2008 Tydskrif vir Regswetenskap 33(2): 20-31

PG du Toit & WG Pretorius

Die verkryging van getuienis deur middel van gedwonge chirurgie

Opsomming

Hierdie bydrae ondersoek die vraag of die verkryging van getuienis deur middel van 'n gedwonge chirurgiese ingreep op die liggaam van 'n verdagte deur die Suid-Afrikaanse reg veroorloof word. Daar bestaan teenstrydige hofbeslissings in hierdie verband. Sodanige prosedure maak ongetwyfeld inbreuk op 'n verdagte se reg op privaatheid en die reg op vryheid en sekerheid van die persoon en kan dit slegs geduld word indien die vereistes van die grondwetlike beperkingsklousule bevredig word. Die skrywers ondersteun die benadering dat die *Strafproseswet* nie chirurgie ten einde getuienis te bekom, magtig nie en stel voor dat die wetgewer moet ingryp ten einde daarvoor voorsiening te maak. Voorstelle word gemaak van 'n moontlike benadering wat in die verband gevolg kan word.

The procurement of evidence by means of forced surgery

This contribution considers the question of whether South African law permits the compelled surgical intrusion into a suspect's body in order to obtain evidence. The courts came to contradictory findings regarding this issue. Such a procedure undoubtedly constitutes an infringement of a suspect's right to privacy and the right to freedom and security of the person. It can only be tolerated if the requirements of the constitutional limitations clause are complied with. The authors support the approach that forced surgical interventions in order to obtain evidence are not permitted by the *Criminal Procedure Act* and that the legislature should intervene to provide for it. Recommendations as to the approach that could be followed are made.

PG du Toit, Fakulteit Regte, Noordwes-Universiteit, Privaatsak X6001, Potchefstroom, 2520.
WG Pretorius, Sandton Balie, Posbus 22021, Helderkruin, 1733.

1. Inleiding

Die verkryging van getuienis met die oog op strafregtelike verrigtinge deur middel van 'n gedwonge chirurgiese operasie op 'n beskuldigde kan 'n waardevolle hulpmiddel wees vir die staat in die stryd teen misdaad. Die mees voor-die-hand-liggende voorbeeld hiervan is die geval waar 'n persoon tydens die pleeg van 'n rooftog deur die polisie of 'n lid van die publiek met 'n vuurwapen gewond word. Indien die koeëlpunt wat in die verdagte se liggaam agterbly chirurgies verwyder en aan ballistiese toetse onderwerp word, kan dit daartoe lei dat die verdagte deur middel van hierdie omstandigheidsgetuienis bo redelike twyfel as een van die rowers uitgewys word. Hierdie bydrae ondersoek die vraag of die Suid-Afrikaanse reg die verkryging van getuienis by wyse gedwonge chirurgiese intervensie veroorloof.

Hoofstuk 3 van die *Strafproseswet*[1] reël die bevoegdhede van polisiebeamptes met betrekking tot die vasstelling van liggaamlike kenmerke van 'n beskuldigde. Die wet bevat egter geen bepaling wat duidelik verwys na chirurgie as metode om getuienis te bekom nie. Daar bestaan twee teenstrydige interpretasies van die bepalings van die *Strafproseswet*[2] in hierdie verband. Die Kaapse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof het in *Minister of Safety and Security v Gaqa and Another*[3] bevind dat die *Strafproseswet* wel die chirurgiese verwydering van 'n koeëlpunt uit die liggaam van 'n aangeklaagde magtig ten einde die polisie in die ondersoek van 'n saak behulpsaam te wees. Daarteenoor het die Durban en Kus Plaaslike Afdeling in *Minister of Safety and Security and Another v Xaba*[4] beslis dat sodanige prosedure nie veroorloof word nie. Die vertrekpunt tot die aanspreek van die probleem is die relevante bepalings van die *Grondwet*.[5]

2. Grondwetlike oorwegings

Die *Grondwet* waarborg die reg van elkeen op vryheid en sekerheid van die persoon.[6] Hierby inbegrepe is die reg om vry te wees van alle vorme van geweld van openbare of private oorsprong.[7] Voorts het elkeen die reg op fisiese en psigiese integriteit[8] waarby inbegrepe is die reg oor sekerheid van en beheer oor die eie liggaam.[9] Hierbenewens het elkeen die reg op privaatheid.[10] Die reg op privaatheid sluit onder meer in die reg dat die persoon nie deursoek word nie.[11]

---

1 51 van 1977.
2 51 van 1977.
3 2002 (1) SASV 654 (K).
4 2004 (1) SASV 149 (D).
5 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996.
6 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996:art 12(1).
7 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996:art 12(1)(c).
8 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996:art 12(2).
9 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996:art 12(2)(b).
10 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996:art 14.
11 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996:art 14(a).

