

ERKENNING VAN DELIKTUELE VORDERING VAN DEELGENOOT AAN PERMANENTE HETEROSEKSUELE VERHOUDING WEENS DOODSLAG VAN ANDER DEELGENOOT

Paixão v Road Accident Fund 2012 6 SA 377 (HHA)

1 *Inleiding*

“O tempora, o mores!” is die welbekende Latynse spreuk van weleer waarmee daar soms moedeloos na die vermeende agteruitgang van gemeenskapswaardes verwys word. (Vir die Ciceroniaanse oorsprong van hierdie uitdrukking, sien veral Kudia *Lexicon der lateinischen Zitate* (2001) 401.) Hierdie Romeinse wysheid sou netsowel aangewend kon word as ’n vermaning om mens te berus by onvermydelike veranderinge wat ooreenkomstig veranderde openbare mening en beleid (in regstaal: die *boni mores* oftewel regsdoortuiging van die gemeenskap) in enige regsbestel intree. Dit wil voorkom of sodanige onvermydelike wending, wat ’n bepaalde aspek van ’n raakpuntgebied van die familie- en deliktereg betref, in die onderhawige uitspraak van ons hoogste hof van appèl weerspieël word.

Die aksie van afhanklikes weens die onregmatige en skuldige veroorsaking van die dood van hul broodwinner word in ons reg as eiesoortig bestempel en het ’n interessante geskiedenis (sien in die algemeen Davel *Skadevergoeding aan Afhanklikes* (1987); Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Law of Delict* (2010) 278 ev; Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 108-109; Burchell *Principles of Delict* (1993) 233-239; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 332-351; Loubser, Midgley ea *The Law of Delict in South Africa* (2009) 281-284; Skelton, Carnelly ea *Familiereg in Suid-Afrika* (2011) 233-238). Die Romeinse reg het geen vordering vir sodanige

afhanklike teen die delikspleger beskikbaar gestel nie. 'n Wending het egter in die Germaanse reg voorgekom, waarvolgens daar wel aan 'n vrou en kinders in eie reg 'n aksie toegestaan is teen die delikspleger wat hul broodwinner gedood het en dit het in die Romeins-Hollandse reg weerklank gevind (sien bv gesag in hierdie verband aangehaal deur Kotzé "Aspekte van die ontwikkeling van die aksie van afhanklikes ex delicto" 1956 *THRHR* 126). In die Suid-Afrikaanse regspraak is hierdie vordering later uitgebrei om voorsiening te maak vir vele gevalle wat wissel van eise op grond van die dood en besering van eggenotes (sien bv *Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Warneke* 1911 AD 657; *Abbott v Bergman* 1922 AD 53; verdere gesag aangehaal deur Neethling en Potgieter 280 n 48), kinders en selfs verdere bloedverwante (sien hiervoor Davel 69-81; Burchell 235-237). Aangenome kinders, swart vroue wat in 'n gebruikelike verbinding staan, asook diegene wat ingevolge 'n hofbevel na egskeiding op onderhoud geregtig is, vorm verder deel van die groep waarop hierdie *sui generis*-aksie van toepassing is (Neethling en Potgieter 281-283; Loubser, Midgley ea 282-283 en gesag aangehaal). Oor die laaste jare is die aksie verder ontwikkel en toegeken aan diegene wat ingevolge kontrak op onderhoud geregtig is, mits die kontrak van sodanige aard is dat dit ingevolge die regsdoortuiging van die gemeenskap beskerming behoeft teen aantasting deur derdes. Dit verklaar waarom daar aan 'n weduwee wat volgens Moslemreg getroud was 'n vordering toegestaan is teen die persoon wat haar eggenoot gedood het (*Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* 1999 4 SA 1319 (HHA), dog nie aan 'n swart vrou wat voor inwerkingtreding van die Wet op die Erkenning van Gebruikelike Huwelike 120 van 1998 'n deelgenoot aan 'n gebruikelike verbinding was en kontraktueel op onderhoud aanspraak kon maak nie (sien bv *Santam Bpk v Fondo* 1960 2 SA 467 (A)), ofskoon die Zimbabwiese hoë hof wel vir sodanige vordering voorsiening gemaak het (*Zinnat Insurance Co Ltd v Chawanda* 1991 2 SA 825 (ZSC)). Dit verklaar ook op welke grondslag die onderhawige vordering selfs aan persone van dieselfde geslag wat in 'n permanente deelgenootskap met mekaar verkeer, toegeken word (*Du Plessis v Road Accident Fund* 2004 1 SA 359 (HHA)).

Neethling en Potgieter (297) waarsku dat daar met groot omsigtigheid te werk gegaan moet word wanneer die hof dit in die toekoms sou oorweeg om die aksie van afhanklikes uit te brei na ander gevalle waar onderhoudsregte *ex contractu* ontstaan. Na *Du Plessis v Road Accident Fund* is die vraag egter oop gelaat of die gemenerereg verder ontwikkel moet word om ook voorsiening te maak vir hierdie soort vordering ten gunste van iemand wat 'n deelgenoot is aan 'n langdurige heteroseksuele verhouding. Skelton, Carnelly ea maak hieruit die volgende afleiding:

"Die heersende regsposisie is dus dat terwyl pare van die teenoorgestelde geslag geen vordering in hierdie verband het nie, pare van dieselfde geslag wat kontraktueel onderneem het om mekaar te onderhou, wel hierdie opsie tot hul beskikking het. Hierdie ooglopend dubbele standard berus daarop dat, terwyl dit pare van die teenoorgestelde geslag vrygestaan het om met mekaar te trou, pare van dieselfde geslag destyds nie in staat was om dit te doen nie. Dit is nie meer die geval nie en die moontlikheid bestaan dat *die regspraak in hierdie opsig in die toekoms kan verander*, tensy die voorgestelde wetgewing oor huishoudelike deelgenootskappe dalk hierdie diskriminasie uit die weg sal ruim" (233, my kursivering. Sien verder Sinclair en Bonthuys "Law of persons and family law" 2004 *Annual Survey* 115 119-125; Pretorius "Law of Delict" 2004 *Annual Survey* 288 320-321; Heaton *South African Family Law* (2010) 251 253.)

Soos die posisie direk na die uitspraak in die *Du Plessis*-saak daar uitgesien het, bestaan daar uiteraard twee moontlikhede ten aansien van die gekursiveerde woorde:

óf die vergunning wat aan deelgenote tot 'n permanente verbinding tussen lede van dieselfde geslag wat hul onderhoudsregte kontraktueel bevestig het, sou teruggetrek kon word (om dieselfde rede wat aangevoer word vir die nie-erkenning van hierdie vordering ten gunste van lede van 'n heteroseksuele verbinding, te wete die feit dat dit persone van dieselfde geslag nou vrystaan om 'n burgerlike verbinding aan te gaan ingevolge die *Civil Union Act* 17 van 2006), óf die vergunning wat in die *Du Plessis*-saak aan deelgenote tot 'n verbinding van persone van dieselfde geslag toegestaan is, kan na heteroseksuele ongetroude pare uitgebrei word. Laasgenoemde blyk die waarskynlikste te wees, gesien die inhoud van klousule 9 van die voorgestelde *Domestic Partnership Bill*, 2008 (sien *Staatskoerant* 30663 (14-01-2008)) ingevolge waarvan deelgenote aan 'n permanente deelgenootskap, afgesien van geslag, op wedersydse onderhoudsregte aanspraak sal kan maak ooreenkomstig hul finansiële vermoëns en behoeftes. In 2012 het twee sake waarin die moontlikheid van 'n uitbreiding van die afhanklikes se vordering na deelgenote aan 'n blywende heteroseksuele verbinding oorweeg is, voor die Noord-Gautengse hoë hof gedien: in *Meyer v Road Accident Fund* (saak nr 29950/2004 (T)) is beslis dat dit nie kan geskied nie, terwyl die hof in *Verheem v Road Accident Fund* (2012 2 SA 409 (GNP)) van mening was dat die langsliewende genoot onder bepaalde omstandighede wél in staat sou wees om sodanige vordering in te stel. (Vir 'n deeglike bespreking van die effek van hierdie beslissings, sien Smith en Heaton "Extension of the dependant's action to heterosexual life partners after *Volks NO v Robinson* and the coming into operation of the Civil Union Act – thus far and no further?" 2012 *THRHR* 472).

