

125/94

Saak Nr 413/93
/MC

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(APPELAFDELING)

In die saak tussen:

JACOB JOHANNES JACOBUS VAN ROOYEN Eerste Appellant

en

DIRK JOHANNES JANSE VAN RENSBURG Tweede Appellant

- en -

DIE STAAT Respondent

CORAM: BOTHA, VIVIER et HOWIE ARR.

VERHOOR: 12 September 1994.

GELEWER: 20 September 1994.

UITSpraak

VIVIER AR:

Die twee appellante, na wie ek as beskuldigdes 1 en 2 sal verwys, is in die landdroshof in Johannesburg skuldig bevind aan 'n oortreding van art 20 van die Wet op Diamante 56 van 1986, deurdat hulle op 9 Januarie 1992 dertien ongeslypte diamante met 'n massa van 63,75 karaat ter waarde van R126 310 van 'n polisie-lokvink gekoop het. Elkeen is gevonniss tot vyf jaar gevangenisstraf waarvan twee jaar gevangenisstraf vir drie jaar op sekere voorwaardes opgeskort is. Hulle appèl teen vonnis na die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling het gedeeltelik geslaag deurdat in die geval van elke beskuldigde die vonnis deur die landdros opgelê, tersyde gestel en vervang is deur 'n vonnis van drie jaar gevangenisstraf waarvan agtien maande gevangenisstraf vir vier jaar op sekere voorwaardes opgeskort is. Met die verlof van die Hoofregter kom die beskuldigdes voor hierdie Hof in hoër beroep

teen die vonnisse wat deur die Hof **a quo** opgelê is.

Beide beskuldigdes het by die verhoor skuldig gepleit en het nie getuig of enige getuienis aangebied nie. Geen getuienis is namens die staat gelei nie. Behalwe dat die twee beskuldigdes gesamentlik die bedrag van R20 000 vir die diamante betaal het, is niks verder bekend oor die misdaad nie. Die feite en omstandighede rondom die transaksie is nie openbaar nie en daar is geen bewysmateriaal voor ons om te besluit of die lokval billik was of nie. Die kriptiese stellings van die beskuldigdes se prokureur voor die verhoorhof dat "beskuldigde 2 was genader, beskuldigde 1 het betrokke geraak" en "dit is nie 'n kwessie dat die manne die goed gaan soek het nie" is te vaag om enige gewig te dra.

Ter strafversagting het die verhoorlanddros aanvaar dat die misdaad uit geldnood gepleeg is. Die beskuldigdes se prokureur het in sy betoog voor vonnisoplegging aan die verhoorhof gesê dat

beide beskuldigdes hul eie sakeondernemings het. Beskuldigde 1, wat 48 jaar oud is, bedryf 'n plaveiselbesigheid en het ongeveer 140 werknemers in sy diens. Beskuldigde 2, wat 27 jaar oud is, bedryf 'n konstruksiebesigheid en het ongeveer 20 mense in diens. Beide ondernemings ondervind ernstige finansiële probleme met die gevolg dat beide beskuldigdes in werklikheid insolvent is. Beide is deur hul benarde finansiële posisie gedwing om die misdaad te pleeg. Die verhoorlanddros het die *ex parte* feitestellings wat namens die beskuldigdes oor hul betaalvermoë gemaak is, aanvaar en in die lig daarvan besluit om nie 'n boete op te lê nie. Hy sê ter aanvang in sy uitspraak oor vonnis dat die saak hom hoofbrekens besorg het en dat hy in 'n "uiters moeilike posisie" geplaas is deur die beskuldigdes se finansiële omstandighede. Hy is "gekonfronteer met die feit" dat beide beskuldigdes prakties gesproke insolvent is sodat geeneen in staat is om sodanige boete

te betaal as wat die erns van die misdaad vereis nie. 'n Boete van die omvang wat hy sou oorweeg het, is buite die beskuldigdes se vermoë, sodat dit slegs die twee alternatiewe van direkte gevangenisstraf of 'n totale opgeskorte vonnis laat. Die afleiding is geregverdig, meen ek, dat die landdros 'n boete sou opgelê het was dit nie vir die betoog van die beskuldigdes se prokureur nie.

