

# Vonnisbespreking: Die aksie van afhanklikes weens die dood van hul broodwinner: Veel lawaai en weinig wol?

## *Seleka v Road Accident Fund 2016 4 SA 445 (GP)*

John Scott

---

John Scott,  
Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

---

### *Abstract*

#### **The dependants' damages claim following the death of their breadwinner: Much ado about nothing?**

In this case the plaintiff, who had lived with her family according to African (Tswana) customary law, claimed damages from the Road Accident Fund after her adult daughter had been killed as a result of the negligent driving of a motor vehicle. Before her demise the daughter had bound herself to contribute to her family's household income by means of monthly payments. The plaintiff claimed by way of the *sui generis* dependants' action.

The court identified three specific issues for judgment, namely (i) what the correct juridical basis is of a parent's claim on account of the death of a child; (ii) whether indigence of the dependant is still a requirement for succeeding with such claim; and (iii) whether African customary law recognises a parent's claim on account of the killing of his or her child and, if so, whether such claim in terms of Tswana law should be extended and, if not, whether the principles of the South African common law and case law should be applied.

Unfortunately the court deviated from its initial three-point scheme and in the process caused some uncertainty as to the real reason behind its final order. The court granted the plaintiff full damages, purportedly in terms of customary law. However, it is pointed out that a proper application of South African law would have yielded the same result and that the application of indigenous customary law was inappropriate. The reason is that the specific customary (Tswana) legal system does not recognise a parent's dependant's action on account of the killing of an adult daughter and that the court was forced to develop the African law artificially in order to provide for such a claim. Furthermore, the court failed to approach the application of African customary law as an issue pertaining to the internal conflict of laws.

**Keywords:** African customary law; contractual duty of support; delict; dependants' claim; duty of support; family law; indigence requirement; internal conflict of laws; loss of support; maintenance, recognition of African customary law; right to support; Roman-Dutch law; Tswana law

**Trefwoorde:** Afrika-gewoonereg; aksie van afhanklikes; behoeftigheidsvereiste; delik; erkenning van Afrika-gewoonereg; familiereg; inheemse Afrika-gewoonereg; interne aanwysingsreg; kontraktuele onderhoudsverpligting; onderhoud, onderhoudspilig; reg op onderhoud; Romeins-Hollandse reg; Tswanareg; verlies van onderhoud

## 1. Inleiding

### 1.1 Algemeen

Die regsverhouding tussen gesinslede is een van die onderwerpe wat reeds tydens die eerste jaar van regstudie die aandag verg, indien die leerplanne van die meeste van ons universiteite se persone- en familieregkursusse van naderby betrag word. Al spoedig blyk dit dat een van die onderwerpe wat in die loop van studie in hierdie verband nooit verwaarloos word nie, die bestaan van 'n onderhoudspilig tussen gesinslede is (Clark 1999:233 e.v.; Skelton en Carnelley 2011:384 e.v.; Van der Vyver en Joubert 1991:626 e.v.; Spiro1985:385 e.v.; Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk 1983:181 e.v.). Die vereistes vir die bestaan van die onderhoudspilig en die ooreenkomstige reg op onderhoud is tewens een van die onderwerpe waarvan die fundamentele reëls teruggespeur kan word na die werke van ons Romeins-Hollandse skrywers (Van Leeuwen 1783:4.34.14; 1685:1.5.11.19; De Groot 1631:3.32.16, 3.33.2; Voet 1698-1704:9.2.11; Van der Linden 1806:1.16.2). 'n Mens kan derhalwe sonder vrees vir teenspraak verklaar dat die egte "Romeins-Hollandse reg" nog steeds hierdie onderwerp beheers. Wanneer die deliktereg (oftewel die reg insake onregmatige daad) veel later in die leerplan aandag kry, steek die tema van onderhoudsregte en -verpligtinge weer kop uit wanneer die deliktuele vordering van 'n onderhoudsgeregtigde teen die persoon wat sy of haar broodwinner gedood (of beseer) het, onder die loep geneem word. (Neethling en Potgieter 2015:298 e.v.; Loubser en Midgley 2012:288 e.v.; Van der Walt en Midgley 2005:53-4; Burchell 1993 233 e.v.; Van der Merwe en Olivier 1989:332 e.v.; McKerron 1971:149 e.v.). Die aksie wat sodanige benadeelde toekom, is insgelyks stewig in die beginsels van ons Romeins-Hollandse gemenerereg veranker; die Romeinse reg speel hier geen rol nie, omdat daardie regstelsel die dood van 'n persoon nie as skadevergoedingsoorsaak erken het op grond van die beginsel dat 'n vry persoon nie in geld waardeer kan word nie. ("[I]n homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest" (D 9.3.1.5; verder D 9.3.7, 9.1.3). Davel (1987:14) is van oordeel dat 'n bykomende rede vir daardie toedrag van sake die feit was dat 'n vry persoon nie die objek van eiendomsreg kan wees nie.) Die waarskynlikste verklaring vir die erkenning van die afhanklikes se vordering weens die dood of besering van hul broodwinner deur ons ou skrywers is dat dit uit die Germaanse reg rakende die betaling van sogenaamde weergeld (*zoengeld*) ontwikkel het, veral onder die invloed van die natuurregslêer van Middeleeuse en 16de-eeuse moraalteoloë (Feenstra 1990:161–2; 1958:27; 1972:227; sien verder Van der Walt en Midgley 2005:13; Davel 1987:25.) Die afhanklikes se vordering word oorwegend in ons regspraktyk as anomalies en eiesoortig getipeer vanweë die feit dat aanspreeklikheid nie weens die inbreukmaking op die regte van die afhanklikes van die oorlede broodwinner sou vestig nie, dog op grond van 'n delik wat teenoor die

broodwinner gepleeg sou gewees het (*Jameson's Minors v Central South African Railways* 1908 TS 575, 585; vgl. Neethling en Potgieter 2015:298–9 en veral gesag aangehaal in vn. 28). Daar bestaan vandag geen rede waarom hierdie standpunt gehandhaaf behoort te word nie, aangesien die vordering regs wetenskaplik heel eenvoudig verklaar kan word, soos Neethling en Potgieter (2015:299) tereg aantoon:

Dogmaties is die kernbeswaar [teen die positiefregtelike standpunt] dat dit onlogies is om 'n aksie vir skadevergoeding te baseer op 'n delik gepleeg teen, en daarom die veroorsaking van skade aan, 'n ander persoon – amper in die vorm van 'n delik *per consequentias*. Die teoreties korrekte standpunt is dat die afhanklike se eis gebaseer is op die onregmatige skuldige veroorsaking van nadeel aan homself. Onregmatigheid is geleë in die aantasting van die afhanklike se *vorderingsreg op onderhoud* teen die broodwinner.

Wat wel deeglik vasstaan, is dat die bestaan van 'n reg op onderhoud *vis-à-vis* die oorlede broodwinner as voorvereiste vir die afhanklike se vordering gestel word, welke reg uiteraard 'n vorderingsreg is, siende dat die objek daarvan prestasie (die voorsiening van onderhoud) aan die kant van die broodwinner is. Hierdie reg kan uit velerlei bronne ontstaan, waaronder 'n wettige huwelik, burgerlike verbinding, bloedverwantskap, aanneming, wetgewing, hofbevel en, in beperkte gevalle, kontrak (vir 'n oorsig van die regsposisie met betrekking tot hierdie verskillende bronne, sien Neethling en Potgieter 2015:300–3). Die rede waarom ons reg nie alle kontraktuele onderhoudsregte teen inbreukmaking deur derdes beskerm nie, is daarin geleë dat sodanige beskerming tot oewerlose aanspreeklikheid van die dader wat die kontraktuele skuldenaar gedood het, aanleiding sal kan gee (*Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* 1999 4 SA 1319 (HHA) 1331B; Neethling en Potgieter 2015:302). Hierdie beperking wat ons reg aan die beskerming van alle kontraktuele vorderingsregte op onderhoud teen aantasting deur derdes stel, is al op suiwer regs wetenskaplike gronde aan kritiek onderwerp.

