg sou gewees het
om getuienis af te lê nie: Met dien verstande
dat geen sodanige regspraktisyn, vanweë sodanige
dienste of raadpleging, in 'n saak onbevoeg is
of regtens van verpligting vry is nie om getuienis
af te lê aangaande 'n feit, aangeleentheid of saak
betreffende, of in verband staande met, die pleeg
van 'n misdryf waarvoor die persoon, aan wie
daardie regspraktisyn sodanige dienste gelewer
het of deur wie hy aldus geraadpleeg is, in
daardie saak vervolg word, wanneer daardie regs-
praktisyn sodanige feit, aangeleentheid of saak
te wete gekom het voordat hy beroepsdienste
gelewer het of uit hoofde van sy beroep geraad-
pleeg is in verband met die verdediging van
daardie persoon teen sodanige vervolging.”

In/.....

In artikel 233 word „openbare beleid” en „openbare belang” uitdruklik genoem in die volgende woorde:

„Behalwe soos in hierdie Wet bepaal, word 'n getuie nie verplig of toegelaat om in 'n strafsak getuienis af te lê nie aangaande 'n feit, aangeleentheid of saak of aangaande 'n mededeling aan of deur daardie getuie gedoen, waaroor daardie getuie op die dertigste dag van Mei 1961 nie verplig of toegelaat sou kon geword het om getuienis af te lê nie omdat sodanige feit, aangeleentheid of saak op grond van openbare beleid of met die oog op die openbare belang nie openbaar gemaak behoort te word nie en teen openbaarmaking geprivilegieerd is: Met dien verstande dat iemand in 'n strafsak getuienis kan aanvoer aangaande 'n mededeling waarvolgens 'n misdryf gepleeg heet te gewees het, indien die doen van daardie mededeling prima facie 'n misdryf uitgemaak het, en die regter of regterlike amptenaar wat by daardie saak voorsit, is bevoeg om te beslis of die doen van daardie mededeling prima facie 'n misdryf uitgemaak het al dan nie, en so 'n beslissing is vir die doeleindes van daardie saak afdoende.”

Tot 1963 het die woorde in artikel 232 „op die dertigste dag van Mei 1961 bevoeg sou gewees het om” gelees „bevoeg sou wees om in 'n soortgelyke saak wat voor die Hooggeregshof in Engeland dien”, en die woorde in artikel 233 „daardie getuie op die dertigste dag van Mei 1961” het gelees

„indien/....

„indien die saak voor die Hooggeregshof in Engeland gedien het, daardie getuie". Die wysigings is teweeggebring deur artikels 18 en 19 van die Strafproseswysigingswet No. 92 van 1963.

Namens appellant is betoog dat artikel 223 van die Wet saamgelees moet word met artikel 292 wat soos volg lui:

„Die reg met betrekking tot die toelaatbaarheid van getuienis en die bevoegdheid, ondervraging en kruisvraging van getuies wat op die dertigste dag van Mei 1961 ten opsigte van strafsake gegeld het, is van toepassing in iedere geval waarvoor geen uitdruklike voorsiening in hierdie Wet of enige ander wet gemaak word nie."

Die woorde „wat op die dertigste dag van Mei 1961 ten opsigte van strafsake gegeld het" is in 1963 in die artikel geplaas ter vervanging van die woorde „wat in strafsake in die Hooggeregshof van Engeland geld". Die betoog kom hierop neer dat, omdat daar nie „uitdruklike voorsiening" in die Wet gemaak is vir die geval van die swygreg van 'n geestelike nie, die Engelse strafprosesreg nagegaan moet word om te bepaal wat dié reg omtrent die swygreg van 'n geestelike bepaal. In hierdie verband word 'n beroep gedoen op 'n beslissing van hierdie hof in

Ex/.....