Daar kan geen twyfel wees nie dat die uitvoer van chirurgie op 'n beskuldigde persoon sonder sy toestemming 'n ernstige aantasting van bovermelde regte daarstel.[12]

In *S v Orrie and Another*[13] is byvoorbeeld beslis dat die blote neem van 'n bloedmonster met die oog op DNS-toetse meebring dat daar op die persoon van wie die monster geneem word se reg op privaatheid en, tot 'n geringe mate, sy reg op fisiese en psigiese integriteit inbreuk gemaak word.[14]

Artikel 36(1) van die *Grondwet*[15] bepaal egter dat die regte wat in die *Grondwet* verskans word deur 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk kan word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagnemimg van alle faktore, met inbegrip van die aard van die reg; die belangrikheid van die doel van die beperking; die aard en omvang van die beperking; die verband tussen die beperking en die doel daarvan, en 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik. In *S v Orrie and Another* het die hof dan ook bevind dat, alhoewel die neem van 'n bloedmonster van 'n beskuldigde inderdaad inbreuk maak op die beskuldigde se regte op privaatheid, waardigheid en liggaamlike sekuriteit, die beperking redelik en noodsaaklik is met inagneming van die grondwetlike beperkingsklousule.[16] Die hof het bevind dat die neem van 'n bloedmonster feitlik pynloos is.[17] Die hof het voorts bevind dat hierdie 'n alledaagse prosedure is waaraan elke mens een keer of meermale in die moderne lewe onderwerp word en dat dit 'n noodsaaklike hulpmiddel in die bevordering van die strafregpleging is. Daarsonder sal 'n persoon wat 'n motorvoertuig bestuur met 'n oormatige hoeveelheid alkohol in sy bloedstroom byvoorbeeld nie vervolg kon word nie.[18] Boonop bestaan daar 'n algemeen geldende regsvoorskrif, naamlik artikel 37 van die *Strafproseswet*, waardeur die regte van die beskuldigde beperk word.[19]

Daar bestaan heelwat regspraak van die Amerikaanse howe rakende die konstitusionele toelaatbaarheid van chirurgie ten einde getuienis te bekom.[20] Die kwessie word hanteer met verwysing na die Vierde Amendement van die Amerikaanse Grondwet.[21] Die twee leidende uitsprake rakende chirurgiese

12 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:658h en *Minister of Safety and Security and Another v Xaba*:155e.

13 *S v Orrie and Another* 2004 (3) SA 584 (K).

14 *S v Orrie and Another*:par [20]. Sien ook die uitsprake van die Kanadese Hooggeregshof in *R v Stillman* [1997] 1 SCR 607 en *R v SAB* [2003] 2 SCR 678. In laasgenoemde saak is daar te par 44 beslis: "With regards to privacy related to the person, the taking of bodily samples clearly interferes with bodily integrity."

15 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* van 1996.

16 *S v Orrie and Another*:par [20]. In *R v SAB* (vn 14) het die Kanadese Hooggeregshof ook tot 'n soortgelyke slotsom gekom.

17 *S v Orrie and Another*:par [14].

18 *S v Orrie and Another*:par [15].

19 *S v Orrie and Another*:par [20].

20 Vir gedetailleerde besprekings van die regsposisie in Amerika sien M.W.M. 1981: 1069-1087; Mandell & Richardson 1984:525-552 en Gitles 1985:972-985.

21 Hierdie bepaling lui: "The right of people to be secure in their person, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated and