Van der Merwe en Olivier (1989:334) voer aan:

Die regsplig [op onderhoud] is eenvoudig die keersy van die afhanklikes se reg op onderhoud. Maar dan moet ook onmiddellik in aanmerking geneem word dat 'n “regsplig” uit die voorskrifte van die objektiewe reg kan voortspruit sowel as uit ooreenkoms. Om “regsplig” slegs tot 'n gemeenregtelike regsplig – 'n regsplig wat *ex lege* ontstaan – te beperk, is onhoudbaar.

Davel (1987:67) blyk, met 'n beroep op Van der Merwe en Olivier, dieselfde mening toegedaan te wees wanneer sy aanvoer dat “die howe se vereiste van 'n gemeenregtelike regsplig, in teenstelling met 'n kontraktuele regsplig, 'n onhoudbare beperking op die afhanklike se eis [plaas]”. Soos egter uit oorvloedige regspraak blyk, het hierdie standpunte nie die geringste invloed op die positiefregtelike benadering tot die inbreukmaking deur derdes op suiwer kontraktuele onderhoudsregte uitgeoefen nie.

Die gemeenregtelike bronne en regspraak stel dit nie altyd duidelik wat die fundamentele vereistes is vir die erkenning van 'n onderhoudsreg wat teen inbreukmaking deur derdes beskerming behoort te geniet nie. Tradisioneel word daar dan ook nie gevra na die bestaan van sodanige *reg* op onderhoud nie, dog word verwys na 'n *regsplig* tot onderhoud (onderhoudsplig). Ons bronne benader die kwessie dus meer uit die hoek van die party wat

tot onderhoud verplig was as van die benadeelde onderhoudsgeregtigde party. Regswetenskaplik kom dit egter op presies dieselfde neer indien in gedagte gehou word dat elke vorderingsreg 'n ooreenkomstige verpligting veronderstel.

Ons deliktereghandboeke bevat meestal 'n opsomming van die algemene vereistes waaraan voldoen moet word voordat 'n afhanklike 'n eis weens die dood van sy of haar broodwinner kan instel. Neethling en Potgieter (2015:299–300; sien ook Loubser en Midgley 2012:289) lig twee vereistes uit: eerstens moet die oorledene tydens sy of haar leeftyd 'n onderhoudspelig teenoor die afhanklike gehad het wat *inter partes* regtens afdwingbaar is; en tweedens moet die afhanklike 'n reg op onderhoud gehad het wat teenoor derdes regtens beskermenswaardig is. By die eerste oogopslag mag dit voorkom of hierdie twee vereistes identies is ('n regsplig veronderstel tog immers 'n dienooreenkomstige reg). Hul uiteensetting het egter kennelik ten doel om naas die persoonlike regsverhouding tussen die broodwinner en die afhanklike (eerste vereiste) die feit te beklemtoon dat die vorderingsreg van die afhanklike teenoor derdes beskerming moet geniet (tweede vereiste). Hierdie skrywers verkies om twee verdere positiefregtelike vereistes as “kwalifikasies” by hul eerste vereiste te voeg, te wete dat (i) die afhanklike sorgbehoewend moet wees en (ii) die broodwinner in staat moet wees om onderhoud te voorsien.

Hierdie kwalifikasies is niks anders nie as die eerste twee vereistes wat normaalweg ingevolge die persone- en familiereg gestel word vir die ontstaan van 'n onderhoudspelig, naas die bestaan van 'n besondere verhouding tussen die partye wat sodanige onderhoudspelig 'n regtens erkende een sal maak.

Clark (1999:233–4) bestempel die eerste twee vereistes (volgens Neethling en Potgieter “kwalifikasies”) as vereistes rakende feitelike kwessies, terwyl die derde vereiste na haar oordeel 'n suiwer juridiese aangeleentheid is. Van der Vyver en Joubert (1991:630) vermeld nie die derde vereiste nie, maar stel in die plek daarvan die vereiste dat die naaste verwant eerste aangespreek moet word. Dit kan sekerlik in die idioom van Clark as 'n feitelike aangeleentheid tipeer word en is ongetwyfeld van groot belang. Van der Vyver en Joubert se weglating van die derde vereiste kan moontlik verklaar word uit 'n oogpunt dat dit streng genome 'n sinlose vereiste is, omdat dit bloot neerkom op 'n herformulering van die aanvanklike vraag, naamlik: wanneer is daar 'n beskermenswaardige onderhoudspelig? Wat Clark waarskynlik bedoel wanneer sy in konteks van die derde vereiste wat sy stel, die bestaan van 'n “legal duty of support between them” vermeld, is dat dit 'n verpligting is *wat bestand is teen aantasting deur derdes*.

Erasmus, Van der Merwe en Van Wyk (1983:181–3) se uiteensetting sluit nader aan by dié van laasvermelde outeurs, ofskoon hulle ten opsigte van hul derde vereiste daarop klem lê dat die juridiese onderhoudsverpligting wedersyds (“reciprocal”) moet wees. Skelton en Carnelley (2011:385) se uiteensetting kan as 'n kombinasie van die twee laasvermelde bronne tipeer word.

## **1.2 Kinders se onderhoudspelig teenoor ouers**

Hier bo is reeds daarop gewys dat bloedverwantskap een van die bronne van 'n beskermde onderhoudspelig is en dat sodanige plig wederkerig is. Die norm is uiteraard dat ouers onderhoudspelig jeens hul kinders is, maar in die praktyk kom dit toenemend voor dat kinders onderhoudspelig teenoor hul ouers is wanneer laasgenoemde in armoede verval. Die

meeste van die familiereghandboeke wy dan ook 'n bepaalde afdeling aan hierdie onderhoudsverpligtinge van kinders (bv. Heaton en Kruger 2015:309–10; Clark 1999:248–52; Skelton en Carnelley 2011:392–3; Van der Vyver en Joubert 1991:627–8). Die regspraak bevat ook talle voorbeelde van waar ouers daarin geslaag het om skadevergoeding te eis weens die onregmatige doding van hul broodwinner-kind (sien bv. Davel 1987:73; Neethling en Potgieter 2015:301–2, veral die gesag aangehaal in vn. 54).

Van Zyl (2005:23) wys daarop dat die algemene vereistes vir die bestaan van 'n onderhoudspilig ook vir die onderhoudspilig van kinders jeens hul ouers geld, maar toon elders aan dat ouers se onderhoudsverpligtinge gewoonlik meer beswarend is as dié van hul kinders, nieteenstaande die wederkerige aard van sodanige verpligting: “Although parent and child have a reciprocal obligation of support, the concept of ‘necessities’ is given a far wider interpretation when it comes to the support of children, than in respect of the support of a parent” (Van Zyl 2005:12). Die verwysing na *necessities* is na die vereiste (of kwalifikasie) dat die party wat op onderhoud geregtig is, nie in staat moet wees om hom of haar self te onderhou nie (met ander woorde behoeftig of armlastig (“indigent”) moet wees. In die Voet-tekste waarna hierbo verwys is, word daar van “parentes inopes” melding gemaak. (Die Latynse byvoeglike naamwoord *inops* het 'n verskeidenheid betekenis wat nie noodwendig “nooddruftig” as uiterste vorm van “armoedig” insluit nie, bv. “onbemiddeld”, “arm”, “armoedig”, “behoeftig”, “onvermoënd” (Van Wageningen en Muller 1921:470 *sv* “inops”).) Soos later aangetoon word, het hierdie aangeleentheid in die saak onder bespreking die hof enkele hoofbrekens besorg.

Dit staan bo verdenking dat ons gemenerereg en regspraak die wederkerige onderhoudsverpligting tussen ouers en hul kinders erken en beskerming aan daardie regsverhouding teen aantasting deur derde partye verleen (sien veral *Oosthuizen v Stanley* 1938 AD 322; *Anthony v Cape Town Municipality* 1967 4 SA 445 (A) 447B–H; *Van Vuuren v Sam* 1972 2 SA 633 (A) 638E–639C).

In die onlangse verlede het daar egter enkele uitsprake voorgekom waarin daar 'n mate van twyfel oor die bestaan al dan nie, asook die omvang van die kinderlike onderhoudspilig teenoor ouers uitgespreek is. Daar word nou kortliks na enkele van hierdie sake verwys.

