

460/89

N v H

S W VISAGIE en DIE STAAT

SMALBERGER, AR -

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen

SOPHIA WILHELMINA VISAGIE

Appellant

en

DIE STAAT

Respondent

CORAM:

SMALBERGER, MILNE, ARR,

et NIENABER, Wn AR

VERHOORDATUM:

21 SEPTEMBER 1990

LEWERINGSDATUM:

28 SEPTEMBER 1990

U I T S P R A A K

SMALBERGER, AR -

Die appellant is in die streekhof te Parow skuldig bevind aan drie aanklagte van diefstal. Die

drie aanklagte is saamgeneem vir die doeleindes van vonnis, en sy is gevonniss tot drie jaar gevangenisstraf wat in die geheel voorwaardelik opgeskort is. Sy het sonder welslae teen haar skuldigbevindings alleenlik na die Kaap die Goeie Hoop Provinsiale Afdeling appèl aangeteken. Met verloop van die hof a quo kom sy nou in hoër beroep.

Hierdie appèl moet besleg word aan die hand van die volgende feite wat, tensy andersins aangedui, gemene saak is. Die appellant was te alle tersaaklike tye n ervare eiendomsagent in diens van die maatskappy Terra Beherend (Eiendoms) Beperk wat te Bellville sake gedoen het as Terra Trust Eiendomsakelaars ("Terra Trust"). Die appellant was ook n aandeelhouer en mede-direktrise van Terra Trust. Op 15 Augustus 1986, 28 Augustus 1986 en 12 Oktober 1986 was die appellant, in haar hoedanigheid as

eiendomsagent werksaam by Terra Trust, verantwoordelik vir die verkoop van huise aan onderskeidelik N du Plessis, T Malherbe en A Smit. Elk van die skriftelike koopooreenkomste het voorsiening gemaak vir die betaling van 'n deposito op die koopprys van die betrokke eiendom. Die deposito's was veronderstel om aan Terra Trust in trust betaal te word. Dit was 'n vereiste van die bepalings van die koopooreenkomste, en was in ooreenstemming met Terra Trust se uitdruklike opdragte aan sy eiendomsagente, dat alle deposito's van kopers ontvang in Terra Trust se trustrekening gestort moes word. Helfte van die rente op inbetalings in die trustrekening sou aan Terra Trust gaan, en die ander helfte sou die Raad van Eiendomsagente se Getrouheidswaarborgfonds toekom. Indien 'n koper skriftelik aangedring het op rente op sy deposito, sou die bedrag van die deposito geplaas

gewees het by 'n bank onder 'n trustrekeningnommer in een of ander vorm van rentedraende belegging. Die appellant was deurentyd ten volle bewus van Terra Trust se voorskrifte in dié verband.

Betaling deur die drie kopers van hulle deposito's van onderskeidelik R8 400,00, R8 000,00 en R6 000,00 het geskied by wyse van gekruiste tjeks wat aan Terra Trust betaalbaar was. Die tjeks is aan die appellant oorhandig. In weerwil van haar verpligting om die tjeks in Terra Trust se trustrekening te stort, het die appellant die tjeks in haar persoonlike lopende bankrekening by Volkskas Bank inbetaal. Nòg die kopers, nòg Terra Trust het aan haar magtiging verleen om dit te doen. Toe die appellant aldus opgetree het, het sy bewustelik die opdragte van Terra Trust verontagsaam. Dit is hierdie optrede aan die kant van die appellant wat tot

die drie aanklagte van diefstal aanleiding gegee het. Die inbetalings van die drie bedrae in die appellant se persoonlike bankrekening (wat op 15 Augustus 1986, 28 Augustus 1986 en 21 Oktober 1986 onderskeidelik geskied het), het die volgende tot gevolg gehad. Die betaling van R8 400,00 het die appellant se rekening se debietsaldo omskep in 'n kredietsaldo van R3 297,72; die bedrag van R8 000,00 het haar kredietsaldo verhoog tot R8 303,27; en die betaling van R6 000,00 het 'n debietsaldo in 'n kredietsaldo van R1 523,86 verander.