Ex parte Minister of Justice: In re Rex v. Demingo and Others,

1951 (1) S.A. 36. In daardie saak het dit gegaan oor die bevoegdheid van 'n medepligtige, reeds skuldig bevind maar nog ongestraf, om getuienis teen 'n medebeskuldigde af te lê, na skeiding van verhore of by 'n later-ingestelde verhoor. In die uitspraak word daar verwys^{o.a.} na artikels 260 en 320 van Wet 31 van 1917, die voorgangers van artikels 223 en 292 van die 1955-Wet. Op bl. 40 het hoofregter Centlivres o.a. die volgende gesê:

„This brings me to sec. 320. The competency as a witness for the Crown of a convicted but unsentenced accomplice is not specifically dealt with in the Chapter in which sec. 320 appears. Under that section we must therefore have recourse to the law of England in order to ascertain whether such an accomplice is a competent witness for the Crown. If such an accomplice is under that law an incompetent witness then, in my view, he is ,expressly excluded by this Act from giving evidence' within the meaning of sec. 260. If sec. 320 had given a list of witnesses that are not competent, such witnesses would clearly have been ,expressly excluded by this Act from giving evidence.' I do not think that the result can be any different because the Legislature, instead of giving a list of incompetent witnesses, has in its wisdom referred us to another system of law in order to ascertain what such list is. My view of sec. 320 is confirmed by the fact that there is nothing elsewhere in the Act to make incompetent as witnesses certain persons

who/....

who are undoubtedly incompetent. For instance the spouse of an accused is not a competent and compellable witness for the Crown excepting in the cases referred to in sec. 263. From sec. 263 it may be argued that there is an irresistible implication that a spouse is in other cases not a competent and compellable witness for the Crown. But exclusion by implication, however strong that implication may be, is not the same as express exclusion. A spouse is, however, excepting in the cases specified in sec. 263, an incompetent witness for the Crown under sec. 320, for under English law he or she is incompetent and being incompetent he or she cannot be compelled to give evidence for the Crown."

In die onderhawige saak gaan dit nie oor die onbevoegdheid van 'n getuie nie maar oor 'n swygreg. Prima facie wil dit voorkom of appellant reeds kragtens artikel 223 verplig is om getuienis af te lê, veral as in aanmerking geneem word dat wanneer die wetgewer met beroepsprivilegie handel, hy uitdruklik net met die beroepsprivilegie van die regsadviseur handel en die stelreël expressio unius est exclusio alterius hier van toepassing sou kon wees. Dit is egter nie nodig om 'n vaste mening hieroor te gee nie omdat, soos sal blyk, die Engelse reg die swygreg van 'n geestelike nie erken nie.

Namens/.....

Namens appellant is met betrekking tot artikels 233 en 292 aangevoer dat hoewel die swygreg van 'n geestelike nie in die Engelse reg erken word nie, die erkenning van so 'n reg 'n saak van openbare beleid is en dat in elke regstelsel die belangrikheid van vertrouensverhoudings moet opgeweeg word teen die eis van geregtigheid dat elke beskikbare getuie getuienis moet aflê indien daartoe geroep. Wat die openbare beleid vereis, is 'n vraag van die substantiewe reg, so is betoog, en daarom is by beoordeling van hierdie vraag geen reël van die Engelse reg bindend op 'n Suid-Afrikaanse hof nie. In die alternatief is betoog dat daar geen sekerheid bestaan dat vóór 31 Mei 1961 die Engelse reg nie die swygreg van 'n geestelike erken het nie. Gesien die vorm van die betoog, is die eerste vraag wat beantwoord moet word, of in die Engelse reg die swygreg van 'n geestelike erken word of nie. Ten spyte van die feit dat in Engelse beslissings die swygreg hoofsaaklik in obiter dicta ontken word en dat daar geen uitdruklike beslissing deur die Court of Appeal of House of Lords skyn te wees nie, en ten spyte van suggesties

deur/.....

deur enkele skrywers dat die swygreg erken word of behoort te word, is die oorwig van gesaghebbende mening in die Engelse reg dat 'n swygreg van 'n geestelike nie erken word nie. Die rede vir hierdie afwesigheid skyn te wees dat koning Hendrik VIII in 1534 'n end gemaak het aan die heerskappy van die Rooms-Katolieke kanonieke reg en mettertyd die privilegies van die geestelikheid afgeskaf het, vgl. Huyser (supra) op bl. 428, wat verwys na A Short History of English Law deur E. Jenks, vyfde uitgawe, bl. 158. Vir doeleindes van hierdie saak is dit onnodig om na al die Engelse beslissings en skrywers te verwys. In die 22ste uitgawe van Harris's Criminal Law word daar kortliks verklaar dat professionele privilegie „extends only to legal advisers including their clerks, it does not apply to communications to or from medical advisers or clergymen". Hierdie opvatting word ook gehuldig deur die Law Reform Committee in sy sestiende verslag (oor Privilege in Civil Proceedings) en die Criminal Law Revision Committee in sy elfde verslag (oor Evidence (General)). Paragraaf 272 van laasgenoemde verslag lees soos volg:

„We/.....