ingrepe op die menslike liggaam is dié van die Amerikaanse Hooggeregshof in *Schmerber v California*[22] en *Winston v Lee*[23]. In eersgenoemde saak het die hof die verkryging van 'n bloedmonster van 'n verdagte in 'n dronkbestuursaak grondwetlik in orde bevind. *Winston v Lee*, wat spesifiek gehandel het oor die verwydering van 'n koeëlpunt uit die liggaam van 'n verdagte, het swaar gesteun op die beginsels neergelê in *Schmerber v California*.[24] In *Winston v Lee* het die vraag ter sprake gekom of die hof die chirurgiese verwydering van 'n koeëlpunt (van onder die linkersleutelbeen van 'n verdagte) behoort te magtig al dan nie. Die hof bevind dat elke saak afsonderlik beoordeel moet word ten einde te bepaal of die ingreep redelik sal wees al dan nie. Daar moet telkens 'n belange-afweging gedoen word ten einde te bepaal of die reg van die individu op vryheid, of die belang van die gemeenskap dat die prosedure uitgevoer word, die swaarste weeg. Een van die faktore wat in hierdie proses verreken behoort te word, is die aard van die inbreukmaking op die individu se regte. Die neem van 'n bloedmonster, byvoorbeeld, bring feitlik geen risiko, trauma of pyn mee nie en is daarom geredelik aanvaarbaar. Daar behoort verder vasgestel te word of alle redelike mediese voorsorg getref is ten einde moontlike komplikasies vir die verdagte uit te skakel. Die prosedure moet volgens aanvaarbare mediese praktyk uitgevoer word.[25] Indien die prosedure die lewe van die verdagte in gevaar stel, sal 'n bevel tot so 'n operasie nie geregverdig wees nie.[26] Daarbenewens moet die waardigheid van die individu ook verreken word. Visentering van 'n woonplek en afluistering tas nie die verdagte se fisieke integriteit aan nie, maar 'n chirurgiese ingreep wel. Die belang van die gemeenskap ten einde die individu se strafregtelike aanspreeklikheid te bepaal is ook wesenlik.[27] In *Winston v Lee* was daar teenstrydige getuienis rakende die risiko's wat die operasie vir die verdagte sou inhou. Die hof bevind dat juis hierdie onsekerheid lei tot die gevolgtrekking dat die operasie nie redelik sou wees nie.[28] Die hof bevind dat 'n gedwonge chirurgiese ingreep op die liggaam van 'n mens van so 'n ingrypende aard is dat, selfs waar dit waarskynlik is dat die prosedure getuienis van die pleeg van 'n misdaad na vore sal bring, dit steeds onredelik kan wees.[29]

'n Chirurgiese ingreep teen die wil van 'n landsburger is natuurlik ingrypend. Die vraag ontstaan of daar in ons reg 'n algemeen geldende regsvoorskrif is wat hierdie prosedure magtig en wat boonop die vereistes van die grondwetlike

no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

22 384 US 757 (1966); 16 L Ed 2d 908.

23 *Winston v Lee* 470 U.S. 735 (1985); 84 L Ed 2d 662. Dit dien vermeld te word dat chirurgiese ingrepe tans weer die onderwerp van debat in Amerikaanse regskringe is na aanleiding van daarvan dat 'n regter in Texas 'n lasbrief gemagtig het vir die chirurgiese verwydering van 'n koeël uit die kop van 'n verdagte. Sien in hierdie verband Sui Generis: A New York Law Blog 2006: http:nylawblog.typepad.com/suigeneris/constitutional_issues/index.html (besoek op 15/11/2007).

24 Gitles 1985:974.

25 *Winston v Lee*:669.

26 *Winston v Lee*:669-670.

27 *Winston v Lee*:670.

28 *Winston v Lee*:671.

29 *Winston v Lee*:668.

beperkingsklousule bevredig. Vervolgens word ’n kort oorsig verskaf van die bepalings van die *Strafproseswet*[30] wat sentraal gestaan het in die twee uiteenlopende uitsprake in Suid-Afrika oor die aangeleentheid.

3. Die relevante bepalings van die *Strafproseswet*

Artikels 19 tot 36 van die *Strafproseswet*[31] handel oor die bevoegdhede van polisiebeamptes met betrekking tot visentering en beslaglegging. Artikel 27 bepaal onder meer dat ’n polisiebeampte wat ’n persoon wettiglik mag deursoek die geweld kan gebruik wat redelikerwys nodig is om enige verset teen so ’n deursoeking te bowe te kom.

Ingevolge artikel 37(1)(c) van die wet kan ’n polisiebeampte die stappe doen wat hy nodig ag ten einde te bepaal of die liggaam van ’n beskuldigde ’n merk, eienskap of onderskeidende kenmerk het of ’n toestand of verskynsel toon. ’n Polisiebeampte mag egter nie self ’n bloedmonster neem nie.