Die blyk uit die getuienis dat die appellant op 23 Julie 1986 aansoek gedoen het by Rand Trust Finansiërs om wentelkrediet-fasiliteite ten bedrae van R20 000,00. Haar aansoek is op 3 Augustus 1986 goedgekeur, en vanaf daardie datum was die bedrag van R20 000,00 tot haar beskikking. Die goedgekeurde fasiliteit is deur haar vir die eerste keer op 17

November 1986 gebruik toe daar 'n bedrag van R3 4000,00 daaruit onttrek is. Benewens hierdie fasiliteit het die appellant beleggings by die Natal en Allied Bouverenigings gehad ten bedrae van R3 000,00 en R4 000,00 onderskeidelik. Sy het ook 'n belegging van R4 000,00 by Santambank gehad, maar dit moes dien as sekuriteit vir die bedrag verskuldig op 'n motor wat sy aangekoop het. Volgens die appellant het sy ook verskeie vaste eiendomme besit. Nie een van die kopers het skade gely as gevolg van die appellant se optrede nie. Sy het gesorg dat toe oordrag moes geskied die drie kopers gekrediteer is met die volle bedrag van hulle deposito's plus rente daarop teen 14.5% per jaar.

Die appellant het by haar verhoor aangevoer dat sy die deposito's in haar bankrekening inbetaal het uitsluitlik om rente daarop vir

...../7

die kopers te verdien. Indien sy die bedrae in Terra Trust se trustrekening gedeponeer het, sou hulle geen rente ontvang het nie. Die verhoorlanddros het bevind dat die appellant "geen goeie getuie" was nie, dat sy ontwykend was onder kruisverhoor, en dat haar verduideliking dat sy die deposito's in haar bankrekening gestort het ten einde rente vir die kopers te bekom, onaanvaarbaar was. Die appellant se getuienis is ongetwyfeld vatbaar vir kritiek. Onder meer kon sy nie 'n behoorlike verduideliking verstrek waarom sy tydens die verrigtinge in die landdroshof kragtens artikel 112(1) van die Strafproseswet (51 van 1977) op die drie aanklagte skuldig gepleit het nie. Haar getuienis by die verhoor strook ook nie met die antwoord wat sy gegee het op aanklag 1 nie (wat betrekking het op Du Plessis se geval) toe sy tydens die artikel 112(1)(b) verrigtinge gevra is hoekom sy

die deposito van R8 400,00 in haar persoonlike bankrekening betaal het, naamlik, "(e)k moes kommissie kry wat nie na my deurgekom het nie en toe vat ek die geld vir eie gebruik want ek het geen inkomste gehad nie". Dit is ook moeilik begrypbaar hoedat die appellant kon verwag het om rente op die deposito's vir die kopers te verdien waar die deposito's inbetaal is op haar (hoofsaaklik) oortrokke rekening. Sy het probeer verduidelik dat sy die rente wat sy op haar oortrokke rekening sou moes betaal het, en wat sy aldus gespaar het, aan die kopers wou laat toekom. Haar getuienis tydens die verhoor strook daarenteen wel met die verduideliking wat sy aan die ondersoekbeampte, sersant Weideman, verstrek het toe hy haar op 27 November 1986 vir die eerste keer oor die beweerde diefstalle ondervra het. Daarbenewens het Malherbe en Smit (met betrekking tot aanklagte 2 en 3) albei

getuig dat die appellant hulle aanvanklik meegedeel het dat hulle rente op hulle deposito's sou ontvang, en dat die bedrag rente in verrekening gebring sou word wanneer die volle koopsom teen oordrag betaal moes word (wat wel uiteindelik gebeur het). Ek ag dit nie nodig om meer volledig op die getuienis in te gaan nie. Nietেনstaaande die verhoorlanddros se bevinding tot die teendeel, is ek bereid om vir die doeleindes van die onderhawige appèl te aanvaar dat dit deurgaans die appellant se bedoeling was om uiteindelik, by oordrag van die betrokke eiendomme, teenoor elk van die kopers verantwoording te doen vir hulle deposito's, tesame met rente daarop. Die vraag bly egter steeds of die appellant se erkende handelswyse op diefstal neerkom.

h Bondige, en aldus onvolledige, omskrywing van diefstal is die wederregtelike, opsetlike toe-eiening deur h persoon van iemand anders se roerende

liggaamlike saak (vgl S v de Jager and Another 1965(2) SA 616 (A) op 617 C). In die onderhawige geval het die appellant n toe-eieningshandeling verrig deur, teenstrydig met haar verpligting om die kopers se tjeks in Terra Trust se trustrekening te stort, die tjeks in haar eie persoonlike rekening te deponeer (S v Kotze 1965(1) SA 118(A) op 122 E). Die appellant was deurgaans ten volle daarvan bewus dat die deposito-tjeks (en die opbrengs daarvan) nie aan haar behoort het nie, en dat sy nie die reg gehad het om tot haar eie voordeel daarmee te handel nie. Sy het ook wel deeglik beseft dat nóg Terra Trust nóg die kopers haar sou gemagtig het om die tjeks in haar eie persoonlike bankrekening, in stede van in Terra Trust se trustrekening, te stort. Die vraag wat aldus ontstaan, is of sy die vereiste toe-eieningsopset gehad het.