Die verhoorlanddros het verder ter versagting in ag geneem dat beide beskuldigdes eerste oortreders is, berou getoon het en dat die verbeuring aan die staat van die R20 000 wat hulle vir die diamante betaal het, beide beskuldigdes swaar sou tref. Uiteindelik het hy tot die gevolgtrekking gekom dat 'n totaal opgeskorte vonnis hoegenaamd geen afskrikkings-effek sou hê nie en dat verpligte gevangenisstraf die enigste gepaste straf is.

Die Hof *a quo* het met die verhoorhof saamgestem dat 'n boete nie 'n gepaste straf is nie vanweë die inligting wat voor die

verhoorhof geplaas is dat die beskuldigdes nie kan betaal nie en dat daar gevolglik geen ander alternatiewe vonnis as direkte gevangenisstraf is nie. Die Hof **a quo** was egter van mening dat die tydperk van gevangenisstraf deur die verhoorhof opgelê, buitensporig was en dat dit verminder moet word soos reeds aangedui.

In hierdie Hof is namens die beskuldigdes betoog dat beide die verhoorhof en die Hof **a quo** 'n mistasting begaan het deur te bevind dat die beskuldigdes nie in staat is om 'n boete te betaal nie. Voor ons is betoog dat hoewel die beskuldigdes se benarde finansiële posisie sterk deur hulle prokureur by die verhoor beklemtoon is, daar nooit aan die landdros voorgehou is dat hulle nie in staat is om 'n boete te betaal nie. Dat dit die effek van die betoog voor die verhoorhof was, vind ek moeilik om te aanvaar. Wat hier ter sprake was, was 'n substansiële boete, en die prokureur

se stelling onder andere dat albei beskuldigdes in werklikheid insolvent is, dat beskuldigde 2 'n inkomste van tussen R1 000 en R2 000 per maand het en gedurig gedreig word dat hy opgesluit gaan word vir skuld, kon tog net beteken dat hulle nie in staat was om die boete wat ter sprake is, te betaal nie. En daardeur wou die prokureur terselfdertyd te kenne gee dat die gepaste vonnis 'n geheel opgeskorte tydperk van gevangenisstraf is.

Daar is voorts namens die beskuldigdes betoog dat die verhoorlanddros versuim het om die bepaling van art 297(5) van die Strafproseswet 51 van 1977, wat voorsiening maak vir die afbetaling van 'n boete oor 'n tydperk van hoogstens vyf jaar, in ag te neem. Die moontlikheid van die afbetaling van 'n boete is egter nooit voor die verhoorhof geopper nie vir die eenvoudige rede dat dit nie is wat die prokureur vir die beskuldigdes wou gehad het nie. Dit is dus begryplik dat die landdros daardie moontlikheid nie

oorweeg het nie. En sonder die nodige gegewens kon die Hof **a quo** op appèl nie so 'n ondersoek onderneem nie.

Namens die beskuldigdes is laastens betoog dat hierdie 'n gepaste geval is vir die oplegging van 'n boete selfs al is dit buite die beskuldigdes se betaalvermoë. Die algemene uitgangspunt wat deurlopend uit ons beslissings blyk, is sekerlik dat 'n boete nie opgelê behoort te word, indien daar enigsins twyfel is oor 'n beskuldigde se betaalvermoë, sonder om eers op sy finansiële posisie in te gaan nie. En verder, dat 'n boete nie opgelê behoort te word waar dit duidelik is dat die beskuldigde dit nie kan betaal nie. Sien **S v Sithole and Another** 1979 (2) SA 67 (A) op 69G; **S v Kwetana** 1987 (2) SA 500 (K) op 502G-503G; **S v Mosia** 1988 (2) SA 730 (T) op 735B-D en **S v Ncobo** 1988 (3) SA 954 (N) waar **Howard ARP** in 'n uitspraak van die Volle