Artikel 37(2)(a) van die wet wys ook ander persone aan om die stappe te doen wat nodig geag word ten einde te bepaal of die liggaam van ’n beskuldigde ’n merk, eienskap of onderskeidende kenmerk het of ’n toestand of verskynsel vertoon. Hierdie stappe kan gedoen word deur ’n geneeskundige beampte van ’n gevangenis of ’n distriksgeneesheer. ’n Geregistreerde geneesheer of verpleegster kan ook die stappe doen indien daartoe versoek deur ’n polisiebeampte. Dit sluit die neem van ’n bloedmonster in.

Die vraag is of die stappe waarvoor die wet voorsiening maak ook ’n chirurgiese operasie op die liggaam van die beskuldigde insluit. Die twee teenstrydige uitsprake wat oor hierdie vraag handel, word vervolgens onder die loep geneem.

4. Regspraak

In *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa* het die applikante aansoek gedoen om ’n bevel dat ’n koeëlpunt chirurgies uit die linkerbeen van die respondent verwyder word met die oog op ballistiese toetse. Die applikante het rede gehad om te glo dat die respondent betrokke was by ’n rooftog waartydens twee mense om die lewe gebring is en dat die respondent tydens daardie rooftog in die been gewond is.[32] Namens die respondent is aangevoer dat daar geen statutêre of gemeenregtelike magtiging bestaan het vir die maak van sodanige bevel nie.[33] Desai R het egter die aansoek toegestaan.

Eerstens steun die hof op artikel 27(1) van die *Strafproseswet* wat verband hou met die bevoegdheid van ’n polisiebeampte wat ’n persoon wettiglik mag deursoek om geweld te gebruik wat redelikerwys nodig is om enige verset teen die deursoeking te bowe kom. Die hof bevind dat die wetgewer nie die geweld wat

30 51 van 1977.

31 51 van 1977.

32 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:654j-655a.

33 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:657h.

aangewend mag word omskryf het nie en dat die feite van elke saak bepalend is vir die aard van die geweld waarvan gebruik gemaak mag word.[34] Die hof beslis met verwysing na die uitspraak van die Durban en Kus Plaaslike Afdeling in *Levack v Regional Magistrate, Wynberg*[35] dat 'n doeldienende benadering gevolg moet word by die vertolking van artikel 27(1).[36] Dit is skynbaar die rede waarom die hof die wye interpretasie gekoppel het aan artikel 27(1). Dit dien egter vermeld te word dat die Hoogste Hof van Appèl 9 maande nadat die uitspraak in *Minister of Safety and Security v Gaqa* gelewer is, bevind het dat dit onnodig was vir die Provinsiale Afdeling in die Levack-saak om 'n doeldienende vertolking te volg.[37] In *Levack* het die vraag ter sprake gekom of die menslike stem 'n "eienskap" of "onderskeidende kenmerk" is. Die Appèlafdeling beslis dat die letterlike betekenis van die woorde "eienskap" of "onderskeidende kenmerk" inderdaad die menslike stem insluit, en die doeldienende vertolking, wat aangewend word waar daar dubbelsinnigheid ter sprake is, derhalwe onnodig was.[38]

Tweedens steun die hof in *Gaqa* op artikel 37(1)(c) van die *Strafproseswet*. Die hof gee toe dat die koeël duidelik nie 'n merk, eienskap of onderskeidende kenmerk van die liggaam van die respondent soos bedoel in die betrokke artikel is nie, maar bevind dat 'n polisiebeampte egter ook deur die artikel gemagtig word om vas te stel of die respondent se liggaam 'n koeël vertoon.[39] Hierdie is 'n problematiese gevolgtrekking, veral gesien in die lig van die feit dat hierdie artikel polisiebeamptes spesifiek verbied om self bloedmonsters te neem.

Derdens bevind die hof dat die polisie in elk geval deur artikel 205(3) van die *Grondwet*[40] verplig word om misdaad te ondersoek en dat die polisie in hierdie taak aan bande gelê sou word indien hulle nie die koeël in hul besit het nie.[41] Om artikel 205(3) van die *Grondwet* wat die breë doelstellings van die polisiediens uiteensit, te interpreteer as 'n algemeen geldende regsvoorskrif wat die regte van 'n beskuldigde beperk, is potensieel gevaarlik. Indien die argument van Desai R deurgevoer word na ander scenario's sal dit die implikasie inhou dat polisiebeamptes in die naam van artikel 205(3) allerlei onregmatige ondersoekmetodes kan gebruik met die oog op die bestryding en ondersoek van misdaad.