Die uitspraak in die saak tans onder bespreking het hierdie dilemma egter vir alle praktiese doeleindes opgelos, deurdat die uitbreiding wat pas as tweede moontlikheid vermeld is, daardeur bevestig word. (Vir resente kommentaar oor die uitspraak van die hof *a quo*, te wete *Paixão v Road Accident Fund* 2011 GPJHC 68, sien Smith "The dependant's action in the context of heterosexual life partnerships: a consideration of the *Verheem* and *Paixão* cases", ongepubliseerde voordrag gelewer tydens die kongres van die Suider-Afrikaanse Vereniging van Dosente in die Regte te Port Elizabeth op 10 Julie 2012.)

Ter afsluiting hiervan dien volledigheidshalwe op die vereistes wat ons reg vir 'n geslaagde deliktuele vordering van 'n afhanklike teen die deliktspleger wat sy of haar broodwinner se dood veroorsaak het, gewys te word. In die *Amod*-saak (1326A-B) het hoofregter Mahomed hiervoor met goedkeuring die uitspraak van appèlregter Nienaber in *Santam Bpk v Henery* (1999 3 SA 421 (HHA) 427H-J, 429C-D en 430D-I) soos volg weergegee:

- “(a) The claimant for loss of support resulting from the unlawful killing of the deceased must establish that the deceased had a duty to support the dependant.
- (b) It had to be a legally enforceable duty.
- (c) The right of the dependant to such support had to be worthy of protection by the law.
- (d) The preceding element had to be determined by the criterion of *boni mores*.”

(Sien verder die *Du Plessis*-saak 370; *Metiso v Padongelukfonds* 2001 3 SA 1142 (T) 1148-1149; *Brooks v Minister of Safety and Security* 2009 2 SA 94 (HHA) 97D-98G; Neethling en Potgieter 293-294; Loubser, Midgley ea 295.) Daar word aan die hand gedoen dat hierdie uiteensetting van die erkende regsposisie gevaar staan om verkeerd uitgelê te word, indien daar nie mooi tussen vereistes (a) en (b) enersyds, en (c) andersyds onderskei word nie: eersgenoemde twee vereistes dui kennelik op die bestaan van 'n afdwingbare regsverhouding tussen broodwinner en afhanklike; ofskoon daar slegs melding van die verpligting (“duty”) van die oorledene (die broodwinner) gemaak word, is dit welbekend dat 'n verpligting *ex*

obligatione nie eenvoudig *in vacuo* kan bestaan nie: die ooreenstemmende reg van die reghebbende – *in casu* dié van die afhanklike – bestaan sonder uitsondering as spieëlbeeld van die verpligting ingevolge die algemeen aanvaarde konstruksie van ’n subjektiewe reg (in hierdie geval ’n vorderingsreg met die broodwinner se prestasie as objek). Vereiste (c) dui egter nie as sodanig op die voorafgaande, naamlik dat die afhanklike ook ’n vorderingsreg teenoor die broodwinner moes gehad het – wat uiteraard op die primêre gelding *inter partes* van ’n vorderingsreg dui nie – dog bevestig op uitdruklike wyse die beskerming waarop die houer van sodanige vorderingsreg *teenoor derdes* aanspraak kan maak. Die laaste vereiste (vereiste (d)) omvat dienoooreenkomstig niks meer nie as ’n bepaling van die maatstaf (te wete die *boni mores* oftewel regsdoelwysing van die gemeenskap) ter bepaling van die juridiese beskermingswaardigheid van sodanige vorderingsreg, al dan nie. Hierdie aspek word uitdruklik hiermee beklemtoon in die lig van appèlregter Cachalia se parafrasering van die vermelde vereistes waarin daar ’n mate van verwarring te bespeur is, ofskoon dit geen invloed op die toepassing deur die hof van die vereistes uitgeoefen het nie (sien § 3.1 hierna).

2 Feite en uitspraak

Die appellante (eisers in die hof *a quo*) was Maria Paixão (M1) en haar minderjarige dogter, Michelle (M2). M1 se gade is in 2000 oorlede en sy het twee jaar later vir José Gomes (G) ontmoet, toe G onderhoudswerk aan haar woonhuis onderneem het. G was destyds met Helena Melro (HM) getroud. Laasgenoemde huwelik was nie ’n gelukkige een nie en G en HM het op daardie stadium nie meer saamgewoon nie (379E-G).

G se vriendskap met M1 en haar dogters (daar was nog twee, benewens M2) het tot sodanige hegte een ontwikkel dat G selfs in 2003 die onkoste verbonde aan die oudste dogter se huwelik betaal het. Hy het uitdruklik verklaar dat hy vir M1 en haar dogters verantwoordelik voel en wou deel in hul familieleeu. Later in 2003 het G, nadat hy ernstig siek geword het en gehospitaliseer is, op aandrang van M1 sy intrek by hulle geneem sodat sy hom kon verpleeg en versorg. Sedert sy intrek in hul woning het hy in ’n “permanent life partnership” (379H) met M1 en haar twee jongste dogters saamgewoon. Ofskoon hy nog nie van HM geskei was nie, was sy huweliksverhouding met haar vir alle praktiese doeleindes iets van die verlede. Nadat M1, wat na haar man se afsterwe begin werk het, in 2004 haar werk verloor het, het G haar en haar dogters ten volle onderhou deur byvoorbeeld in te staan vir alle onkoste verbonde aan voedsel, vakansies en die skool- en universiteitsgelde van M1 se twee ongetroude dogters. Volgens ’n getuie het G en M1 volgens die oordeel van die gemeenskap waarin hulle hul bevind het, permanent as man en vrou saamgeleef (380B).

In 2005 het twee belangrike verwickelinge plaasgevind (380C-D): Eerstens is G in Suid-Afrika van HM geskei, maar wou nog nie met M1 trou nie omdat hy sy huwelik ook eers formeel in Portugal wou laat ontbind (waar die Suid-Afrikaanse egskedding oënskynlik nie erken is nie), omdat hy van plan was om in Portugal met M1 in die huwelik te tree. Tweedens het hy en M1 ’n gesamentlike testament verly waarin hulle mekaar wedersyds as enigste erfgename benoem het en daarvoor voorsiening gemaak het dat indien hulle ooit *commorientes* sou wees, M1 se drie dogters hul boedels in gelyke dele sou erf.

Die laaste hoofstuk van hierdie geskiedenis lui soos volg (380E-G): In 2007 het ’n Portugese hof ’n egskeddingsbevel ten opsigte van G en HM se huweliksverbintenisse toegestaan en daarop het G en M1 reëlings getref dat hul huwelik in April 2008 in

Portugal bevestig sou word. Dit was G egter nie beskore om M1 formeel as sy bruid oor die drumpel te dra nie, aangesien hy twee maande voor die beplande huwelik, en nog voordat hulle Portugal toe kon vlieg, in 'n verkeersongeluk omgekom het.

Die basis waarop M1 en M2 hul deliktuele vorderinge teen die Padongelukfonds geregverdig het, is dat G voor en tydens die tydperk van hul samewoning kontraktueel onderneem het om hulle te onderhou, regtens daartoe verplig sou wees en ook gewillig was om M1 vir die res van haar lewe en M2 totdat sy vir haarself kon sorg, te onderhou. Namens die Padongelukfonds is daar egter aangevoer dat M1 en M2 geen afdwingbare ooreenkoms tussen G en M1 kon bewys nie en, indien daar wel sodanige ooreenkoms gesluit sou wees, dit nie teenoor derde partye, soos die Padongelukfonds, afdwingbaar was nie (380G-H).

In die hof *a quo* het regter Mathopo sowel M1 as M2 se vorderinge van die hand gewys. Wat M1 se eis betref, was die hof van oordeel dat G se vrygewigheid jeens M1 en haar dogters nie op 'n afdwingbare ooreenkoms berus het nie, dog uit blote dankbaarheid teenoor hulle betoon is as gevolg van die feit dat hulle hom tydens sy siekbed versorg het (par 31 en 32). Regter Mathopo het M2 se vordering (gebaseer op die onderneming teenoor haar moeder) selfs as verregaande bestempel en dit vergelyk met die geval waar 'n werkgewer uit blote vrygewigheid betaal het vir die opvoeding van sy huiswerker se kind en dan deur die kind aangespreek word indien hy sy bystand sou staak (par 38). In die algemeen het die hof ten aansien van die uitbreiding van die aksie van afhanklikes in dergelike omstandighede tot die slotsom geraak dat om aan iemand wat nog wettig getroud was 'n verdere kontraktuele onderhoudspelig op te lê teenoor 'n derde “would be an affront to the fabric of our society, [and] would trespass and seriously erode the institution of marriage” (par 40).