Hof in Natal gesê het (op 956B-D):

"I respectfully agree that fines should not be reduced to unrealistic levels but I have difficulty in accepting the anomaly arising from the imposition of a fine which the accused will be unable to pay. In the ordinary case postulated, where imprisonment without the option of a fine would be inappropriate, it cannot serve the ends of justice to give the accused the option of a fine, even a 'scaled down' fine, which he is unable to pay. To do so would be tantamount to sentencing him to imprisonment without the option of a fine which, *ex hypothesi*, is unmerited and inappropriate. If in the case postulated the accused cannot pay a realistic fine, whether forthwith or in instalments, the imposition of a fine (save as part of a suspended sentence) is not an appropriate form of punishment and should be avoided."

Aan die ander kant is daar gevalle waar 'n boete opgelê is alhoewel dit nie duidelik was dat die beskuldigde wel in staat sou wees om dit te betaal nie. So is in **R v Mbele** 1955 (4) SA 203 (N) 'n stywe boetestraf vir 'n daggahandelaar op appèl bekragtig ten spyte daarvan dat die verhoorhof nie op sy finansiële posisie

ingegaan het en geen inligting daaroor bekend was nie. Daar is onder andere gesê (op 206-207) dat 'n daggahandelaar, soos 'n onwettige drankhandelaar, in 'n besondere posisie verkeer en oortuig moet word dat die kool die sous nie werd is nie. 'n Ander oorweging wat deur die Hof van appèl (**Holmes R en Fannin WR**) in ag geneem is, was dat daar 'n redelike moontlikheid bestaan het dat die appellant, as 'n daggahandelaar, beskikbare verdienste en geldbronne sou gehad het. In **R v Motlagomang and Others** 1958 (1) SA 626 (T) is boetes op appèl bekragtig wat die verhoorhof opgelê het wel wetende dat die beskuldigdes dit nie kan betaal nie. **Boshoff R** sê in sy uitspraak (op 629G-630B) dat daar beleidsoorwegings ter sprake was en dat die verhoorhof se oogmerk nie was om die appellante uit die gevangenis te hou nie maar om ander af te skrik. Die boetestraf het die appellante ten minste die geleentheid gebied om gevangenisstraf te vermy. **R v**

Mojafe 1958 (2) SA 116 (T) was 'n soortgelyke geval. In **S v De Klerk** 1970 (3) SA 435 (SWA) is die beskuldigde daaraan skuldig bevind dat hy 'n motorvoertuig bestuur het terwyl die alkohol-inhoud van sy bloed die voorgeskrewe maksimum oorskry. Die landdros het hom gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete opgelê omdat hy 'n boete van R120 wat hy andersins sou opgelê het, nie sou kon betaal nie. Op hersiening is die vonnis tersyde gestel en vervang deur 'n boetestraf. In sy uitspraak sê **Muller R** op 437A dat waar 'n geval die keuse van 'n boete regverdig die beskuldigde die voordeel van daardie keuse behoort te kry. Selfs al kan hy nie dadelik die boete betaal nie, mag hy later in staat wees om 'n deel van die boete te betaal en sodoende 'n deel van die gevangenisstraf af te koop. Verder is 'n boetestraf as vorige veroordeling minder ernstig as direkte gevangenisstraf. In **S v Manwere** 1972 (4) SA 425 (RAD) is die beskuldigde vir