„We have no doubt that the only kind of professional privilege which English law allows is that of legal adviser and client (as to which we do not recommend any change). Although there is no conclusive decision, the overwhelming weight of authority, both judicial and in books on the law, is to this effect. This was also the view of the Law Reform Committee in their 16th report, published in December 1967; and since then it has been supported by the judgment of Baker J. (as he then was) in Pais v. Pais. 1971 P. 119 120 G - 122 B. The two committees kept in touch with one another in considering whether to recommend legislation to confer a privilege in respect of any other professional relations, as is mentioned in the Law Reform Committees's report. Both committees were satisfied that the only relations in respect of which there was any case for conferring the privilege were those of communications with ministers of religion and those of communications with medical practitioners; but after considering the question at considerable length both committees concluded that they should not recommend that the privilege should be conferred."

Dit is waar dat 'n Suid-Afrikaanse hof nie gebonde is nie aan wat deur 'n hof in 'n ander land omtrent openbare beleid in daardie land beslis word, maar in die onderhawige geval het die wetgewer uitdruklik in artikels 233 en 292 van die Strafproseswet onderskeidelik bepaal dat in Suid-Afrika die reg met betrekking tot die privilegie teen openbaarmaking van feite op grond van openbare beleid en die toelaatbaarheid

van getuienis en die bevoegdheid, ondervraging en kruisvraging in iedere geval waarvoor geen voorsiening in die Wet gemaak word nie, die reg is soos dit op 30 Mei 1961 gegeld het. Hierdie reg was die Engelse reg, soos deur ons howe toegepas, wat nie sodanige privelegie erken het nie. Afgesien van wetgewing in die kolonies vóór Unie-wording, het die Uniale wetgewer in die Strafproseswet van 1917 uitdruklik met die swygreg van die regsadviseur gehandel en nie erkenning gegee aan die swygreg van die geestelike of die geneesheer nie. Ek het geen twyfel nie dat indien die openbare beleid destyds die erkenning van 'n swygreg van 'n geestelike of 'n geneesheer vereis het, die wetgewer so 'n reg in die Strafproseswet sou ingesluit het. Dieselfde oorweging geld ten opsigte van die 1955-Wet. Dit skyn duidelik te wees dat indien die swygreg aan 'n geestelike toegeken behoort te word, dit in Suid-Afrika nie beperk behoort te word nie tot dié geestelikes wat ook huweliksbevestigers is. Volgens die Christelik-protestantse opvatting is die prediker, wat sielsorg betref, in dieselfde posisie as die ouderlinge van 'n gemeente wat nie huweliksbevestigers is nie, vgl. Huyser (supra), op bl. 42. Indien die

openbare beleid op geskiedkundige gronde sou vereis dat 'n vertrouensposisie soos dié tussen 'n geestelike en 'n lidmaat van sy kerk beskerm moet word, sou, in die omstandighede van vandag, as geestelikes beskou moet word, nie net al die ouderlinge van christelik-protestantse gemeentes nie, maar ook biskoppe en priesters van die Rooms-katolieke kerk, en ook voorgangers of ampte o.a. in die Joodse geloof, die Islamitiese geloof en die Hindoeïsme. 'n Vertrouensposisie wat via 'n geloof tot stand kom, kan immers bewaarlik beperk word tot die Christelike geloof wanneer groot groepe van die bevolking ander gelowe aanhang. Die probleem word nog moeiliker omdat in ons tyd die vertrouensverhouding via die geloof dikwels vervang word deur 'n vertrouensverhouding wat ontstaan tussen pasiënt en psigiater of ander psigoterapeut en ook deur die verhouding wat ontstaan tussen die sosiale werker of werkster en die persoon wat deur so 'n persoon besoek word. Dit sou dan logies wees dat by sulke verhoudings ook privilegie toegeken behoort te word.

Na/....

Na my mening kan dit nie aanvaar word dat die openbare beleid in ons land die swygreg van 'n geestelike in die verlede geverg het of vandag verg nie, en in ieder geval word sodanige reg nie deur die Strafproseswet erken nie.

Die appèl word afgewys.


HOOFREGTER.

JANSEN, AR.	}	Stem saam.
TROLLIP, AR.		
RABIE, AR.		
CORBETT, AR.		