Die hoogste hof van appèl (by monde van appèlregter Cachalia, met wie adjunkpresident Mthiyane, appèlregters Tshiqi en Petse, asook waarnemende appèlregter Southwood saamgestem het) het egter die appèlle van sowel M1 as M2 gehandhaaf en aan elkeen 'n aansienlike skadevergoedingsbedrag toegestaan (391H-I). As grondslag vir hierdie beslissing druk die hof hom soos volg uit:

“The proper question to ask is whether the facts establish a legally enforceable duty of support arising out of a relationship akin to marriage. Evidence that the parties intended to marry may be relevant to determining whether a duty of support exists, as in this case. But it does not mean that there must be an agreement to marry before the duty is established. And once a dependant establishes the duty, the law ought to protect it.

By coming to this conclusion I do not intend to demean the value or importance that our society places on marriage as an institution, as the high court feared. On the contrary, I am extending the protection afforded to the dependants of the deceased precisely because the nature of their relationship is similar to a family relationship arising from a legally recognised marriage. I therefore hold that the dependants' action is to be extended to unmarried persons in heterosexual relationships who have established a contractual reciprocal duty of support” (391D-F).

3 Kritiese evaluering

3.1 Algemene oorwegings insake toestaan van afhanklikes se vordering

Verwysend na die onderhawige soort vordering as die “dependants' action” wat van uitsonderlike aard oftewel *sui generis* is, wys appèlregter Cachalia tereg daarop dat hierdie regsmiddel ten doel het om afhanklikes ten aansien van die onderhoud van hul broodwinner in dieselfde posisie te herstel waarin hulle sou verkeer het indien die broodwinner nie gedood sou wees nie (380I-381B; met 'n beroep op die *Amod-*

saak par 6, *Legal Insurance Co Ltd v Botes* 1963 1 SA 608 (A) 614D-F en *Santam Bpk v Henery* 429E-I). Hy gaan dan verder en parafraseer vereistes (a)-(c) vir hierdie vordering soos volg aan die hand van sowel *Evins v Shield Insurance Co Ltd* (1980 2 SA 814 (A) 838A-B) as die uitsprake van *Amod* (par 12) en *Henery* (429C-D) waarvan die relevante gedeeltes hierbo aangehaal is (§ 1 *in fine*):

“[O]nly a dependant to whom the deceased, whilst alive, owed a legally enforceable duty to maintain and support may sue in such an action. Put differently, the dependant must have a right which is worthy of the law’s protection to claim such support” (381A-B).

Dit is duidelik dat die eerste sin van hierdie aanhaling na vereistes (a) en (b) hierbo verwys – welke vereistes, soos hierbo aangetoon is, bloot betrekking het op die bestaan van ’n onderhoudsreg en -verpligting tussen afhanklike en broodwinner, dit wil sê *inter partes*. Die tweede sin verwys kennelik, gesien die bewoording daarvan, na vereiste (c), wat vereis dat die onderhoudsreg van sodanige aard moet wees dat dit ook teen *inbreukmaking deur derdes* beskerming kan geniet (soos hierbo in § 1 *in fine* verduidelik). Derhalwe skeep die regter se woorde “Put differently ...” verwarring, want die logiese afleiding wat daaruit gemaak moet word is dat die tweede sin maar net ’n blote herformulering van die eerste is. Soos aangedui, verwys die twee sinne egter na afsonderlike vereistes vir die aksie. Daar word aan die hand gedoen dat dit, veral in die lig van die daaropvolgende gedeeltes van die uitspraak, duidelik nie appèlregter Cachalia se bedoeling was nie en dat hierdie twee gewraakte woorde eenvoudig as ’n blote *lapsus calami* verklaar en derhalwe daargelaat kan word.

’n Groot mate van gelyksoortige verwarring blyk ongelukkig uit die volgende paragraaf wat met die volgende stelling ingelui word:

“The existence of a dependant’s right to claim support which is worthy of the law’s protection, and the breadwinner’s correlative duty of support, is determined by the *boni mores* or, as Rumpff CJ in another context put it in *Minister van Polisie v Ewels*, the legal convictions of the community” (381C-D).

Daar word aan die hand gedoen dat die *boni mores*-toets wat as algemene grondslag van die onregmatigheidstoets in die geval van ’n late in die saak van *Minister van Polisie v Ewels* (1975 3 SA 590 (A) 597) geformuleer is en sedertdien male sonder tal in ons regspraak aangehaal word as die fundamentele toets vir onregmatigheid onder alle omstandighede (selfs as grondslag vir die “nuwe” onregmatigheidstoets ingevolge waarvan onregmatigheid geleer word te bestaan wanneer die *boni mores* sou verg dat die verweerder “aanspreeklik gehou moet word”, wat sedert die beslissing van *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) met rasse skrede begin posvat het), in die geval van die aksie van afhanklikes weens die dood van hul broodwinner geensins ’n rol te speel het in die bepaling van die onderhoudsregte en -verpligtinge tussen broodwinner en afhanklike *inter partes* nie – soos appèlregter Cachalia letterlik te kenne gee met sy verwysing na die “breadwinner’s correlative duty of support”. Daardie verhouding word deur uitgekristalliseerde gemeenregtelike regsreëls bepaal, asook deur die reëls van die kontraktereg in gevalle waar persone hul kontraktueel teenoor ’n ander tot die betaling van onderhoud gebind het. Op die keper beskou dien die aanwending van die *boni mores*-toets in die konteks van die vordering van afhanklikes enkel en alleen ter bepaling van die feit of daar deur ’n derde op onregmatige wyse inbreuk gemaak is op die vordering van die afhanklike teenoor die broodwinner. Dit is ongelukkig dat die aangehaalde woorde hierdie aspekte nie duidelik stel nie, dog onnodig vertroebel. Dit blyk egter duidelik dat

hierdie mate van verwarring appèlregter Cachalia se basiese korrekte benadering tot die toepassing van die korrekte regsbeginsels rakende die deliktuele vordering van afhanklikes teen derdes nie raak, waar hy vervolgens (381C-E) aan die hand van uitsprake soos dié in *Knop v Johannesburg City Council* (1995 2 SA 1 (A) 27G-I) en die *Amod*-saak (par10) oor die wese van die *boni mores*-onregmatigheidstoets uitweinie, deur die faktore uit te wys wat 'n hof by toepassing daarvan moet oorweeg, te wete: (i) historiese, morele en juridiese konsepte, met inbegrip van oorwegings van billikheid en ordentlikheid, rakende die vraag by wie aanspreeklikheid behoort te berus; (ii) grondwetlike norme en waardes wat 'n grondslag verskaf waarop houe regsreëls kan aanpas om vir veranderende maatskaplike omstandighede voorsiening te maak. Die hof bereik in hierdie konteks die volgende gevolgtrekking, waarmee volmondige instemming betuig kan word: “By making the *boni mores* the decisive factor in this determination, the dependants’ action has had the flexibility to adapt to social changes and to modern conditions” (381F).

3.2 Historiese oorsig van die aksie van afhanklikes

In die lig van die pas aangehaalde stelling voel appèlregter Cachalia hom uiteraard daartoe genoop om 'n oorsig van die stand van sake in die Suid-Afrikaanse reg te verskaf (381G-383A) waaruit daar aan die hand van die uitbreiding van die aanwendingsgebied van die afhanklikes se vordering teen die dader wat hul broodwinner gedood het, afgelei kan word hoe buigsaam die *boni mores*-benadering in werklikheid is. Weer eens met 'n beroep op die uitsprake in die *Amod*- (par 7) en *Henery*-saak (426F-G) toon hy dat 'n mens uit die woordgebruik in die geskifte van ons belangrikste Romeins-Hollanse skrywers (in die besonder De Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid* 3 33 2; *De Jure Belli ac Pacis* 2 17 3; en Voet *Commentarius ad Pandectas* 9 2 11) die afleiding kan maak dat hulle die afhanklikes se aksie ten minste aan alle familielede beskikbaar wou stel, dog nie noodwendig wou beperk tot diegene wat deur die huwelik of bloedverwantskap aan die broodwinner verwant was nie. Die hof sien in hierdie mate van onsekerheid onmiddellik die geleentheid om vermelde onsekerheid positief aan te wend deur met die “*boni mores*-bril” daarna te kyk:

“And, given the *sui generis* character of the remedy, there seems to be no proper reason to restrict it only to family or blood relationships *when social changes no longer require this* ... The remedy was thus gradually extended to include new classes of persons that fell within its rationale” (382D-F, my kursivering).