onwettige goudhandel 'n boete opgelê wat die landdros geweet het hy nie kon betaal nie. Op appèl het die meerderheid van die hof (**MacDonald WHR** en **Lewis AR**) die boete tersyde gestel en beslis dat, behalwe in sekere uitsonderingsgevalle, 'n boete binne die betaalvermoë van 'n beskuldigde moet wees. Die uitsonderings is misdade wat gepleeg word deur geld te maak op 'n onwettige wyse (bv onwettige drank- en daggahandel), waar dit onwaarskynlik is dat 'n beskuldigde se vermoë vasgestel kan word en waar die boete sodanig moet wees dat dit die misdadiger sy wins ontnem. Die minderheid van die hof (**Davies WAR**) was egter van mening dat daar wel gevalle mag wees waar 'n boete bo die betaalvermoë van 'n beskuldigde geregverdig is maar dat dit nie moontlik of wenslik is om vooraf te bepaal in welke omstandighede so 'n boete opgelê sou kon word nie (op 431A-B). In **S v Lekgoale and Another** 1983 (2) SA 175 (B) is beslis dat 'n boete van so 'n

omvang behoort te wees dat dit "redelik moontlik" is vir die beskuldigde om dit te betaal, maar dat dit nie so verlaag moet word dat dit die misdaad nietig laat lyk nie. As dit nie anders kan nie, moet die anomalie maar aanvaar word dat die beskuldigde nie kan betaal nie. Dieselfde houding is in **S v Molefe** 1989 (2) SA 881 (B) op 882H-J ingeneem waar beslis is dat dit verkieslik is om die anomalie te aanvaar van 'n boetestraf wat die beskuldigde nie dadelik in staat is om te betaal nie, as om ongeregverdigde gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete op te lê, wat 'n verkeerde beeld van groter morele blaamwaardigheid as 'n boetestraf skep, net omdat die beskuldigde onvermoënd is.

In **S v Mosia**, *supra*, het **Kriegler R** op 735C-E drie gevalle-soorte aangedui waar ander oorwegings swaarder kan weeg as die reël dat die boete binne 'n beskuldigde se betaalvermoë moet wees naamlik (a) by misdade gepleeg vir winsbejag, soos in **R v**

Mbele, supra, en vgl ook **S v Kekana** 1989 (3) SA 513 (T) op 518D-E; (b) waar beleidsoorwegings in gedrang kom, soos in **S v Motlagomang, supra,** en (c) waar die beskuldigde desnoods deur bates te gelde te maak die boete behoort te kan betaal, soos in **S v De Klerk, supra.**

In **S v Mlalazi and Another** 1992 (2) SASV 673 (W) het die landdros op 'n aanklag van diefstal 'n boete opgelê wat sy geweet het die beskuldigdes nie dadelik in staat was om te betaal nie. Sy het dit gedoen omdat hulle dit moontlik later sou kon bybring en omdat daar nie so 'n groot stigma aan 'n boetestraf kleef as aan direkte gevangenisstraf nie. In sy goedkeuring van die landdros se benadering sê die hersieningshof die volgende (op bl 675A-B):

"The rule that an accused is not to be sentenced to a fine that he is unable to pay is a rule inspired by common fairness and conceived in the interests of the accused but, if that rule be followed slavishly in all instances, it may work against the

interests of an accused, and in a way that is unfair to him, particularly if he is a poor person."

Laastens, in **S v Vekueminina and Others** 1993 (1) SASV 561 (NM) op 564c-d is beslis dat 'n beskuldigde se betaalvermoë nie noodwendig relevant is in daardie gevalle waar die hoofdoel van die boetestraf vergelding en afskrikking is nie.