Die hof verwys voorts ook na *Winston v Lee*[42] van die Amerikaanse Hooggeregshof en bevind dat, anders as die geval met die respondent, dit in daardie saak nie duidelik was watter mediese risiko's daar aan die operasie

---

34 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:657h-i.

35 *Levack v Regional Magistrate Wynberg* 1999 (4) SA 747 (K). Die verwysing in die *Gaqa*-uitspraak na bogenoemde beslissing as 'n beslissing van die Appèlafdeling is verkeerd. Die Appèlafdeling het wel 'n uitspraak in die *Levack*-saak gegee, maar eers op 28 November 2002. Uitspraak in die *Gaqa*-saak is reeds 26 Februarie 2002 gelewer. Sien vn 37.

36 *Minister of Saftey and Security and Another v Gaqa*:657i-j.

37 *Levack v Regional Magistrate Wynberg* 2003 (1) SASV 187 (HHA):par [11].

38 *Levack v Regional Magistrate Wynberg*:par [11].

39 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:658a-b.

40 Hierdie artikel lui: "Die doelstellings van die polisiediens is om misdaad te voorkom, te bestry en te ondersoek, die openbare orde te handhaaf, die inwoners van die Republiek en hul eiendom te beskerm en te beveilig, en die reg te handhaaf en toe te pas."

41 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:658b-c.

42 Sien voetnoot 23.

verbonde was nie en voorts dat daar ander getuienis teen die verdagte beskikbaar was.[43] In die aangeleentheid voor die hof was daar egter getuienis aangebied dat daar nie ernstige mediese risiko's verbonde was aan die verwydering van die koeël uit die been van die respondent nie.[44] Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die weiering van die aansoek sal meebring dat ernstige misdade onopgelos bly en dat die belange van die gemeenskap, wat 'n belang het in die oplos van misdaad, van deurslaggewende belang is. Die hof bevind dat, wanneer hy die nodige belange-afweging doen, die belange van die gemeenskap veel swaarder weeg as die van die respondent.[45]

Die hof bevind dus dat die artikels van die *Strafproseswet* nie net die operasie magtig nie, maar dat dit ook 'n beperking plaas op die regte van die beskuldigde wat redelik en regverdigbaar in 'n oop en demokratiese samelewing is. Daar is kommentators wat aanvoer dat Desai R daarin geslaag het om 'n behoorlike balans te handhaaf tussen die regte van die beskuldigde en die belange van die gemeenskap.[46] Selfs al het die hof daarin geslaag kan die vertolking van die betrokke bepalings van die *Strafproseswet* nie ondersteun word nie.

In *Minister of Safety and Security and Another v Xaba* het Southwood WR ook oortuigend aangetoon dat die uitspraak gelewer in *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa* verkeerd was.[47] In hierdie saak het die applikante aansoek gedoen om die bekragtiging van 'n bevel nisi wat onder meer 'n polisiebeampte sou magtig om enige redelike geweld te gebruik, insluitende die nodige chirurgiese prosedure deur mediese dokters, om 'n koeël uit die respondent se dy te verwyder.[48] Die vertrekpunt van die hof is dat die respondent geregtig is op die beskerming van sy grondwetlike regte en dat dit slegs ingeperk kan word deur wetgewing wat die vereistes van die grondwetlike beperkingsklousule bevredig.[49] Die hof bevind, anders as in *Minister of Safety and Security v Gaqa*, dat artikel 205(3) van die *Grondwet* wat vir die bevoegdhede van die polisiediens voorsiening maak, nie opsigself die regte van die respondent beperk nie.[50]

Die hof verwys na artikel 27 en ander artikels van die *Strafproseswet* wat die woord "deursoeking" gebruik en bevind dat hierdie woord nie volgens sy gewone betekenis 'n operasie, waarom deur die applikante aansoek gedoen is, insluit nie. Daarbenewens word die magte wat aan 'n polisiebeampte verleen word tot deursoeking verleen ongeag of hy oor 'n mediese kwalifikasie beskik en sou die wetgewer nie aan 'n polisiebeampte die bevoegdheid verleen om chirurgiese operasies te doen nie. Voorts verbied artikel 37 van die wet polisiebeamptes spesifiek om bloedmonsters te neem en is dit dus ondenkbaar dat die wetgewer die bevoegdheid om te 'n koeël te verwyder sou insluit by die begrip "deursoek".[51]

43 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:658h-i.
44 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:659b-c.
45 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:659f-g.
46 Du Toit *et al* 2006:3-32A.
47 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:161h. Sien ook Kriegler 2003:797.
48 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:152f-i.
49 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:155b-e.
50 *Minister of Safety and Security v Xaba*:155h-i.
51 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:159g-i.

Die hof bevind verder dat artikel 37(1)(c) van die *Strafproseswet* nie ten doel gehad het om polisiebeamptes te bemagtig om geneeskundiges te versoek om chirurgiese prosedures uit te voer op beskuldigdes nie, aangesien artikel 37(2)(a) juis handel met die bevoegdhede van geneeskundiges wat handel op versoek van polisiebeamptes. Artikel 37(1)(c) maak hoegenaamd geen melding van medies gekwalifiseerde persone nie. Daarbenewens verleen artikel 37(1)(c) beslis nie magtiging aan polisiebeamptes om chirurgie uit te voer nie, aangesien die artikel polisiebeamptes selfs verbied om bloedmonsters te neem.[52]

Betreffende artikel 37(2)(a) van die wet wat voorsiening maak vir stappe deur geneeshere op versoek van polisiebeamptes wend die hof hom ook tot verskeie beginsels van wetsuitleg en bevind dat die woorde “met inbegrip van die neem van ’n bloedmonster” daarop dui dat die wetgewer slegs die beperkte prosedure van die neem van ’n bloedmonster gemagtig het en nie meer ingrypende chirurgiese prosedures nie.[53] Die hof hef derhalwe die bevel *nisi* op.[54]

5. Bespreking

Artikels 27 en 37 van die *Strafproseswet* kan nie afsonderlik of gesamentlik aangewend word om ’n verdagte te onderwerp aan die chirurgiese verwydering van ’n koeëlpunt uit sy liggaam nie.[55]

In *Minister of Safety and Security v Xaba* het Southwood WR bevind dat die oplossing van die probleem in die hande van die wetgewer is.[56] Die verkryging van getuienis deur middel van gedwonge chirurgie kan in bepaalde omstandighede redelik en noodsaaklik wees om te verseker dat geregtigheid geskied. Die gemeenskap het ’n direkte belang daarby dat misdaad, veral geweldsmisdaad, effektief ondersoek en vervolg moet word. Die Konstitusionele Hof het hom by geleentheid in hierdie verband as volg uitgedruk:

> Effective prosecution of crime is a legitimate, ‘pressing social need’. The need for a ‘strong deterrent to violent crime’ is well acknowledged because ‘widespread violent crime is deeply destructive of the fabric of our society’. There is a real and pressing concern about the high levels of crime.[57]

Die wetgewing sal natuurlik sensitief moet wees vir die beskuldigde se grondwetlik beskermde regte op privaatheid en liggaamlike en psigologiese integriteit. Daar behoort eerstens prosedurele veiligheidsmeganismes ingebou te word. Die *Strafproseswet*[58] plaas reeds ’n hoë premie op die reg op privaatheid. Die deursoeking van persone en beslaglegging op voorwerpe deur die polisie in die uitvoering van hul pligte mag slegs in uitsonderingsgevalle sonder ’n visenteringslasbrief, waarom daar behoorlik aansoek gedoen is, geskied.[59]

52 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:160b-d.
53 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:160f-161f.
54 Minister of Safety and Security and Another v Xaba:161i.
55 Kriegler 2003:797.
56 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:161h.
57 *S v Thebus* 2003 (2) SASV 319 (KH):par [40].
58 51 van 1977.
59 *Strafproseswet*:art 22.

Trouens, ’n polisiebeampte wat ’n deursoeking strydig met die bepalings van die *Strafproseswet* uitvoer, maak homself skuldig aan ’n misdryf.[60] Daarom is dit noodsaaklik dat ’n gedwonge chirurgiese prosedure op die liggaam van ’n verdagte ook slegs deur middel van die tussenkoms van ’n regsprekende beampte sal geskied. In *Schmerber v California* bevind die Amerikaanse Hooggeregshof:

> Search warrants are ordinarily required for searches of dwellings, and, absent an emergency, no less could be required where intrusions into the human body are concerned … The importance of informed, detached and deliberate determinations of the issue whether or not to invade another’s body in search of evidence of guilt is indisputable and great.[61]

Daar word aan die hand gedoen dat die prosedure vir die verkryging van visenteringslasbriewe in die ondersoekstadium voorgeskryf deur die *Strafproseswet* nie die regte van die beskuldigde na wense sal beskerm nie. Die aansoek om ’n visenteringslasbrief geskied nie met kennis aan die verdagte nie. Daar word aan die hand gedoen dat die applikante ’n behoorlike aansoek moet loods waarin kennis aan die verdagte gegee word van die bevel wat gevra word. In gepaste omstandighede kan die aangeleentheid vir getuienis verwys word.