Dit blyk uit die hof se uiteensetting (382E) dat die “rationale” waarna verwys word, die bestaan van die onderhoudsverpligting tussen die oorledene (broodwinner) en die afhanklike is. Daar word dan vervolgens aangetoon hoe nuwe klasse van eisers met die verloop van tyd erken is om regsbeskerming aan hul onderhoudsregte te bewerkstellig: die eggenoot weens die dood van sy vrou (die *Union Government*-saak); die eggenoot selfs net as gevolg van besering van sy vrou (*Abbott v Bergman supra*); 'n geskeide vrou wat ingevolge 'n hofbevel onderhoud van haar man, wat deur die deliktspleger gedood is, ontvang het (die *Santam*-saak). Dan vermeld die hof die gevalle van die erkenning van die vordering van 'n swart vrou wat ingevolge die inheemse reg in 'n gebruiklike verbinding gestaan het (die *Zimnat*-saak) en van 'n eggenote ingevolge 'n nie-erkende Moslemhuwelik (die *Amod*-saak) teen die deliktsplegers wat hul gades gedood het. Die hof laat egter na om spesifiek aan te toon dat dit nie die blote bestaan van die nie-erkende huweliksverhoudings in hierdie twee gevalle was wat die grondslag van die vroue se vordering gevorm het nie,

dog die fundamenteel kontraktuele onderhoudsregte wat met hierdie verhoudings gepaard gegaan het. Neethling en Potgieter (296) toon helder aan hoe hierdie soort huweliksverhoudings in wese as die aanvulling tot 'n kontraktuele onderhoudsreg dien wat dit met regsbeskerming beklee: “The *nature* of the contractual relationship founding the duty/right to support fulfils an important role in determining this.” Die hof sluit sy historiese oorsig af deur na die *Du Plessis*-saak te verwys, waarin die aksie ter beskikking gestel is van 'n deelgenoot aan 'n verbinding tussen lede van dieselfde geslag.

Daar dien daarop gelet te word dat hierdie bespreking uitsluitlik handel oor die vordering van 'n afhanklike teenoor die derde (delikspleger) wat inbreuk maak op die onderhoudsverhouding wat tussen die afhanklike en die broodwinner bestaan – derhalwe oor vereistes (c) en (d) hierbo. Die vasstelling van die afdwingbare reg wat 'n afhanklike teenoor 'n broodwinner mag hê (vereistes (a) en (b) hierbo), hoort hoofsaaklik tot die gebied van die familiereg, maar ook tot dié van die kontraktereg (veral waar dit gaan oor die vraag of 'n bepaalde kontrak nie moontlik *contra bonos mores* mag wees nie).

3.3 Toepassing deur die hof van die geykte vereistes op die onderhawige feitestel

3.3.1 Inleiding

Die hof wys daarop dat die appellante se vorderinge teen die respondent op twee bene staan, te wete (i) die bestaan van 'n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms tussen hulle en die oorledene; en (ii) die feit dat sodanige kontraktuele verhouding 'n ooreenkoms vertoon met 'n huweliksverhouding en derhalwe op regsbeskerming teen aantasting deur derdes aanspraak kan maak (383B-C). Op die keper beskou voldoen hierdie hoofde van argument aan die vereistes (a)-(d) waarna daar reeds meermale hierbo verwys is.

3.3.2 Bevindinge ten aansien van die bestaan van 'n uitdruklike of stilswyende ooreenkoms tussen die saamwonende partye

Appèlregter Cachalia bemoei hom dan vervolgens met die eerste been van die appellante se betoog (383D-385B). Eerstens vermeld hy dat sodanige ooreenkoms tussen die oorledene en die appellante ooreenkomstig normale kontraksbeginsels óf uitdruklik, óf stilswyend tot stand kon kom en dat dit vir die hof is om te beslis of sodanige bindende ooreenkoms wel gesluit is, al dan nie (383E). Na vermelding van die hof *a quo* se verwerping van die bestaan van sodanige ooreenkoms, laat die hof hom egter in breë terme soos volg uit: “I disagree with this conclusion. In my view, the evidence indicating that the deceased and the Paixão family had, at least tacitly, undertaken a reciprocal duty of support is compelling” (384A). Die redes wat die hof hiervoor aanvoer, sien soos volg daaruit: M1 en G het in 2003 begin saamwoon toe M1 vir G tydens 'n lang siekbed verpleeg het, waartydens G vir M1 en haar dogters finansiëel begin bystaan het. Anders as die hof *a quo* wat hierdie reëling vanaf G se kant as blote goedhartigheid uit dankbaarheid bestempel het, is die hoogste hof van appèl duidelik van oordeel dat daardie feitelike gebeure *facta probantia* uitmaak ten aansien van 'n wedersydse onderhoudsverpligting ingevolge 'n ooreenkoms wat ooreenkomste met 'n volwaardige huweliksverhouding vertoon (384A-C). Die hof ontleed vervolgens die getuienis ten einde aan te toon dat die kontraktuele onderhoudsooreenkoms nie 'n blote kontrak was nie, maar in *aard* ooreenstemming met 'n “loving ‘family’ relationship” vertoon het. Daar word in oorweging gegee dat hierdie deel van die getuienisontleding streng gesproke

nie toepaslik is om G se kontraktuele gebondenheid teenoor (ten minste) M1 te verklaar nie. Indien geen beginsel van die kontraktereg dit verhoed het nie, sou blote kontraksluiting voldoende vir sodanige gebondenheid wees. In wese bemoei die regter hom dus hier reeds met die tweede been van die toets, te wete of die kontraktuele onderhoudsregte teen derdes beskerming verdien.

Die volgende feite is vir die hof tekenend van die bestaan van die besondere aard van die kontraktuele verhouding: (a) Hul aanvaarding deur hul verwante, vriende en die gemeenskap as 'n gesin; (b) die feit dat hulle hul bates saamgevoeg het en mekaar oor en weer onderhou en versorg het; (c) G se uitdruklike verkларings dat hy M1 en haar dogters as sy gesin beskou het; (d) die aard van die gesamentlike testament wat G en M1 gesluit het (waarvan die bepalings “are common in wills of married people with children” (384E)), wat die hof die oordeel laat uitspreek dat die feite van hierdie geval merkwaardig ooreenstem met dié in die *Du Plessis*-saak (waaroor bedenkinge uitgespreek kan word in die lig daarvan dat dit in daardie saak om 'n lewensgenootskap tussen persone van dieselfde geslag gehandel het, waar geeneen by 'n reeds bestaande huweliks- of erkende permanente saamwoonverhouding betrokke was nie); en (e) die feit dat G te kenne gegee het dat hy van plan was om met M1 te trou sodra hy van HM geskei is (384D-G).

Vervolgens keer die hof weer, teoreties suiwerder gesien in die lig van die feit dat hy steeds met die eerste been van die appellante se betoog besig is, terug na die vraag rakende die geldigheid van die ooreenkoms tussen die partye (384H-385B). Appèlregter Cachalia begin deur, met 'n beroep op die resente uitspraak in *Van Jaarsveld v Bridges* (2010 4 SA 558 (HHA) par 8), toe te gee dat 'n blote troubelofte geen onderhoudsverpligtinge in die lewe roep nie. Hieruit is dit duidelik en ook heeltemal verstaanbaar dat G se troubeloftes nie die basis van enige sodanige verpligting aan sy kant teenoor M1 kan wees nie. Hierdie feit verhoed die hof egter nie om 'n heel spitsvondige konstuksie in te span om wel die vereiste kontraktuele basis vir M1 en M2 se onderhoudsregte te lê nie:

“In my view, the obligations undertaken by the deceased were akin to a *pactum de contrahendo*, which is an agreement to make a contract in the future. This is different from a mere promise to contract, which is not binding. In a case of a *pactum de non contrahendo* one or both parties may undertake to perform certain duties before the ‘main agreement’ comes into effect. Such undertakings are enforceable. I find that the most plausible probable inference from the facts is that the deceased undertook to support and maintain the Paixão family before formally entering into a marriage contract” (385A-B).

Hierdie aanhaling behoeft bondige kommentaar. Ten eerste is dit uit die laaste sin heel duidelik dat die hof oordeel dat G se ooreenkoms met M1 (en M2?) duidelik aan die beskrywing van 'n *pactum de contrahendo* voldoen. Die vraag kan dan gestel word waarom die hof dit as soortgelyk (“akin”) aan sodanige *pactum* beskou (welke gedagte netsowel deur aanwending van die term “*quasi pactum de contrahendo*” uitgedruk sou kon word), en nie as 'n voorbeeld van 'n volbloed *pactum de contrahendo* nie. Dit mag juis 'n aanduiding verskaf dat die regter dalk in sy gemoed nie self heeltemal oortuig is van sy motivering op hierdie punt nie. Voorts word tereg daarop gewys dat bepalings van 'n geldige *pactum de non contrahendo* uit die staanspoor, dus reeds voor sluiting van die kontrak waarop die *pactum* gerig is, afdwingbare verpligtinge vir die kontrakspartye in die lewe kan roep (*McIlrath v Pretoria Municipality* 1912 TPD 1027 1037; sien vir verdere gesag Christie en Bradfield *Christie's The Law of Contract in South Africa* (2011) 39-40).