Die grondslag van die appellant se verweer by haar verhoor, en ook op appèl, was (en ek haal uit die appellant se betoogshoofde aan) "dat sy te alle saaklike tye n likiede fonds van genoegsame omvang tot haar beskikking gehad het en dat sy nie die vereiste opset gehad het om te steel nie". Mnr Botha, namens die appellant, het hom in dié opsig beroep op die uitspraak in R v Wessels 1933 TPA 313 op 314 waar goedkeuring verleen is aan die stelling:

"that if an agent collects money on behalf of a principal and it is not a condition of his agency that he should pay over to his principal the identical coins collected, then he does not commit the offence of theft if he uses the actual money he has collected for his own purposes, so long as he has a fund at his disposal on which he can draw to pay his principal at all times; and that an agreement with an institution such as a bank that the bank will allow an overdraft constitutes such a fund",

onderhewig aan die voorwaarde dat die bank nie in sy diskresie, en sonder kennisgewing, die oortrokke

rekening-fasiliteit kan terugtrek nie. Wye erkenning word verleen aan waarna ek as die Wessels - dictum sal verwys. Dit het aanleiding gegee tot stellings soos byv. die van Snyman: Strafreg : 2de uitgawe, op 532 (met verwysing na Wessels se saak) dat

"Waar geld deur X in trust namens Y gehou word of vir besteding volgens opdrag ontvang is, sal die aanwending van die geld deur X tot sy (X se) voordeel nie diefstal wees as X deurgaans h likiede fonds tot sy beskikking het waaruit hy Y se aanspraak kan bevredig nie."

Daar moet egter daarteen gewaak word dat die Wessels-dictum sonder voorbehoud tot h regsbeginnsel verhef word. Die toepassing daarvan moet afhang van die omstandighede van elke bepaalde geval. Soos De Wet en Swanepoel : Strafreg : 4 de uitgawe, op 328 (voetnoot 177) tereg opmerk, "(i)ndien mens met h werklike geval van diefstal te doen het, kan daar geen sprake daarvan wees dat die vermoë om vergoeding te doen die diefstal

ongedaan maak nie, selfs nie by gelddiefstal nie"

Die Wessels-dictum stel dus nie noodwendig 'n volkome

verweer daar nie. Die bestaan van 'n likiede fonds

dui eerder op 'n afwesigheid van opset, en meer

besonderlik wederregtelike bewussyn. Die

bestaan van so 'n fonds waaruit betaling te gelegenertyd

gemaak sou kon word, dui daarop dat die nemer nooit van

voorneme was om die geld wat hy geneem het, te steel

nie; omgekeerd, die afwesigheid van so 'n fonds is 'n

sterk aanduiding dat dit wel sy opset was (sien S v

Harper and Another 1981(2) SA 638 (D) op 670). Dit

is egter nie vir die doeleindes van die onderhawige

appèl nodig om die juiste strekking van die Wessels-

dictum te bepaal nie. Wat die trefwydte daarvan ookal

mag wees, is dit alleenlik van toepassing op die geval

waar geld in trust gehou word. Of geld in trust

aan iemand oorgedra is, is dikwels moeilik om te

bepaal. In die onderhawige geval is tjeks aan die appellant oorhandig met die opdrag dat sy hulle in Terra Trust se trustrekening sou stort. (h Tjek is natuurlik nie geld nie, maar kan dit as die ekwivalent van geld beskou word - S v Kotze (supra) op 124 D.) Die tjeks was alleenlik vir daardie beperkte doel in die appellant se besit en onder haar beheer geplaas. Soos mnr Downer, namens die respondent, tereg betoog het, het die appellant geen magtiging gehad, enersyds van die kopers, en andersyds van Terra Trust, om die geld hoegenaamd in trust te hou nie, d w s, in h hoedanigheid as trustee van die geld of in haar persoonlike hoedanigheid. Sy was deurgaans slegs in tydelike bewaring van die tjeks. Haar situasie verskil regtens nie van dié van h boodskapper wat bank toe gestuur word om geld of tjeks namens iemand anders te deponeer nie. Die Wessels - dictum is gevolglik

nie op die onderhawige geval van toepassing nie.

Steeds ontstaan die vraag of die appellant die opset gehad het om die tjeks (of die bedrae wat die tjeks verteenwoordig) vir haarself toe te eien, selfs al was sy van voorneme om die bedrae van die deposito's, met rente, terug te betaal wanneer oordrag moes geskied. As ons hier te doen gehad het met geld wat die kopers aan die appellant oorhandig het, en wat sy in haar bankrekening gestort het in stede van Terra Trust se trustrekening, was die regsposisie, soos in die gewysdes uitgekristalliseer, heeltemal duidelik. In R v Milne and Erleigh (7) 1951(1) SA 791 (A) op 865 H het SCHREINER, AR, in navolging van R v Albertyn 1931 OPA 178, hom soos volg uitgelaat:

"Where, therefore, a person takes another's money without authority to do so and intending to consume it (actual consumption is, I think, only important as evidence of intention) he commits theft, even if he intends to return other money, if it is

proved that he did not, when he took it, believe that he had the right to take it or that the owner, had he been consulted, would have consented to the taking.

Ofskoon SCHREINER, AR, se uitspraak n minderheids-uitspraak was, is sy aangehaalde uiteensetting van die reg herhaaldelik met goedkeuring aanvaar (sien R v Herholdt and Others 1957(3) SA 236 (A) op 258 E, 258 H - 259 A; S v Heller 1971(2) SA 29(A) op 46 A; S v Graham 1975(3) SA 569 (A) op 577 B). Die posisie verskil geensins waar daar met tjeks en nie geld te make is nie. n Geldige tjek verteenwoordig geld en is n alombekende vorm van betaalmiddel - as sodanig is dit die ekwivalent van geld (S v Kotze (supra) op 123 H). Die storting deur die appellant in haar persoonlike bankrekening van die tjeks wat vir Terra Trust se trustrekening bestem was, kom op n doelbewuste toe-eiening van die tjeks deur die appellant neer wel wetende dat dit ongeoorloof was.

Sy kon dus aan die diefstal van die tjeks as sodanig skuldig bevind gewees het (S v Graham (supra) op 575 H). Sy is egter nie van die diefstal van die tjeks aangekla nie, maar wel van die diefstal van geld in bedrae gelykstaande aan die gesigswaarde van die tjeks. Dié diefstal sou, na bewering, gepleeg gewees het teenoor die kopers, alternatiewelik, Terra Trust. Die aanklagte was nie, in die omstandighede, onjuis of onvanpas nie (S v Kotze (supra) op 124 D). Soos in S v Graham (supra op 576 E - 577 A) bevind, kan die opbrengs van n tjek gesteel word. Toe die appellant die tjeks in haar bankrekening gestort het, het sy die opbrengs van die tjeks bewustelik vir haarself toegeëien en dit aangewend, waar haar rekening oortrokke was, vir die betaling van haar skuldeiser (Volkskas Bank), en tot die mate dat daar n kredietsaldo was, vir haar eie gebruik. Haar optrede in dié verband kom,

volgens die beslissings van hierdie Hof waarna verwys is, op diefstal neer van die geld wat die tjeks verteenwoordig het. Ek is daarvan bewus dat daar van hierdie beslissings is wat vanuit akademiese kringe sterk kritiek uitgelok het. Die beslissings is egter bindend tensy hulle klaarblyklik verkeerd is. Ek is geensins oortuig dat dit die geval is nie. Daar is trouens belangrike beleidsoorwegings vir die behoud van die bestaande regsposisie. Die appellant was gevolglik tereg op die drie aanklagte skuldig bevind.

Dit is nie nodig om op die vraag in te gaan of die diefstalle gepleeg is teenoor Terra Trust of die kopers nie, want die klagstaat het albei moontlikhede gedek. Insgelyks is dit nie nodig om die grondslag waarop die verhoorlanddros en die hof a quo die appellant skuldig bevind het - wat van die benadering wat in hierdie uitspraak gevolg is, verskil - te oorweeg nie.

Die appèl word bygevolg van die
hand gewys.

J W SMALBERGER
APPÈLREGTER

MILNE, AR)
) STEM SAAM
NIENABER, Wn AR)