Die *Criminal (Forensic Procedures) Act*[62] van Nieu Suid-Wallis, Australië, bied ’n voorbeeld van groter prosedurele veiligheidsmeganismes waar meer intieme deursoekings van die liggaam gedoen word. Hierdie wet onderskei tussen nie-intieme en intieme forensiese prosedures.[63] ’n Polisiebeampte mag magtiging verleen vir ’n nie-intieme forensiese prosedure,[64] maar slegs ’n magistraat of gemagtigde vrederegter kan magtiging vir ’n intieme forensiese prosedure verleen en slegs nadat ’n verhoor gehou is waartydens die verdagte teenwoordig moet wees.[65] Hierdie wet gaan egter nie so ver om chirurgie by intieme forensiese prosedures in te sluit nie.

Die feite van elke saak waarin daar ’n aansoek gebring word om ’n beskuldigde te dwing om chirurgie te ondergaan sal bepalend wees van die redelikheid en regverdigbaarheid van die chirurgie. Die belange van die beskuldigde sal in elke saak opgeweeg moet word teenoor die belange van die gemeenskap en die voorsittende beampte sal in die beste posisie wees om daardie beslissing te maak.[66] Dit is nie moontlik om ’n volledige lys van faktore uiteen te sit wat deur die hof oorweeg behoort te word in die uitoefening van sy diskresie nie. ’n Aantal nuttige faktore is uitgestip in Amerikaanse gewysde *United States v Crowder*.[67] In

60 *Strafproseswet*:art 28(1).

61 *Schmerber v California*:770.

62 van 2000.

63 *Criminal (Forensic Procedures) Act* van 2000:art 3.

64 *Criminal (Forensic Procedures) Act* van 2000:art 20.

65 *Criminal (Forensic Procedures) Act* van 2000:art 22.

66 *Key v Attorney-General Cape Provincial Division* 1996 (2) SASV 113 (KH): par [40]. In *R v SAB*:par 42 beslis die Kanadese Hooggeregshof soos volg: “The criminal law has always had to strike the precarious balance between the protection of society on the one hand and the protection of the rights of the individual members of such society on the other. Both rights are equally important, but any conflict between them must wherever possible be resolved in a manner compatible with individual human dignity.”

67 429 US 1062; 543 F.2d 312 (D.C. Cir. 1976).

hierdie saak het 'n distrikhof beveel dat 'n verdagte in 'n moordsaak aan 'n operasie onderwerp word om 'n koeëlpunt te verwyder wat na 'n skietery net onder die vel van die verdagte vasgesit het. Die hof was egter nie bereid om die verwydering van 'n ander koeël uit die been van die verdagte te gelas nie aangesien getuienis aanvaar is dat dit permanente liggaamlike skade vir die verdagte kon meebring. 'n Appèlhof, in 'n 5 teen 4 meerderheidsbeslissing, het die bevinding van die distrikhof met betrekking tot die verwydering van die koeël uit die voorarm van die verdagte gehandhaaf en 'n aansoek deur die verdagte om die getuienis tydens die verhoor uit te sluit, verwerp. Die hof het bevind dat die getuienis relevant was, dat dit op geen ander manier bekom kon word nie en dat daar grondige rede bestaan het om te glo dat die operasie wel die verlangde getuienis sou voortbring. Die hof het verder bevind dat dit 'n geringe operasie sou wees, uitgevoer deur 'n ervare chirurg en dat deeglike voorsorg getref is ten einde enige chirurgiese komplikasies uit te skakel. Die hof het voorts bevind dat die nodige prosedurele waarborge aanwesig was deurdat die verdagte die geleentheid gebied is om sy saak te stel en teen die distrikhof se beslissing kon appelleer.[68]

'n Magistraat kan in terme van die *Criminal (Forensic Procedures) Act*, waarna hierbo verwys is, slegs 'n intieme forensiese prosedure ten aansien van 'n persoon beveel indien daar aan die volgende vier voorvereistes voldoen is: (i) die persoon moet 'n verdagte wees; (ii) daar moet 'n redelike vermoede bestaan dat die persoon 'n misdaad gepleeg het; (iii) daar moet 'n redelike vermoede bestaan dat die besondere prosedure getuienis sal voortbring wat tot bewys kan dien dat die verdagte die misdaad gepleeg het, of nie gepleeg het nie; en (iv) die prosedure moet geregverdig wees in die lig van al die omstandighede.[69]

'n Verdere faktor is die aard en erns van die misdaad. 'n Hof mag neig om sodanige bevel meer geredelik toe te staan indien dit wesenlik is vir die oplossing van 'n geweldsmisdryf. Dit was skynbaar ook 'n deurslaggewende oorweging in *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*.[70]

Die Duitse Strafproseskode magtig die ondersoek van die liggaam van 'n beskuldigde ter vasstelling van feite wat relevant is vir strafregtelike verrigtinge.[71] Dit bepaal dat die neem van bloedmonsters en ander liggaamlike ingrepe wat deur 'n geneesheer ooreenkomstig die reëls van die mediese wetenskap geneem word sonder die toestemming van die beskuldigde, toelaatbaar is, mits daar geen benadeling aan die liggaam van die beskuldigde verwag word nie.[72] Die diskresie om so 'n bevel toe te staan berus by 'n regter en in uitsonderlike gevalle selfs die vervolging.[73] Dit sluit skynbaar die magtiging tot chirurgie in.[74]

68 *United States v Crowder*: 316.
69 *Criminal (Forensic Procedures) Act* van 2000:art 25. In *Orban v Bayliss* [2004] NSWSC 428 het die Hooggeregshof van Nieu Suid-Wallis elkeen van hierdie vereistes breedvoerig ontleed en te par 60 tot die gevolgtrekking gekom dat daar nie genoegsame getuienis voor die magistraat geplaas was om 'n juiste waarde-oordeel uit te oefen nie.
70 *Minister of Safety and Security and Another v Gaqa*:659F.
71 *Strafprozeßordnung*:art 81a.(1).
72 *Strafprozeßordnung*:art 81a.(1).
73 *Strafprozeßordnung*:art 81a.(2).
74 Delmas-Marty & Spencer 2005:321.

6. Gevolgtrekking

Die *Strafproseswet* maak ons insiens nie voorsiening vir die gedwonge chirurgiese verwydering van ’n koeëlpunt uit die liggaam van ’n verdagte nie. Die wesenlike belang van die gemeenskap by die effektiewe vervolging van misdadigers regverdig egter ’n wysiging aan artikel 37 van die *Strafproseswet* ten einde hiervoor voorsiening te maak. Die diskresie moet aan die hof verleen word om sodanige bevel te maak al dan nie, nadat daar aan al die partye ’n redelike geleentheid gebied is om hul saak te stel. Die waarde-oordeel moet alle relevante omstandighede en faktore insluit. Die volgende vrae behoort, onder andere, in die oorwegingsproses verreken te word:

- Is die getuienis wat verkry wil word relevant?
- Wat is die bewyswaarde van die getuienis?
- Regverdig die erns van die misdaad sodanige ingrypende prosedure?
- Is die intervensie van ’n ernstige of geringe aard?
- Word die operasie ooreenkomstig aanvaarbare mediese praktyk uitgevoer?
- Watter risiko’s is verbonde aan die prosedure?

Bibiliografie

DELMAS MARTY M EN SPENCER JR (red)
2005. *European Criminal Procedure*. Cambridge: University Press.

DU TOIT E ET AL
2006. Diensuitgawe. *Commentary on the Criminal Procedure Act*. Lansdowne: Juta.

GITLES JA
1985. Fourth Amendment-Reasonableness of Surgical Intrusions. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 76(4):972-985.

KRIEGLER
2003. *Annual Survey of South African Law*. Lansdowne: Juta.

MANDELL LB EN RICHARDSON A
1984. Surgical Search: Removing a Scar on the Fourth Amendment. *The Journal of Criminal Law and Criminology* 75(3):525-552.

M.W.M.
1981. Significant Medical Intrusions under the Military Rules of Evidence. *Virginia Law Review* 67(5):1069-1087.

SUI GENERIS-A NEW YORK LAW BLOG
2006. Is the Surgical Removal of a Bullet an Unreasonable Search and Seizure? http:nylawblog.typepad.com/suigeneris/constitutional_issues/index.html (besoek op 15/11/2007).