Verder blyk dit duidelik dat die hof nie alleen vir M1 as 'n bevoordeelde party ingevolge haar ooreenkoms met G beskou nie, dog ook haar minderjarige dogter,

M2. Eers aan die slot van die gedeelte wat oor die tweede been van die eisers se aksiegrond handel, vind mens, byna as 'n nagedagte, 'n verklaring hiervoor. Daar verklaar appèlregter Cachalia dat “once it is established that the deceased had undertaken to support Mrs Paixão and her children, including Michelle, and did so, I cannot see any reason why Michelle’s claim should fail” (391G). Die enigste juridiese konstruksie wat mens hieruit kan fabriseer is dat G bloot as een van sy kontraktuele verpligtinge teenoor M1 die onderhoud van M2 onderneem het, wat dus impliseer dat M2 se onderhoudsreg, wat sy aanvaar het, uit die kontrak tussen G en M1 ontstaan het, wat op sy beurt dui op die aanvaarding deur 'n begunstigde van 'n voordeel uit 'n beding ten behoeve van 'n derde, waardeur die derde gebind word. Dat die hof sodanige implikasie geensins oorweeg het nie, dui uit die laaste sin wat die hof hieroor spreek (391G): “Her claim, like her mother’s, arose from the same ‘family relationship’”. Hierdie aanhaling behoeft slegs twee opmerkings: Eerstens slaan die hof die bal mis dat M1 se vordering (waarop die woorde “like her mother’s” dui) uit 'n familieverhouding ontstaan. Die regspraak toon duidelik aan dat dit *ex contractu* ontstaan, maar dat die aard van die kontrak, soos reeds daarop gewys (met besondere verwysing na Neethling en Potgieter 296), 'n belangrike rigtingwyser ten opsigte van die afdwingbaarheid daarvan is. Tweedens, gesien die verkeerde premis waarop die mening van die hof ter plaatse ten aansien van M1 se onderhoudsreg gebaseer is, misluk die analogie wat die hof tussen die posisie van M2 en M1 tref. Behalwe vir die pas voorgestelde konstruksie van 'n *stipulatio alteri* as die enigste moontlike suiwer juridiese verklaring van G se onderhoudsverpligting teenoor M2 – wat in die lig van die omringende feite redelik geforseerd mag voorkom – spreek die hof in hierdie opsig geensins die bevinding deur die hof *a quo* van M2 se vordering as “farfetched”, en derhalwe as van nul en gener waarde, behoorlik aan nie (par 40 van die uitspraak van die hof *a quo*; sien ook Smith ongepubliseerde voordrag, teks tot n 53).

Appèlregter Cachalia se verwysing na G se “mere promise to marry” M1, wat volgens hom nie voldoende is om 'n basis vir enige moontlike onderhoudsreg te verskaf nie, laat egter die vermoede ontstaan dat hy die troubelofte wat kennelik aanvaar is, moontlik as basis van 'n geldige verlowingskontrak kon aanvaar het. Sy blote stelling dat 'n verlowingskontrak geen onderhoudsverpligting geskep het nie, raak nie die geldigheid van sodanige afleiding nie. Smith (ongepubliseerde voordrag 8-9 en n 9) meld dat dit uit die verslag van die hof *a quo* duidelik blyk dat daar wel sodanige troubelofte en aanvaarding daarvan was, maar wys daarop dat die feite dit nie duidelik stel *wanneer* die verlowing gesluit is nie. Indien mens sou aanvaar dat dit plaasgevind het nadat G in Suid-Afrika van HM geskei is, is daar uiteraard geen beswaar teen sodanige siening nie. Indien die regter se verwysing na die “verlowing” egter by implikasie daarop sou dui dat hy dit as geldig aanvaar het vanaf die datum waarop G sy eerste voorneme om met M1 te trou uitgespreek het en haar aanvaarding daarvan, kom dit indirek neer op die omverwerping van 'n goedgevestigde reël van ons familiereg, naamlik dat dit vir 'n getroude persoon onmoontlik is om *stante matrimonio* aan 'n derde party verloof te raak. Hierdie kerngesonde reël, waarvolgens dergelike verlowingskontrakte *ab initio* nietig is (De Groot *De Jure Belli ac Pacis* II 11 8 3; ook weerspieël in die bekende Kaapse uitsprake van *Staples v Marquard* 1919 CPD 181; *Friedman v Harris* 1928 CPD 43; *Viljoen v Viljoen* 1944 CPD 137 en *Lloyd v Mitchell* 2004 2 All SA 242 (K), die laaste drie waarna Smith n 3 ook uitdruklik verwys; sien verder *Claassen v Van der Watt* 1969 3 SA 68 (T); *Pietzsch v Thompson* 1972 4 SA 122 (R); in die algemeen Sinclair en Heaton *The Law of Marriage* (1996) 315 318; Van den Heever *Breach of Promise and Seduction in South African Law* (1954) 15), is beslis daarop gemik om

die openbare belang te dien deur gerig te wees op die beskerming van die huwelik – een van die fundamentele boustene van ’n gesonde gemeenskap – as instelling. Daar word aan die hand gedoen dat die hof hierdie basiese reël van die familiereg rakende die verlowing nie so goedsmoeds sou omvergewerp het nie en dat appèlregter Cachalia (in navolging van Smith ongepubliseerde voordrag 9 wat hy (volgens 390 n 58) wel onder oë gehad het) die troubelofte bloot as bewysmateriaal beskou het ten einde te beslis dat G wel die ernstige *animus contrahendi* ten opsigte van die verskaffing van onderhoud teenoor M1 gehad het, in stryd met die bevinding van die hof *a quo* dat sy optrede slegs aan blote goedhartigheid toegeskryf kon word.

Laasvermelde gevolgtrekking word gesteun deur die feit dat die hof vervolgens die aard van die kontrak wat G met M1 gesluit het as ’n tipe *pactum de contrahendo* beskou, met die toekomstige sluiting van die huwelik as prestasievoorwerp. Sou hierdie toekomsgerigtheid die hof dalk onder die indruk gelaat het dat sodanige kontrak wat deur ’n getroude persoon soos G met ’n buitestaander gesluit word, dit versoenbaar met sy huidige huwelik maak? Daar moet egter onmiddellik daarop gewys word dat sodanige konstruksie in werklikheid die teenoorgestelde uitwerking het: ’n *pactum de contrahendo* bind die partye daartoe naamlik van meet af aan, wat dan *in casu* sou beteken dat daar reeds vir G voor sy egskeiding van HM afdwingbare onderhoudsverpligtinge teenoor M1 sou ontstaan het (wat in soveel woorde deur die hof toegegee word waar daar verklaar word dat “[t]his is different from a mere promise to marry, which is not binding. ... [O]ne or both parties may undertake to perform certain duties before the ‘main agreement’ comes into effect”). Daar word aan die hand gedoen dat hierdie kontraktuele gebondenheid tot onderhoud op suiwer logiese gronde net so beleidstrydig (*contra bonos mores*) sou wees as die kontraktuele gebondenheid tot huweliksluiting ingevolge ’n verlowingskontrak wat ’n getroude persoon met ’n derde aangaan. Hierdie afleiding word trouens gesteun deur die feit dat ’n verlowingskontrak soms as ’n *pactum de contrahendo* of ’n ooreenkoms analoog daaraan (“akin”, indien die hof se eie terminologie aangewend sou word) bestempel word (sien bv die *dictum* van ap Harms in *Van Jaarsveld v Bridges* 562A; Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* (1985) 469-470).