Uit die voorgaande is dit duidelik, meen ek, dat daar geen ruimte is in ons reg vir 'n onwrikbare reël dat 'n boete nooit opgelê behoort te word tensy dit seker is dat 'n beskuldigde in staat sal wees om dit te betaal nie. Dit sou ook verkeerd wees om 'n *numerus clausus* van uitsonderings te hê waar 'n groter boete as wat die beskuldigde in staat is om te betaal, wel opgelê kan word. Die standpunt van die minderheid in **S v Manwere, supra**, en in sake soos **S v De Klerk, supra**, **S v Lekgoale, supra**, en **S v Mlalazi, supra**, is dus te verkies bo die meer kategorieëse

benadering wat in ander uitsprake soos in **S v Ncobo, supra**, gevolg is. Na my mening is dit nie moontlik of wenslik om vaste of altyd-geldende reëls te formuleer of die omstandighede te bepaal waarin 'n verhoorhof 'n hoër boete as wat 'n beskuldigde kan betaal, sou kan oplê nie. Dit sou die behoorlike uitoefening van die verhoorhof se diskresie by straftoemeting in individuele gevalle te veel aan bande lê en mag in 'n bepaalde geval nie billik teenoor 'n beskuldigde wees nie.

Oorwegings wat wel 'n rol kan speel by 'n besluit of 'n boete opgelê behoort te word wat meer is as wat die beskuldigde in staat is om te betaal, is onder meer die graad van sekerheid dat die beskuldigde die boete kan betaal of nie kan betaal nie. Hier is die vooruitsig dat die beskuldigde later of uit 'n ander bron of deur uitstel of afbetaling in paalemente die boete kan betaal van belang. Verdere oorwegings is die aard van die misdaad en die aanduidings

dat dit onvanpas sou wees indien gevangenisstraf die uiteindelijke gevolg is.

In die huidige saak het die Hof **a quo** sonder meer, as gevolg van die betoog van die beskuldigdes se prokureur voor die verhoorhof, die oorweging van 'n boetestraf in geheel uitgeskakel en met die landdros saamgestem dat daar geen alternatief as gevangenisstraf is nie. In al die omstandighede van die huidige saak was hierdie benadering te kategories en het dit op 'n mistasting neergekom.

Ek het reeds verwys na wat die landdros in die begin van sy uitspraak by vonnisoplegging gesê het, naamlik dat hy gekonfronteer is deur die betoog oor die beskuldigdes se benarde finansiële posisie, en ek het ook reeds gesê dat die afleiding geregverdig is dat die landdros 'n boete sou opgelê het was dit nie vir die betoog nie. In die lig van die betoog het die landdros geen navraag gedoen oor

onder andere die moontlikheid om die boete in paaiemente af te betaal of dat die geld geleen kon word of dat bates verkoop kon word nie. Ondanks die betoog moes die landdros nie uit die oog verloor het dat die beskuldigdes albei sakemanne is wat hul eie besighede bedryf en dat hulle R20 000 bymekaar kon bring vir die koop van die diamante nie. In al die omstandighede lyk dit tog redelik moontlik dat die beskuldigdes 'n substansiële som geld bymekaar kon gebring het, desnoods indien hulle tyd gegun is.

Hulle het elkeen borg van R10 000 betaal. Alhoewel die beskuldigdes se prokureur verwyd moet word vir die karige gegewens wat hy voor die verhoorhof geplaas het, behoort die landdros nie sonder meer die beskuldigdes van die keuse van 'n boete te ontnem het nie.

Ek is gevolglik van mening dat in die besondere omstandighede van hierdie saak die beskuldigdes die keuse van 'n

boete gegee moet word. 'n Boete van R20 000 elk kom my as gepas voor.

Gevollik slaag die appèl. Die vonnis deur die Hof **a quo** opgelê, word tersyde gestel en vervang deur die volgende:

Elke beskuldigde word gevonniss tot 'n boete van R20 000 of agtien maande gevangenisstraf sowel as agtien maande gevangenisstraf wat opgeskort word vir 'n tydperk van drie jaar op voorwaarde dat die beskuldigde nie skuldig bevind word aan 'n oortreding van art 20 van Wet 56 van 1986, gepleeg gedurende die tydperk van opskorting nie.

W. Vivier AR.

BOTHA AR)
HOWIE AR) Stem saam.