In *Jacobs v Road Accident Fund* 2010 3 SA 263 (SOK) 268J–269B het waarnemende regter Grogan enige onsekerheid wat daar volgens hom sou heers oor die bestaan van 'n seun se onderhoudsverpligting teenoor sy vader netjies vermy deur die kontraktuele onderhoudsverpligting waaraan die seun hom vrywillig onderwerp het, ten volle te erken, ten spyte van die neiging van ons hof om nie erkenning te verleen aan die beskermenswaardigheid teen aantasting deur derdes van bloot kontraktuele onderhoudsregte nie. Neethling en Potgieter (2015:303) waarsku trouens teen die oormatige uitbreiding van die erkenning van sodanige regte. 'n Mens sou moontlik die erkenning daarvan in hierdie geval kon verklaar op grond daarvan dat die onderhoudsooreenkoms tussen bloedverwante gesluit is tussen wie daar in iedere geval regtens afdwingbare onderhoudsverpligtinge bestaan en dat die ooreenkoms dus nie die alleenbron van die onderhoudsverpligting was nie, dog slegs daartoe gedien het om die omvang van die vordering nader te omskryf.

In *Fosi v Road Accident Fund* 2008 3 SA 560 (K) 564C–566I verskaf regter Dlodlo 'n uiteensetting van die mate van onsekerheid wat daar in ons regspraak oor die inhoud van die behoeftigheidsvereiste bestaan en 'n mens kry die indruk dat dit vir hom 'n bron van



frustrasie was. Tog het dit hom nie verhoed om te bevind dat die afhanklike ouer in die onderhawige geval wel aan die vereiste van behoefteigheid (“indigence”) voldoen nie (566H-D). Omdat alle betrokke partye egter swart persone was, spreek die hof hom sterk uit ten gunste van die toepassing van Afrika-gewoontereg op sterkte van artikel 211(3) van die Grondwet wat bepaal dat die howe “die gewoontereg [moet] toepas wanneer die reg toepasbaar is, behoudens die Grondwet en enige wetgewing wat spesifiek oor gewoontereg handel”. (Rautenbach 2014:10 vestig die aandag op die wisselende terminologie wat toepassing vind wanneer daar verwys word na die groep persone in Suid-Afrika op wie die inheemse gewoontereg van toepassing is. Sy sonder drie terme uit, te wete *swart persone*, *inheemse bevolkingsgroepe* en *Afrikane* en verleen vervolgens voorkeur aan laasgenoemde. Dienooreenkomstig wend sy *Afrika* taalkundig ietwat ongewoon as die toepaslike byvoeglike naamwoord aan en verwys dus meestal na die inheemse gewoontereg as *Afrika gewoontereg*. Vir huidige doeleindes aanvaar ek haar aanwending van die woord *Afrika*, maar dan as deel van die saamgestelde selfstandige naamwoord *Afrika-gewoontereg* en nie as ’n byvoeglike naamwoord nie.) Die hof aanvaar, sonder vermelding van enige bronmateriaal, dat daar ingevolge die Afrika-gewoontereg ’n onderhoudsverpligting op ’n kind rus om sy of haar behoefteige ouer te onderhou en dat die ouer ’n aksie kan instel teen die persoon wat sodanige kind gedood het (567D–568A). Wat enigszins vreemd opval, is dat regter Dlodlo (570H–I) met verwysing na artikel 211(3) van die Grondwet as’t ware *ex abundanti cautela* die Afrika-gewoontereg ontwikkel ten einde inhoudelik op gelyke voet met die Romeins-Hollandsregtelike reëling te staan:

Finally, full recognition has been given to customary law. The courts are obliged to apply it in disputes where applicable. Full recognition and the obligatory application of customary law in instances where it is indeed applicable comes with an added obligation to the administrators of justice (magistrates and judges) to actively engage in the development of customary law. I am thus constitutionally enjoined to develop customary law and bring it to the same level reached by common law.

Hierdie “gelykshakeling” van die gemeenregtelike en Afrika-gewoonteregtelike reëling dra eensins daartoe by dat die mate van onsekerheid oor die gemeenregtelike behoefteigheidsvereiste opgeklaar word nie. Hierdie uitspraak is derhalwe eerder vir die interne aanwysingsreg relevant, omdat dit poog om ’n riglyn te verskaf oor hoe die toepassingsgebied van die Afrika-gewoontereg uitgebrei behoort te word. Dit dra nóg tot die familieregtelike, nóg tot die delikteregtelike bepalings van die bestaande Suid-Afrikaanse reg by wat betref die bestaan en omvang van wedersydse onderhoudsverpligtinge tussen bloedverwante.

In *Osman v Road Accident Fund* 2015 6 SA 74 (GP) is die hof gekonfronteer met die deliktuele vordering wat ’n bejaarde Indiërvrou teen die Padongelukfonds ingestel het nadat haar seun wat haar op ’n vrywillige basis onderhou het, op nalatige wyse in ’n motorongeluk gedood is. In sy uitspraak wy regter Ismail slegs ’n kort paragraaf aan die toepaslike Romeins-Hollandsregtelike reëlings (76C–E) en verkies om hom in navolging van die *Fosi*-saak eerder op die Afrika-gewoontereg, asook Moslem- en Hindoegebruike te beroep ten einde te bevind dat die oorlede seun wel onderhoudspligtig was en die verweerder dus tot skadevergoeding verplig was. Die negering van die gemenerereg het in hierdie geval moontlik verhoed dat die eiseres in haar vordering misluk het, want sy het versuim om haar eggenoot wat nog gelewe het, vir onderhoud aan te spreek; die toepaslike regspraak skryf duidelik voor dat ’n onderhoudsbehoefteige eggenote eers haar man moet aanspreek voordat sy haar tot haar

kinders wend (*Smit v Smit* 1946 WLD 360, 363; *Manuel v African Guarantee Ltd* 1967 2 SA 417 (R) 419G; vgl. Davel 1987:75; Clark 1999:251–2). Indien sy egter sou kon aandui dat haar man nie in staat was om haar te onderhou nie (wat uit die karige feite wat verskaf is ’n besliste moontlikheid blyk te wees), sou die eiseres waarskynlik bloot op basis van die bestaande gemenerereg en regspraak kon geslaag het. Waarom die hof hom tot die vae en moeilik vasstelbare beginsels van die Afrika-gewoonereg, asook Moslem- en Hindoegewoontes gewend het, is moeilik te verklaar: Die gedingspartye was nie swart nie en die beroep op godsdienstige gewoontes was nie ’n beroep op regsreëls nie. Die enigste logiese afleiding wat hieruit gemaak kan word is dat regter Ismail van oordeel was dat die bestaande Suid-Afrikaanse reg onvoldoende was om die saak billik te besleg. Hierdie uitspraak oortuig allermins, veral omdat dit die fundamentele vereiste dat die eiseres behoeftheid aan haar kant op ’n oorwig van waarskynlikheid moet bewys, in die wind geslaan het.

Dit is nie te betwyfel nie dat die gemenerereg en regspraak ten opsigte van sowel die bestaan as beskermenswaardigheid teen aantasting deur derdes van ’n ouer se reg op onderhoud teen sy of haar kind vaste en redelike riglyne neerlê, en dat die enigste mate van onsekerheid geleë is in die omvang van die wedersydse onderhoudsverpligting wat bereken moet word aan die hand van ’n bevinding oor behoeftheid (“indigence”). Die bovermelde neiging om die bestaande reg te misken, is tekenend van ’n beheptheid met die toepassing van Afrika-gewoonereg en selfs die gewoontes en godsdienstige gebruike van sekere bevolkingsgroepe in omstandighede waar die gemenerereg en regspraak heeltemal toereikend is. Soos aanstons aangetoon sal word, vind hierdie neiging neerslag in die vonnis wat vervolgens bespreek word.