Myns insiens kan die juridiese konstruksie van G se kontraktuele gebondenheid teenoor M1 slegs geregverdig word indien die moment van kontraksluiting na G se egskeiding met HM gekonstrueer sou word. (Dit is duidelik dat die Suid-Afrikaanse egskeiding in 2005, en nie dié in Portugal van 2007 nie, op die onderhawige feite toepaslik is, gesien die reël van die Suid-Afrikaanse internasionale privaatreë ingevolge waarvan egskeidings deur die *lex fori* beheers word: *Holland v Holland* 1973 1 SA 897 (T); Forsyth *Private International Law* (2012) 307.) Volgens hierdie benadering kan mens redeneer dat ons reg geensins gedoog dat ’n eggenoot terselfdertyd deelgenoot tot twee (of meer) geldige huweliksverbindinge kan wees. Om dieselfde rede is dit ondenkbaar dat iemand terselfdertyd wettig getroud kan wees en deelgenoot tot ’n regserkende permanente saamwoonverhouding kan wees. (Dit is trouens die strekking van regter Mathopo se uitspraak in hierdie verband: par 28-30 van die uitspraak van die hof *a quo*). Sou hierdie afleiding nie aanvaar word nie, is die enigste gevolgtrekking waartoe gekom kan word dat permanente saamwoonverhoudings sterker regsbeskerming as “normale” geldige huwelike verkry het – wat duidelik nie die geval is of om enige rede hoegenaamd geregverdig kan word nie.

Smith (ongepubliseerde voordrag 9, teks tot n 67) verklaar in konteks van die pasgenoemde tipe argument, met besondere verwysing na die bevinding van die hof *a quo*, dat G geen aanspreeklikheid teenoor die eisers sou opdoen as hy hulle verlaat het nie, dat dit “cannot be accepted without more as it loses sight of the fact that the

Maintenance Act also applies to duties of support created contractually”. Hiervoor beroep hy hom op Heaton (*South African Family Law* 51, 52) en *Khan v Khan* (2005 2 SA 272 (T) par 11) wat die posisie skets ten aansien van ’n *de facto* monogame Moslemhuwelik. Na my mening diskwalifiseer die feit dat die *Khan*-beslissing oor ’n *de facto* monogame verbinding handel, dit egter juis as effektiewe gesag vir sy standpunt. My betoog berus daarop dat ons hedendaagse reg (met inbegrip van die Wet op Onderhoud) geen erkenning verleen aan meer as een gelyktydige wettige huweliksverhouding en/of afdwingbare kontraktuele verhouding waaruit onderhoudsregte en -verpligtinge voortspruit nie. Derhalwe is die feit dat die onderhawige feite volgens Smith (ongepubliseerde voordrag 7-8, veral n 57) aan ten minste drie van die kernvereistes vir die bestaan van ’n wedersydse (afdwingbare) onderhoudsverpligting voldoen, na my mening irrelevant weens die feit dat die kontraktuele verhouding tussen G en M1 – ten minste voor sy Suid-Afrikaanse egskeiding in 2005 – en enige regte en verpligtinge wat daaruit sou kon voortspruit om beleidsoorwegings *ab initio* nietig is.

Smith voer aan dat die eerste drie van vier vereistes wat die reg vir die bestaan van ’n wedersydse afdwingbare onderhoudsverpligting vereis, *in casu* teenwoordig was, te wete: (i) ’n stabiele en blywende verhouding; (ii) ’n “publieke element” wat blyk uit die aanvaarding van die partye as ’n gesin deur die publiek; en (iii) die bestaan van ’n gesamentlike huishouding. Dit is duidelik dat Smith die vierde element, naamlik die bewys van ’n wedersydse kontribusie tot die gesamentlike huishouding nie in hierdie konteks so belangrik ag nie, aangesien “[c]ase law has made it clear that no *ex lege* duty of support arises in the context of life partnerships, and that a contractual duty must be intended by the parties” (10 *in fine*). Hy tref dus hier ’n onderskeid tussen huwelike en permanente saamwoonverhoudings. ’n Wesentlike gevolg van laasgenoemde feit is uiteraard dat die betrokke kontrak tussen G en M1 nie *ipso iure* sou kon “herleef” nadat die diskwalifiserende omstandighede deur die 2005-egskeiding opgehef is nie. Dit lig my voorstel hierbo, dat die moment van kontraksluiting op sy vroegste na datum van egskeiding gekonstrueer moet word, verder toe.

Ten slotte word derhalwe in oorweging gegee dat daar in die onderhawige geval bevind kan word dat ’n afdwingbare, stilswyende ooreenkoms slegs na die 2005-egskeiding tot stand kon gekom het om as basis van M1 se onderhoudsvordering te dien. Sodanige benadering strook in die breë egter nie met die hof se uiteensetting in sy *ratio decidendi*, veral wat betref die konstruksie van ’n *quasi pactum de non petendo*, nie. Soos aangetoon, bly die hof ons ’n juridies aanvaarbare verduideliking skuldig vir die basis van die respondent se aanspreeklikheid teenoor M2.

3.3.3 Bevindinge ten aansien van die beskermingswaardigheid van die kontraktuele verhouding tussen die saamwonende partye teenoor derdes

Direk na die hof se bevinding dat daar wel ’n afdwingbare kontraktuele vorderingsreg op onderhoud ten gunste van M1 en 2 tot stand gekom het, druk appèlregter Cachalia hom soos volg uit: “Of course the mere fact that the parties had a binding agreement inter se does not mean that it was enforceable against third parties such as the fund” (385C). Hierdie woordgebruik is verwarrend. Dit gaan hier natuurlik glad nie om die *afdwingbaarheid* (“enforceability”) van ’n *kontrak* teenoor derdes nie, dog oor die *beskermingswaardigheid* van *vorderingsregte* (regte op onderhoud) uit kontrak teen aantasting deur derdes. Hierdie soort onnoukeurigheid in ’n beslissing van die hoogste hof van appèl is betreurenswaardig omdat dit dalk later in ’n ander konteks tot verwarring aanleiding sou kon gee. (Die blote denkbeeld aan ’n kontrak

wat teenoor 'n nie-kontraksparty “afdwingbaar” is, doen uiters vreemd aan.) Hoe dit ook al sy, is dit duidelik dat die hof eenvoudig ten doel gehad het om die beskermingswaardigheid van M1 en M2 se regte op onderhoud teenoor G ingevolge die *boni mores*-maatstaf te beoordeel (385D). 'n Groot deel van die *ratio decidendi* word vervolgens daaraan bestee (385E-391G).

Appèlregter Cachalia lui hierdie deel van sy uitspraak in met 'n bondige oorsig en ontleding van die regspraak wat oor die probleme rakende die onderhoudsplig in permanente saamwoonverhoudings handel.

Sy eerste verwysing is na die *Du Plessis*-saak waarin die aksie van afhanklikes in konteks van sodanige saamwoonverhoudings tussen persone van dieselfde geslag ter sprake gekom het (385E-F). Hy wys tereg daarop dat ofskoon die hoogste hof van appèl in daardie saak 'n wedersydse onderhoudsplig wat uit sodanige verhouding spruit beskermingswaardig bevind het, die hof die vraag oopgelaat het of die betrokke aksie oor die algemeen uitgebrei behoort te word tot “unmarried couples” in permanente heteroseksuele verhoudings. Dit noop hom om dus verder na die grondslag van enige moontlike uitbreiding in hierdie verband ondersoek te doen.

Die hof se daaropvolgende verwysing (385G-386A) is na die *Satchwell*-saak (2002 6 SA 1 (KH)) waarin die konstitusionele hof bevind het dat dit op onbillike diskriminasie neerkom om statutêre voordele aan gades in heteroseksuele huwelike toe te staan, dog nie aan deelgenote van dieselfde geslag tot 'n langdurige lewensgenootskap wat ooreenstemming vertoon met 'n huwelik nie. Volgens die hof is die wesentlike aspek van daardie beslissing wat in die konteks van die huidige geval relevant is, die bevinding dat voordele wat wettige gades in 'n huweliksverhouding toekom nie vir uitbreidings vatbaar is tot voordeel van deelgenote van dieselfde geslag wat versuim het om wedersydse onderhoudsverpligtinge in die lewe te roep nie. Die klem word hierdeur dus op *wedersydse onderhoudsverpligtinge* geplaas. Die hof wys egter dadelik daarop (385 n 37) dat enige onsekerheid sedertdien uit die weg geruim is met die inwerkingtreding van die *Civil Union Act 17* van 1996.

Vervolgens wend appèlregter Cachalia hom tot 'n grondige ontleding van die *Volks*-saak (2005 5 BCLR 466 (KH)) wat gehandel het oor die vraag of die beskerming wat die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 verleen aan 'n “langslewende” gade, ingevolge waarvan sodanige langslewende gade gemagtig word om onderhoud van die bestorwe boedel van die oorlede gade te vorder, aan 'n langslewende deelgenoot uit 'n heteroseksuele permanente lewensgenootskap toegeken behoort te word. Hy wys daarop dat die hof in daardie saak bevind het dat dit nie op onregverdige diskriminasie teenoor deelgenote tot 'n heteroseksuele permanente lewensgenootskap neerkom om hul posisie van dié van gades te onderskei nie, weens die feit dat veel gewig toegeken is aan “the legal privileges and obligations” – waarvan die onderhoudsvoordeel ingevolge artikel 2(1) van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades maar een voorbeeld is – wat ingevolge die huweliksreg aan getroude persone verleen en opgelê word (386C-D). Vir doeleindes van die huidige geval bereik die hof twee fundamentele gevolgtrekkings na aanleiding van daardie uitspraak: (a) Ofskoon daar geen *ex lege* wedersydse onderhoudsverpligtinge uit 'n permanente saamblyverhouding van ongetroudes voortspruit nie, verhoed dit geensins dat sodanige onderhoudsplig *ex contractu* ontstaan nie (387C). Uiteraard is hierdie afleiding gunstig vir die saak van die appellante. (b) Die oogmerk van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades verskil ook hemelsbreed van dié van die regsreëls wat die aksie van afhanklikes ten grondslag lê. Dié bepaalde wet maak voorsiening vir die redelike onderhoudsbehoefte van 'n langslewende gade uit die boedel van sy of haar oorlede gade. Die oogmerk van die aksie van afhanklikes verskil hemelsbreed hiervan. Appèlregter Cachalia formuleer die doelstellings

van hierdie gemeenregtelike regs middel heel akkuraat deur eerstens op die suiwer deliktuele aard daarvan (die vordering van negatiewe interesse), in teenstelling met die familiereg telike aard van 'n vordering ingevolge hierdie wet (ter beskerming van die voorregte wat uit 'n huwelik spruit) te wys (387D-F). Ook hierdie afleiding beteken dat die *Volks*-beslissing van die konstitusionele hof geen struikelblok is vir die appellante in die onderhawige saak nie (387G).

Ofskoon die tafel dus byna volledig gedek is vir die hof om ten gunste van die beskermingswaardigheid teen inbreukmaking deur derdes van die appellante se vordering teen G te beslis, moet 'n tweeledige betoog daarteen ten gunste van die respondent eers deur die hof afgehandel word: Ten eerste is daar aangevoer dat die toestaan van sodanige vordering aan heteroseksuele ongetroude lewensgenote *in die algemeen* (gesien die feit dat daar hier namens die respondent toegegee is dat daar sodanige verhouding bestaan het) enige verweerder, wat in dieselfde posisie as die Padongelukfonds *in casu* verkeer, in 'n uiters bedenklike praktiese situasie plaas omdat dit buitengewoon moeilik sou wees om aan te dui dat 'n beweerde permanente saamwoonverhouding nie bestaan het nie (388A). Dit wek geen verbasing nie dat hierdie punt van beswaar sonder veel moeite deur die hof verwerp is. Die hof se motivering geskied stewig binne die idioom van die fundamentele bewysregtelike beginsel van “hy wat beweer, moet bewys”:

“It entails, in my view, demonstrating that the partnership was akin to and had similar characteristics – particularly a reciprocal duty of support – to a marriage. Its existence would have to be proved by *credible evidence* of a conjugal relationship in which the parties supported and maintained each other” (388C-D, my kursivering).

Met verwysing na die uitsprake in die *Amod*-, *Satchwell*- en *Du Plessis*-sake waar die huidige soort problematiek die howe nie met onoorkomelike probleme van bewysregtelike aard gelaat het nie, verklaar die hof uiteindelik op saaklike wyse dat “[l]ife partnerships therefore do not present exceptional evidential difficulties for defendants” (388E).

Tweedens is daar betoog dat die uitbreiding van die toepassingsgebied na 'n geval soos die onderhawige 'n aangeleentheid is wat op die werksterrein van die wetgewer lê en dat bemoeienis daarmee deur die howe onder andere die gevaar inhou dat dit tot ongebreidelde litigasie sou kon aanleiding gee (388A). Alhoewel die hof dit nie so benader nie, is hierdie 'n tweeledige verweer: eerstens word daar aangevoer dat toestaan van die vordering beleidstrydig sou wees, wat grondwetlike elemente na vore bring; tweedens is die beroep op grenslose aanspreeklikheid in werklikheid 'n bewering wat op die bepaling van juridiese kousaliteit slaan (die ou bekende “floodgates”-argument wat veral in die Engelse deliktereg so dikwels kop uitsteek).

Appelregter Cachalia is van oordeel dat die uitbreiding deur die hof van die aksie van afhanklikes na die onderhawige geval beslis nie op 'n inbreukmaking op die domein van die parlement sou neerkom nie, gesien die plig wat deur artikel 173 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 opgelê word, wat soos volg lui: “Die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appel en die Hoë Howe het die inherente bevoegdheid om, met inagneming van die belang van geregtigheid hul eie proses te beskerm en te reël en die gemene reg te ontwikkel.”

Die hof se uitleg van hierdie artikel beantwoord myns insiens aan die vereistes van logika en regsgevoel wanneer daarop gewys word dat die opdrag vervat in artikel 173 van die howe vereis om hulle te bemoei met die vraag of ontwikkelende gemeenskapswaardes verg dat die gemene reg ook geleidelik in ooreenstemming daarmee moet verander, byvoorbeeld om *in casu* die aksie van afhanklikes ter

beskikking van heteroseksuele deelgenote aan 'n duursame lewensgenootskap uit te brei. Daar kan ook volmondig met die gevolgtrekking akkoord gegaan word dat 'n versuim van die howe in hierdie verband op 'n versaking van regterlike verantwoordelikheid sal neerkom (389A).

In die daaropvolgende gedeelte van die uitspraak (389B-390F) wy appèlregter Cachalia sy aandag bepaaldelik aan die vraag of dit wenslik is dat die gemenerereg die aksie van afhanklikes moet uitbrei om vir die vordering van M1 en M2 voorsiening te maak. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie gedeelte van die uitspraak, vir doeleindes van die delikterereg, netsowel beskou kan word as 'n motivering vir 'n beskouing dat die tipe skade waaroor dit *in casu* gaan, nie as onvoorsienbaar beskou behoort te word nie en dat juridiese kousaliteit aldus bevestig is.

Ten eerste beklemtoon die hof die belang van die huwelik en die kerngesin as belangrike maatskaplike verskynsels wat tot belangrike juridiese verpligtinge, soos wedersydse ondehoudsverpligtinge, aanleiding gee (389B). Hierdie stellings word egter gevolg deur 'n relaas waarin daar aangetoon word hoe die bovermelde belang van die huwelik oor die laaste dekades dermate “afgewater” geraak het, dat dit lank reeds nie meer die norm in Suid-Afrika is nie. Met 'n beroep op die *Volks*-uitspraak van die konstitusionele hof waarin daar melding gemaak word van die feit dat talle persone ongetroud permanent saamwoon weens juridiese of godsdienstige redes, voeg appèlregter Cachalia maatskaplike, kulturele en finansiële oorwegings daaraan toe (389E). Hy maak ook melding van “apartheid’s migrant labour system, which remains a feature of South Africa’s current economy” (389F). Wat hy natuurlik in hierdie konteks oor die hoof sien, is die “migrant labour system” wat met apartheid niks te doene gehad het nie, naamlik dié waar buitelanders uit die buurstate (veral Lesotho, Swaziland, Botswana, Mosambiek en Zimbabwe) reeds oor die laaste eeu deel van die Suid-Afrikaanse arbeidsmag in veral die mynbosektor vorm. Dit is 'n probleem wat nie alleen eie is aan Suid-Afrika nie, dog selfs aan die sogenaamde “Eerstewêreldlande” soos Nederland en Duitsland – om maar twee te vermeld – waar “gasarbeiders” van oudsher af 'n alledaagse verskynsel is. Hierdie gedeelte van die uitspraak word afgesluit met 'n goedkeurende verwysing na *Verheem v Road Accident Fund* (*supra*) as sluitsteen-voorbeeld van hoe permanente saamwoonverhoudings hier te lande algaande wetgewende en regterlike erkenning verkry het toe die Noord-Gautengse hoë hof die moontlikheid van 'n uitbreiding van die aksie van afhanklikes na heteroseksuele verhoudings aanvaar het. Die hof spreek sy bedenkinge uit oor die feit dat die hof *a quo* hom nie aan die *Verheem*-beslissing gebonde geag het nie (389G-390B).