## **2. *Seleka v Road Accident Fund***

### **2.1 *Feite en uitspraak***

Die eiseres het die Padongelukfonds ingevolge die Padongelukfondswet 56 van 1996 aangespreek weens die dood van haar dogter, Masedi. Die partye was dit oor die volgende aangeleentheid eens, naamlik dat die eiseres die nodige bevoegdheid as gedingvoerder gehad het, die hof oor die nodige jurisdiksie beskik het, daar aan al die toepaslike Padongelukfondsbepalings en -regulasies voldoen is, die bestuurder van die versekerde voertuig 100% nalatig was ten aansien van die eiser se skade, die nalatige handeling van die bestuurder die enigste oorsaak van Masedi se dood was en dat laasgenoemde haar biologiese kind was (447H-J). Die Seleka-gesin was Tswanas wat woonagtig was in ’n dorpsgebied wat deur die tradisionele Bafokeng-stamowerheid beheer word. Volgens die getuienis het die Seleka-egpaar ’n gebruikelike verbinding ingevolge die Tswanareg aangegaan voordat hulle ’n burgerlike huwelik gesluit het. Hulle het hul gesinsverhoudinge en algemene leefwyse ingevolge die Tswana-gewoonereg ingerig en ook hul kinders daarvolgens opgevoed. Die eiseres se eggenoot was te behoefdig om volledig na die behoeftes van sy gesin om te sien omdat sy enigste inkomste ’n ouderdomspensioen van R1 500 per maand was. Hulle was voor Masedi se dood darem in staat om in ’n mate kop bo water te hou, omdat hul dogter wat by hulle ingewoon het, haar teenoor hulle verbind het om R1 300 per maand tot die huishoudelike uitgawes by te dra tot tyd en wyl haar moeder (die eiseres) die ouderdom van 60 sou bereik en vir ’n ouderdomspensioen sou kwalifiseer (447H–J, 449B–I, 455C–D).

Waarnemende regter Diedericks bevind dat die Selekas behoeftig of armlastig (“indigent”) was en ook kontraktueel op onderhoud van R1 300 per maand van hul dogter geregtig was wat aktuarieel bereken, op ’n bedrag van R72 439 te staan gekom het (455B–D). Dit het hom tot die volgende beslissing genoop: “In the last instance I find that in terms of the principles of South African customary law, as set out above, the plaintiff is entitled to be compensated for the losses suffered by her as a result of the demise of her daughter in the accident” (455E). Die hof ken gevolglik die volle aktuarieel berekende bedrag aan die eiseres toe.

## 2.2 Kritiese evaluering

### 2.2.1 Inleiding

Die hof se *ratio decidendi* neem ’n aanvang met ’n bondige opsomming van die geskilpunte tussen die partye, te wete (a) wat die korrekte juridiese benadering is tot die vraag na die vordering van ’n ouer wat ingestel word op grond van die dood van sy of haar biologiese kind; (b) of behoeftigheid (armlastigheid, “indigence”) nog steeds aan die kant van die onderhoudsgeregtigde vereis word en, indien wel, wat die paslike benadering en toets ter vasstelling daarvan is; en (c) of die inheemse Afrika-gewoontereg voorsiening maak vir ’n kind se onderhoudspelig jeens sy of haar ouers en, indien wel, of dit in konteks van die Tswanareg uitgebrei behoort te word en, indien nie, of die normale gemeenregtelike benadering tot die vereistes vir ’n vordering van ’n ouer weens die verlies van onderhoud as gevolg van sy of haar kind se dood toepassing moet vind (448D–E).

### 2.2.2 Gemeenregtelike vereistes vir die bestaan van ’n kind se onderhoudspelig

Nadat waarnemende regter Diedericks al die getuienis ontleed het (448F–451E), wend hy hom tot die eerste bovermelde geskilpunt. Die hof verkies om sy behandeling van die vereistes vir die bestaan van ’n kind se onderhoudspelig met ’n beroep op ’n gemeenregtelike bron, te wete Voet 25.3.8 en 25.3.11, te begin (451F–H). Vir die oningeligte mag dit voorkom of daardie beroemde ou skrywer in foutlose Engels geskryf het, want die eerste teks word in Engels weergegee. Hoe interessant dat die howe deesdae vertalings aan die oorspronklike gelykstel! ’n Mens kan uiteraard begryp dat die hedendaagse Latynarme regswêreld ’n behoefte aan goeie vertalings ervaar, maar dan kan jy darem sekerlik verwag dat elke verwysing na ’n vertaalde ou bron met ’n vermelding van die titel van die vertaling en die vertaler gepaard sal gaan. Vandag is daar waarskynlik talle praktisyns, akademici en studente wat nog nooit van Gane se vertaling van Voet se beroemde *Commentarius* gehoor het nie. Derhalwe is die verwysingstegniek wat die hof in hierdie geval volg, nie navolgenswaardig nie en behoort die verwysingsbron hier Gane se vertaling (1956:365) te wees. In die eerste teks bevestig Voet maar net die algemene reël dat ’n kind ook teenoor sy of haar behoeftige ouers (“parentes inopes” in die oorspronklike) onderhoudspelig kan wees. Dat die 17de- en 18de-eeuse Romeins-Hollandse reg volle erkenning aan sodanige regsplig verleen het, bevestig Voet in die eerste aangehaalde teks met verwysing na drie gevalle: (i) Selfs waar ’n moeder as gevolg van haar sedelose leefwyse deur *infamia* getref is en bepaalde burgerlike voordele daardeur verbeur het (vgl. Van Warmelo 1957:86–7 vir die betekenis van *infamia*), diskwalifiseer dit haar nie om onderhoud van haar kind(ers) te ontvang nie. (ii) Blote buite-egtelikheid onthef ook nie ’n seun van die verpligting om sy moeder te onderhou nie. (iii) Selfs waar ’n vader bloedsbande gepleeg het, kan hy regtens op onderhoud van sy kind(ers) aanspraak maak. Voet (luidens Gane se vertaling) sluit die teks af deur vermelding van die onderliggende motivering vir hierdie gevalle: “That is so because



such persons are still parents, though they are despised of the law and are impious.” Hierdie sin stel die onderhoudspilig van ’n kind teenoor sy ouer bo alle twyfel en loënstraf die suggestie in ’n saak soos *Osman* dat die gemenerereg nie voldoende bewys daarvan lewer nie; die relevansie daarvan betref eerder die basis van sodanige onderhoudspilig: dit kan hiervolgens óf in bloedverwantskap, óf in blote pligsbesef lê (vgl. oor die grondslag van die plig ingevolge die regspraak Davel 1987:73). Wat die verwysing na die tweede Voet-tekse betref, verskaf die hof bloot ’n opsomming daarvan waarin daar aangedui word dat die regter oor ’n wye diskresie beskik om te bepaal watter familieledere regtens vir die onderhoud van ander familieledere moet pa staan, met ’n besliste aanduiding dat die omstandighede van elke geval ’n beduidende rol sal speel (sien Davel 1987:69–81 vir ’n oorsig van die moderne Suid-Afrikaanse reg in hierdie verband).

Vervolgens ag die hof dit gerade om, volgens goeie praktyk ingevolge die regshistoriese wyse van motivering, na regspraak te verwys. Soos in die meeste onlangse beslissings is daar na die toonaangewende uitspraak in *Oosthuizen v Stanley* 1938 AD 322 verwys (451I) waarin onder andere bepaal word dat die kind voor sy of haar dood tot die ouer se onderhoud moet bygedra het en dat daar ’n regsplig op die kind gerus het om tot die ouer se onderhoud by te dra. Die hof onderbreek sy behandeling van relevante regspraak vervolgens deur ’n passasie in Spiro (1985:403) se ietwat verouderde dog hoogstaande werk oor die kinderreg aan te haal waarin daardie skrywer hom bepaaldelik uitlaat oor die *mate waartoe* die onderhoudsverpligte kind moet bydra. Dit is insiggewend dat Spiro eerstens klem lê op die wederkerige aard van die onderhoudspilig en dan konsentreer op die behoeftigheidsvereiste en die vereiste omvang daarvan:

But it is submitted that the concept of necessities, which really depends on all the circumstances, must not be understood in a narrow sense and that generally the quantum of maintenance owed by children to their parents is, *mutatis mutandis*, the same as in the case of the duty of parents to support their children.

Sonder dat hy dit aandui, lei waarnemende regter Diedericks met hierdie verwysing die onderwerp van die tweede bovermelde geskilpunt, te wete die ouerlike behoeftigheid, in, ofskoon hy eers in die volgende paragraaf pertinent daarna verwys.

### 2.2.3 Die gemeenregtelike behoeftigheidsvereiste

Die hof versuim om hom enigsins oor die korrektheid van die aanhaling uit Spiro se werk uit te spreek, en daaruit kan ’n afleiding op grond van suiwer logiese gronde geregverdig word dat volle instemming daarmee betuig is. Wat die hof wel vervolgens beklemtoon, is dat die bestaan van die *kwalitatiewe* vereiste van behoeftigheid of armlastigheid (Davel 1987:53 verkies die term *nooddrufdigheid*, wat deur appèlregter Rabie in *Van Vuuren v Sam* 643F gebesig is) geykte reg daarstel (452D). Wat die *kwantitatiewe* aspek van die onderhoudspilig betref, sou ’n mens in die lig van die verwysing na die aanhaling uit Spiro se werk verwag het dat die hof na regspraak sou verwys wat steun daaraan verskaf, dog die teenoorgestelde blyk waar te wees. Waarnemende regter Diedericks (452D-E) verkies om hom te beroep op ’n Kaapse uitspraak waarin daar ’n uiters eng siening van die omvang van die ouer se behoeftigheid (as spieëlbeeld van die kind se onderhoudspilig) geskets word, te wete *Smith v Mutual & Federal Insurance Co Ltd* 1998 4 SA 626 (K) 632D–E waarin waarnemende regter Gihwala hom soos volg uitlaat:

To be indigent means to be in extreme need or want whereas to be poor means having few things or nothing. Accordingly, when the plaintiff pleads indigence, it is not sufficient to show that the plaintiff lives on very little or nothing (vide *World Book Dictionary*). The plaintiff must prove that there is an extreme need or want for basic necessities of life.

Ongelukkig onderbreek die hof in hierdie stadium die draad van sy uiteensetting van die behoefteigheidsstoets deur oor te gaan tot 'n bespreking van die inheemse Afrika-gewoonereg rakende onderhoud – wat ten aanvang as die derde geskilpunt tussen die partye vermeld is – en sodoende afwyk van die skema van bespreking wat ter inleiding so sorgvuldig puntsgewys vermeld is (sien par. 2.2.1 hier bo). Ek sal egter die hof se benadering tot die toepaslikheid van die Afrika-gewoonereg eers onder die volgende opskrif behandel ten einde die hof se eie vooringenome sistematiek te probeer behou.

Die slotsom waartoe waarnemende regter Diedericks met betrekking tot die omvang van die behoefteigheidsvereiste kom, is allesbehalwe duidelik. Hy betuig sy volle instemming met die mening van regter Dlodlo in die *Fosi*-beslissing (564F–G) dat die toets vir armlastigheid wat in die *Smith*-saak deur regter Gihwala geformuleer is, te streng is (453J). In *Fosi* het die hof naamlik aangetoon dat die *Smith*-toets meer beswarend en moeiliker bewysbaar is as in talle vroeëre sake, soos *Wigham v British Traders Insurance Co Ltd* 1963 3 SA 151 (W) 153H–154A en die vroeër vermelde toonaangewende appèlhofuitspraak in *Oosthuizen v Stanley* (327–8). Verder vermeld waarnemende regter Diedericks bloot dat die soepeler toets wat later deur appèlregter Rabie in *Van Vuuren v Sam* geformuleer is, in die *Fosi*-beslissing verkies is sonder om homself daarvoor uit te spreek. Die ironie is egter dat die soepeler toets nie *eo nomine* in die *Fosi*-beslissing toegepas is nie. Die uiteinde van hierdie deel van die uitspraak is dat die hof in werklikheid geen uitspraak op basis van die Suid-Afrikaanse gemenerereg en regspraak oor die behoefteigheidsvereiste maak nie.

Daar bestaan ongetwyfeld voldoende gesag om 'n soepeler toets as dié in die *Smith*-saak aan te wend. Hier bo is daar pas na twee appèlhofuitsprake in hierdie verband verwys, ofskoon die *Van Vuuren*-uitspraak op die oog af ietwat strenger as dié in *Oosthuizen* voorkom. In *Van Vuuren* het die hof die volgende te sê gehad:

Dit is natuurlik waar ... dat noodsaaklike behoeftes en behoefteigheid relatiewe begrippe is, maar daar dien terselfdertyd op gelet te word dat die verlening van hulp beperk is tot wat as die mens se basiese behoeftes beskou kan word, nl. voedsel, klere, onderdak en geneesmiddels en versorging in tyd van siekte (642E–F, met 'n beroep op Voet 25.3.4 en *Oosthuizen v Stanley*).

Hierdie uitspraak word algemeen beskou as gesag vir die standpunt dat die stand van diegene wat op onderhoud geregtig is, in 'n sekere mate in ag geneem moet word wanneer die aard en omvang van die onderhoud bepaal moet word, maar dat bystand nogtans beperk word tot noodsaaklike lewensmiddele.

Clark (1999:250 vn. 88) spreek die mening uit dat die vroeër vermelde passasie uit Spiro “puts the child’s duty of support too generously”. Sy kritiseer in dieselfde asem die vroeëre appèlhofbeslissing in *Anthony v Cape Town Municipality* 1967 4 SA 445 (A) waarin appèlregter Holmes bevind het dat daar selfs op 'n elfjarige kind 'n verpligting rus om te gaan werk ten einde sy uiters behoefteige ouers by te staan. 'n Mens kan gemaklik met haar die

korrektheid van die toepassing van die reël ten opsigte van so 'n jong kind betwyfel, maar dit doen geen afbreuk aan die feit dat die destydse hoogste hof in Suid-Afrika die onderhoudsverpligting van 'n kind teenoor sy ouer uiters ernstig bejeën het nie. Van Zyl (2005:12) wys verder daarop dat “it has been argued that the criterion of need should not be so narrowly interpreted here as to destroy the whole concept of a reciprocal obligation” (vgl. verder wat betref die *wederkerige* aard van die onderhoudsverpligtinge van gesinslede onderling, Heaton en Kruger 2015:310).

Hoe dit ook al mag sy, blyk dit dat die feite in die saak onder bespreking van uiterste nood spreek, indien moderne lewenskoste in aanmerking geneem word. Die hof verskaf 'n gedetailleerde uiteensetting van die eiseres se noodsaaklike maandelikse uitgawes voor haar kind se dood en daarna (454D–G). Ofskoon dit uiteraard ná Masedi se oorlye minder was (R1 580) as daarvóór (R2 730), was daar verskeie faktore wat die eiseres en haar man in 'n swakker geldelike posisie geplaas het: (i) Die R1 300 wat Masedi tot die maandelikse uitgawes bygedra het, het haar ouers se bydrae tot R1 430 laat verminder, terwyl hul maandelikse uitgawes na haar dood R1 580 was, dus R150 per maand meer. Die hof vermeld uitdruklik die volgende verdere oorwegings: (ii) Toe die eiseres se man vroeër nog in staat was om te werk, het hy 'n maandelikse salaris van R5 500 verdien (455H). (iii) Insiggewend is ook die hof se woorde: “It is also my duty not to overlook the status and general circumstances that prevailed in the past and are still prevailing at present” (455H). (iv) Lewenskoste ten aansien van veral kos en klere styg daagliks, terwyl 'n staatspensioen nie teen dieselfde koers as lewenskoste en inflasie styg nie (454I). (v) Klere, waarvoor daar nie in die eiseres se geraamde begroting melding gemaak is nie, word deur die hof as 'n bykomende noodsaaklikheid (“bare necessity”) aangestip (454J). (vi) Die verweerder se betoog dat lewenskoste in die plattelandse woongebied waar die eiseres woonagtig was, laer is as in 'n stedelike gebied, is verwerp omdat geen stawende getuienis daarvoor gelei is nie (455A).

Die hof se bevinding dat die eiseres en haar man armlastig was (455B), verdien volle ondersteuning. Veral oorwegings (ii) en (iii) wat ek hier bo aangestip het, sluit mooi aan by appèlregter Rabie se toeligting van die relatiewe aard van die behoeftigheidsvereiste in *Van Vuuren v Sam* (643C–F), waar hy met verwysing na Surdus ('n 16de-eeuse Italiaanse juris wat groot aansien onder sommige van die ou Romeins-Hollandse skrywers geniet het) daarop wys dat wanneer 'n edelman byvoorbeeld in armoede verval het en op onderhoud geregtig was, hy daarop kon aanspraak maak om *delicati cibi*, soos witbrood, in plaas van die kos van boere (*rustici*, wat 'n mens ook as “plaasjapies” kan vertaal), soos bruinbrood, te eet:

Dit alles skyn daarop neer te kom dat die stand van persone wat onderhou moet word tot sekere hoogte in ag geneem word wanneer dit gaan om die aard en *omvang* van onderhoud wat voorsien moet word, maar dat bystand nietemin tot noodsaaklike lewensmiddele beperk bly. (643F, my kursivering)

Daar word aan die hand gedoen dat daar beslis voldoende gesag bestaan waarop die hof gemaklik op basis van die Suid-Afrikaanse reg kon beslis dat die eiseres op onderhoud van haar kind geregtig was en 'n bedrag kon toeken op basis van die aktuariële berekening wat gebaseer was op Masedi se maandelikse bydrae tot die huishouding. Die hof het waarskynlik gevrees dat die feite nie voldoende is om daardie omvang te staaf nie en gevolglik moes daar 'n plan gemaak word ten einde die eiseres in haar volle vordering te laat slaag. Ofskoon die hof dit nie uitdruklik sê nie, het hy duidelik gehink op twee gedagtes: enersyds die toepassing van die normale reëls van die Suid-Afrikaanse reg, en andersyds aanwending van die

inheemse Afrika-gewoontereg. Wat eersgenoemde betref, wil dit voorkom of daar aanvanklik toevlug geneem is tot die bestaan van die *kontrak* tussen die eiseres en Masedi ingevolge waarvan laasgenoemde haar verbind het tot 'n maandelikse bydrae van R1 300 tot haar ouers se huishouding waarvan sy nog deel was. In hierdie konteks laat waarnemende regter Diedericks hom soos volg uit (455D): “This (contractual) duty could no longer be fulfilled by the daughter as a result of her untimely death in the accident in question.” In plaas daarvan om die meriete van sodanige basis vir die eiseres se vordering ingevolge die gemenerereg en regspraak te beoordeel, oorweeg die hof vervolgens die tweede opsie en kom doodeenvoudig in die volgende sin tot die gevolgtrekking dat die eiseres ingevolge die beginsels van die inheemse gewoontereg kon slaag om die “losses suffered by her as a result of the demise of her daughter in the accident” (455E) van die verweerder te vorder. Hiermee gee die hof eenvoudig gevolg aan sy vroeëre bevinding dat die inheemse gewoontereg wel deeglik vir sodanige vordering voorsiening maak (waarvan die meriete onder die volgende hoof bespreek word).

In die lig van die huidige stand van ons reg aangaande die beskermenswaardigheid van kontraktuele onderhoudsregte kan daar 'n saak uitgemaak word vir die beskerming van die eiseres se kontraktuele vordering teen aantasting deur 'n derde (in hierdie geval die nalatige bestuurder wat Masedi se dood veroorsaak het). Die skrywers wat hulle teen die beskerming van kontraktuele regte uit kontrak teen aantasting deur derdes uitspreek en waarna ek hier bo (par. 1.1) in hierdie opsig verwys het, het *suiwer* kontraktuele vorderinge in hul visier. Neethling en Potgieter (2015:302–3), wat ook waarsku dat die “[u]itbreiding van die aksie van afhanklikes na ander verhoudings waaruit 'n kontraktuele vorderingsreg kan spruit ... met omsigtigheid hanteer [moet] word”, vermeld as voorbeelde wat vermy moet word die verhouding tussen verloofdes ingevolge 'n saambly-ooreenkoms, of 'n pleegsorgverhouding tussen 'n vader en sy stiefkind. Dieselfde skrywers wys egter vroeër in dieselfde paragraaf daarop dat “[d]ie aard van die kontraktuele verhouding wat die onderhoudsplig/-reg fundeer” 'n belangrike beoordelingsfaktor is. Toepaslike praktykvoorbeeld waarna hulle verwys, is 'n onderhoudskontrak wat aangegaan word tussen gades wat ingevolge Moslemreg getroud is (sien hiervoor bv. die *Amod*-beslissing hier bo), asook die geval waar 'n onderhoudsreg uit 'n Afrika-gewoonteregtelike aanneming ontstaan het. In laasgenoemde verband is die beslissing van regter Bertelsmann in *Metiso v Padongelukkefonds* 2001 3 SA 1142 (T) van besondere belang:

Daar bestaan myns insiens geen twyfel nie dat die erkenning van 'n sodanige onderhoudsplig deur die inheemse reg regtens afdwingbaar is, en dat dit versoenbaar is met die *boni mores*. In soverre 'n sodanige plig nog nie deur die gemenerereg erken is nie, sou dit op 'n logiese uitbreiding daarvan neerkom. *Gemeenregtelik is 'n onderhoudsplig wat voortspruit uit 'n ooreenkoms, en nie suiwer uit bloedverwantskap of ouerskap nie, reeds ten minste in beginsel en by implikasie deur ons Howe erken...* (1150G, my kursivering)

Hierdie suiwer uiteensetting onderstreep dat 'n hof eenvoudig die gemenerereg toepas wanneer hy byvoorbeeld gevolg gee aan 'n vorderingsreg wat “versterk” word deur 'n bykomende faktor, soos die bestaan van 'n Moslemhuwelik, 'n permanente saamblyverhouding tussen persone van dieselfde geslag, of die feit dat die eiser 'n swart persoon is teenoor wie ingevolge die Afrika-gewoontereg kontraktuele verpligtinge opgeneem is. Neethling en Potgieter (2015:300 vn. 45) vestig in hierdie verband ook die aandag daarop dat “in die lig van die waardes wat die Grondwet, 1996 onderlê”, ouer beslissings soos *Santam Bpk v Fondo*

1960 2 SA 476 (A) en *Nkabinde v SA Motor and General Insurance Co Ltd* 1961 1 SA 302 (N) waarin die hof geweier het om die aksie van afhanklikes toe te staan aan deelgenote tot 'n Afrika-gebruiksverbinding, nie meer as 'n beletsel teen die bestaan van die afhanklikes se vordering weens die dood van hul broodwinner behoort te bestaan nie. Hierdie afleiding word deur latere regspraak gesteun (*Chawanda v Zimnat Insurance Co Ltd* 1990 1 SA 1019 (ZH) 1021J; *Zimnat Insurance Co Ltd v Chawanda* 1991 2 SA 825 (ZS)); sien verder *Santam Bpk v Henery* 1999 3 SA 421 (HHA) 429B–30B; die *Amod*-saak 1327A e.v.; en die *Jacobs*-saak 268I–9B).

Die bovermelde *dictum* van regter Bertelsmann is omvattend genoeg om selfs as basis te dien vir die erkenning van kontraktueel verworwe onderhoudsregte tussen huwelikspartye en gesinslede wat selfs nie eens ingevolge die Afrika-gewoontereg leef nie. Indien hierop geantwoord sou word dat sodanige partye tog wel gemeenregtelik oor erkende onderhoudsregte en -verpligtinge beskik, dien daarop gewys te word dat die erkenning van die *deels kontraktuele aard* daarvan enige moontlike probleem ten opsigte van die omvang van die onderhoudsreg en ooreenstemmende onderhoudsverpligting sal uitskakel, soos trouens in die onderhawige saak ondervind is.

#### 2.2.4 Toepassing van die inheemse Afrika-gewoontereg

In die vorige afdeling het ek daarop gewys dat die hof nie sy aanvanklike skema gevolg het nie en as't ware “afgedwaal” het om hom oor die laaste geskilpunt (te wete oor die toepaslikheid van die inheemse gewoontereg) in konteks van die tweede een (oor die inhoud van die gemeenregtelike behoeftigheidsvereiste) uit te spreek. Uit die staanspoor is dit duidelik dat daar 'n gedreweheid by die hof was om in die onderhawige geval die gewoontereg toe te pas. Onder die opskrif “African customary law” poog waarnemende regter Diedericks om die toepaslikheid van die Afrika-gewoontereg te regverdig.

Die hof verwys in sy ondersoek na slegs twee sekondêre bronne. In Seymour (1960:159) word die pligte van kinders teenoor eerstens hul kraalhoof van naderby beskryf: jonger seuns is verplig om kleinvee op te pas, terwyl groter seuns na die grootvee moet omsien; tweedens is ouer seuns verplig om hul vaders te help ploeg en hulle kan ook die dienste van sodanige seuns aan 'n buurman uitbestee. Dogters moet hul moeders na die beste van hul vermoë met huishoudelike take bystaan en hulle oor die algemeen gaandeweg voorberei om eggenotes te wees (452I–453A). Die hof haal 'n tweede bron aan waarvan die skrywer, Schapera (1970:179), nie eens vermeld word nie, te wete *A handbook of Tswana law and custom*, waarin 'n soortgelyke uiteensetting voorkom. Die pligte van kinders wat nog nie volwassenheid bereik het nie strek, wat dogters betref, van vuurmaakgoed bymeekaarmaak tot kosmaak en normale huislike pligte, asook die oppas van kinders. Jong seuntjies moet hul moeders bystaan deur boodskappe oor te dra en klein huistakies te verrig, terwyl die ouer seuns hul vaders bystand moet verleen by die onderhoud van hul veestapel, tydens jagtogte, by bouwerk en by die beskerming van hul eiendom (453B–D).

Wat volwasse kinders betref, maak Schapera slegs melding van die verpligtinge wat op manlike kroos rus, en dan slegs teenoor hul vader (453E–F). Die hof wys vervolgens daarop dat laasvermelde bron aandui dat volwasse vroue volgens die Tswana-reg nie 'n onderhoudspilig teenoor hul ouers verskuldig is nie: “The obvious reason is that females are brought up to eventually become mothers and nurturers of children *and to be housebound*” (453H, my kursivering). Hierdie afleiding oor vroue se huisgebondenheid wend die hof



vervolgens aan om bloot op grond van die logika te bevind dat aangesien moderne swart vroue “over the past half-century ... have entered the labour market firstly as domestic workers in European family households and later in work environments previously preserved for their male counterparts” (453H), “[t]here is therefore in this day and age no reason in law or logic that it can be said that a female African does not have a duty to maintain her parents if maintenance is needed by such parents” (453I). Nadat waarnemende regter Diedericks goedkeurend verwys na die *Fosi*-uitspraak waarin regter Dlodlo daarop gewys het dat die “principles of South African customary law” vir ’n algemene onderhoudspelig van manlike en vroulike kinders jeens hul ouers voorsiening maak, kom hy tot die gevolgtrekking dat die Tswana-reg ook ontwikkel het om die vroulike kind se onderhoudspelig te erken (454C). Hierdie bevinding was bloot op die regter se logika (en waarskynlik sy regsgevoel) gegrond. Dit is nogal ’n buitengewoon radikale voorbeeld van “ontwikkeling”, des te meer omdat die regter se bevindings ten aansien van die Tswana-reg sonder meer op die Afrika-gewoontereg in die algemeen toegepas word wanneer hy hom later soos volg uitlaat: “In the last instance I find that in terms of the principles of South African customary law, as set out above, the plaintiff is entitled to be compensated for the losses suffered by her as a result of the demise of her daughter in the accident” (455D). Wat die hof hier bevind, wyk dus streng genome af van wat pas vantevore oor die kontraktuele aard van die onderhoudspelig kwytgeraak is (455C–D; sien die bespreking hier bo). Die bevinding oor die blote bestaan van die vorderingsreg ingevolge die Tswana- (of Afrika inheemse) gewoontereg bied nog geen oplossing oor die omvang van die vordering nie. Hier is ietwat van ’n “Catch-22”-situasie voorhande: as die bevinding oor die toestaan van die volle eis op die grondslag van Masedi se kontraktuele onderneming bereik word, kom dit basies op die toepassing van die Suid-Afrikaanse gemenerereg en regspraak neer, wat nie te versoen is met die hof se uitdruklike stelling dat hy Afrika-gewoontereg toepas nie; en as die hof dan werklik die Afrika- (of Afrika-ontwikkelde) gewoontereg toepas, kan die kontrak weer nie as basis vir die omvangbepaling geneem word nie, want dit sou neerkom op toepassing van die Suid-Afrikaanse reg! Ek laat die saak daar.

#### 4. Gevolgtrekking

Na afloop van hierdie bespreking kan ek nie anders as om ’n ongemaklike gevoel van onbehae te ervaar nie. Enersyds bevredig die uiteindelijke bevel wat die hof toegestaan het, sonder twyfel die billikheids- en, nog belangriker, die regsgevoel. Vir my is hierdie beslissing dus nie ’n voorbeeld van toepassing van die ou Engelse frase van “hard cases make bad law” nie, waarvan daar in die onlangse verlede maar alte veel voorbeelde in ons regspraak voorkom (bv. die onlangse radikale ontwikkeling om onoorerflike deliksvorderinge weens pyn en lyding tot ten volle oorerflik te ontwikkel: *Nkala v Harmony Gold Mining Company Limited (Treatment Action Campaign NPC and Another as amici curiae)* 2016 7 BCLR 881 (GJ). Soos hier bo aangetoon (par. 2.2.3), maak die Romeins-Hollandse reg ruimskoots voorsiening vir die eiseres se vordering en kan enige onsekerheid wat daar ten aansien van die omvang van haar vordering kan bestaan, uit die weg geruim gewees het deur ’n bykomende beroep op die bepalinge van Masedi se kontraktuele onderneming om by te dra tot onderhoud, waarvoor steun in die moderne regspraak te vinde is. Indien hierdie toepassing van die reg ten opsigte van die beskermenswaardigheid van die kontraktuele vorderingsreg as ’n ontwikkeling van ons gemenerereg beskou sou word, is dit in iedere geval ’n ontwikkeling

wat beslis strook met die “gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte”, soos voorgeskryf in artikel 39(2) van die Grondwet.

Andersyds koester ek ernstige bedenkinge oor die wyse waarop die kwessie rakende die moontlike toepassing van die inheemse Afrika-gewoontereg hanteer is, en wel om die volgende redes: (i) Die beskikbare sekondêre bronne erken geen onderhoudspelig van vroulike kinders nie. (ii) Die vasstelling van die inhoud van ’n inheemse regstelsel behoort deur deskundige getuies bevestig te word; ouer stamlede moet byvoorbeeld as getuies geroep word, wat kennelik nie hier gebeur het nie. (iii) Die “ontwikkeling” van die Tswanareg op basis van (Westerse) logika is nie alleen onoortuigend nie, maar verteenwoordig ’n gevaarlike praktyk wat onsekerheid in die hand kan werk. (iv) Die afleiding dat die ontwikkelde Tswanareg gelykstaande is aan die inheemse Afrika-gewoontereg in die algemeen kom daarop neer dat ’n besondere stamregstelsel algemeen op swart landgenote toepassing vind. Sal ’n mens werklik hierdie as ’n presedent kan voorhou waar die litigante byvoorbeeld Xhosas of Vendas is? Na my mening sal dit nie geregverdig wees nie. (v) Les bes betref hierdie saak die netelige kwessie van toepassing van die interne aanwysingsreg (“internal conflict of laws”), te wete die toepassing van aanwysingsnorme met betrekking tot ’n feitekompleks waar twee gelykwaardige regstelsels binne dieselfde gebied toepassing vind. Artikel 211(3) van die Grondwet bevat die dwingende bepaling dat die houe die gewoontereg, behoudens die Grondwet en enige toepaslike wetgewing moet aanwend wanneer dit toepasbaar is (sien par. 1.2 hier bo; sien verder Rautenbach 2014:6; *Bhe v Magistrate, Khayelitsha (Commission for Gender Equality as Amicus Curiae)*; *Shibi v Sithole*; 2005 South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa 2005 1 SA 580 (KH) 604C–6C; *Gumede v President of the Republic of South Africa* 2009 3 SA 152 (KH) 163C). Dit staan Afrikane uiteraard vry om ’n keuse uit te oefen om in gepaste gevalle óf die gemenerereg, óf Afrika-gewoontereg op hul regsverhoudings van toepassing te maak (vgl. *Mthembu v Lesela* 1997 2 SA 936 (T) 945J–6A). In die onderhawige geval blyk dit uit die *ratio decidendi* egter nie duidelik of die partye wel ’n uitdruklike of selfs stilswyende keuse ten gunste van die Afrika-gewoontereg uitgeoefen het nie; indien dit wel die geval sou wees, waarom het die hof dan hoegenaamd na die Suid-Afrikaanse gemenerereg verwys? Hierdie onsekerheid is te wyte aan die feit dat die eiseres kennelik nie voldoen het aan die bepalings van artikel 1(1) van die Wysigingswet op die Bewysreg 45 van 1988 nie, ingevolge waarvan ’n hof “geregtelik mag kennis neem van gewoontereg insover sodanige reg geredelik en met voldoende sekerheid vasstelbaar is”. Die enigste bronne waarna die hof verwys het, is twee verouderde handboeke, en dit dui daarop dat die Tswanareg *in casu* nie met voldoende sekerheid vasgestel kon word nie. In *Maisela v Kgolane NO* 2000 2 SA 370 (T) 376I–377A het regter Hartzenberg die praktiese stappe uiteengesit wat die litigant wat hom of haar op die Afrika-gewoontereg beroep, moet doen om die inhoud daarvan te bewys. Die tipe getuienis wat aangevoer moet word, is byvoorbeeld beëdigde verklarings van kundiges, soos tradisionele leiers of hul adviseurs, asook akademici of praktisyns wat op grond van primêre gegewens afleidings kan maak (sien Bennett 2014:53). Dit wil voorkom of hierdie benadering nie gevolg is nie, met die gevolg dat die afleiding te regverdig is dat daar grondliggend nie aan die bewysregtelike vereistes vir die toepassing van die Afrika-gewoontereg voldoen is nie (vgl. die *Bhe*-saak 619H waarin die aanwysing van handboeke as bewysmateriaal, soos in die onderhawige geval, ten sterkste afgekeur word).

Dit is te verstane dat daar in die geleedere van swart Suid-Afrikane ’n geregverdigde versugting bestaan om erkenning vir hul inheemse regstelsels te verkry en dat ’n standpunt

soos dié wat in die vorige paragraaf ingeneem is, dalk as vyandig ervaar kan word. Dit is egter allermens my oogmerk om teen die gees van artikel 211(3) van die Grondwet standpunt in te neem. Dit is juis my wens dat die inheemse Afrika-gewoonereg – net soos die bestaande Suid-Afrikaanse reg ingevolge artikel 39(2) van die Grondwet – erken en kragtig ontwikkel moet word, maar dan slegs in gevalle waar daar duidelik aangetoon kan word dat dit in ’n bepaalde geval toepassing vind en dat daar ’n besliste behoefte daaraan bestaan. ’n Oorweging wat by sodanige verduideliking deeglik in aanmerking geneem sal moet word, is waarom ’n bepaalde swart gedingvoerder wat heel duidelik ingevolge die bestaande gemenerereg en regspraak oor voldoende regshulp beskik, bykomende koste moet aangaan om ’n “ideologiese” punt te maak. Hy of sy kan tog *kies* watter regstelsel toepassing moet vind; die blote feit dat die partye Afrikane is, ontdaan hulle allermens van hul keusevryheid. Trouens, daar is ’n saak daarvoor uit te maak dat ’n regspraktisyn wat sodanige kliënt sou aanmoedig om halsstarrig op die toepassing van die Afrika-gewoonereg aan te dring, beslis nie laasgenoemde se finansiële belang voldoende in aanmerking neem nie en derhalwe nie in sy of haar kliënt se beste belang optree nie.

Die saak wat bespreek is, het geen toepassing van die Afrika-gewoonereg behoef ten einde ’n behoorlike en billike uitspraak te bereik nie. Die huidige gemenerereg en regspraak was heeltemal toereikend. Die toepassing van die kunsmatig-ontwikkelde Afrika-gewoonereg was eenvoudig onnodig.

## Bibliografie

Bennett, T.W. 2014. Toepassing en vasstelling van gewoonereg. In Rautenbach en Bekker (reds.). 2015.

Burchell, J. 1993. *Principles of delict*. Kaapstad, Wetton, Johannesburg: Juta.

Clark, B. 1999. Duties of support of living persons. In Van Heerden e.a. (alg. reds.). 1999.

Davel, T. 1987. *Skadevergoeding aan afhanklikes*. Roodepoort: Digma Publikasies.

De Groot, H. 1631: *Inleidinge tot de Hollandse rechtsgeleerdheid*. Amsterdam.

Dovring, F., E.M. Meijers en H.F.W.D. Fischer. 1965. *Hugo de Groot: Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*. 2de uitgawe. Leiden: Universitaire Pers.

Erasmus, H.J., Van der Merwe en Van Wyk. 1983. *Lee and Honoré: Family, things and succession*. 2de uitgawe. Durban, Pretoria: Butterworths.

Feenstra, R. 1958. Over de oorsprong van twee omstreden paragrafen uit de Inleidinge van Hugo de Groot (III. 33. 2 en III. 34. 2), *Acta Juridica*, 27–42.

—. 1972. The historical development of delictual liability for killing and for the infliction of bodily harm. *Acta Juridica*, 227–37.

- . 1990. *Romeinsrechterlike grondslagen van het Nederlands privaatrecht*. 5de hersiene druk. Leiden: E.J. Brill.
- Gane, P. 1956. *The selective Voet being the commentary on the Pandects [Paris edition of 1829] by Johannes Voet [1647–1713]*. Volume 4. Durban: Butterworths.
- Heaton, J. en H. Kruger. 2015. *South African family law*. 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2012. *The law of delict in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.
- McKerron, R.G. 1971. *The law of delict*. 7de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Mommsen, T. en P. Krueger. 1968. *Corpus Iuris Civilis Volumen Primum: Institutiones, Digesta*. Dublin, Zürich: Weidmann.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Olivier, N.J.J. en D.P. Visser. 1975. Aspekte van aanwysingsreg. *De Jure*, (2):190–5.
- Rautenbach, C. 2015. Regspluralisme in Suid-Afrika. In Rautenbach en Bekker (reds.) 2015.
- Rautenbach, C. en J.C. Bekker. 2014. *Inleiding tot regspluralisme in Suid-Afrika*. 4de uitgawe. Durban, Johannesburg, Kaapstad: LexisNexis.
- Schapera, I. 1970. *A handbook of Tswana law and custom – Compiled for the Bechuanaland Protectorate Administration*. 2de uitgawe. Londen: Frank Cass.
- Seymour, S.M. 1960. *Native law in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Skelton, A. en M. Carnelley (reds.). 2011. *Familiereg in Suid-Afrika*. Kaapstad: Oxford University Press.
- Spiro, E. 1985. *Law of parent and child*. 4de uitgawe. Kaapstad, Wetton, Johannesburg: Juta.
- Van der Linden, J. 1806. *Regtsgeleerd, practicaal, en koopmans handboek*. Amsterdam.
- Van der Merwe, N.J. en P.J.J. Olivier. 1989. *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg*. 6de uitgawe. Pretoria: Van der Walt.
- Van der Vyver, J.D. en D.J. Joubert. 1991. *Persone- en familiereg*. 3de uitgawe. Kaapstad, Wetton, Johannesburg: Juta.
- Van der Walt, J.C. en R. Midgley. 2005. *Principles of delict*. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Van Heerden, B., A. Cockrell en R. Keightley (alg. reds.). 1999. *Boberg's law of persons and the family*. 2de uitgawe. Kenwyn: Juta.

Van Leeuwen, S. 1783. *Het Rooms-Hollandsch recht*. Amsterdam.

—. 1685. *Censura Forensis*. Amsterdam.

Van Niekerk, G.J. 2006. Regspluralisme. In Bekker e.a. 2006.

Van Wageningen, J. en F. Muller. 1921. *Latijnsch woordenboek*. 3de druk. Groningen, Den Haag: Wolters.

Van Wyk, A.H. 1983. Parent and child. In Erasmus e.a. 1983.

Van Zyl, L. 2005. *Handbook of the South African law of maintenance*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Voet, J. 1698-1704. *Commentarius ad Pandectas*. Den Haag.