In die volgende deel van die uitspraak keer die hof in wese terug na 'n beoordeling van die feite van hierdie geval in die lig van die eerste vereistes ((a) en (b) soos vroeër vermeld) wat die reg vir die vordering van afhanklikes stel, te wete dat daar 'n afdwingbare reg op onderhoud ten gunste van die eiser moet bestaan (390C-F). Dit blyk onteenseglik hieruit dat die hof die feit dat die oorledene steeds getroud was toe hy homself teenoor die appellante verbind het, geensins as 'n struikelblok beskou het ter erkenning van die appellante se kontraktuele onderhoudsregte teenoor die oorledene nie. Appèlregter Cachalia verwys as gesag in hierdie konteks na die publikasie van sowel Smith en Heaton, as die voorlesing van Smith (ofskoon hy, wat laasgenoemde betref, versuim om die outeur te vermeld) vir sy gevolgtrekking dat “cohabitation outside of a formal marriage is now widely practised and accepted by many communities universally” (390C). Daar word egter aan die hand gedoen dat ofskoon die vermelde publikasies die uitbreiding van die beskerming van deelgenote tot permanente saamwoonverhoudings in die algemeen goedkeur, hulle geen steun verleen vir die juridiese erkenning van sodanige regte van

saamwoongenote *stante matrimonio* van een van die genote tot sodanige informele verhouding nie. Die hof se volgehoue neiging ten gunste van 'n erkenning van dié bepaalde tipe onderhoudsregte blyk verder uit die rede wat verskaf word vir die verwerping van die laaste verweer namens die respondent, naamlik dat sodanige erkenning bloot verleen behoort te word in daardie gevalle waar daar benewens die kontrak waarin die onderhoudsverpligting onderneem word, ook 'n troubelofte moet bestaan (391A-D). Die hof verwerp die argument, kennelik op grond daarvan dat 'n troubelofte *stante matrimonio* regstrydig sou wees, dog dat die kontrak tot onderhoud *secundum bonos mores* en dus geldig is. Daar word aan die hand gedoen dat albei dusdanige ooreenkomste uit 'n familieregtelike oogpunt gelyksoortig is en gelyk beoordeel moet word: indien die onderhoudskontrak geldig sou wees, behoort die verlowingsooreenkoms ook geldig te wees en dan sou gekonkludeer kon word dat G en M1 wel in die onderhawige geval verloof was en in wese voldoen aan die vereiste wat namens die respondent as verweer opgewerp is. Dat die hof die geldigheid daarvan nie aanvaar nie, blyk egter duidelik en derhalwe is die enigste oorblywende moontlikheid dat die onderhoudskontrak, net soos die verlowingskontrak *in casu*, ongeldig is.

Wat die bevinding ten gunste van die bestaan van M1 en M2 se regte *stante matrimonio* van G betref, druis hierdie uitspraak, soos vroeër aangetoon (sien § 3.3.2 hierbo), myns insiens direk in teen gevestigde regsreëls van die huweliksreg en kan daar geen instemming betuig word nie met die hof se gevolgtrekking dat die “general sense of justice of the community” demands this” (met 'n beroep op 'n gewysde wat suiwer vir die delikte- en mededingingsreg van belang is, naamlik *Schultz v Butt* 1986 3 SA 667 (A) – wat duidelik 'n beroep buite konteks is). Dit is met 'n tikkie ironie dat die leser in hierdie opsig van die volgende woorde van appèlregter Cachalia kennis neem, waarmee hy uiteindelik die toestaan van die vordering aan die appellante motiveer:

“By coming to this conclusion I do not intend to demean the value or importance that our society places on marriage as an institution. ... On the contrary, I am extending the protection afforded to the dependants of the deceased precisely because the nature of their relationship is similar to a family relationship arising from a legally recognised marriage. I therefore hold that the dependants’ action is to be extended ...” (391E-F).

Daar word aan die hand gedoen dat appèlregter Cachalia hier in werklikheid 'n voldoening deur die oorledene aan die tweede vereiste ((c) en (d) vroeër vermeld) in gedagte het, soos blyk uit die laaste fragment van bogenoemde aanhaling. Daar kan beslis daarmee akkoord gegaan word dat indien daar in 'n geval soos die onderhawige wel bevind word dat 'n geldige onderhoudsreg ten gunste van 'n afhanklike *ex contractu* tot stand gekom het (deurdat daar aan vereistes (a) en (b) voldoen is), sodanige reg in ooreenstemming met die *boni mores*-maatstaf teen inbreukmaking deur derdes beskerming behoort te geniet. Wat hier plaasgevind het, is duidelik 'n versuim om helder te onderskei, enersyds tussen vasstelling van die bestaan van die onderhoudsreg *inter partes*, al dan nie, en, andersyds, of sodanige onderhoudsreg (na vasstelling van die bestaan daarvan) beskerming behoef. Een van die duidelikste bewyse hiervan is hoe die laaste gedeelte van die uitspraak wat, soos vroeër aangetoon, oor die kwessie van beskermingswaardigheid van die beweerde reg handel, ten slotte in werklikheid die vraag na die bestaan van die onderhoudsreg aanspreek.

Die laaste aspek wat deur die hof aangeraak word, is die argument namens die appellante dat 'n ander bevinding as dié waartoe die hof uiteindelik geraak het, ingevolge artikel 9 van die grondwet op onbillike diskriminasie sou neerkom

(sien 383C). Die hof volg duidelik die suggestie wat Smith in die laaste sin van sy ongepubliseerde voordrag (11 *in fine*) aan die hand doen, naamlik dat die uitbreiding van die gemenerereg enige oorweging van die “choice argument” oorbodig maak (verwysend na die heteroseksuele ongetroudes se keuse om ongetroud saam te woon, wat byvoorbeeld in die *Volks*-saak belangrik gefigureer het). Instemming kan met hierdie benadering betuig word, wat sonder meer ’n verdere bespreking daarvan oorbodig sou maak.

4 *Gevolgtrekking*

Indien daar van die veronderstelling uitgegaan sou word dat die onderhoudsregte waaroor die saak gehandel het, ontstaan het nadat G se huwelik met MH ten einde geloop het, kan breë instemming met hierdie uitspraak betuig word. Soos aangedui is, bestaan daar egter net té veel *dicta* wat op die teendeel dui, naamlik dat die hof vanuit die staanspoor erkenning aan die onderhoudsregte van G teenoor M1 en M2 verleen het, te wete toe hy die eerste keer by hulle sy intrek geneem het. Dit skep dan inderdaad die scenario waarop regter Mathopo in die hof *a quo* gesinspeel het, te wete die moontlikheid dat G op daardie stadium in ’n tweekledige familieverhouding verkeer het: een met sy wettige gade, HM, en een met sy “nuwe familie”, M1 en haar dogters. Dat sodanige bevinding op nadeel vir HM dui en in wese op ’n ernstige ondermyning van ’n bestaande huwelik neerkom, behoef geen betoog nie. Is dit werklik hoe ver die *moni mores* in die huidige Suid-Afrikaanse opset “gevorder” het, of altans “gedaal” het? Myns insiens is dit ondenkbaar.

Volle instemming kan eweneens betoon word met die effek van hierdie uitspraak ten aansien van die erkenning van die geldigheid van wedersydse onderhoudsregte tussen permanente lewensgenote in ’n heteroseksuele verhouding, waar geen van die partye deelgenoot tot ’n bestaande huwelik of burgerlike verbinding ingevolge die *Civil Union Act* is nie. Hierdie uitspraak sal met reg as goeie gesag daarvoor aangevoer kan word, aangesien die besware van familieregtelike aard, wat die uitspraak ernstig onder verdenking plaas, dan nie sou bestaan nie.

Ten slotte bied hierdie uitspraak, soos aangedui, geen bevredigende regs wetenskaplike basis vir erkenning van M2 se onderhoudsreg en die beskermingswaardigheid daarvan teen derdes nie. Dit is inderdaad jammer dat ’n uitspraak waarna daar met soveel verwagting uitgesien is, soveel gebreke vertoon. Die indruk wat gewek word, is dat die tyd ryp was vir uitbreiding van die deliksaksie van afhanklike deelgenote aan ’n permanente heteroseksuele lewensgenootskap teen die persoon wat hul broodwinner gedood het. Hierdie feitestel het die hof die geleentheid daartoe gebied en die hof het die geleentheid gretig aangegryp. So gryp menige vrugteliefhebber aan die begin van die lente ’n rooiwang vroeë perske wat bietjie hard aanvoel omdat dit nog nie goed ryp is nie. Die menslike reaksie is om dit dan maar ’n paar ligte drukkies te gee om dit die tekstuur van ’n ryp perske te gee. Ondervinding het egter geleer dat die smaak van so ’n perske nooit aan die verwagting voldoen nie. Dieselfde geld hierdie uitspraak.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria