

II

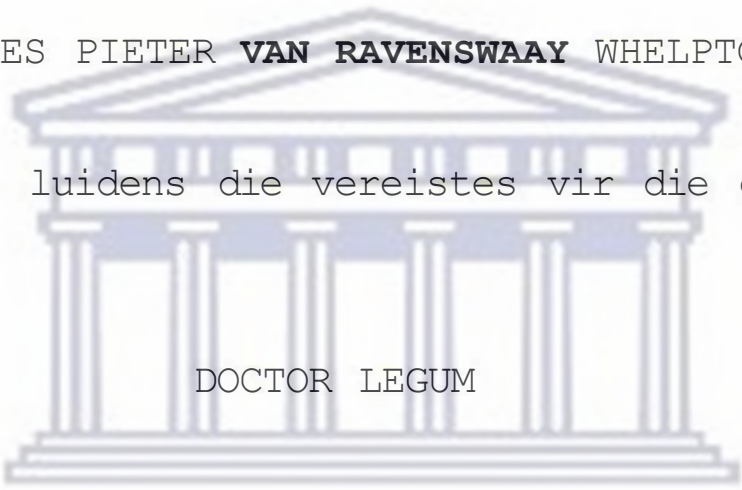
DIE INHEEMSE KONTRAKTEREG VAN DIE BAKWENA.BA MOGOPA
VAN HEBRON IN DIE ODI I DISTRIK VAN BOPHUTHATSWANA

deur

FRANCES PIETER **VAN RAVENSWAAY** WHELPTON

voorgele luidens die vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM



aan die
UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE
Universiteit van Suid-Afrika

Promoter: Prof. L P VORSTER

NOVEMBER 1991

Voorwoord

Ek betuig graag my opregte dank en waardering teenoor:

Professor L.P. Vorster, my promotor, vir sy kundige leiding en opbouwende kritiek wat van onskatbare waarde was.

Professore M.W. Prinsloo, J.G. Lotz, L.P. Vorster en F.C. de Beer vir waardevolle gesprekke tydens die voorbereiding vir die doktorale eksamen.

Mevrou Christa Cromhout vir die vriendelike en bekwame wyse waarop sy die tikwerk gedoen het.

Mevrou Elize Kruger vir haar gewaardeerde hulp in die afronding van die manuskrip.

Die stamhoof van die Bakwena ba Mogopa en paneel van informante wat deurentyd hulpvaardig en bereid was om hul kennis met my te deel.

My ouers wat aanvanklik my belangstelling in hierdie studieveld geprikkel het. Vir al die jare van opoffering aan hulle kant, is die voltooiing van hierdie proefskrif 'n beskeie dankbetuiging.

Danilla en Jacques vir hul volgehoue opoffering, begrip en onderskraging.

Opsomming

In hierdie studie is bepaal of die verskynsel wat algemeen as kontrak getipeer word bekend is aan die inheemse reg en of daar na inheemse kontraktereg in die gewone sin van die woord verwys kan word. Omdat die lewende reg nie alleen volgens stamme verskil nie maar ook volgens die mate van verwes-tering waarin Swartes lewe, is 'n mikrostudie in 'n semi-stedelike gebied gedoen ten einde te bepaal of eie waarde-oordele verplaas en vervang word wanneer daar van Westerse regsinstellinge gebruik gemaak word.

Inligting is ingesamel deur die ondervraging van 'n paneel van kundiges en gekontroleer teenoor beskikbare literatuur. In die proses van optekening is gepoog om nie alleen die werking van regsbeginsels binne die proses te omskryf nie maar ook om kennis te neem van daardie sosiale prosesse wat buite die reg funksioneer.

Alhoewel dit moontlik is om die algernene beginsels en 'n verskeidenheid van kontrakte te identifiseer, moet die eiesoortige aard van elke kontrak telkens in gedagte gehou word aangesien 'n kontrak nie slegs 'n instrument is waarmee by uitstek aan die handels- en regsverkeer deelgeneem word nie. Kontrakte is reël van aard, dit wil se geen kontraktuele aanspreeklikheid ontstaan op grond van 'n blote belofte of 'n afspraak alleen nie.

Met die klem op die subjekte eerder as op die objekte van die prestasies toon die kontrakte 'n individuele karakter. Alhoewel ook uitvoering gegee word aan redelike verwagtinge le kontraktuele geregtigheid hoofsaaklik in ruilgeregtigheid. Die meeste kontraktuele dispute word buite die amptelike beregtigingsforum bygele en vir hierdie doel word veral gebruik gemaak van onderhandeling en bemiddeling.

Alhoewel die kontraktereg duidelike tekens toon van aanpassings by nuwe omstandighede, is daar ook bewyse van die behoud van beproefde regsbegin-sels en menslike waardes. Daarbenewens behels die veranderinge eiesoortige aanpassings wat nog as tradisioneel nog as Westers getipeer kan word.

TITLE: THE INDIGENOUS LAW OF CONTRACT OF THE BAKWENA BA MOGOPA OF HEBRON
IN THE ODI I DISTRICT OF BOPHUTHATSWANA

Summary

This study was undertaken to establish whether the phenomenon known as a contract appears in indigenous law and if it is possible to refer to indigenous contract law in general. Because indigenous law differs not only between tribes but is also affected by the degree of westernization that has taken place among the blacks, a microstudy has been done in a semi-rural area to establish if own value-systems are altered and replaced when Western legal institutions are used.

Information was obtained by interviewing a panel of specialists and compared with available literature. During the process of gathering information the aims were not only to describe how the legal principles function but also to take note of those social processes which function outside the law.

Although it is possible to identify general principles and different contracts, the individual character of each contract must always be borne in mind since a contract is more than a devise for establishing the economic and legal implications of a transaction. Contracts are real in nature which means that no contractual liability arises from a mere promise or an agreement.

Contracts show their own individual characters because the aim of a contract is subjective rather than objective. Although reasonable expectations are fulfilled, contractual justness lies mainly in arithmetic justice. Most contractual disputes are resolved outside legal institutions and for this purpose negotiated settlements and mediators are used.

Although contract law is showing clear signs of adapting to new developments there is also proof that established legal principles and human values are being retained. However, these changes are unique and are neither typically traditional nor Western.

INHOUSOPGAWE

	<u>Bladsv</u>
Voorwoord	(ii)
Opsomming	(iii)
Summary	(iv)
Kaart van navorsingsgebied	(xi)
Hoofstuk 1: Inleiding	
1.1 Probleem- en doelstellinge	1
1.2 Metode van navorsing	3
1.3 Die bestudeerde mense	10
1.3.1 Inleiding	10
1.3.2 Sosiale organisasie	12
1.3.3 Die hofstelsel	16
1.3.4 Kultuurveranderinge	19
1.4 Aanbieding van gegewens	22
Hoofstuk 2: Enkele standpunte in verband met die inheemse kontrak en navorsing daaroor	
2.1 Inleiding	24
2.2 Die inheemse kontrak as regsverskynsel	25
2.3 Benadering tot die studie van inheemse regsisteme	34
2.3.1 Inleiding	34
2.3.2 Die regswetenskaplike benadering	37
2.3.3 Die antropologiese benadering	43
2.3.4 Die toepaslikheid van die verskillende benaderingswyses op die onderhawige studie	46
2.4 Metodologiese aspekte	51
2.4.1 Inleiding	51
2.4.2 Veldwerkmetodes	52

2.4.2.1	Die waarneming van verhoore en ander regshandelinge	53
2.4.2.2	Die versameling van materiaal uit die skriftelike verslae van die tradisionele stamhowe en landdroshowe	55
2.4.2.3	Ondervraging van deskundiges oar die inhoud van die reg en onopgetekende hofsake	57
2.5	Belangrikheid van boekstawing van die inheemse reg	58
2.5.1	Behoefte aan boekstawing	59
2.5.2	Kodifikasie van die inheemse reg	61
2.6	Samevatting	64
Hoofstuk 3: Die aard van die inheemse kontrak		
3.1	Inleiding	66
3.2	Die definisie van 'n inheemse kontrak	69
3.3	'n Kontrak as bran van 'n verbintenis	71
3.4	Die inhoud van 'n kontraktuele verbintenis	72
3.5	Die funksie van kontraksoorte en die klassifikasie van kontrakte	73
3.6	Vernietigbare en onafdwingbare kontrakte	75
3.7	Kwasikontrakte	76
3.7.1	Saakwaarneming	77
3.7.2	Ongeregverdigde verrykking	78
3.7.3	Regte en verpligtinge wat ontstaan uit familieverhoudings	79
3.8	Samevatting	79
Hoofstuk 4: Vereistes vir die totstandkoming van 'n kontrak		
4.1	Inleiding	81
4.2	Wilsooreenstemming	81
4.2.1	Die verkryging van wilsooreenstemming op 'n onbehoorlike manier	83
4.2.1.1	Wanvoorstelling	85
4.2.1.2	Dwang of vreesaanjaging	88
4.2.1.3	Onbehoorlike beïnvloeding	88
4.3	Die prestasie moet moontlik wees	90
4.4	Die prestasie moet bepaald wees	91

	<u>Bladsv</u>
4.5 Kontraksluiting, prestasie en oogmerk moet geoorloof wees	93
4.5.1 Kontrakte deur die reg verbied	94
4.5.1.1 Kontrakte op Sondae gesluit	94
4.5.1.2 Kontrakte wat die jurisdiksie van die howe beperk	95
4.5.1.3 Kontrakte vir die afkoop van 'n misdad	95
4.5.1.4 Kontrakte om misdade te pleeg	95
4.5.2 Kontrakte wat teen die goeie sedes of die openbare belang van die gemeenskap indruis	96
4.5.2.1 Weddenskapskontrakte	96
4.5.2.2 Kontrakte ter beperking van handelsvryheid	98
4.6 Prestasie of gedeeltelike prestasie moet gelewer wees	100
4.7 Die partye moet handelingsbevoeg wees	103
4.8 Formaliteitsvoorskrifte moet nagekom word	109
4.9 Samevatting	111
Hoofstuk 5: Die partye by die ooreenkoms	
5.1 Inleiding	113
5.2 Gesamentlike medeskuldverhoudinge	115
5.3 Solidere medeskuldverhoudinge	117
5.4 Oerdes	117
5.4.1 Verteenwoordiging	118
5.4.2 Die beding ten behoewe van 'n derde	121
5.5 Vervanging van die partye en sekerheidstelling vir 'n skuld	126
5.5.1 Inleiding	126
5.5.2 Delegasie	128
5.5.3 Sessie	129
5.5.4 Pandgewing	131
5.5.5 Borgstelling	135
5.6 Samevatting	137
Hoofstuk 6: Kontrakbreuk in die inheemse reg	
6.1 Inleiding	139

	<u>Bladsy</u>
6.2 Die verskyningsvorme van kontrakbreuk	141
6.2.1 Wanprestasie	141
6.2.2 Repudiasie	145
6.2.3 Onmoontlikmaking van prestasie	146
6.3 Regsmiddels op grond van kontrakbreuk	148
6.3.1 Spesifieke nakoming	148
6.3.2 Skadevergoeding	149
6.3.3 Terugtrede	151
6.3.4 Die reg om prestasie te weerhou	153
6.3.5 Strafbeding	155
6.4 Samevatting	156
Hoofstuk 7: Die tenietgaan van inheemse verbintenisse	
7.1 Inleiding	157
7.2 Verjaring	158
7.3 Skuldvergelyking	160
7.4 Voldoening	161
7.5 Kwytskelding	162
7.6 Novasie	164
7.7 Skikking	165
7.8 Skuldvermenging	167
7.9 Samevatting	168
Hoofstuk 8: Besondere kontrakte: permanente uitruil van goedere en dienste	
8.1 Inleiding	169
8.2 Die koopkontrak	171
8.2.1 Die verpligtinge van die verkoper	175
8.2.2 Die verpligtinge van die koper	178
8.3 Die ruilkontrak	179
8.4 Dienslewering	181
8.4.1 Die huur en verhuur van dienste	182
8.4.2 Die aanneming van werk	187
8.4.3 Besondere dienste	192

	<u>Bladsy</u>
8.5 Die gee van goedere in verbruikleen	194
8.6 Skenking	196
8.7 Samevatting	198
 Hoofstuk 9: Besondere kontrakte: tydelike oordrag van goedere, insluitende bewaargewing en lasgewing	
9.1 Inleiding	200
9.2 Leenkontrakte	200
9.2.1 Die gee van goedere in bruikleen	201
9.3 Die huurkontrak	202
9.4 Uitplasing	206
9.4.1 Die regte en verpligtinge van die nemer	208
9.4.2 Die eienaar se verpligtinge	210
9.4.3 Die duur en beeindiging van die mafisa-kontrak	210
9.5 Bewaargewing	211
9.6 Lasgewing	215
9.7 Die versorging en grootmaak van kinders	217
9.8 Samevatting	221
 Hoofstuk 10: Besondere kontrakte: kontrakte wat die partye se status beïnvloed	
10.1 Inleiding	223
10.2 Die verlowing	224
10.3 Die huwelik	228
10.3.1 Inleiding	228
10.3.2 Die gebruikelike verbinding	232
10.3.2.1 Die vermoensregtelike gevolge van die verbinding	236
10.3.2.2 Die ontbinding van die gebruikelike verbinding	237
10.3.3 Die gemeenregtelike huwelik	239
10.3.4 Die gemeenregtelike huwelik en inheemse waardes	241
10.4 Samevatting	243

Hoofstuk 11: Samevattende gevolgtrekkings

11.1 Inleiding	245
11.2 Boekstaving en regswaardes	245
11.3 Verandering en regswaardes	246
11.4 Regsbeginsels en paradigmas	249
11.5 Inheemse kontraktereg en eiesoortigheid	251
11.6 Inheemse kontrak en individualisering	252

Aangehaalde literatuur

256

Aangehaalde sake

268

Aangehaalde wette

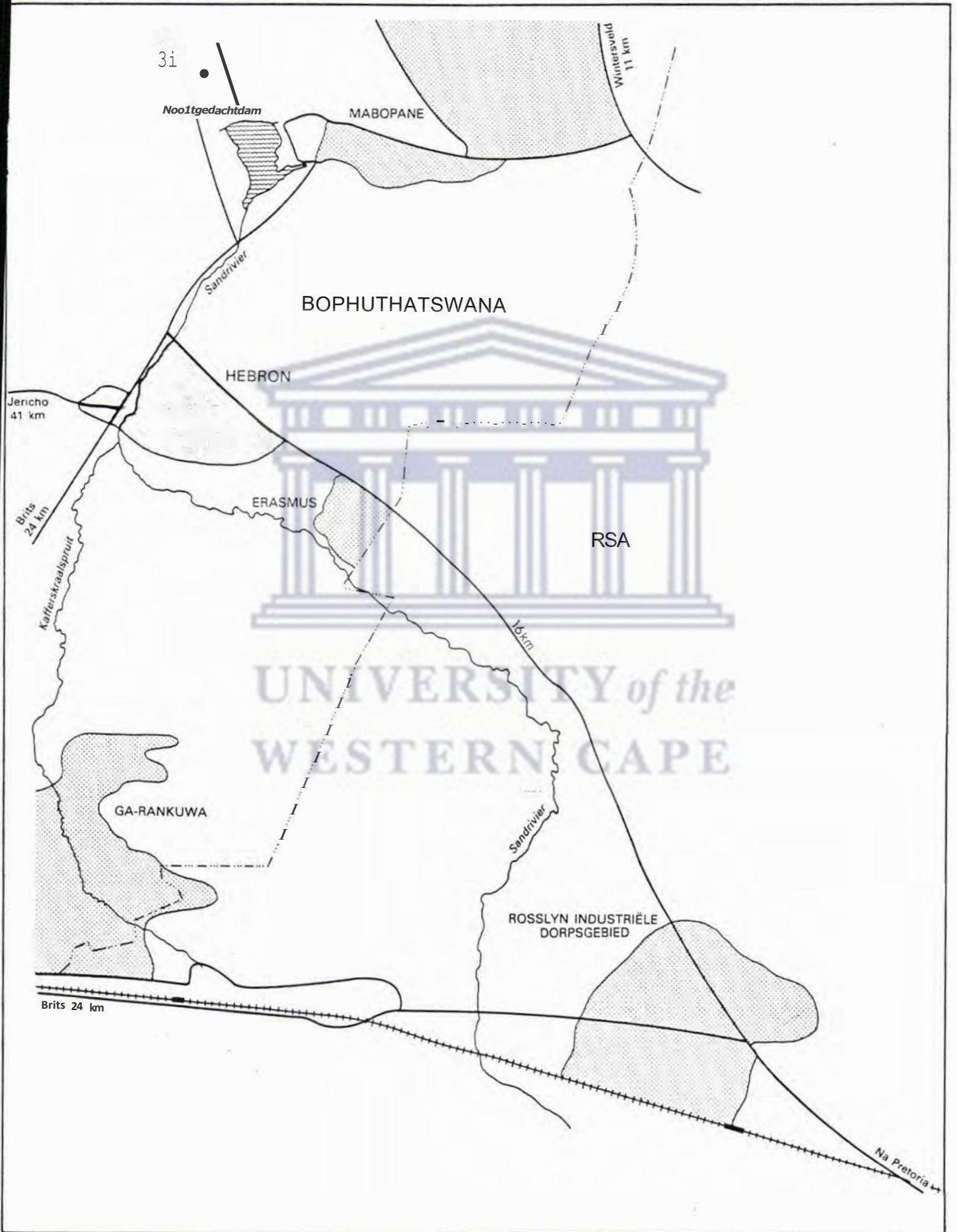
269



UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

(xi)

Kaart van navorsingsgebied



Hoofstuk I

Inleiding

I.I Probleem- en doelstellinge

Die dae toe na inheemse regstelsels verwys is as primitiewe verskynsels wat uit die weg geruim behoort te word, is gelukkig verby. Oaar word nou beseft dat sulke uitlatinge op waarde-oordeel berus en daarom onaanvaarbaar is (Myburgh 1981 229). Ons kennis van die inheemse gewoontereg is egter nag onvolkome en eerder gebou op gerapporteerde vonnisse as op noukeurige wetenskaplike ondersoek na die reg soos dit vandag lewe in die betrokke gemeenskappe self (Verloren van Themaat 1980 239).

In hierdie tyd dat Swartes op soek is na gelykwaardigheid rus daar 'n plig op juriste wat toegerus is vir die taak, om op wetenskaplike wyse Swartes se reg op te teken en so getrou as moontlik weer te gee. Die bedoeling is nie om die reg te verstar of te kodifiseer nie, maar eerder om dit te boekstaaf sodat dit as hulp kan dien vir regsplegende beamptes en wetenskaplike ondersoeke van die inheemse regstelsels as geheel. Omdat die lewende reg nie alleen by elke gemeenskap verskil nie maar ook volgens die mate van verwestersing waarin Swartes in hierdie oorgangstyd lewe, is dit noodsaaklik om meer wetenskaplike, empiriese navorsing te doen na die reg in nie-tradisionele gemeenskappe. By hierdie navorsing moet daar ook gelet word op die moontlikheid van die ontstaan van nuwe gewoontereg, en indien sodanige gewoontereg voorkom, moet kriteria bepaal word vir die erkenning daarvan (Verloren van Themaat 1980 239-240).

Alhoewel daar geen twyfel bestaan oor die inheemse reg as reg nie, is daar soveel teenstrydige standpunte in die beskikbare literatuur oor die aard en inhoud van die inheemse kontraktereg, dat die vraag tereg gevra kan word of die verskynsel wat algemeen as kontrak getipeer word, bekend is aan die inheemse reg en of daar na inheemse kontraktereg in die gewone sin van die woord verwys kan word. Benewens die feit dat die beskikbare literatuur van 'n algemene aard is en dikwels ook slegs na sekere aspekte van die inheemse kontraktereg verwys, handel dit primer oor landelike gebiede. In die Republiek van Suid-Afrika is daar nog geen studie oor die inheemse kontraktereg in die stedelike gebiede gedoen nie. Gevolglik bestaan daar 'n behoefte om hierdie leemtes aan te vul, veranderinge wat mag voorkom te boekstaaf, en sodoende 'n bydrae te lewer tot regsekerheid en regsontwikkeling.

Die Bakwena ba Mogopa van Hebron is as teikengroep gekies vanwee hulle geografiese ligging en grootskaalse betrokkenheid by sake-aktiwiteite buite die landelike gebiede. Daarbenewens is daar nog niks in die besonder op hierdie gebied van die betrokke mense opgeteken nie. Hoewel die publikasie van die Sentrum van Inheemse Reg aan die Universiteit van Suid-Afrika (1990) handel oor die inheemse kontraktereg in Bophuthatswana, is dit slegs 'n algemene studie wat nie 'n studie van 'n bepaalde stam op mikrovlak beoog het nie. Oaarbenewens is die mate van verwestersing waarin sommige van die stamme in Bophuthatswana lewe nie verreken nie. Hierdie aspek maak 'n belangrike deel van die onderhawige studie uit omdat die bevindinge wat spruit uit die optekening van die reg in tradisionele gemeenskappe nie sonder meer toegepas kan word op Swartes by wie die verwestersingsproses veel verder gegaan het nie, en wat leef onder omstandighede waarin hul

tradisionele regsinstellings in elk geval nie sonder aanpassing kan geld nie. Omdat die mense van Hebron in voortdurende kontak is met 'n Westersgeoriënteerde regsisteem en waarde-oordele kan 'n gedurige proses van regsuitbreiding en -verandering by hulle verwag word. Daarom is die doel om by wyse van 'n mikrostudie vas te stel in welke mate, indien wel, hierdie mense se eie regswaardes verplaas en vervang word wanneer daar van Westerse regsinstellinge gebruik gemaak word en of daar eerder eiesoortige regswaardes daarteenoor ontwikkel word.

Uit die beskikbare literatuur oor regsoptekening by die inheemse volke van Afrika blyk daar verskillende en dikwels teenstrydige standpunte oor die beste metode van regsoptekening te bestaan. Gevolglik is dit noodsaaklik om die onderskeie standpunte te evalueer en 'n eie metode daarteenoor te ontwikkel.

1.2 Metode van navorsing

Die ongespesialiseerde aard van inheemse reg het die vraag laat ontstaan of hierdie reg op 'n besondere eiesoortige manier bestudeer moet word. Hierdie vraag impliseer dat die gangbare benadering wat gevolg word by die bestudering van gespesialiseerde regstelsels moontlik nie geskik sou wees vir die studie van ongespesialiseerde regstelsels nie. Aangesien die verskil tussen die twee tipes regstelsels egter nie wesenlik is nie, behoort die benadering tot studie daarvan ook nie wesenlik te verskil nie (Myburgh 1981 230).

'n Verdere vraag is of 'n besondere terminologie ontwikkel moet word vir die studie van ongespesialiseerde regstelsels. Een van die uiteenlopende

beskouinge is die ontwikkeling van 'n neutrale woordeskat om die inheemse reg te beskryf sonder verwysing na Westerse regstelsels. So 'n benadering sal egter die waarde van enige studie van die inheemse reg verminder omdat die resultate vir 'n Westerse juris onverstaanbaar sou wees. Volgens hierdie benadering sou ongespesialiseerde regstelsels onderling vergelykbaar wees, maar sou hulle nie met gespesialiseerde regstelsels vergelyk kan word nie (Myburgh 1981 229-235).

Aangesien die verskil tussen gespesialiseerde en ongespesialiseerde regstelsels nie wesenlik is nie, blyk 'n afsonderlike regsterminologie vir die studie van die inheemse reg nie nodig te wees nie. Die gebruik van Westerse regsbegrippe moet egter met groot omsigtigheid geskied. Verkeerde uitleg van inheemsregtelike verskynsels na analogie van verklaringe wat vir Westerse regstelsels geld, het al voorgekom. Daarbenewens moet die navorser 'n grondige kennis he van die Westerse regsbegrippe en -beginsels en dit nie verkeerdelik op die inheemse reg van toepassing maak nie.

In die lig van voorgaande is 'n deeglike studie van die Suid-Afrikaanse kontraktereg gemaak. Dit het 'n studie behels van die werke van De Wet en Yeats (1978), Kerr (1982), Christie (1983), Joubert (1987) en Farlam en andere (1988). Verder is gelet op artikels in vaktydskrifte terwyl die jongste hofbeslissings ook spesifieke aandag geniet het.

Wat die inheemse reg betref, is die toepaslike literatuur oor die inheemse kontraktereg van Afrika nagegaan, veral gedeeltes uit die werk van Elias (1956), Allott, Epstein en Gluckman (1969a), en Ghai (1969). Ten opsigte van Suidelike Afrika is gelet op die van Pauw (1985), Strydom (1985),

Bekker (1989) en Olivier en andere (1989). Wat Botswana betref, is 'n studie gemaak van gedeeltes uit Schapera (1965, 1969, 1970), Walker (1969), Roberts (1970) en Mahoney (1977), terwyl ten opsigte van Bophuthatswana hoofsaaklik gekonsentreer is op die ongepubliseerde verslag van Coetzee en andere (1985) en die publikasie van die Sentrum vir Inheemse Reg van die Universiteit van Suid-Afrika (1990). Ter voorbereiding vir die veldwerk is 'n studie gemaak van die veldwerkmodes en tegnieke uit die werke van Pelto (1970), Pospisil (1978a), Lawless en andere (1983) en Prinsloo (1990a).

Uit die literatuur blyk dit dat rekords van inheemse howe as 'n belangrike bran van inligting beskou word. In die onderhawige studie is egter gevind dat die skriftelike verslae van die plaaslike hof grootliks onbruikbaar was. Die handgeskrewe verslae is nie alleen onvolledig nie, maar ook gebrekkig in die sin dat getuienisse nie volledig aangeteken is nie. Oarbenewens kon die ontbrekende gedeeltes in die verslae nie aangevul word nie omdat die meeste van die betrokke partye, getuies en hofraadslede nie meer beskikbaar was vir ondervraging nie. Buitendien sou enige gesprekke met hulle oor die besliste sake weinig waarde gehad het weens hulle subjektiewe betrokkenheid enersyds en andersyds hulle *ex post facto* beleving van die saak, gebaseer op hulle herinneringe wat na verloop van tyd noodwendig onvolledig en kursories moet wees. Baie vroeg in die navorsing was dit duidelik dat dispute uit die kontraktereg nie dikwels die aandag van die howe geniet nie. Uit die hofverslae blyk dat daar oor 'n periode van agtien maande geen saak uit die kontraktereg voor die hof gedien het nie. Schapera (1965: 142) vermeld dat van die 1950 hofsake wat hy

in Botswana opgeteken het, slegs 310 oor die kontraktereg gehandel het, dit wil se ongeveer 16%.

In die lig van hierdie omstandighede was daar geen ander keuse as om hoofsaaklik van die ondervraging van 'n paneel van deskundige informante gebruik te maak nie. Gevolglik is daar in 'n groot mate aangesluit by die metode wat deur die Sentrum vir Inheemse Reg van die Universiteit van Suid-Afrika gebruik is in die publikasie: *Indigenous contract in Bophuthatswana* (1990). Onderhoude is nie op individuele basis met 'n enkele informant gevoer nie, maar met 'n paneel van kundiges wat uit ses lede bestaan het en deur die hofraad aangewys is. Orie van hierdie lede was ten tye van die navorsing sittende hofraadslede. Wanneer een van die informante op die paneel 'n antwoord verstrek het, was daar nag altyd vyf ander teenwoordig om die antwoord te kontroleer, te bevestig, te weerspreek of bykomende inligting te voorsien. Antwoorde is verder getoets teen regspreuke en die beskikbare literatuur.

Die meerderheid van die informante is betrokke by handelsaktiwiteite binne en buite die landelike gebied en is dus verteenwoordigend van die algemene omstandighede van die breere gemeenskap. Hulle het oor eerstehandse kennis van die onderwerp beskik en was deurentyd bereid om hulle kennis volledig mee te deel. Oarbenewens is alle gesprekke in Setswana gevoer en die feit dat die stamhoof die navorser se ouers in Botswana reeds etlike jare goed ken, het bygedra tot 'n algehele openhartigheid en vertrouwe.

Een van die informante, 'n voormalige inspekteur van skole met 'n akademiese agtergrond het as sekretaris van die paneel opgetree en notules

van die onderhoude gehou. Hierdie informant het sakebelange wat feitlik oor die hele Bophuthatswana verspreid is en kon gevolglik op belangrike variasies onder die verskillende stamme wys. Tydens die navorsingsperiode het hy ook 'n deeglike studie van die publikasie van die Sentrum vir Inheemse Reg van die Universiteit van Suid-Afrika se publikasie oor die inheemse kontraktereg van Bophuthatswana gemaak, en waardevolle kommentaar daaroor gelewer. Oorbenewens het hy nie net alleen uitgebreide reise in die Republiek van Suid-Afrika onderneem nie, maar ook by twee geleenthede verskeie lande in Europa besoek. Hierdie informant het veral insiggewende vergelykings getref tussen die Westerse en inheemse regswaardes ten opsigte van die onderwerp onder studie.

Die sekretaris van die hofraad wat ook een van die informante was, is Duits magtig en tree dikwels as talk in die Hebron gebied op. Hy is 'n voormalige sersant in die Suid-Afrikaanse weermag en het by verskeie geleenthede uitgebreide reise in verskeie Afrikalande onderneem. Hy het 'n besondere kennis van die bestudeerde mense se reg openbaar en het veral sterk na vore getree wanneer daar op veranderinge op die gebied van die kontraktereg gewys is.

Slegs twee van die ses informante, 'n vroulike persoon wat aan die stamhoof verwant is, en 'n predikant van die N.G. Kerk in Afrika, se kennis van die gebied se kontraktereg het op oorlewering berus. Prinsloo (1990a: 223-224) wys egter daarop dat materiaal oor 'n gebeurtenis wat nie deur 'n informant of 'n paneel informante self waargeneem is nie, nie om die rede by navorsing in die inheemse reg onaanvaarbaar is nie. Hy wys daarop dat oorlewering die gebruikelike en uitsluitlike wyse was waarop inligting by

die inheemse volke oorgedra is en dat die betroubaarheid daarvan in Afrika hoog en kontroleerbaar is. Die vroulike informant het 'n goeie kennis van die status van die vrou in die inheemse reg getoon, terwyl die predikant waardevolle bydraes gelewer het oor die bestudeerde mense se lewenswaardes. Hy het veral waardevolle insette gemaak ten opsigte van kontrakte wat teen die openbare belang en goeie sedes indruis.

In die lig van voorgaande blyk dit dus dat die waarde van die informante veral daarin gele het dat hulle benewens hulle agtergrond en besondere kennis van die tradisionele reg ook op hoogte was van die regsposisie in die stedelike gebiede en kon hulle dus eerstehandse inligting verstrek oor die huidige regsposisie. Hulle was dus nie net alleen verteenwoordigend van die algemene omstandighede van die breëre gemeenskap nie maar ook bevoeg om inligting oor die kontraktereg weer te gee. Na aanleiding van die vraag of 'n aantal informante bevoeg is om voldoende inligting te verskaf, skryf Bernard (1989: 170) soos volg: "Are a few informants really capable of providing adequate information about a culture? The answer is yes, but it depends on two things: chasing good informants and asking them things they know about. In other words, we must select informants for their competence (rather than just for their representativeness) and we must not rely on informants for certain kind of data that are better supplied by respondents to a survey."

Ondervraging het geskied aan die hand van 'n memorandum waarin bepaalde temas geformuleer is. Die uitgangspunt was dus nie om deur 'n direkte vraag-en-antwoord metode die regsbeginsels te onderskei nie. Die temas is vooraf deeglik met die informante bespreek om seker te maak dat hulle

kennis dra van die bepaalde onderwerp. Oarna is kundige vrae gestel om die toepaslike regsbeginsels te identifiseer en te verklaar. Elke antwoord is voorafgegaan deur 'n indringende bespreking van die vraag deur die paneel totdat op 'n antwoord besluit is of totdat dit duidelik was dat daar nie 'n eenduidige antwoord sou voortkom nie. So 'n geval het hom by een geleentheid voorgedoen waarna die probleem op skrif gestel en by 'n latere geleentheid deur een van die informante, wat ook sekretaris van die hofraad is, aan die volle hofraad voorgele is vir opklaring. Hierdie geleentheid is deur die navorser bygewoon en nadat al die hofraadslede na 'n grondige bespreking steeds nie eenstemmigheid kon bereik nie, het die stamhoof die regsreel neergele wat in die bepaalde geval moes geld.

'n Werkgroep is uit die paneel saamgestel wat na elke sitting die materiaal weer eens grondig bespreek en gekontroleer het. Die inligting wat uit die paneelbesprekings en die werksessies met die werkgroep verkry is, is verder gekontroleer deurdat in oorleg met die plaaslike stamkantoor verskeie besoeke aan sake-ondernemings in die landelike sowel as die stedelike gebiede gebring is. Tydens hierdie besoeke is eerstehands waargeneem op welke wyse gekontrakteer word. Daar is ook onderhoude gevoer met sommige van hierdie persone oor die aard van hulle regte en verpligtinge en of hulle telkens dieselfde regswaardes oor die onderskeie regsbeginsels gehandhaaf het.

Ten einde 'n onderskeid tussen gewoonte en regsreels te kon tref, is aan die informante gevra om die gevolge aan te dui wanneer sekere reels verbreek word. Uit hulle antwoorde het dit duidelik geblyk dat wanneer die reg daaraan gevolge heg, hetsy in die vorm van vergelding of beskerming,

dit as regsreels beskou kan word. Die gemeenskap neem 'n aktiewe aandeel in die regspraak van elke dag en die hof het gewoonlik geen probleem om vas te stel of 'n aangeleentheid wat voor hom dien, in die heersende omstandighede regsimplikasies het nie. Die hof as orgaan van die gemeenskap het dan die reg om sodanige vergelding toe te pas en om beskerming te verleen. Dit geskied by wyse van 'n beslissing of uitspraak volgens die regsproses van die betrokke mense.

In die proses van optekening van die bestudeerde mense se regsbeskouing oor hulle kontraktereg, is daar deurlopend gelet op die waardes en norme waarop hulle regsbeginsels berus. Gevolglik is gepoog om nie alleen die werking van die beginsels binne die proses te verstaan en te omskryf nie, maar ook om kennis te neem van daardie sosiale prosesse wat buite die reg funksioneer, of wat mense dwing om daarvan gebruik te maak, dit te vermy, dit te herinterpreteer of te vervang. Die noodsaaklikheid hiervan word deur Dlamini (1990: 12) beklemtoon wanneer hy verklaar: "There has recently been a resurgence of interest in legal philosophy in South Africa, but seldom reference is made to the values and norms of the African people. Any discussion on legal theory which ignores the African point of view not only smacks of ethnocentrism, but fails to be a true reflection of the South African legal reality."

1.3 Die bestudeerde mense

1.3.1 Inleiding

Die geskiedenis van die Tswanastamme waarvan ook die Bakwena ba Mogopa deel uitmaak, is reeds deur skrywers soos Ellenberger (1912), Lestrade (1928),

Language (1943), Breutz (1953a en 1953b) en Schapera (1970) beskryf. Daar word gevolglik nie weer in hierdie studie daarop ingegaan nie.

Die Bakwena ba Mogopa is hoofsaaklik in drie gebiede saamgetrek, naamlik Bethanie, Jericho en Hebron. Al drie hierdie gebiede is in die Odi-distrik van Bophuthatswana gelee, elk met sy eie plaaslike owerheid.

Die mense van Hebron is as eenheid vir studie gekies omdat hulle sedert 1870 in noue kontak met Westerlinge geleef het toe 'n sendingstasie deur die Hermannsburg Lutherse Sending op Hebron gevestig is. Daarbenewens bevind hulle hulself midde 'n gebied waar verstedeliking redelik vinnig plaasvind (sien kaart p. xi). As verstedeliking binne bree konteks verreken word blyk dit dat 'n stedelik-georiënteerde lewenstyl deeglik beslag in Hebron gekry het en dat dit na verwagting 'n al hoe duideliker kenmerk van die bevolking van Hebron sal word. Verwestersing, modernisasie, industrialisasie, kerstering en ander faktore is belangrike stimulant tot verandering in die gebied. Dit alles hou belangrike implikasies in vir die toepassing van die reg sodat die huidige ontwikkeling op die gebied van die kontraktereg gesien kan word as die produk wat binne hierdie omstandighede beslag gekry het en die verdere verloop nie sander inagneming van hierdie omstandighede vasgestel kan word nie. Hierteenoor het die gebied 'n gevestigde stamstruktuur waarin die sentrale funksie en rol van die stamhoof onmisbaar is. Die bevolkingsgetal word deur die stamkantoor op 120 000 individue gestel. Demografiese gegewens van enige aard oor Swartes in Suid-Afrika is egter meesal onvolledig en moeilik kontroleerbaar (vgl. Coertze 1971: 82).

1.3.2 Sosiale organisasie

In die gemeenskapslewe van die Bakwena ba Mogopa van Hebron is daar 'n verskeidenheid sosiale eenhede wat verskillend saamgestel is en verskillende funksies verrig. Elke eenheid vorm 'n selfstandige geheel maar is op sy beurt weer geïntegreer in 'n grater geheel. Binne die onderskeie eenhede handel die lede daarvan nie altyd individualisties en willekeurig nie, maar koopereer in belang van die lede en handel volgens bepaalde norme (Vermaak 1966 28). Volgens die informante kan die volgende sosiale kategorieë onderskei word:

- Die gesin

Die gesin (*lapa*) is 'n regseenheid waarbinne die lede regte en verpligtinge teenoor mekaar kan verkry en bestaan hoofsaaklik uit die man as hoof, sy vrou en hulle afhanklike kinders (Vermaak 1966 30). In teenstelling met die posisie in die verlede toe poligamie voorgekom het, word daar tans met die uitsondering van een of twee gevalle slegs huisgesinne aangetref wat bestaan uit die vader, moeder en hul kinders, of enkelvoudige gesinne. Daarbenewens is daar ook 'n aantal enkelouer-gesinne, dit wil se gesinne wat bestaan uit een van die ouers met hulle kinders.

- Die familiegroep

Die familiegroep (*lesika*) bestaan oorwegend uit huisgesinne waarvan die hoofde in vaderslinie bloedverwante is (Vermaak 1966 35-37). Hulle bewoon gewoonlik 'n sekere gebied en funksioneer byna soos 'n groot gesin vanweë hulle gesamentlike deelname aan gemeenskaplike aktiwiteite. Anders as wat Vermaak (1966 36) vermeld, is die *rremogolo* (*ntatemogolo*) hoof van die groep en nie die "*mogolwane*" nie. Binne die *lesika* beklee die *rremogolo*

(oupa) 'n posisie van agting en gesag weens die feit dat hy die stigter van die groep is, of omdat hy die senior manlike lid van die groep is.

As hoof van die groep is die *rremogolo* verantwoordelik vir die welsyn van die groep en tree hy veral na vore wanneer sake wat die groep raak, bespreek word. Die vernaamste orgaan van die familiegroep as 'n korporatiewe eenheid is die familieraad wat uit die gesinshoofde van die groep en die *rremogolo* bestaan. Die *rremogolo* is tegelyk ook 'n gesinshoof. Die belangrikste funksie van die groep en die raad is om die nodige reelings te tref vir die sluiting van huwelike, die versorging van 'n weduwee en haar kinders, buite-egtelike kinders en die oplossing van probleme wat in die groep ontstaan. Die raad tree ook op as bemiddelaar tussen persone in die groep. Wanneer lede van twee familiegroepe in 'n dispuut met mekaar gewikkeld is, ontmoet verteenwoordigers van die onderskeie rade mekaar by die klaer se tuiste om die geskil te probeer byle. Indien die paging nie suksesvol is nie, word die saak na die *lekgotla* verwys in 'n paging om 'n versoening tussen die partye te bewerkstellig.

Die rol van die familieraad is deesdae beperk weens die feit dat lede hulle nie meer so geredelik aan die gesag daarvan onderwerp nie. Die kan toegeskryf word aan die feit dat die meeste jong lede hulle hoofsaaklik in die stede of dorpe buite die gebied vestig. Indien diesulkes probleme ondervind word die familieraad selde indien ooit, geraadpleeg.

- Die *kgoro*

Die *kgoro* bestaan uit persone wat hulself ag verwant te wees in vaderslinie (Vermaak 1966 38-40). Volgens die informante is daar vier in die gebied, te

wete *Mogopa e kgolo*, *Phuting*, *Marolong* en *Phiring*. Die lede van 'n *kgoro* woon nie noodwendig saam in 'n sekere deel van die gebied nie, maar word wyd verspreid aangetref. Die *kgosana* (hoofman) is hoof van die *kgoro* en hy is verantwoordelik vir die algemene welsyn van die lede van die *kgoro*. Hy neem hulle probleme na die stamhoof indien hyself geen oplossing daarvoor het nie. Die *kgosana* verkry sy posisie deur geboorte, *kgosi ga e rekwe, e a tsalwa* (die stamhoof of hoofman word nie gekoop nie, hy word gebore). Indien hy tot sterwe kom, word hy opgevolg deur sy oudste seun by sy hoofvrou, indien hy meer as een vrou het.

▪ Die stam

Die stam (*morafe*) waarvan die Bakwena ba Mogopa van Hebron 'n gedeelte uitmaak, sluit al die bogenoemde sosiale eenhede in en is uit hulle opgebou. Dit is egter meer as net die somtotaal van die kleiner eenhede want dit vorm 'n geïntegreerde en geordende geheel met sy eie kenmerkende eienskappe waardeur dit op sigself 'n sosiale eenheid vorm. Volgens Eloff (1973 151-152) is hierdie tipiese kenmerk tweërlei van aard. Ten eerste is daar enersyds 'n sentrale gesag wat oor die sosiale eenheid gestel is en wat verantwoordelik is vir die reëling van die onderlinge verhoudinge van die lede daarvan en andersyds die gesamentlike trou en onderwerping van die lede aan daardie sentrale gesag. 'n Tweede kenmerk is die bewoning van 'n gemeenskaplike grondgebied waaruit die lede 'n bestaan maak.

Die stam word gelei deur 'n stamhoof en hy is die sentrale figuur waarom die stam se aktiwiteite sentreer. Alle lede van die stam is nie lede wat hulle lidmaatskap deur geboorte verkry het nie, maar eerder persone wat

hulle aan die sentrale gesag onderwerp het en wat hulle op alle gebiede by die ander lede van die stam aanpas.

Die stamhoof is die hoofuitvoerende beampte van die stam en die sentrale figuur waarin die gesag van die stam setel. Sy belangrikste funksies en bevoegdhede behels onder meer die handhawing van die reg en tenuitvoerlegging van die regspraak en die beheer oor die stamadministrasie en stamgrond. In die uitvoering van sy bevoegdhede en funksies word hy bygestaan deur die stamowerhede in die drie gebiede waarin die stam saamgetrek is.

Ingevolge art. 2(b) van die *Bophuthatswana-Wet op Tradisionele Owerhede*, Wet 23 van 1978, kan die Staatspresident indien die noodsaaklikheid of goeie bestuur dit vereis en na oorlegpleging met lede van die betrokke stam, 'n bestaande stam in twee of meer dele verdeel en vir elke gebied 'n stamowerheid (*puso semorafe*) instel. Elke stamgebied het sy eie hof (*lekgotla*) en hofraadslede. Die stamhoof (*kgosi*) staan aan die hoof van al drie hierdie owerhede en tree ook op as voorsitter van die plaaslike hof in die onderskeie gebiede.

Stamvergaderings (*dipitso*) word beurtelings in elkeen van hierdie drie gebiede gehou. Hierdie vergaderings moet deur al die hofraadslede van die onderskeie gebiede bygewoon word en deur soveel stamlede as moontlik uit die ander gebiede. Sodoende word eenvormigheid in die stam gehandhaaf.

1.3.3 Die hofstelsel

Daar bestaan slegs een hof (*legkotla*) op Hebron wat nie met die ander twee howe op Bethanie en Jericho op hoër vlak binne stamkonteks geïntegreer is nie. Hierdie stelsel wyk dus af van die hofmodel van wyks-(distriks-)howe wat uiteindelik in 'n geïntegreerde hoër-(stam-)hof geïntegreer word (vgl. Schapera 1970 279-295).

Die hof omvat die stamhoof (*kgosi*), wat as voorsittende beampte optree, en die hofraadslede. Hierdie hofraadslede bestaan uit die hoofmanne (*dikgosa-na*) van die vier *dikgoro*, en tien ander verkose raadslede uit die gebied. Hierdie tien raadslede staan as *balekgotla* bekend. Alle volwassenes, insluitende vroue en nie-stamlede, kan aan die regspleging deelneem deur aan die partye vrae te stel en die stamhoof oor die feite en toepaslike reg te adviseer.

Die *legkotla* op Hebron is dus nie net alleen die enigste nie, maar ook die hoogste hof in die gebied en het jurisdiksie om alle regsgedinge waarby vraagstukke van stamgebruik wat deur stamlede nagevolg word, te beslis. Die hof beslis sodanige vraagstukke ooreenkomstig die stamreg wat op sodanige gebiede van toepassing is behalwe vir sover sodanige stamreg herroep of gewysig is of strydig is met die openbare beleid of met die beginsel van natuurlike geregtigheid (artikel 4 van die *Bophuthatswana-Wet op Tradisionele Howe*, Wet 29 van 1979).

Ingevolge artikel 5(1) van die bogenoemde wet, het 'n stamhof oorspronklike en uitsluitende regsag om alle siviele aksies en sake te verhoor en te beslis in die geval waar -

- (a) dit ontstaan tussen persone van sy eie stam;
- (b) die verweerder of respondent in die regsgebied van die stamowerheid woon of 'n woning aldaar het of indien hy in die regsgebied van die stamowerheid besigheid dryf of in diens is;
- (c) enige vennootskap of besigheidspersoneel het wat binne die stamowerheidsgebied geleë is of waarvan 'n vennoot binne sodanige gebied woon;
- (d) enige persoon, ongeag of hy binne die stamowerheidsgebied woon, besigheid dryf of in diens is, indien die skuldoorsaak van die eis ten volle binne sodanige gebied ontstaan het;
- (e) enige verweerder of respondent verskyn en geen beswaar maak teen die regsmag van die hof nie; en
- (f) enige persoon die eienaar is van onroerende eiendom geleë binne die stamowerheidsgebied en die geding betrekking het op sodanige eiendom, met dien verstande dat "uitsluitende regsmag" nie ook beteken tot uitsluiting van die howe van ondergeskikte liggame nie.

Ingevolge art. 2 van die *Bophuthatswana-Wet op Tradisionele Howe*, Wet 29 van 1979, het 'n stamhof geen regsmag om enige siviele eis wat nie uit stamreg ontstaan nie en daaraan vreemd is, te verhoor en te beslis, en het ook geen regsmag in sake waarin -

- (a) die geldigheid of uitleg van 'n testament of ander testamentêre dokument in geskil is;
- (b) die status van 'n persoon ten opsigte van geestelike bekwaamheid geraak word;
- (c) 'n bevel tot ewigdurende stilswye aangevra word;

- (d) 'n vonnis van nietigheid, egskeiding of skeiding ten opsigte van 'n huwelik gevra word;
- (e) die stamowerheid of die kaptein of die hoofman, na gelang van die geval, 'n party is.

Ingevolge art. 9(1) van bogenoemde wet is 'n Magistraatshof, ingestel kragtens die *Bophuthatswana-Wet op Magistraatshofe*, Wet 10 van 1973, 'n hof van appèl vanaf die stam binne die regsgebied van sodanige magistraatshof, en het volle bevoegdheid om enige bevel, vonnis of verrigting of straf opgelê deur 'n stamhof, te hersien, te vernietig, te wysig of te verbeter of om te gelas dat 'n saak uit sodanige hof opnuut verhoor moet word om sodanige bevel in die saak uit te vaardig as wat die regsbelang mag vereis.

Enige persoon wat voornemens is om te appèlleer teen die bevinding of bevel van die stamhof, moet binne veertien dae vanaf die datum van sodanige bevinding of bevel die klerk van die stamhof kennis gee van sodanige appèl (art. 26(1)). Die kennisgewing van appèl kan mondelings of skriftelik aan die stamhof gegee word, en moet sodanig wees dat die gronde van appèl vermeld word.

Die magistraatshof waarheen geappelleer word is op Ga-Rankuwa geleë en hoor appèlle aan van al drie die howe uit die onderskeie gebiede, dit wil sê Hebron, Bethanie en Jericho. Ingevolge art. 9(1)(a) van die *Wysigingswet op Tradisionele Howe*, Wet 36 van 1989, moet twee persone wat in die distrik woonagtig is en oor 'n deeglike kennis van die reg en gebruike van die stam beskik, die voorsittende beampte bystaan ten einde hom van raad en advies te bedien.

1.3.4 *Kultuurveranderinge*

Uit waarneming blyk dit dat daar by die Bakwena ba Mogopa van Hebron 'n verandering in hulle tradisionele lewenspatroon in 'n Westerse rigting plaasgevind het. Daar bestaan egter geen betroubare maatstaf waarvolgens die graad van verwestersing of verandering in 'n Westerse rigting gemeet kan word nie. Op die gebied van die ekonomie kan verwestersing in verband gebring word met die mate van deelname aan en inskakeling by Westerse ekonomiese stelsels. Alhoewel die proses van verwestersing op ekonomiese gebied opvallend is, is ekonomiese ontwikkeling egter nie die enigste aanduiding van verwestersing nie. Daarbenewens verskaf 'n uiterlike oorname van 'n Westerse leefwyse nog geen waarborg dat die innerlike lewensnorme van die Westerse beskawing tot dieselfde mate ingeburger geraak het nie. Die ontwikkelingsvlak van die mensepotensiaal is ook 'n belangrike aanduiding van verwestersing, en as ekonomiese ontwikkeling nie geskied aan die hand van menslike ontwikkeling nie, impliseer dit dat die algemene lewenswyse van mense wel dalk die vorm van verwestersing kan vertoon terwyl die inhoud nie in dieselfde mate verwesters het nie (Strydom 1985 72-75).

Alhoewel daar baie inwoners van Hebron is wat graag die beeld van 'n verwesterse persoon na buite vertoon, soos byvoorbeeld die dra van Westerse klere en die oprigting van 'n moderne Westerse woning, word tradisionele opvattinge nog steeds gehuldig soos wat dit ook in die onderhawige studie op die gebied van die kontraktereg duidelik sal blyk. Daarom word daar van die standpunt uitgegaan dat verwestersing nie as die ekwivalent van ontstamming of die aflegging van eie kultuurgoedere gesien moet word nie. Verwestersing vernietig dus nie identiteit nie maar gee eerder nuwe betekenis daaraan.

Een van die belangrikste faktore wat 'n verandering by die bestudeerde mense bewerkstellig het, was die voortdurende noue kontak van die inwoners van Hebron met blanke persone en die Westerse geldeconomie. Daar is 'n groot aantal mans en vroue wat daaglik in Pretoria, die Witwatersrand en omliggende gebiede werksaam is. Sommige van hierdie werkers vestig hulle tydelik in die stede en keer teen die einde van hulle diensteryn weer na hul woongebied terug. Die effek hiervan kan baie duidelik in die sosiale organisasie van die betrokke mense gesien word. In die verlede was die groter gesinne-eenheid, met ander woorde gesinne wat tot stand kom deur die manlike verwante van een stamvader, 'n hegte en saamgebonde eenheid. Die mense het almal bymekaar gewoon onder die gesag van die hoof van die huisgesin wat op sy beurt weer onder die gesag van die senior verwante gestaan het. Vandag woon huisgesinne elkeen afsonderlik op sy eie perseel wat die gesag van 'n man se seniors oor sy en sy huisgenote se doen en late aansienlik verminder.

Dit is egter insiggewend dat die verbrokkeling van sosiale bande wat met afkoms en verwantskap te doen het, nie so absoluut is nie. Anders as in die Westerse gemeenskappe het die volwasse individu nie in alle opsigte beheer oor sy regte en verpligtinge nie. Huweliksonderhandelinge word in die meeste gevalle steeds tussen twee familiegroepe gevoer en trougoedere word in alle gevalle gelewer. Daarbenewens is 'n vrou in 'n inheemse huwelik nog steeds onder die gesag van haar man.

'n Verdere belangrike faktor is die invloed van veral drie kerkgenootskappe op Hebron, naamlik die Lutherse, Anglikaanse en N.G. Kerk in Afrika. Ongeveer 90% van die inwoners word deur sommige leraars van die plaaslike

gemeentes en die inwoners self, as Christene bestempel. Alhoewel hierdie gegewens 'n baie gunstige beeld bied as kerstening hiervolgens bepaal moet word, omvat dit egter nie die totale verhouding van die mens tot die bonatuurlike nie. 'n Leraar van een van die bogenoemde drie kerkgenootskappe het tydens 'n sosiale geleentheid by een van die informante daarop gewys dat die betrokke informant en getroue lidmaat van sy kerk weier om dienste by te woon sedert hy sy vrou aan die dood moes afstaan. Volgens die informant werk die dood besoedelend in op die gemeenskap en kan hy gevolglik ten minste 'n jaar lank nie saam met ander getroude pare in een kerk dienste bywoon nie. Volgens die leraar is daar baie taboereëls wat nog nagekom word en is daar ook lidmate wat in krisistye steeds van waarsêers en toordokters gebruik maak. Hieruit kan dus afgelei word dat vir baie kerstening nie 'n breuk met die oue beteken nie, maar eerder 'n selektiewe aanpassing van die oue en die nuwe in 'n meer aanvaarbare vorm. Die verdoeming wat bogenoemde kerke uitspreek teen alle vorms van veelwywery, die geloof in voorvadergeeste en die gebruik van towerkrag, het nietemin die tradisionele godsdiens en sy geïntegreerdheid met die ekonomie, sosiale en politieke lewensfasette grondig aangetas.

Verpligte skoolopleiding in die gebied het ook 'n invloed op die lewenspatroon van die betrokke mense. Daar is verskeie skole in die gebied wat ook voorsiening maak vir hoërskoolopleiding. In die Hebrongebied is Hebron self ontwikkel tot 'n opvoedkundige sentrum waar selfs voorsiening gemaak is vir die opleiding van onderwysers. Dit het tot gevolg dat die jong mense met die geleerdheid wat hulle verkry betrekkinge buite die landelike gebied aanvaar en sodoende self oor hulle verdienstes beskik. Dit het 'n invloed

op hulle handelingsbevoegdheid soos wat later in hierdie studie aangetoon sal word.

Volgens rekords van die plaaslike stamkantoor op Hebron is daar 65 besighede in die gebied geregistreer wat jaarliks belasting by die stamkantoor betaal. Hierdie besighede behels onder meer kafees, algemene handelaars, slaghuise, melkerye, vars produkte winkels, sweiswerke, steenkoolagentskappe, steenmakers, grafsteenmakers en begrafnisondernemers. Die afgelope tyd is opvallende vordering gemaak met die vestiging van 'n breëre infrastruktuur met 'n behoorlike vervoernetwerk, watervoorsiening, elektrisiteitsvoorsiening en 'n verskeidenheid van ander dienste en geriewe om te voldoen aan die behoeftes van 'n stedelike lewenstyl.

1.4 Aanbieding van gegewens

In hoofstuk 1 is die probleem- en doelstelling van die studie vermeld en die metode wat aangewend is om hierdie doelstellings te bereik, aangedui. Voorts is 'n paar algemene opmerkings oor die betrokke mense gemaak ten einde die studie in konteks te plaas.

In hoofstuk 2 word die inheemse kontrak as regsverskynsel behandel aan die hand van standpunte uit die beskikbare literatuur en word 'n teoretiese raamwerk voorgestel waarbinne hierdie standpunte sinvol verreken kan word. In die lig van die klem wat daar hedendaags deur navorsers op die noodsaak van 'n duidelike aanduiding van navorsingsmetodes en -tegnieke geplaas word, bevat hierdie hoofstuk verder 'n uiteensetting van die breë metodologiese benaderings wat by die optekening van inheemse regstelsels gevolg word. Alhoewel boekstaving nie as 'n metode van regsoptekening

beskou word nie, word dit ook in hierdie hoofstuk aan die orde gestel aangesien die finale doel is om die resultaat van hierdie studie op so 'n wyse beskikbaar te stel dat dit onder meer kan dien as hulpmiddel vir wetenskaplike ondersoeke van die inheemse kontraktereg.

In hoofstuk 3 word die aard van die inheemse kontrak behandel met die klem op 'n kontrak as bron van 'n verbintenis, en sekere regshandelinge wat tot verbintenisse aanleiding gee sonder dat die partye wilsooreenstemming daarvoor bereik het.

In hoofstuk 4 word aandag gegee aan die vereistes vir die totstandkoming van 'n kontrak in die inheemse reg en in hoofstuk 5 aan die partye by die kontrak en sekerheidstelling vir 'n skuld. In hoofstuk 6 word kontrakbreuk en die regsmiddels op grond daarvan behandel terwyl in hoofstuk 7 die tenietgaan van verbintenisse in die inheemse reg met spesifieke verwysing na verjaring, skuldvergelyking, voldoening, kwytskelding, novasie en skuldvermenging onder die aandag kom.

In hoofstuk 8 word aandag gegee aan kontrakte wat in verband staan met die permanente uitruil van goedere en dienste; in hoofstuk 9 aan kontrakte vir die tydelike oordrag van goedere, insluitende bewaargewing en lasgewing; en in hoofstuk 10 aan kontrakte wat die partye se status beïnvloed. Die laaste hoofstuk bevat 'n samevattende gevolgtrekking.

Hoofstuk 2

Enkele standpunte in verband met die inheemse
kontrak en navorsing daaroor

2.1 Inleiding

Die teenstrydige standpunte in die beskikbare literatuur oor die inheemse kontraktereg in Suider-Afrika toon duidelik dat dit 'n studieveld is wat nog nie volledig ondersoek is nie. 'n Eerste poging daartoe is die algemene studie in 1990 van die Universiteit van Suid-Afrika se Sentrum vir Inheemse Reg: *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Daar is ook 'n aantal artikels in vaktydskrifte wat fasette van die inheemse kontraktereg behandel, maar meestal word dit nie binne 'n teoretiese raamwerk gedoen nie. Alhoewel daar skrywers is wat na bepaalde kontrakte in die inheemse reg verwys, is andere weer van mening dat dit beter is om die begrip kontraktereg of verbintenisreg te vermy. Gevolglik sal in hierdie hoofstuk gepoog word om die onderskeie standpunte uit die literatuur oor die inheemse kontraktereg te stel en te evalueer ten einde voorlopig te bepaal of die verskynsel wat as kontrak getipeer word, bekend is aan die inheemse reg. Daarbenewens word die verskillende standpunte in die literatuur oor die benadering en metode wat gevolg moet word om so 'n verskynsel te bestudeer, aan die orde gestel. Alhoewel boekstaving nie as 'n navorsingsmetode beskou word nie, word dit ook in hierdie hoofstuk behandel aangesien die resultaat van hierdie navorsing 'n vorm van boekstaving is waardeur 'n bydrae tot regsekerheid en konsekwente regstoepassing gelewer kan word.

2.2 Die inheemse kontrak as regsverskynsel

Alhoewel die begrip "kontrak" in die omgangstaal in 'n minder gespesialiseerde wyse aangewend word, het dit 'n gespesialiseerde betekenis in die reg. In sy minder gespesialiseerde alledaagse betekenis is 'n kontrak volgens die Oxford English Dictionary: "An agreement between two or more parties that something should be done or foreborne by one or both" en in sy meer gespesialiseerde betekenis: "An agreement enforceable by law".

Volgens die Romeinse reg is kontrakte afsprake tussen persone wat verbintenisse in die lewe roep indien aan sekere vereistes voldoen word. Hierdie verbintenisse hou regsgevolge in, naamlik die reg om prestasie te eis teenoor die verpligting om prestasie te lewer. In die lig van hierdie betekenisinhoud van kontrakte word die gebruik daarvan in ongespesialiseerde regstelsels dikwels bevraagteken. Mahoney (1977 58) stel dit soos volg: "Perhaps the argument which has been put with most force is that contracts are unusual and inappropriate where people's relations with each other are multi-stranded and intense, where most transfers of property and services are made on the basis of people's social positions, and where obligations and generosity are held to be more important than rights."

Maine (1917 99) definieer 'n kontrak in sy minder gespesialiseerde betekenis as "the free agreements of individuals" waarin die partye hulle onderskeie regte en verpligtinge onderneem het. Maine (1917 179) wys daarop dat 'n persoon se sosiale posisie in ongespesialiseerde stelsels deur geboorte bepaal word en dat dit in so 'n mate vasgestel is dat dit min ruimte laat vir kontraksluiting. Volgens Pospisil (1971 150) hang die regte van individue in hulle verhouding tot mekaar *de facto* af van die status wat hulle

deur geboorte of deur hulle beroep verkry. Daar is egter teoreties en *de iure* verskeie kontraksoorte tot hulle beskikking deur middel waarvan regte en verpligtinge verkry kan word en sake en dienste uitgeruil kan word.

Allott, Epstein en Gluckman (1969^b 81) definieer 'n kontrak as "an enforceable agreement" alhoewel Gluckman in sy ander werke die term kontrak op 'n minder gespesialiseerde wyse gebruik het (vgl. Mahoney 1977 58). Gluckman (1967 29) wys daarop dat streng kontraktuele verhoudinge onverenigbaar is met "multi-stranded relations" wanneer hy verklaar: "As most important obligations reside in relationships established by birth or marriage, or by political position, the nature of these obligations is defined by the status of the parties involved. All these relationships are marked, in the widest sense, by a stress on generous helpfulness and love and mutual give-and-take. No multiplex relationships can survive if the parties insist on their rights only and try to live by the letter of the law ... Lozi law in treating the code of kinship therefore stresses duty and obligation rather than right. Generosity and forbearance are the main obligations; and these are extended to neighbours and fellow-citizens."

Die onderliggende tema van Gluckman se argument is volgens Mahoney (1977 61) dié van "a scale of relations from close kinsman to distant stranger, which is combined with a scale of transactions governed at one end by generosity and at the other by contract, and with a scale of morality from love to self-interest". Die fundamentele beswaar teen hierdie hipotese van Gluckman blyk 'n empiriese een te wees. Volgens Mahoney (1977 62) word kontrakte onder die Babirwa van Botswana tussen noue verwante en bure gesluit: "For these people multi-stranded ties characterized by the generous

exchanges of certain services co-exist with the contractual exchanges of others in single relationships." Daar is aanduidings dat sulke kombinasies nie uniek is aan die Babirwa nie. Schapera (1969 322) vermeld dat kontraksluiting tussen noue verwante en selfs tussen sibbes onder sekere groepe van die Batswana plaasvind.

Mahoney (1977 58) skryf dat daar geen twyfel bestaan dat kontraksluiting 'n wyse is waarvolgens regte en verpligtinge verkry kan word nie. Die trefwydte en inhoud daarvan word egter bepaal deur die sosiale verhouding waarin die partye hulle tot mekaar bevind. Kontrakte word selfs tussen noue verwante gesluit ten opsigte van sekere transaksies, en dan is die doel van die kontrakterende party "one of insulating that aspect of their relationship which is characterized by freely given assistance and in which no one counts the cost, from transactions which all hold to be potentially disruptive and which are a regular cause of complaint and dispute" (Mahoney 1977 62).

Volgens Allott, Epstein en Gluckman (1969^b 77) is dit slegs in Westerse regstelsels waar blote beloftes afdwingbaar is. In die inheemse regstelsels word slegs aan reële kontrakte uitvoering gegee - dit wil sê, kontrakte in terme waarvan een van die partye presteer of gedeeltelik presteer het. Gevolglik is dit slegs in Westerse regstelsels waar skadevergoeding vir die verbreking van 'n blote belofte toegeken kan word (vgl. Mahoney 1977 58-59). Hierteenoor is Schapera (1965 142) die enigste skrywer wat van mening is dat 'n blote belofte afdwingbaar is in die inheemse reg en dat 'n party by die verbreking van 'n belofte geregtig is op spesiale skadevergoeding (1965 152). Hy illustreer sy standpunt met 'n saak (*Goitumelang v.*

Lekwee, Ngwaketse 74/1913) waarin 'n sekere man sy vrou belowe het dat indien hulle sou trou, hy nie poligamie sou beoefen nie. Kort daarna wou die man egter met 'n ander vrou ook trou, waarop sy vrou by die hof gaan kla het en die man beveel is om sy belofte gestand te doen. Benewens die feit dat hofsake nie altyd korrek en volledig gerapporteer word nie, wil dit nie sê dat daar geen prestasie aan die kant van die vrou was nie. In hierdie studie sal aangetoon word dat 'n prestasie nie noodwendig 'n materiële waarde hoef te hê nie.

Uit Walker (1969 65-76) se bespreking van die kontraktereg van die Bamalete van Botswana blyk dit dat hy die bestaan van die kontraktereg by die Bamalete bevraagteken. In sy se eie woorde is die fundamentele doel van die kontraktereg "to provide the rules under which once a bargain is struck, the value of that bargain is forthcoming" (Walker 1969 66). Volgens hom vervul die kontrak van die Bamalete egter 'n ander funksie as onder die gemenerereg. Hy meld dat 'n kontrak geen waarborg aan die partye bied dat daar ten volle aan hulle verwagtinge voldoen sal word indien hulle in terme van die ooreenkoms presteer of bereid is om te presteer nie. Al sekerheid wat die kontrak volgens hom bied, is dat elke prestasie volgens waarde vergoed sal word. Die idee sou dan wees om die partye in die posisie te plaas waarin hulle sou gewees het indien die kontrak nie gesluit was nie, en nie om hulle in die posisie te plaas waarin hulle sou gewees het as die kontrak uitgevoer is nie. In sy antwoord op Walker se studie van die kontraktereg van die Bamalete van Botswana, skryf Roberts (1970 62) dat alhoewel die howe bereid is om die terme van 'n ooreenkoms te wysig waar dit tot onmin aanleiding sal gee, dit egter nie die enigste doelwit van die howe is om toe te sien dat 'n party nie slegter af is as voor

kontraksluiting nie. Roberts (1970 62) haal 'n saak aan, naamlik *Seremane v. Tabana* (Chief's Court, No. 93/1961) waar die hof die terme van die kontrak spesifiek afdwing het soos wat die partye dit beding het.

Volgens Moore (1969 376) is die afdwingbaarheid van kontrakte deur die hof egter van sekondêre belang omdat "the most important place where legal rules and ideas operate is outside of the courts". Gevolglik moet die betekenis van 'n gemeenskaplike ooreenkoms elders gesoek word. Afdwingbaarheid moet egter nie net tot die hof beperk word nie. Dit is opvallend dat die oorgrote meerderheid van enige gemeenskap gewoonlik die meeste regsreëls en ander reëls getrou naleef sonder om bewus aan dwang te dink. Die aanleiding tot dergelike vrywillige nalewing van die reg dui dikwels aan of 'n besondere reël ook 'n regsreël is, selfs al is die aard daarvan nog nooit deur die hof bepaal nie.

Alhoewel die beskikbaarheid van organe soos 'n hof om die reg af te dwing, beslis die nalewing van die reg bevorder, is die volgende faktore nietemin van selfs groter belang: die religieuse of sakrale element van die reg; die openbare mening; die wete dat iemand wie se regte bedreig word, stappe sal doen om sy regte te beskerm of regsherstel te verkry; en die invloed wat uitgaan van die volksleiers wat vir die nalewing van die reg sorg, sonder dat of voordat daar sprake van regsbeslissings is. Hierbenewens word die onmiddellike of plaaslike hoofde steeds geraadpleeg alvorens oorgegaan word tot belangrike optrede van enige aard. Op hierdie wyse word seker gemaak dat teen die voorgestelde optrede geen beswaar ingebring kan word nie en dat die belange van ander nie daardeur op onbillike en onregmatige wyse aangetas sal word nie. Verder word ook verseker dat, indien daar later 'n

regskonflik uit die optrede mag ontstaan, die hof reeds ingelig is en derhalwe sy invloed, in sy hoedanigheid as bemiddelaar, kan laat geld om die gevestigde regte te beveilig en aantasting daarvan te voorkom of regsherstel te verseker (Coertze 1971 5-8).

Myburgh (1981 233-234) skryf dat slegs reële kontrakte bekend is in die inheemse reg. Volgens hom is die ruil, bruik- en verbruikleen van roerende goed en bruikleen van onroerende goed, gewoon. Onderskeidend is die uitplasing van vee en sekerheidstelling vir prestasie wat geleë is in die lewering of aanduiding van goed met die verstandhouding dat dit by prestasie aan die sekerheidstellers sal terugval of by wanprestasie deur hulle verbeur sal word en dat die krediteure intussen aanspreeklik sal wees by verlies, vervreemding of beskadiging van die goed. Hy onderskei ook tussen kwasikontrakte en meld dat dit by saakwaarneming voorkom, onder meer wanneer 'n nie-agnaat onderhou word, en by verryking veral wanneer namens 'n omvattende agnaatgroep oor die goed van 'n samestellende agnaatgroep ten behoeve van 'n ander sodanige groep beskik is.

Strydom (1985 429) meld dat die Suid-Sotho van Qwaqwa bekend is met 'n verskeidenheid van kontrakte wat met die versamelnaam *ditumellano* (kontrakte) aangedui kan word. Volgens Strydom is sommige kontrakte meer algemeen van aard soos 'n koopkontrak, 'n ruilkontrak, 'n leenkontrak en 'n dienskontrak. Ander kontrakte is meer spesifiek van aard soos 'n *mafisa*-kontrak. Strydom noem ook 'n aantal kontrakte wat hy as kwasikontrakte beskou, byvoorbeeld die ooreenkoms dat 'n bevoegde verwant of vriend iemand anders se kind sal grootmaak of die bydrae van 'n *malome* (moedersbroer) tot die onderhoud en bruidskat van sy susterskind en sy gevolglike aanspraak op 'n

deel van haar huweliksgoed (*bohadi*). Volgens hom "is dit opmerklik dat kontrakte en die beginsels waarop dit berus asook die vereistes waaraan kontrakte onderhewig gestel word, intervervlegd is met en 'n integrale deel vorm van die totale kultuur" (1985 525).

Alhoewel Pauw (1985 118-135) tussen verskeie kontrakte onderskei by die Imidushane en Amabhele van Ciskei, is sy beskrywing van die totstandkoming en afdwingbaarheid van kontrakte, teenstrydig en verwarrend. Volgens Pauw (1985 112) kom geen kontrak tot stand alvorens prestasie nie gelewer is nie. Terselfdertyd skryf hy dat alle kontrakte as voorwaardelik beskou word en dat 'n party slegs aanspreeklik is indien die ander presteer het. Hy stel dit soos volg: "Kontraktuele aanspreeklikheid berus daarin dat 'n party wat nie presteer nie dit wat reeds presteer is, moet teruglewer indien hy nie presteer nie. Gedeeltelike prestasie deur die een party maak nie die ander party aanspreeklik vir prestasie nie. Wat kan gebeur is dat 'n nuwe ooreenkoms gesluit word wat vir verdere prestasie by 'n later geleentheid voorsiening maak. In so 'n geval sal die ander party dan presteer" (Pauw 1985 114). Bogenoemde is nie net alleen vir 'n Westerse juris onverstaanbaar en onbruikbaar nie, maar ook moeilik begryplik vir die regsgeleerde wat geskool is in die inheemse reg.

Volgens Bekker (1989 332) is daar nie 'n wesenlike onderskeid tussen die inheemse en die algemene Suid-Afrikaanse koop-, ruil- en leenkontrak nie. Hierdie siening word gestaaf deur die feit dat daar geen verwysing in sy boek is wat die inheemse kontrak as reële kontrak beskryf nie.

Olivier en ander behandel in Hoofstuk 15 van hulle boek onder die opskrif "Die skuldereg" gegewens wat in die Westerse regstelsels onder die sakereg en kontraktereg tuishoort. Alhoewel die Oliviers spesifiek na sekere kontrakte soos die dienskontrak verwys (1989 549), skyn dit volgens hulle beter te wees om die wyer begrip "skuldereg" in plaas van verbintenis- of kontraktereg te gebruik, "omdat die tradisionele gewoontereg verskeie gevalle onderskei waar die verpligting om 'n skuld te delg of 'n (teen)prestasie te lewer, nie voortvloei uit 'n konsensuele kontrak nie, maar uit die toepassing of werking van bepaalde regsbeginsele" (1989 544). Dit is egter geensins duidelik waarom die benaming "skuldereg" verkies word nie veral waar die deliktereg nie ook as onderdeel van die skuldereg behandel word nie, aangesien skulde immers nie net uit verbintenisse by kontrakte voortvloei nie.

Benewens die feit dat 'n verbintenis ook uit 'n onregmatige daad kan ontstaan, kan dit ook uit verhoudings verwant aan kontrakte en verhoudings verwant aan onregmatige daade voortvloei. 'n Kontrak mag wel een van die belangrikste bronne van 'n verbintenis wees, maar is beslis nie die enigste nie. Die Oliviers se voorkeur aan skuldereg bo kontraktereg verreken dus nie die onregmatige daad as bron van skuld nie aangesien hulle 'n afsonderlike hoofstuk aan onregmatige daad wy. Gevolglik gaan hulle argument ten gunste van skuldereg nie op nie.

Bogenoemde skrywers tref ook nie 'n duidelike onderskeid tussen die kontrak of verbinteniskeppende ooreenkoms en ander ooreenkomste wat regsgevolge het nie en daarom word regsfigure wat eerder in die sakereg tuishoort ook onder die "skuldereg" behandel. Met hierdie studie sal byvoorbeeld getoon

word dat op die gebied van die materiële privaatreë ook die huweliksooreenkoms, die skulddelgende ooreenkoms en die saaklike ooreenkoms bekend is aan die inheemse reg. Alhoewel die huweliksooreenkoms ook verbintnisse in die lewe roep soos verbintnisse tot wedersydse onderhoud, word dit egter nie gesluit met die oog op die skepping van verbintnisse nie, en word dit dan ook nie deurgaans beheers deur die beginsels wat op kontrakte van toepassing is nie. In teenstelling met die kontrak word by die skulddelgende ooreenkoms nie die skepping van 'n regsband beoog nie, maar die ontknoping daarvan. 'n Voorbeeld van 'n skulddelgende ooreenkoms in die inheemse reg is die ooreenkoms van kwytstelling. Dit kan egter ook gebeur dat die skulddelgende ooreenkoms tegelyk verbintnisskeppend is, en dan kan wel van die ooreenkoms as kontrak gepraat word. Dit is die geval by die skuldvernuwingsooreenkoms waardeur 'n skuld gedelg word en 'n nuwe in die plek daarvan gestel word (vgl. De Wet en Yeats 1978 4-5).

Ook by saaklike ooreenkomste word daar gewoonlik nie verbintnisse geskep nie, maar regte oorgedra, en meer bepaald saaklike regte, byvoorbeeld A dra deur lewering 'n bees aan B oor wat dit in eiendom ontvang. Indien die partye nie eenstemmig is nie, het die fisiese oordrag egter nie eiendomsoorgang tot gevolg nie. Die saaklike ooreenkoms kan ook 'n skulddelgende ooreenkoms wees, naamlik waar die oordraer geld oordra ter voltoening van 'n skuld, byvoorbeeld die verkoper lewer die verkoopte bees aan die koper (De Wet en Yeats 1978 5).

Skrywers is dit eens dat daar in die inheemse reg 'n hele aantal geykte kontraksoorte bestaan waarvan mense gebruik maak in die alledaagse verkeer met mekaar, soos koop, ruil, huur, lasgewing en bewaargewing. In die

Oliviers se bespreking van die "skuldereg" verwys hulle self ook deurlopend na verskeie ooreenkomste en kontrakte wat in die inheemse reg voorkom en meld hulle spesifiek dat dit dieselfde inhoud het en deur dieselfde regsreëls beheers word as dié in die gemenerereg (1989 546). Uit die onderskeie standpunte kan dus afgelei word dat die verskynsel wat as kontrak getipeer word bekend is aan die inheemse reg en dat dit nie verkeerd is om van die inheemse kontraktereg te praat nie. Die eiesoortige aard van elke kontrak moet egter in gedagte gehou word aangesien besondere voorskrifte vir elke kontrak geld wat die regte en verpligtinge van die partye wesenlik beïnvloed.

2.3 Benaderinge tot die studie van inheemse regsisteme

2.3.1 *Inleiding*

Uit die literatuur oor regsoptekening by die inheemse volke van Afrika blyk daar veral twee moontlikhede waarby daar vir doeleindes van hierdie studie aansluiting gevind kan word. Eerstens is daar die regswetenskaplike benadering ingevolge waarvan die reg op plaaslike vlak van ander reëls onderskei word en die reg beperk word tot daardie reëls wat deur staatlik erkende regsorgane afgedwing sal word. Tweedens is daar die antropologiese benadering waarmee, soos Roberts (1979 198) dit stel, weggebreek word uit 'n strenge "legal mould". Met hierdie benadering word die klem op die bemiddelingsproses in geheel geplaas terwyl die *de iure* reg op nasionale vlak en die staatlik erkende regsorgane slegs as van belang geag word in soverre dit binne die totale bemiddelingsproses 'n rol speel. Daarom word 'n meerdere mate van erkenning gegee aan die rol wat arbiters en ander nie-formeelregtelike tussengangers in die dispuutproses speel.

Die geskiktheid van die bogenoemde twee benaderinge op die probleemstellinge van die onderhawige studie kan egter nie beoordeel word sonder om vooraf te bepaal hoe die reg ontstaan en wat presies daarmee bedoel word nie. Maine beweer dat die reg binne 'n bepaalde gemeenskap tot stand kom uit bevele en beslissinge van 'n dwingende gesagsinstansie. Die belangrikste bron van die reg moet dus volgens Maine in die aktiwiteit van 'n wetgewer gesoek word. Dit is ook die opinie van belangrike regsgeleerdes soos Austin, Salmond en andere. Vir hulle het die regstelsel bestaan uit slegs daardie bepalinge wat die hof as orgaan van die soewereine staatsgesag bereid was om te erken en in die praktyk te laat toepas (Coertze 1973 220).

Vandag is daar egter redelike eenstemmigheid dat die reg voortvloei uit die voorskrifte van korrekte gedrag wat nodig geag word vir die instandhouding van die gemeenskapsorde waaruit die reg voortvloei. Die taak van die regsgeag wat die nakoming van hierdie lewensvoorskrifte waarborg deur oortreders met dwang op die regte spoor te hou, is slegs om die korrekte reg te vind en dit dan toe te pas. Die bestaan van 'n regsgeag is dan juis die gevolg van die bestaan van gedragsreëls in 'n maatskappy en nie noodwendig die oorsaak daarvan nie.

Die reg word dus deur die regsbewussyn van die gemeenskap aangedui binne die algemene lewensreëls wat die gemeenskapsorde bewaar en waarvan die regsvoorskrifte slegs 'n onderdeel vorm. Benewens die regsreëls is daar ook gedragsreëls en gewoontereëls wat almal daarop bereken is om orde te bevorder. Hierdie totale gedragsreëls as die bron van die reg dui op die feit dat die reg binne hierdie totale eenheid daardie gedeelte van die gewoontereëls omvat wat ooreenkomstig die regsbewussyn van die gemeenskap

absoluut noodsaaklik geag word vir die instandhouding van die gemeenskapsorde (Coertze 1973 222).

In die minder gespesialiseerde gemeenskap is daar gewoonlik weinig noodsaaklikheid om fyn te onderskei tussen regsreëls en die reëls van etiket, van die moraliteit of van die religie soos wat dit in gespesialiseerde gemeenskappe gebruiklik is. Die meeste van hierdie reëls word intuïtief as bindend aanvaar en vroeg reeds in die gedagte van elke individu ingeprent. Oortreding van hierdie reëls bring gewoonlik vir die oortreder en sy groep nadelige gevolge mee wat kan strek van blote afkeuring tot streng openbare sanksies, godsdienstige sanksies, ekonomiese sanksies of regsanksies afhangende van die soort oortreding of omstandighede van die oortreding of die status van die oortreder in sy gemeenskap (Coertze 1973 221).

Die onderskeiding tussen regsreëls en ander reëls is die produk van hedendaagse analitiese denke en is nie algemeen aan die mens in sy gemeenskap bekend nie en het om verskeie redes ontstaan. Een rede is natuurlik dat sodra die regspleging ten opsigte van 'n gemeenskap in die hande geplaas word van vreemdelinge soos byvoorbeeld amptenare belas met die toepassing van die inheemse reg, dit vir sulke persone noodsaaklik word om te weet wat die regsreëls is wat hulle moet toepas en ook wanneer of in welke gevalle 'n verontregte party hom op die tussenkoms van die howe kan beroep en die howe regskoste mag toestaan. Die regswetenskaplike moet om analitiese redes ook tussen die erkende en algemene toepaslike reg enersyds en plaaslik afwykende gebruik andersyds onderskei om te bepaal onder welke omstandighede hierdie laasgenoemde gebruik regskrag het.

2.3.2 Die regs wetenskaplike benadering

Daar kom lank reeds uit verskeie oorde beswaar teen 'n regsbenadering van inheemse reg as sou vooropgestelde begrippe wat van Westerse regstelsels afkomstig is, van toepassing gemaak word op verskynsels waarby dit nie aansluit nie. Volgens Myburgh (1981 229-230) is die struikelblok waarvoor die belangstellende te staan kom die verskil tussen die twee tipes regstelsels, wat reeds aanleiding gegee het tot verskeie meninge oor die teoretiese benadering van die ongespesialiseerde tipe. Hy wys daarop dat sommige skrywers die dinkmiddele wat in die gewone regstudie aanvaarding verkry het, wil uitsluit ten gunste van 'n nuwe terminologie vir universele regsverskynsels of van die uitdrukkingsvorme van die afsonderlike betrokke inheemse volke of van beskrywing sonder regsterme. Volgens Myburgh is die kritiek onverdraagsaam en onmatig omdat die toevallige verskil tussen gespesialiseerde en ongespesialiseerde regstelsels tot grondliggende verskil verhef word.

Daar kan met Myburgh saamgestem word dat die verskil tussen ongespesialiseerde en gespesialiseerde stelsels nie wesenlik is en nêrens iets anders as die reg kan wees nie en dat uitdrukkingsmiddele wat op regstelsels betrekking het, daarom toelaatbaar is ongeag die oorsprong daarvan, hetsy gevestigde gebruik of nuwe ontwerp. Myburgh (1981 230) bring die bestudering van die ongespesialiseerde reg in verband met taal en meld dat ten opsigte van taal wat, soos die reg, een van die kultuuruniversalia is om die gebruik van algemeen erkende skolastiese middele en ongeskrewe stelsels te verklaar, goed geïllustreer word deur die verdienstelike werk van taalkundiges wat ten opsigte van Afrikatale hul toevlug geneem het tot middele wat vir geskrewe tale uitgewerk is. Hieronder is ortografieë en

bekende grammatiese terme soos selfstandige naamwoord, voornaamwoord, voorvoegsel, agtervoegsel, byvoeglike naamwoord, werkwoord, modes en tye. Myburgh wys daarop dat die besondere kenmerk van die tale na vore gebring is deur die siening en benaming van verskynsels soos naamwoordklasse, kopulatiewe, skakels en verskillende soorte vormelemente. In die lig van die algemene waardering vir bedoelde taalwerk, is die verset teen die werk van die juris volgens Myburgh onbegryplik.

Die kritiek is egter nie alleen teen die gebruik van uitdrukkingsmiddele wat op regstelsels betrekking het nie maar ook teen die verkeerde toepassing daarvan. Die literatuur is deurtrek van voorbeelde waar Westerse begrippe van toepassing gemaak is op verskynsels in die inheemse reg waarby dit nie aansluit nie. Die ironie is dat Westerse begrippe soms sonder huiwering op die inheemse reg van toepassing gemaak word terwyl daar in die Westerse regstelsels self nog onsekerheid bestaan oor die juridiese grondslag van daardie verskynsels. Die probleem kan toegeskryf word aan die feit dat die inheemse reg hoofsaaklik opgeteken word deur antropoloë wat selde oor enige regsopleiding beskik of dikwels deur regsgeleerdes wat nie behoorlik onderlê is in die betrokke vakgebied nie. Daarbenewens is dit vir 'n juris met die gewone opleiding haas onmoontlik om behoorlike insig in 'n ongespesialiseerde regstelsel te kry tensy hy hom deeglik op die hoogte stel van die hele betrokke kultuur en al sy aspekte. Verder bly 'n grondige kennis van die taal van die mense wie se reg opgeteken word van kardinale belang. Benewens die feit dat daar in die alledaagse omgang van taal en kultuur gepraat word, is dit 'n ope vraag of die optekening van die reg deur middel van 'n tolk waar die navorser geen of 'n gebrekkige kennis van die taal het, nie die karakter dra van hoorsêgetuïenis nie.

Die klem wat die regs wetenskaplike benadering op die positiewe regsreël op nasionale vlak plaas, het ook reeds uit verskeie oorde kritiek ontlok. Sanders (1983 324) skryf hieroor: "... a rule centered approach, no matter how well researched and professionally conducted, can only result in an incomplete or lopsided picture of law, static as it is, it can't tell us how the law and the ideology behind it function, how legal rules are formed and distinguished from other norms, how they are respected, ignored or manipulated".

Alhoewel Sanders se kritiek nie sonder meriete is nie, kan daar nie in alle opsigte met hom saamgestem word nie. Regsreëls kan van ander norme onderskei word deur eerstens te let op die wyse waarop die motief tot optrede, die veroordeling en die bestawwende gesag binne die kader van die godsdiens, die moraal, die openbare sedes en die reg hanteer word. Tweedens lê hierdie verskil in die aan- of afwesigheid van 'n keuse by die individu om die voorskrifte wat geldig is, na te kom. Die prosedure waarvolgens die oortreding van 'n regsreël aangedui en gestraf word, verskil van die prosedure en strafwyse by oortreding van gewone gewoontereëls. By die verbreking van die voorskrif van die openbare sedes berus die bepaling van skuldigheid by die openbare mening as geheel. Die openbare mening is dan hier die gesag wat die straf uitdeel by die oortreding van hierdie reëls.

By die oortreding van 'n regsreël is die prosedure anders in die sin dat die oortreder eers handel voor die reël oortree is en die reg bereid is om te straf. Eers dan word die motief wat die oortreding ten grondslag lê vir die regsgesag van belang. Die straf wat op die oortreding van 'n regsreël volg, is altyd die aanwending of moontlike aanwending van dwang deur die

regsorgaan van die gemeenskap. Die straf gaan hier ook uit van die openbare mening maar word toegepas deur 'n regsorgaan namens die gemeenskap.

'n Regsreël moet egter binne die proses waarin dit funksioneer, oorweeg word anders is "an incomplete or lopsided picture of the law" 'n noodwendige gevolg. 'n Behoorlike begrip van die proses waarin die regsreël funksioneer, is dus 'n voorvereiste vir die distillering en toepassing van 'n regsreël. Alhoewel daar nie twyfel bestaan oor die belangrikheid van 'n prosessuele analise nie, stel 'n prosessuele benadering op sigself egter nie enige model of teorie daar nie. Binne die raamwerk van 'n algemene prosessuele analise, wanneer veldwerk gedoen word, word die eerstehandse bestudering van 'n spesifieke lewensgeheel gewoonlik slegs begryp in tydelike terme. Die navorser is meestal slegs ingestel op die waarneming van 'n geringe gedeelte van 'n deurlopende proses. Hierdie ingesteldheid is teenwoordig ongeag of die werklike historiese verlede bekend is of nie. Die doelwit van veldwerk is dus nie net eenvoudig om ondersoek in te stel na die gebeurtenisse waarin 'n aantal persone geïmpliseer is nie, maar om sodoende in te dring in alle aanduidings waarop dit dui ten einde elke regsreël aan die hand van die proses waarin dit werking het, volledig te verklaar.

Roberts (1979 205-206) betwyfel ook die waarde van 'n regswetenskaplike benadering en meld dat alvorens die relevante vrae buite om die *de iure* reg op nasionale of plaaslike vlak nie eers beantwoord is nie, "statutory innovation and creative judicial activity must remain uncertain exercises until we know more about the answers to them". Volgens Du Plessis (1987 103) moet daar gewaak word om nie die algemene gemeenskapswil deur middel

van die staat (of stamgesag) tot 'n absolute mag te verhef nie. Hiermee kan saamgestem word omdat regsreëls nie rigied is en nie te alle tye en onder alle omstandighede geheel en al onbuigsaam is nie. Gevolglik moet voorsiening gemaak word vir 'n toelaatbare afwyking daarvan onder sekere omstandighede. Die regswetenskaplike benadering verhef egter nie die staat tot 'n absolute wetgewende gesag, onafhanklik van die gemeenskapswil nie, maar aanvaar juis dat die staat (of stamgesag) as die legitieme verteenwoordiger van die gemeenskapswil in die finale instansie oor die oppergesag beskik om die wil af te dwing.

Labuschagne wys daarop dat daar vir die bestaan en voortbestaan van die mens 'n behoefte is aan 'n leefbaarheidsraamwerk en daarom aan normatiewe meganismes wat daarop gerig is om dit te bewerkstellig. Binne die raamwerk van normatiewe leefbaarheidsmeganismes wat tyd- en dikwels plekgebonde is en saamhang met die mens se waardesisteme word die regsreëls aangetref. Volgens hom is "die reg asook die term reg deur die mens geskep en het dit nie 'n bestaan of inhoud op sigself nie. Slegs die mens kan daaraan inhoud gee, die mens moet by wyse van beskrywing die inhoud van die begrip reg postuleer. Die bewering wat soms gemaak word dat die reg nie omskryfbaar is nie, is 'n *contradictio in terminis*: die begrip reg ontstaan juis deur omskrywing" (Labuschagne 1985 65).

Op grond hiervan beperk Labuschagne die reg tot daardie reëls wat deur erkende howe afgedwing sal word, met ander woorde tot die positiewe reg op nasionale vlak. Fallers (1969 11) kom feitlik tot dieselfde gevolgtrekking as Labuschagne wanneer hy verklaar: "the legal mode of social control requires that values with respect to human conduct be reduced to normative

statements which are sufficiently discrete and clear so that it may be authoritatively determined whether or not in a particular case a particular rule has been violated".

Alhoewel die inheemse regstelsels beskryf kan word in terme van eiesoortige etno-kulturele besit, moet daar egter gedurigdeur rekening gehou word met die verband tussen regsreëls en gewoontereëls, en moet die totaliteit van die lewensvoorskrifte en gedragsbepalings van 'n volk erken word as die hoofbron waaruit die inheemse regstelsels ontwikkel het. Regsreëls vorm deel van die kultuurbesit van 'n volk en moet dus daarvolgens beskryf word (Strydom 1985 143). Regsreëls kan dus nie los van 'n bepaalde kultuurmilieu verstaan, verklaar en geïnterpreteer word nie.

Dit beteken egter nie dat inheemse regsgebruik as 'n absoluut geïsoleerde entiteit uit die res van die kultuurpatroon geëkstraheer kan word nie. Die reg op stamvlak moet duidelik van ander reëls onderskei word om dit vir die juris en regshervormer van nut te maak. Coertze (1971 1) wys daarop dat die vroeëre antropologiese aanbiedingswyse van inheemse regstelsels juis vanweë die gebrek aan sodanige skerp omlýning daarvan, mank gegaan het aan juri-diese bruikbaarheid.

Mits bogenoemde kritiek in ag geneem word, bestaan daar in beginsel geen beswaar teen die regswetenskaplike benadering vir die optekening van inheemse regstelsels nie. Daarbenewens moet daar gedurigdeur rekening gehou word met die onderliggende waardes en norme van die mense wie se reg opgeteken word. Daarom kan daar met Dlamini saamgestem word wanneer hy verklaar: "Any discussion on legal theory which ignores the African point

of view not only smacks of ethnocentrism, but fails to be a true reflection of the South African legal reality" (1990 12).

2.3.3 Die antropologiese benadering

Antropoloë gaan soms van die standpunt uit dat die regs wetenskap nie oor die agtergrond en metodologie beskik om die regstelsels van inheemse regsisteme te bestudeer nie. Pospisil beweer byvoorbeeld dat dissiplines soos onder andere die Regsleer en die Regsfilosofie in 'n studie van die regstelsels van nie-Westerse volke, gestrem word deur die feit dat hulle op arbitrêre wyse hul studie toespits op Westerse regstelsels en daardeur hul studie beperk tot slegs een van die baie gestaltes wat die reg kan aanneem. "Therefore they not only fail to make valid universal generalizations about legal matters, but more important to their efforts, they are incapable of understanding the nature of the very legal system they are concentrating on" (Pospisil 1978^a 2). Volgens Hartman (1978 3) bestaan die antropologiese benadering juis daarin dat die antropoloog "eerder geïnteresseerd is in die totale kultuursisteme as 'n geïntegreerde funksionerende geheel, as in 'n skerp analise van slegs een van die vele aspekte van so 'n kulturele geheel". Hy wys daarop dat hoewel daar in die afgelope dekades deur antropoloë van hierdie benadering afgewyk is en meer studies van slegs een kultuuraspek van bepaalde volke die lig gesien het, daar selfs in sodanige studies klem geplaas is op die bestudering van die wyse waarop so 'n kultuuraspek met die res van die kultuur verweef is.

Die benadering tot die optekening van inheemse regsisteme verteenwoordig hoofsaaklik die standpunt van die kritici teen die regs wetenskaplike benadering. Die reaksie word soos volg deur Nader (1969 10) verwoord: "Some

indications of shifting interest in the direction of law studies were the reluctance to draw tight boundaries around the domain of law or to expand efforts in the search for a conclusive definition of law and the reluctance to accept jurisprudential terminology, without qualification, as the vocabulary for the anthropological study of law. Another indicator, and a more positive one, was the desire to focus on something intensively enough to make some intellectual headway ... The consideration of judicial process as one point of the continuum of the broader category of public basis of dispute settlement leads us to considerations of an anthropological nature in trying to explain process, use, and function of various dispute-settling mechanisms as they relate to the presence or absence of a judicial process."

Roberts (1979 198) toon aan dat daar met die antropologiese benadering weggebreek is uit 'n strenge "legal mould". Alhoewel daar afgesien is van 'n poging om 'n universeel toepaslike definisie van die "reg" daar te stel, bly dit egter steeds noodsaaklik om die reg te distilleer in terme van die spesifieke mensegroep wat bestudeer word.

Volgens Pospisil (1978^a 30-51) is daar vier kriteria waaraan die ordening van so 'n gemeenskap moet voldoen ten einde as "reg" te kwalifiseer. Die eerste kriteria is gesag wat impliseer dat die een of ander persoon binne die groep oor die nodige gesag of invloed moet beskik om die disputerende partye aan sy beslissing omtrent die dispuut te laat voldoen. Tweedens word universele toepaslikheid vereis wat daarop neerkom dat daar onder soortgelyke omstandighede telkens tot dieselfde beslissing gekom sal word. *Obligatio*, dit wil sê die erkenning van die tweekantigheid in enige dispuut, is

die derde kriteria, en vierdens sanksionering, in welke vorm ook al, as synde onderliggend aan die afdwing van 'n beslissing. Wanneer Hiebert (1976 323) verklaar dat "one may speak of laws at the level of the family, the lineage, village, and the association, in addition to the law of the society as a whole", blyk dit dat die reg volgens hierdie benadering op verskillende vlakke binne die gemeenskap gesoek moet word. De Beer (1986 3) wys ook daarop dat dit onwaarskynlik is " dat 'n vollediger beeld van die beginsels wat enige regstelsel onderlê, verkry kan word anders as vanuit die perspektief van die geheelsiening van kultuur. Waar die regsreëls uit die geheel van die gewoontereëls ontrafel word, bied dit 'n objektiewe en indringende insig oor die wyse waarop die hele samelewingspatroon van 'n bepaalde volk georden is en word die regsreëls as die minimum verpligtinge binne 'n algemene omlysting van wellewendheidsreëls beter verstaanbaar."

Die bruikbaarheid van die antropologiese benadering word egter dikwels deur juriste bevraagteken (vgl. Suttner 1968 148). Verloren van Themaat (1971 227) wys daarop dat die teoretiese agtergrond sowel as die hele wetenskaplike benadering van die reg van die Swartes, juridies moet wees. Sommige antropoloë is self nie onbewus van die leemtes in hierdie benadering nie. Coertze (1971 1) stel dit soos volg: "So gou mens egter hieruit die gedragsreëls wil uitlig wat op elke terrein sonder keuse nageleef moet word, is die beskrywing gewoonlik te onpresies om 'n onderskeid tussen dit wat as afdwingbare regsreël bestaan en dit wat slegs 'n morele verpligting is, te kan maak."

2.3.4 Die toepaslikheid van die verskillende benaderingswyses op die onderhawige studie

By die beoordeling van die toepaslikheid van die bogenoemde twee benaderingswyses op die probleemstelling van die onderhawige studie, kan tot die volgende slotsom gekom word.

Die regs wetenskaplike benadering is toereikend in soverre die bestudeerde mense hulle binne 'n geo-politieke gebied bevind waar die bestaande kultuurmilieu in 'n baie groot mate homogeen is. In hierdie gebied is nie alleen die inheemse regsreëls nie, maar ook die stamhowe etno-kulturele besit en is daar 'n besondere mate van harmonieuse samehang. Daarbenewens beskik die inheemse politieke owerheid oor die gesag om self, ooreenkomstig hul eie regs waardes, die verdere ontplooiing van die kontraktereg te bepaal.

Die vraag is egter hoe toereikend hierdie benadering is vir die bestudering van die mense se kontraktereg buite die landelike gebied waar die Suid-Afrikaanse kontraktereg hoofsaaklik toepassing vind. Die inhoudelike van die kontraktereg aldaar is nie die bestudeerde mense se etno-kulturele besit nie en kan derhalwe ook nie sonder meer as 'n weerspieëling van hul waarde-oordeel van die reg beskou word nie.

In die lig van bogenoemde blyk 'n pluralistiese regsbenadering eerder die weg te wees waarlangs die regs dualistiese problematiek van die mense op die terrein van die kontraktereg aangespreek kan word. Volgens Rascher (1988: 23) verhoed sodanige benadering "enersyds 'n etnosentriese klempasing op die positiewe Suid-Afrikaanse regstelsel as sou dit die getroue spieëlbeeld

van 'n algemene Suid-Afrikaanse regsbeskouing wees. Andersyds sluit dit steeds nie die moontlikheid om die positiewe regstelsel as 'n spesifieke en duidelike omlynde entiteit binne die totale ordenings- en ordehandhawingsproses te konseptualiseer uit nie". Die mees uitgebreide teoretiese verwysingsraamwerk wat tans binne hierdie benadering ontwikkel is, is dié van Nader en Todd.

Nader en Todd (1978 14-15) onderskei tussen drie konfliktsituasies, naamlik die grief-, die konflik- en dispuutfase. Die grief- of latente konflikfase verwys na 'n toestand of gebeurtenis waardeur die een party gegrief of benadeel word. Rascher wys daarop dat dit hier primêr gaan om die subjektiewe beoordeling van die griefoorsaak of benadelende handeling deur die gegriefde self, en nie die objektiewe beoordeling daarvan nie. "Dit hang hier dus grotendeels van die reaksie van die gegriefde af of sy bepaalde optrede die potensiële konflik wat deur die griefveroorsakende handeling opgewek is dormant sal laat bly deur die aangeleentheid te ignoreer, of dit tot openlike konflik sal laat eskaleer deur substantief daarop te reageer" (Rascher 1988 23).

Volgens Coertze (1980 75-76) kan dit aanvaar word dat daar binne die homogene kultuurmilieu 'n relatief algemene waarde-oordeel oor wat waar is, wat reg en goed is, wat nuttig en mooi is, op die een of ander stadium in die proses van aktiewe aanpassing binne groepsverband gevoel is. Roberts (1979 31) toon aan dat sodanige waarde-oordeel direk onderliggend is aan die normatiewe ordening waaronder geen vorm van ordelike sosiale saambestaan moontlik is nie. Labuschagne (1983 424) stel dit soos volg: "Die bestaans-

behoefte vir die normatiewe is in 'n sekere sin 'n uitwendige projeksie van die inwendige mens. Die normkiem bestaan gevolglik binne-in die mens."

'n Algemeen erkende feit aangaande kontrakte en die kontraktereg is dat dit baie nou verband hou met die ekonomie, sosiologie, politiek, antropologie en geskiedenis. Binne elke kultuur is daar verder bepaalde ideële waardes en norme met betrekking tot kontraksluiting. Hierdie waardes impliseer die bestaan van 'n ideële orde wat op die gemeenskaplike opvattinge van kultuurdraers gebaseer is oor wat die inhoud van reële gedrag behoort te wees. Gevolglik kan hierdie vlak van die gemeenskapsordening getipeer word as die ideële ordeningsvlak.

Die vraag ontstaan of die reële gedrag van die individuele kultuurdraer 'n getroue spieëlbeeld van die ideële normatiewe orde is en of 'n afwyking daarvan as abnormaal beskou kan word. Hoebel en Weaver (1979 334) stel dit soos volg: "Maturity in personality represents an acceptance of the terms within which life can be lived. When a growing child has adjusted its behaviour to the pattern of its culture, when pertinent values, beliefs, and action have become internalized as a normal part of thinking and behaviour, the child has become encultured." Holy and Stuchlick (1983 1) wys daarop dat so 'n beskouing die vrye wilsbesluit van die individu ignoreer en nie die groot breuk wat daar dikwels tussen die ideële en die sosiaal-empiriese bestaan, verreken nie.

Die oorbeklemtoning van die vryheid van die individuele wil het egter, ironies genoeg, die kiem van sy ondergang in hom rondgedra. As uitvloeisels

van die liberale politieke en ekonomiese opvattinge van die negentiende eeu, het dit juis die draer van gedagtes van sosiale verantwoordelikheid en vooruitgang geword. In die twintigste eeu is die individualistiese opvattinge dus al hoe meer verdring deur gedagtes wat juis daardeur aangewakker is, te wete dié van die sosiale verantwoordelikheid van die ondernemersgroep asook die vooruitgang van die breëre gemeenskap. Die werklikhede van die twintigste eeu en die massafikasie van die individu en die handelsverkeer wat dit meegebring het, het in elk geval die idee van die individualistiese, ongebonde, ondernemende mens enige oortuigingskrag wat dit ooit kon gehad het, ontnem (Van der Walt 1989: 87). Moontlik het 'n duidelike standpuntname noodsaaklik geword dat elke mens as gemeenskapswese kan lewe sonder dat sy enkelingskap en sy gemeenskapsgerigtheid mekaar weersprek.

Wat die ordening van die kontraktereg van die bestudeerde mense betref, word daar vir doeleindes van hierdie studie gevolglik aanvaar, en aangesluit by die standpunt, dat die reële gedrag van die individuele kultuurdraer nie 'n getroue spieëlbeeld van die ideële normatiewe orde is nie en dat die konflikpotensiaal in enige gemeenskap net onder die oppervlakte lê. Volgens Coertze (1973: 223) is daar vanweë die konflikpotensiaal noodwendig verskeie meganismes of sanksies deur middel waarvan die gemeenskap poog om sy lede aan die gestelde ideële norme te laat voldoen, onder andere deur middel van die bedreiging met dwang vanuit die openbare mening, die godsdiens en judisiële organe. Ten spyte van hierdie meganismes of sanksies en 'n algemene strewe tot die voldoening van gestelde ideële norme, ontstaan reële konflik voortdurend in enige gemeenskap en stel Hunter dit dat "conflicts are an inevitable part of social life" (1976: 88).

Die tweede en derde konflikfase wat Nader en Todd (1978 14-15) geïdentifiseer het, kom hier ter sprake, naamlik die konflik- en die dispuutfase waartydens die partye bewus word van die konflik wat daar tussen hulle bestaan. Volgens Nader en Todd (1978 14-15) is daar in alle kulture prosesse ontwikkel deur middel waarvan dispute hanteer word, wat universeel tot sewe duidelik onderskeibare prosedures beperk kan word, naamlik:

- *Ignorering* as gevolg waarvan die latente konflik wat deur die grief veroorsaak is, nie in openlike konflik ontaard nie.
- *Vermyding* wat tot gevolg het dat die konflik wat daar tussen die gegriefde en die griefveroorstaker is, as gevolg van die doen of die late van laasgenoemde, deur die gegriefde vermy word deur die verbreking van sosiale-, ekonomiese- of ander bande.
- *Selfhelp* waar die gegriefde party tydens die konfliksituasie op 'n wyse reageer deur middel waarvan hy self die grief uit die weg ruim. Dit kan onder andere insluit die aanwending van fisiese geweld, hetsy individueel of in groepsverband (Moore 1983 96), of die gebruikmaking van die een of ander vorm van towery, of die een of ander vorm van appèl op die bonatuurlike (Roberts 1979 54-55).
- *Onderhandeling* wat geskied met die oog op versoening tussen die gegriefde party en die griefveroorstaker. Daar heers meningsverskil oor die omvang van hierdie prosedure. Gulliver (1977 15) verklaar dat "in negotiations there may be, but not irrevocably is, a third party who, though he has no ability to give a judgment, acts in some ways as a

facilitator in the process of trying to reach agreement. This is a mediator." Nader en Todd (1978 10) beperk hierdie prosedure tot die interpersoonlike hantering van die konflik wanneer hulle dit stel dat: "... the two principal parties are the decision-makers, and the settlement of the matter is one to which both parties agree, without the aid of a third party".

- *Bemiddeling* waar 'n derde party betrek word om die dispuut te hanteer, en berus die aanvaarding van die beslissing van die derde op die vrywillige onderwerping daarvan deur die partye wat in die dispuut betrokke is.
- *Arbitrasie* waarby die afdwingbaarheidsbeginsel by implikasie inbegrepe is in die sin dat beide partye instem tot die toetrede van 'n derde wie se beslissing hulle vooraf moet instem om te aanvaar.
- *Beregting* wat die tussenbeïdetreding van 'n derde party op versoek van een of albei die partye in konflik impliseer, of uit die eie beweging van die derde party self (vgl. Rascher 1988 27-29).

2.4 Metodologiese aspekte

2.4.1 Inleiding

Met betrekking tot die regspluralistiese problematiek meld Sanders dat "researchers in the field of customary law owe it to their audience to outline their theoretical and research strategies and to disclose the difficulties they encounter in the field" (1983 329). Vroeër is klaarblyklik van die standpunt uitgegaan dat veldwerk so 'n uiters persoonlike

ondervinding is dat dit nie werklik in woorde aan 'n ander oorgedra kan word nie. Pelto (1970 xi) vermeld in hierdie verband: "... we were assured by our teachers that we could learn the mysteries of field work only through personal immersion in the practically undescrivable but romantically alluring complexities of the field ... We were not so much concerned, nor were our mentors, with rules of evidence, question of 'representativeness', 'validity', 'reliability' and the many other related elements of scientific enquiry with which our friends in other social sciences seemed to be preoccupied".

Lawless en andere (1983 xi) en Ruby (1982 20) wys daarop dat die romantiese mistisisme waarmee veldwerk omhul was en die gevolglike gebrek aan die presiese omskrywing van veldwerktegnieke daartoe gelei het dat die betroubaarheid en geldigheid van die inhoud van talle navorsingsverslae nie na behore beoordeel kan word nie. Die afgelope aantal jare is daar egter 'n groter openhartigheid oor veldwerktegnieke en veldwerknavorsing. Freilich skryf dat die romantiese en mistieke aura wat veldwerk omring het, grootliks opgehef is deur 'n "... ever growing literature of what problems, pain and pleasures face the researcher in a foreign culture" (1977 vi). Dit is gevolglik noodsaaklik om aandag te gee aan die onderskeie metodes en omringende omstandighede wat dit omring het.

2.4.2 *Veldwerkmetodes*

Prinsloo (1990^a 225) wys daarop dat by navorsing oor die inheemse reg die navorser sy veldwerkmetode aan die hand van die onderwerp, beskikbare bronne en ander relevante omstandighede moet ontwerp. Die kritiek teen 'n bepaalde metode geld grootliks wanneer slegs een metode gebruik word.

Prinsloo (1990^a 225) dui die volgende algemene metodes aan waarvolgens die regsreëls by inheemse volke opgeteken kan word: Die waarneming van verhore en ander regshandelinge, die versameling van materiaal uit die skriftelike verslae van tradisionele stamhowe en landdroshowe en die ondervraging van deskundiges oor die inhoud van die reg en onopgetekende hofsake.

2.4.2.1 Die waarneming van verhore en ander regshandelinge

Die waarneming van sake word as die dispuutgerigte benadering beskryf en met regsrealisme in verband gebring: "Die reg word as 'n verwikkelde sisteem van sosiale verskynsels beskou en daarom word navorsing deur middel van die howe en die prosedures en tegnieke by die oplossing van geskille beklemtoon" (Prinsloo 1990^a 227).

Volgens Hoebel moet daar 'n deurslaggewende waarde aan die reëls wat uit hofbeslissings voortkom, verleen word. Daar moet veral 'n studie gemaak word van die "trouble cases", dit wil sê, van sake waarin regsreëls nie direk toegepas is nie, maar vanweë probleme in die saak self gemodifiseer is. Die optekening van die reg, binne die verband van die hele kultuur, volg dan na die optekening van 'n wye verskeidenheid hofsake soos dit self bygewoon is, of soos informante dit kan vertel. "If there is an adequate number of cases the range and facts of deviation from the norm cannot be missed. The case method leads to realistic jurisprudence" (Hoebel 1954 36).

Die standaardbeswaar dat daar geen sekerheid bestaan dat alle regsreëls in howe hanteer word nie, hanteer Hoebel (1954 37) soos volg: "Indeed, as a canon of realistic law it may be said that unless a dispute arises to test the principles of law in the crucible of litigation, there can be no

certainty as to whether the presumptive principle will actually prevail. One knows not whether it is merely pretended rule or genuine law. A "law" that is never broken may be nothing more than omnipotent custom. One will never know more than this until it is sustained in legal action by application of a legal sanction".

'n Verdere beswaar teen die "case method" is dat so 'n ondersoek na die reg 'n lang tyd in beslag neem. Gluckman se werke (*The judicial process among the Barotse* (1967) en *The ideas in Barotse jurisprudence* (1965 1)) is gebaseer op 64 hofsake wat oor 'n periode van agt jaar (1940-47) verhoor is waarby hy, of 'n plaasvervanger, self teenwoordig was en die optekeningwerk gedurende die verloop van die saak gedoen het. Selfs daarna was die reg nie duidelik uit die opgetekende sake nie. Selfs in die Westerse regstelsels kan dit jare neem voor 'n besondere variasie in 'n regstelsel by herhaling voor die hof getoets word. Gevolglik sal geen navorser volgens dié metode ooit seker wees dat hy die hele regsisteem, of al die variasies in 'n deel daarvan, volledig kan nagaan en opteken nie (Coertze 1971 16). Daarbenewens stel die inheemse hof nie 'n presedenterereg daar nie; dit beteken onder andere dat dit nie vasstaan dat dieselfde hof by 'n later geleentheid dieselfde bevinding ten aansien van dieselfde feite sal maak nie (vgl. Vorster 1983 13-14).

Die werk van Gluckman vertoon verder die leemte dat daar soveel bykomstige gegewens oor gebruike is wat nie deel van die reg vorm nie, wat gegee moet word om die verloop van 'n opgetekende hofsak te kan volg, dat die leser later nie meer in staat is om die presiese weergawe van die reg te skei van die bykomstighede nie. Daar is soveel wydlopende kommentaar oor die verloop

van die hofsake en die implikasies van ondervraging en uiteindelijke beslissing dat die reg gedeeltelik verlore gaan.

2.4.2.2 Die versameling van materiaal uit die skriftelike verslae van die tradisionele stamhowe en landdroshowe

Volgens Prinsloo (1990^a 226) is daar verskeie risiko's en perke aan die insameling van inligting deur middel van hofrekords. Hy wys daarop dat materiaal wat slegs uit hofrekords verkry is, nie die betroubaarste materiaal is nie, want dit is nie aan materiaal vanuit ander bronne getoets nie. Verder is dit dikwels moeilik om te verstaan hoe die hof tot sy beslissing gekom het omdat die hofrekords van stamhowe min besonderhede bevat en judisiële beredenering in die uitsprake ontbreek. 'n Saak bevat selde volledige materiaal oor alle aspekte van die reg en geen reeks sake kan 'n volledige beeld bied van 'n regstelsel of 'n afdeling van 'n regstelsel nie. Dit is veral laasgenoemde wat volgens Prinsloo die bruikbaarheid van hierdie metode erg beperk. 'n Verdere risiko is die aanname dat alle hofuitsprake noodwendig die reg korrek weerspieël. Selfs in moderne regspraak word uitsprake gereeld aan hersiening en appèl onderwerp.

Hartman (1978 7-8) meld dat dit riskant is om ten opsigte van die Swart volke bloot op grond van die gewysdereg die beginsels van 'n algemene sisteem van inheemse reg te probeer identifiseer. Hy wys tereg daarop dat slegs 'n baie geringe aantal regsaksies by enige bepaalde stam vir beslissing aan die landdroshof, en nog 'n geringer aantal uiteindelik aan die hoër hof vir beslissing voorgelê word. Dit beteken dat die regsreëls van 'n besondere stam of volksgroep derhalwe nooit deur hierdie hof ten volle

in behandeling geneem word nie. Volgens Hartman wil dit voorkom asof sommige juriste se beklemtoning van die nuttigheid van die sogenaamde gewysdereg om tot 'n sinvolle begrip van een algemene stelsel van inheemse reg te kom, die resultaat is van 'n geïkte Westerse regs wetenskaplike benadering en dat dit nie voldoende kennis neem van die variasie in die inheemse regstelsels soos die navorser dit in die veld aantref nie. Hiermee kan saamgestem word veral wanneer daar byvoorbeeld gelet word op die benaderingswyse van die Oliviers (1989).

Volgens Coertze (1971:10) moet die optekening van die reg by inheemse volke op so 'n wyse geskied dat die kultuuragtergrond van die betrokke volk ook duidelik blyk. Regsoptekening kan dus nie net die aanduiding van hofuitsprake van die verlede omvat nie. Alle reëls wat in die gemeenskap sonder keuse nageleef moet word, moet opgeteken word en wel op so 'n wyse dat dit die basis neerlê uit die agtergrond van morele verpligtinge om insig in 'n algemene, redelike handelingsprosedure ooreenkomstig die geldende waardestruktuur te verskaf.

Waarneming van hofsake en 'n studie van hofrekords het die nut dat dit dien as kontroleringstechniek vir regsreëls wat deur middel van ander bronne ingesamel is en dit verskaf leidrade vir ondervraging oor aspekte van die reg wat in die betrokke sake toegepas is (Prinsloo 1990a:226). Prinsloo (1990a:224) wys egter daarop dat die betroubaarheid van die waarnemingsmateriaal getoets moet word aan die regsgeldige optrede van die outeurs, dit wil sê of die outeur onbevooroordeeld is, kennis van die reg en tersaaklike omstandighede het en dit by sy optrede in ag geneem het. Volgens hom moet

die waarnemingsmateriaal verder aan ander materiaal getoets word en navraag oor die onverstaanbare gedeeltes van die materiaal gedoen word.

2.4.2.3 Ondervraging van deskundiges oor die inhoud van die reg en onopgetekende hofsake

Hierdie ondervragingsmetode word deur Holleman, soos aangehaal deur Prinsloo (1990^a 227), as die reëlgerigte benadering beskryf en met positivisme verbind: die reg word net as 'n sisteem van reëls gesien. Die ondervraging van deskundige informante word egter in die algemeen as die primêre veldwerkmetode aanbeveel. Binne 'n redelike tyd kan voldoende inligting oor die bestudeerde onderwerp ingesamel word en met toepassing van die kontroleringstegnieke kan verseker word dat die inligting betroubaar is (Prinsloo 1990^a 226).

Daar is egter sekere aspekte van die ondervragingsmetode waarteen gewaak moet word. Die grootste gedeelte van die reg van die inheemse volke is byvoorbeeld nie op skrif gestel nie en daarom bestaan sekerheid van wat regsreëls is uit dit wat volgens die gemeenskapsoortuiging as reg beskou word. Wanneer die reg beïnvloed word, bring dit 'n verandering in die waardestruktuur mee en ontstaan daar onsekerheid oor wat die geldige regsreëls is. Wanneer regsreëls onder hierdie omstandighede opgeteken word, kan verwag word dat informante 'n groter klem sal plaas op die reëls wat uit die verlede bekend is as op daardie reëls wat deur verandering in die huidige tyd nuwe kultuurbesit geword het. Daarbenewens is informante soms geneig om hulle ideale voorstelling van die reg in plaas van die werklike reg te verstrek (Coertze 1971 10-11).

By die oorweging van bogenoemde metodes is daar in die lig van bepaalde gebreke wat dit ten opsigte van die onderhawige studie openbaar, besluit op die metode soos beskryf in hoofstuk 1 (1.2). Die doel is dat die optekening in sy finale vorm so getrou as moontlik die gewoontereg van die bestudeerde mense moet weergee ten einde as hulp te dien vir regsplegende beamptes en vir wetenskaplike ondersoek na die inheemse regstelsels as geheel. Hierdie wyse van boekstaving is nie bedoel om die reg te kodifiseer of te versterk nie; ten meeste weerspieël dit die regsposisie soos dit was ten tye van die veldnavorsing.

2.5 Belangrikheid van boekstaving van die inheemse reg

Volgens Allott, Epstein en Gluckman (1969^b 13) behels boekstaving 'n sistematiese en omvattende uiteensetting van 'n afdeling van die inheemse reg van 'n bepaalde etniese groep sodat die resultaat daarvan 'n gesaghebbende inligtingsbron word. Prinsloo (1989 420) wys daarop dat dit hoofsaaklik gaan om 'n skriftelike uiteensetting van die ongeskrewe inheemse reg, maar dat die versamelde materiaal in sommige gevalle ook regsreëls omvat uit verskeie skriftelike bronne. Volgens hom is die resultaat nie 'n wetboek nie omdat boekstaving nie die verandering van die inhoud van die inheemse reg ten doel het nie. "Die produk van boekstaving is eerder 'n handboek of ander geskrif vir gebruik deur persone wat met die opspoor, vertolking en toepassing van die reg te doen het, dit wil sê howe, uitvoerende beamptes, regspraktisyns en regshervormers. 'n Juiste uiteensetting van die inheemse reg soos verstrekk deur die plaaslike deskundiges is die basiese oogmerk" (Prinsloo 1989 420).

Prinsloo (1989 420) toon verder aan dat die produk van boekstawing vir die huidige Suider-Afrikaanse gemeenskap nuttig moet wees en dat dit as inligtingsbron vir sowel die plaaslike howe en administrasie moet dien. In hierdie verband kan vermeld word dat die stamhoof die navorser reeds versoek het om die onderhawige studie in Setswana te vertaal en aan die stamhoof beskikbaar te stel vir gebruik as inligtingsbron.

2.5.1 *Behoefte aan boekstawing*

Dit blyk dat daar 'n algemene behoefte bestaan aan boekstawing. Allott, soos aangehaal deur Prinsloo (1989 421), meld dat daar in 1959 reeds 'n algemene oproep tot boekstawing tydens 'n konferensie oor die toekoms van inheemse reg in Afrika gedoen is. Sedertdien het heelwat persone hierdie oproep ondersteun en word die inheemse reg in baie Afrikalande sterk nageleef. Negatiewe kritiek op of minagting vir die inheemse reg kan hierdie feit nie verander nie. Voorspellings dat die inheemse reg vroeër of later deur die Westerse reg vervang sal word, is reeds verkeerd bewys. Selfs in lande waar bepaalde inheemse regsreëls teen die wil van die volk afgeskaf of deur vreemde regsreëls vervang is, word die inheemse regsreëls steeds nageleef (Prinsloo 1989 421). Dit kan verklaar word aan die hand van die feit dat die reg deel van 'n volk se kultuur is en voortdurend by veranderde omstandighede aangepas word.

Daar is 'n neiging om die inheemse reg laer as die Westerse reg te ag. Hierdie neiging is volgens Prinsloo (1989 423) "nie net aan die etnosentrisiteit van sommige Westerse juriste te wyte nie, maar moet ook aan die ongeskrewe inheemse reg en die onkunde daaromtrent toegeskryf word; die neiging kom teenswoordig ook by sommige Afrikaanjuriste, amptenare en

politici voor." Gevolglik sal 'n skriftelike uiteensetting van die inheemse reg ooreenkomstig die eise van die regswetenskap en met inagneming van die inheemse kultuur die status van die inheemse reg verhoog en sekerheid en konsekwentheid by die toepassing en uitvoer van die reg bevorder. Judisiële kennisname van die inheemse reg deur landdroshowe en die hooggeregshof sal ook vergemaklik word aangesien die huidige metodes om die inheemse reg deur middel van deskundige getuies of assessore vas te stel, te veel tyd, koste en mannekrag verg (Prinsloo 1989 422).

Boekstaving kan verder van groot nut wees vir 'n regering wat unifikasie of integrasie van die inheemse- en die gemenereg van sy land oorweeg, aangesien regsreëls nie verander kan word as die regsadviseurs, wetsopstellers en wetgewer nie met die reëls bekend is nie (Prinsloo 1989 433). Prinsloo skryf dat daar by regshervorming vanuit 'n posisie van kennis opgetree moet word. Volgens hom geld vir alle regstelsels die beginsel dat nuwe reg nie geskep kan word sonder kennis van die bestaande reg nie. "Daarom is dit belangrik dat 'n skriftelike inligtingsbron beskikbaar moet wees alvorens wetgewing oor die bepaalde inheemse regsreëls oorweeg word" (Prinsloo 1989 422).

Alhoewel dit in die meeste gevalle nie gegrond is nie, is die boekstaving van die inheemse reg egter nie altyd bokant kritiek verhewe nie. Omdat boekstaving nie wetgewing behels nie, is dit verkeerd om na boekstaving te verwys asof dit die inhoud van die reëls verander of die betrokke stamme die bevoegdheid ontnem om die reëls te wysig. Om dieselfde rede gaan die argumente teen boekstaving ook nie op as sou dit die inheemse reg, wat hoofsaaklik gewoontereg is, laat versteen tot 'n rigiede vorm sodat daar

nie ontwikkeling of aanpassing by verouderde omstandighede moontlik sou wees nie. Boekstaving is bloot 'n skriftelike uiteensetting van die inheemse reg wat na die boekstawingsproses steeds deur die stamme gewysig kan word (Prinsloo 1989 423). Die kritiek is egter geregverdig as regstoepassers nie moontlike veranderinge sedert die boekstaving in ag neem nie.

Sommige antropoloë beweer dat die mense wie se reg geboekstaaf is, self nie die skriftelike weergawe van hulle reg verstaan nie omdat dit in Westerse regsterminologie uitgedruk word (Verhelst 1968 21). Prinsloo (1989 423-424) wys egter daarop dat hoewel die handboek as gesaghebbende bron vir hoër howe geskryf word, dit ook vir tradisionele howe bruikbaar moet wees. Om in hierdie doelwit te slaag, moet die reëls volgens hom eenvoudig en duidelik beskryf word en moet die Westerse regsterme ook met verwysing na die inheemse terme verduidelik word. Hy meld dat 'n verdere rede vir die onverstaanbaarheid is dat die reëls sonder verduideliking van die kulturele konteks verstrek word. Vir behoorlike begrip behoort 'n inheemse regsreël met verwysing na die kulturele gebruik verduidelik te word.

2.5.2 *Kodifikasie van die inheemse reg*

Kodifikasie behels die maak van 'n wetboek met die bedoeling om 'n omvattende en uitputtende verklaring van die toepasbare reg met betrekking tot 'n gegewe onderwerp of gebied te wees. Terwyl ongekodifiseerde inheemse reg die gesag van reg het omdat dit deur die betrokke volk of stam self geskep is, ontleen gekodifiseerde inheemse reg sy gesag aan die parlement of sy gedelegeerde, ongeag wat die onderdane van die reg dink. Ongekodifiseerde inheemse reg kan verder deur die betrokke volk of stam deur gewoonte

verander word, maar 'n kode kan alleen deur die owerheidsliggaam wat dit geskep het, gewysig word (Prinsloo 1989 420-421).

Alhoewel 'n kode groter sekerheid verleen oor die inhoud van die reg en daartoe bydra dat die inheemse reg makliker vasstelbaar is, is min sukses sover met kodes in Afrikalande behaal. Twining (1964 23) betoog dat kodifikasie die weerstand van die inheemse reg teen kultureel vreemde invloede verhoog. Daar word ook geargumenteer dat 'n inheemse regsreël deur middel van kodifisering of ander vorm van wetgewing tot 'n hoër status verhef word. Deur boekstaving kan egter wesenlik dieselde bereik word (Prinsloo 1989 425).

Allott, Epstein en Gluckman (1969^b 33) beskou kodifikasie as 'n nuttige en kragtige instrument in die hand van regerings om die verloop van politieke, ekonomiese en sosiale ontwikkeling te rig en selfs die gemeenskap totaal te verander. Volgens gemelde skrywers kan kodifikasie as metode van unifikasie of ten minste integrasie van verskillende regstelsels gebruik word. Dit geld vir unifikasie van sowel verskillende stamregstelsels binne dieselfde etniese groep as die inheemse en algemene landsreg.

Alhoewel 'n kode van nut kan wees vir unifikasie van regstelsels en ander doeleindes, loop dit die gevaar van verwerping deur die gemeenskap. "As vereiste vir doeltreffende reg geld dat die reg bekend en algemeen aanvaarbaar moet wees. 'n Kode hou die risiko in om nie aan een van die twee vereistes te voldoen nie. Wetgewing wat voorgee om probleme op te los, maar nie nageleef en toegepas word nie, is 'n algemene verskynsel in Afrika, waarvan die Ethiopiese Siviele Kode in 1960 'n goeie voorbeeld is"

(Prinsloo 1989 426). In sy bespreking van die Strafkode van Papua Nieu Guineë, sê Weisbrot (1982 95) dat een van die redes vir die stamgevegte die onvermoë is van die amptelike hofstelsel om geregtigheid volgens die gemeenskap se opvatting te laat geskied en die gevolglike weerstand teen die gebruik van die amptelike howe vir die oplossing van geskille.

Volgens Hooker (1975 401) is 'n verdere gevolg van onaanvaarbare kodes die vermeerdering of verhoging van regspluralisme. Dit lei tot 'n nuwe onsekerheid op grond van die teenwoordigheid van reëls uit amptelike en nie-amptelike regsordes in plaas van groter unifikasie en sekerheid wat aanvanklik daarmee nagestreef is. Die beoogde unifikasie van die verskillende regsreëls betreffende grondbesit in Kenia, Botswana en Nigerië en opvolging in Ghana is nie deur middel van wetgewing volledig bereik nie. Die inheemse reg word nog gedeeltelik nageleef en toegepas, met die gevolglike voortdurende van die ingewikkeldheid en onsekerheid wat unifikasie beoog het om uit te skakel (Prinsloo 1989 426).

Twining (1964 33) is van mening dat kodifikasie die nadeel inhou dat dit die reg versteen of rigied maak. Hy wys daarop dat die inheemse reg wat hoofsaaklik gewoontereg is deur kodifikasie van sy natuurlike ontwikkeling ontnem sal word. Die plaaslike gemeenskap sal nie meer 'n rol by die aanpassing van die reg by voortdurende veranderde omstandighede speel nie en wysiging van die inheemse reg sal by 'n politieke owerheid berus. Hoofsaaklik om hierdie redes word die Natalse Wetboek van Zulureg as 'n mislukking beskou. 'n Kode laat min ruimte vir die ontwikkeling van die reg deur regspraak omdat die hof gebind word deur die bepalings van 'n kode

ongeag of dit regverdig en in ooreenstemming met heersende omstandighede is (Prinsloo 1989 426-427).

Kodifikasie van die inheemse reg in Suider-Afrika blyk nie die aangewese stap in die huidige omstandighede te wees nie. Daar is nog te min skriftelike kenbronne om die nodige kennis te verskaf en die groot aantal stamme binne elke etniese groep en die ontbrekende skriftelike kenbronne maak die program te omvangryk (Prinsloo 1989 427).

2.6 Samevatting

Wanneer voorafgaande gegewens nagegaan word, blyk dit dat die verskynsel wat as kontrak getipeer word wel bekend is aan die inheemse reg en dat dit nie verkeerd is om van die inheemse kontraktereg te praat nie. Die eiesoortige aard van elke kontrak moet egter in gedagte gehou word aangesien besondere voorskrifte vir elke kontrak geld wat die regte en verpligtinge van die partye wesenlik beïnvloed. Daarbenewens moet die inheemse kontraktereg nie slegs gesien word as 'n regsaspek wat in formele regspraak tuishoort nie, maar vorm dit 'n lewende deel van die inheemse volke se normale lewe en is dit dus ook onderworpe aan beïnvloeding. Gevolglik moet ook kennis geneem word van veranderinge wat mag voorkom in stedelike gebiede.

In die lig van voorgaande moet die metode van regsoptekening daaruit bestaan dat daar nie alleen gepoog word om die werking van 'n reël binne 'n proses te omskryf nie, maar moet ook kennis geneem word van daardie sosiale prosesse wat buite die (regs)reëls funksioneer. Vir hierdie doel is 'n eie metode soos beskryf in hoofstuk 1 (1.2) ontwikkel om ooreenkomstig die eise

van die regs wetenskap die regsposisie op so 'n wyse te weerspieël dat dit kan dien as inligtingsbron waarmee sekerheid en konsekwentheid by die toepassing van die reg benader kan word.

Hoewel met vrug van die antropologiese benadering gebruik gemaak kan word, blyk 'n regs wetenskaplike benadering in die landelike gebiede en 'n pluralistiese regsbenadering ten opsigte van die stedelike gebied, die aangewese weg te wees waarlangs die regs dualistiese problematiek op die terrein van die kontraktereg aangespreek kan word.



UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

Hoofstuk 3

Die aard van die inheemse kontrak

3.1 Inleiding

Volgens Corbin (1963 1) word dit algemeen aanvaar dat die onderliggende oogmerk van die reg menslike geluk en tevredenheid is wat bereik word deur uitvoering te gee aan die menslike wil op die hoogste uitvoerbare vlak. Om hierdie doel te bereik, bewaar die reg die sosiale orde en bevorder dit geregtigheid, alhoewel hierdie doelstellings nie altyd met mekaar versoen kan word nie. Die inheemse reg gee ook uitdrukking aan gemeenskapswaardes of die algemene morele kode van die gemeenskap. Indien die kodes of waardes verander, verander die reg ook. In 'n geskil tussen twee partye, in die inheemse reg meesal agnaatgroepe, val die klem egter nie primêr op wie reg en wie verkeerd is nie. Die geskil raak normaalweg ook die breëre gemeenskap sodat enige beslissing oor die geskil met die toekomstige verhoudinge tussen die betrokke partye moet rekening hou. Hierdie verhouding is belangrik vir die harmonie binne die breëre gemeenskap. Dit gaan in die inheemse regspraak dus in die eerste plek nie om geregtigheid nie, maar eerder om versoening (Myburgh 1985 2-9).

Die gedeelte van die reg wat in die algemeen as die kontraktereg geklassifiseer en omskryf word, beoog die realisering van redelike verwagtinge wat geskep is deur die maak van beloftes. Alhoewel dit nie as die enigste rede gesien kan word vir die daarstelling van die kontraktereg nie, word dit volgens Corbin (1963 2) algemeen beskou as die hoof-onderliggende doelwit en word dit aanvaar dat 'n lewendige bewustheid

van onderliggende doelwitte 'n voorvereiste is om regsreëls te verstaan. Die reg beoog egter nie die realisering van elke verwagting wat deur 'n belofte geskep is nie. In geen regstelsel ter wêreld is alle beloftes afdwingbaar nie. Die verwagting moet een wees wat die meeste mense sou hê, en die belofte een wat die meeste mense sou nakom. Dit lei noodwendig tot 'n kompleksiteit in die reg en tot die konstruksie van reëls wat die omstandighede bepaal waaronder 'n belofte afgedwing en nagekom sal word.

Corbin (1963 2) skryf dat dit nie veronderstel kan word dat kontraktuele dispute opgelos word deur die dictum dat verwagtinge "redelik" moet wees nie. Redelikheid is nie meer absoluut in karakter as geregtigheid en moraliteit nie. Net soos geregtigheid en moraliteit is redelikheid 'n uitdrukking van menslike waardes en gewoontes wat op sigself teenstrydig is in tyd en plek.

'n Oorsig van die beskikbare literatuur toon weinig inligting oor die doelwitte van die inheemse kontraktereg. 'n Behoorlike begrip daarvan is egter 'n voorvereiste om regsreëls te verstaan (vgl. Corbin 1963 2). Alhoewel dit in die algemeen gestel nie foutief sou wees om te beweer dat die inheemse kontraktereg uitvoering gee aan redelike verwagtinge nie, is die onderliggende doelwit en gevolge daarvan egter nie dieselfde as by Westerse regstelsels nie. In die inheemse kontraktereg hou die begrip redelike verwagting byvoorbeeld niks meer in as dat 'n party kan verwag om vergoed te word vir dit wat hy gepresteer het nie. Walker (1969 66-67) stel dit so: "The mutual agreement, when it is used as a basis for economic exchange in the tribal setting, fulfills a different function than under Western law. It does not, upon formation, offer a guarantee to each party

that, provided he complies or stands ready to comply with its terms, he will receive the full measure of his bargain. What it does make certain is that any performance actually rendered will be justly compensated. The idea is to place the parties in the same position they would have been in before the contract was made, and not to place them in the position they would have been in had the contract been performed." Daarbenewens kan 'n party in die inheemse reg geensins op die realisering van verwagtinge steun wat op 'n blote belofte gebaseer is nie. Volgens die paneel van kundiges verkry 'n belofte eers juridiese gestalte wanneer daar in terme daarvan gepresteer is "want dan kan daar nie meer van plan verander word nie". Dit dui op die reële aard van die inheemse kontrak in die sin dat 'n blote belofte of 'n ooreenkoms alleen, nie genoegsaam is om kontraktuele aanspreeklikheid te vestig nie. Benewens 'n belofte of 'n ooreenkoms moet daar ook prestasie of gedeeltelike prestasie wees alvorens daar sprake van 'n kontrak kan wees. Dit is opvallend dat die begrippe "belofte", "hoop" en "verwagting" met dieselfde Setswana term, naamlik "*tsholafelo*" vertaal word. Daarbenewens het die paneel dit beklemtoon dat geen regs waarde aan hierdie begrippe geheg word nie. Ten einde die begrip belofte behoorlik te begryp moet gelet word op die verskeidenheid van motiewe wat onderliggend aan die maak van beloftes kan wees, byvoorbeeld om onderhandelinge aan die gang te sit of iemand bly te maak. 'n Belofte word volgens die paneel nie net alleen gemaak om kontraktuele verhoudinge te vestig nie. Net so is die realisering van verwagtinge ook nie noodwendig die hoof-onderliggende doelwit van die inheemse kontraktereg nie. Kontrakte kan volgens die paneel ook gesluit word om verwantskapsverhoudinge te verstewig en religieuse verpligtinge na te kom.

3.2 Die definisie van 'n inheemse kontrak

Daar bestaan geen algemene definisie vir 'n kontrak in die inheemse reg nie. Ten aansien van die Batswana van Botswana beskryf Schapera (1965: 142) 'n kontrak as volg: "A contract in Tswana law is, basically, a voluntary agreement (*tumalano*) between two parties, imposing obligations upon one (or both) and reciprocally conferring rights upon the other (or both). Both the obligation and the reciprocal right are called by the same term, *tshwanele*, for which the most suitable English translation is 'due'."

Die probleem met Schapera se beskrywing van 'n kontrak lê by die vertaling van "tshwanele" met "due", dit wil sê "betaalbaar". *Tshwanele* is afgelei van die hulpwerkwoord "*swanela*" wat vertaal kan word met "behoort". Volgens die paneel dui die woord *tshwanele* eerder op 'n "veronderstelling" wat uit 'n gewoonte ontstaan het en bevat dit geen element van dwang of verpligting nie. *Tshwanele* gaan gepaard met gebruike en nie met 'n regsreël nie.

Die paneel het kontraksluiting beskryf as 'n metode waarvolgens regte en verpligtinge op 'n sigbare wyse verkry kan word. Hierdie beskrywing kan verklaar word aan die hand van die feit dat kontraksluiting volgens hulle vroeër 'n aangeleentheid tussen agnaatgroepe was wat op 'n konkrete wyse in die openbaar plaasgevind het. Die rede tot kontraksluiting is deur die hoofde van die onderskeie agnaatgroepe bekend gemaak en die voorwerp wat die onderwerp van kontraksluiting uitgemaak het, in die openbaar vertoon om deur almal teenwoordig besigtig te word.

Deesdae word kontrakte verkieslik op skrif gestel. Die rede hiervoor is dat dit die bewys daarvan vergemaklik ingeval 'n dispuut oor die bedinge

daarvan sou ontstaan. Die blote opskrifstelling van 'n afspraak om te presteer is egter nie voldoende vir die totstandkoming van 'n kontrak nie. Só 'n afspraak is volgens die paneel op die meeste " 'n uitspraak van begeerte".

Die vraag ontstaan wanneer 'n afspraak wel verbinteniskeppend is, met ander woorde wanneer vloei daar 'n verbintenis uit 'n afspraak voort? Volgens die paneel sal dit alleen die geval wees wanneer een van die kontrakspartye ingevolge 'n afspraak gepresteer het, dit wil sê in terme van die afspraak iets gelewer, gedoen of nie gedoen het nie. 'n Blote afspraak, dit wil sê sonder dat een van die partye ingevolge daardie afspraak gepresteer het, gee dus nie aanleiding tot enige regsgevolge nie. Die een party sal die ander party dus nie kan dwing om te presteer of om prestasie te ontvang nie. Daar ontstaan dus geen kontraktuele gebondenheid op grond van 'n afspraak alleen nie. Die paneel het hierdie regsreël verklaar aan die hand van 'n regspraak, *lentswe la maabane ga le tlhabe kgomo* (gister se woord slag nie 'n bees nie). Met ander woorde, uit 'n afspraak alleen vloei daar geen regsgevolge nie. Volgens die paneel kan die partye op enige stadium na die afspraak van standpunt verander. Hulle druk die beginsel soos volg uit: *motlhalefi o fetola mogopolo wa gagwe* ('n wyse man verander van besluit). Selfs al sou 'n party onmiddellik na 'n afspraak wil presteer, kan die ander party weier om prestasie te ontvang. Die paneel het verduidelik dat daar in so 'n geval "nog net gepraat is". 'n Party moet eers die geleentheid gebied word om die aangeleentheid behoorlik te oordink. Hieruit blyk dit dat slegs reële kontrakte bekend is, dit wil sê kontrakte wat bestaan uit ooreenkoms plus prestasie of gedeeltelike prestasie.

Benewens Schapera (1965 142), is Prinsloo en Vorster (1990^a 10) die enigste skrywers oor die inheemse reg wat die standpunt huldig dat 'n blote afspraak nie sonder regsgevolge is nie in die sin dat 'n party na die bereiking van 'n afspraak gedwing kan word om 'n prestasie te ontvang. Aan die ander kant verklaar Prinsloo en Vorster egter: "While promises remain unperformed no remedy is available if one party repudiates the agreement" (1990^a 10). Volgens die paneel skeep 'n belofte slegs hoop, maar is dit nie voldoende om 'n kontrak afdwingbaar te maak nie. Solank as wat daar 'n belofte bestaan is daar hoop, maar het dit hoegenaamd nie enige bindende krag nie. Die regspreuk wat in dié verband gebruik word, is: *tsholo pelo ga e tllhabise ditlhong* (hoop is nie skandelik nie).

3.3 'n Kontrak as bron van 'n verbintenis

'n Kontrak staan as *tumalano* bekend en 'n verbintenis as *tlammo*. Vir elkeen van hierdie begrippe bestaan daar dus 'n afsonderlike woord. Dit is daarom duidelik dat daar nie na 'n kontrak en 'n verbintenis verwys kan word asof dit op dieselfde begrip dui nie. 'n Kontrak is slegs die bron waaruit 'n verbintenis ontstaan, en indien die verbintenis beëindig word, gaan die kontrak ook tot niet. Dit verklaar waarom dit nie moontlik is om die partye tot 'n verbintenis te vervang sonder om die kontrak as 'n regsfeit self ook tot niet te maak nie.

Die verbintenis wat uit 'n kontrak voortvloei, skeep 'n verhouding van onderlinge gebondenheid ingevolge waarvan die skuldeiser die skuldenaar kan dwing tot prestasie en die skuldenaar die skuldeiser kan verplig om prestasie te ontvang. Daar kan gevolglik by 'n verbintenis tussen die elemente van opvorderbaarheid en vervulbaarheid onderskei word. 'n Kontrak

kan egter bestaan sonder dat dit opvorderbaar is. Indien A R5,00 by B verweid vir die kans om R20,00 te wen indien 'n sekere sokkerspan (*setlhopa sa kgwele*) 'n wedstryd wen, kan A nie vir B aanspreek vir die geld as die span wen nie. Tog bestaan die verbintenis oftewel skuld werklik vir sover daaraan geldig voldoen kan word. Volgens die paneel is hierdie soort van weddenskapskontrakte deesdae aan die orde van die dag.

3.4 Die inhoud van 'n kontraktuele verbintenis

'n Verbintenis is volgens die paneel 'n subjektiewe verhouding tussen die skuldeiser en die skuldenaar met die klem op die partye as mense, en nie op die objek van die verbintenis, naamlik die prestasie nie. Dit verklaar waarom 'n dispuut in 'n hof dikwels van sekondêre belang is en die verhouding tussen die partye as mense die hoogste prioriteit geniet. Alhoewel 'n verbintenis in terme van regte en verpligtinge van tydelike aard is en bestem is om deur voldoening uitgewis te word, is die partye in terme van hulle onderlinge menseverhouding gebonde aan daardie verbintenis.

Alhoewel dit 'n vereiste is dat alle regte en verpligtinge van die partye tot die verbintenis vooraf spesifiek bepaald moet wees, lees die reg ook nog bepalings by die kontrak in wat onder die Westerse regstelsels as die *naturalia* van die kontrak bekend staan, byvoorbeeld 'n waarborg teen uitwinning by die koopkontrak. Hierdie terme wat van regsweë in 'n kontrak vervat is, kan egter uitdruklik deur die partye uitgesluit word. So kan die koper en verkoper volgens die paneel byvoorbeeld uitdruklik ooreenkom dat die verkoper geen waarborg lewer teen verborge gebreke wat nie inherent aan 'n koopkontrak is nie. Die reg laat die partye dus toe om hul wil te laat geld en kan hulle bykans vrylik oor die gevolge daarvan beskik.

3.5 Die funksie van kontraksoorte en die klassifikasie van kontrakte

Kontrakteervryheid behels nie alleen die vryheid om te besluit of en met wie 'n kontrak aangegaan word nie, maar ook die vryheid om die inhoud van 'n kontrak vrylik te bepaal. In ooreenstemming met hierdie beginsel van kontrakteervryheid word gevolg aan elke kontrak geheg ongeag of die kontrak as een van die erkende kontraksoorte geklassifiseer kan word. In die Romeinse reg, daarenteen, is slegs aan 'n kontrak gevolg gegee indien dit as een van die *numerus clausus* kontraksoorte geklassifiseer kan word. 'n Algemene normkompleks wat op alle kontrakte van toepassing was, het in die Romeinse reg grootliks ontbreek en het elke kontraktant oor sy eie norme beskik. Die klassifikasie van kontrakte was in die Romeinse reg noodsaaklik om te bepaal of 'n kontrak geldig is en indien wel, watter norme op die kontrak van toepassing is (Joubert 1991 251).

Die Romeinse kontraksoorte bestaan in sowel die Suid-Afrikaanse as die Inheemse reg voort ten spyte van die erkenning van die beginsel van kontrakteervryheid en ten spyte van die bestaan van 'n algemene normkompleks wat op alle kontrakte van toepassing is. In die lig van die feit dat 'n kontrak se geldigheid nie meer afhanklik is van die vraag of die kontrak as een van die erkende kontraksoorte geklassifiseer kan word nie en die feit dat daar algemeen aanvaar word dat die kontraksoorte nie 'n *numerus clausus* is nie, ontstaan die vraag waarom daar steeds met verskillende kontraksoorte gewerk word. Blykbaar lê die antwoord daarin opgesluit dat die kontraksoorte wat in 'n bepaalde tydperk in 'n regsorde erken word, gewoonlik die mees voorkomende en belangrikste kontraktinhoud wat in 'n spesifieke samelewing voorkom, ruweg weerspieël. Dit is tegelyk

ook 'n uitdrukking van die belangrikste kontrakdoelstellings wat deur die regsorde op 'n spesifieke tydstip erken word (Joubert 1991 251-252).

Volgens Joubert (1991 252) dui die erkenning van kontraksoorte in 'n bepaalde regsorde daarop "dat orde en geregtigheid in die kontraktereg nie bloot met behulp van algemene kontraktuele norme en beginsels wat op alle kontrakte van toepassing is, bewerkstellig kan word nie. Die erkenning van verskillende kontraksoorte is 'n uitdrukking van die behoefte om in die kontraktereg te differensieer aan die hand van die konkreet-reële verskyningsvorme wat kontrakte in die regsverkeer aanneem". Hy wys daarop dat die reg hoofsaaklik slegs kennis neem van die mees voorkomende en belangrikste verskyningsvorme van kontrakte wat in 'n gegewe tydvak in die samelewing voorkom, aangesien dit onmoontlik is om vir elke moontlike verskyningsvorm norme en beginsels beskikbaar te stel.

Die verskillende kontraksoorte dien dus volgens Joubert (1991 254) die regsorde se behoefte om in die kontraktereg te differensieer aan die hand van die verskillende verskyningsvorme van kontrakte. Die verskillende kontraksoorte stel die koördineringspunte daar aan die hand waarvan sodanige differensiering kan plaasvind. Dit beteken volgens hom dat die toepassingsgebied van 'n verskeidenheid regsnorme aan die hand van die verskillende kontraksoorte omskryf word en dat die klassifikasie van 'n kontrak nodig is om vas te stel welke regsnorme op die kontrak van toepassing is. "Aangesien die regsnorme wat op 'n bepaalde kontraksoort van toepassing is die regte en verpligtinge van die partye raak, is die klassifikasie van kontrakte tegelyk ook 'n poging om vas te stel wat die inhoud van die kontrak is" (Joubert 1991 254).

Volgens Joubert (1991 254-255) wil dit egter voorkom of die blote klassifikasie van 'n kontrak nie altyd die gepaste norm wat op 'n konkrete kontrak toepassing moet vind, blootlê nie. Indien 'n kontrak nie onder een van die erkende kontraksoorte tuisgebring kan word nie, beteken dit volgens hom in beginsel dat die norme van nie een van die erkende kontraksoorte direk op die konkrete kontrak toepassing kan vind nie. In so 'n geval moet regsontwikkeling plaasvind deur vir die nuwe kontraksoort norme te ontwikkel.

Met verloop van tyd het daar 'n hele aantal kontraksoorte by die bestudeerde mense ontwikkel. Die oudste soort is waarskynlik die ruilkontrak gevolg deur die koopkontrak. Benewens koop en ruil is daar vandag vele ander soorte soos die huurkontrak, die dienskontrak en die bewaargewingskontrak. Sommige soorte is van relatief resente oorsprong. 'n Kontrak hoef volgens die paneel egter nie as 'n bepaalde soort geklassifiseer te word om regsgeldig te wees nie - solank 'n kontrak aan die gewone vereistes vir kontrakte in die algemeen voldoen, is dit afdwingbaar.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

3.6 Vernietigbare en onafdwingbare kontrakte

Volgens die paneel is dit moontlik dat omstandighede by kontraksluiting aanwesig kan wees wat op daardie stadium geen invloed op die geldigheid van die kontrak het nie maar mettertyd as rede kan dien vir die vernietiging van die kontrak. 'n Voorbeeld hiervan is wanvoorstelling (*reelelo*) waaraan een van die partye hom kan skuldig maak tydens kontraksluiting. Tot tyd en wyl die wanvoorstelling ontdek word en die benadeelde party daarop reageer het, bestaan daar wel regte en verpligtinge waaraan geldiglik voldoen kan

word. 'n Kontrak wat onder sulke omstandighede tot stand kom, word onder die Westerse regstelsels as 'n vernietigbare kontrak beskryf.

Volgens die paneel is dit nie onbekend om kontrakte te sluit wat aanleiding gee tot verbintenisse wat nie afdwingbaar is nie. Die afdwingbaarheid van 'n verbintenis is trouens geen vereiste vir die geldigheid van 'n kontrak nie. Solank daar slegs aan een van die elemente van 'n verbintenis, naamlik òf die opvorderbaarheid òf die afdwingbaarheid, voldoen kan word, is dit 'n geldige verbintenis. Deesdae is die weddenskapskontrak 'n bekende vorm van só 'n verbintenis. Volgens die paneel is dit algemeen bekend dat daar geen wyse bestaan om 'n verbintenis wat uit 'n weddenskapskontrak ontstaan het af te dwing nie. So 'n verbintenis kan egter te eniger tyd vervul word. Indien 'n party dus sy weddenskapskuld betaal het, sal hy nie sy betaling kan terugeis nie.

3.7 Kwasikontrakte

Kwasikontrakte word in die Westerse regstelsels beskryf as regmatige regshandeling wat tot verbintenisse aanleiding gee sonder dat die partye wils-ooreenstemming daarvoor bereik het. Coetzee en andere (1985 151) noem die volgende verskynsels as voorbeelde van kwasikontrakte by die Batswana van Bophuthatswana: voorsiening van trougoedere (*bogadi*) en bydraes deur ander verwante tot trougoedere en uitgawes by huweliksfeeste en inisiasieseremonies. Dit is egter te betwyfel of hierdie handeling as kwasikontrakte geklassifiseer kan word. Alhoewel dit volgens die paneel vroeër gebruik was dat die vader die trougoedere vir die eerste vrou van elk van sy seuns verskaf het, kon die seun egter nie hierdie hulp afdwing nie. Om dié rede is die seun vandag self vir 'n groot deel of selfs die geheel van die

trougoedere (*bogadi*) verantwoordelik. Indien die vader wel die trougoedere vir die seun verskaf het, is die seun onder geen verpligting om dit weer aan sy vader terug te gee nie. Dit kan verklaar word aan die hand van die feit dat tot huweliksluiting 'n seun nog lid van sy vader se huishouding en agnaatgroep is. As lid deel hy in die groep se regte en voorregte en het hy aanspraak op huweliksgoed. Hy kan sy aanspraak nie in 'n hof afdwing nie, aangesien hy nie sonder sy vader in die hof kan optree nie en dus nie teen hom 'n aksie kan instel nie.

Naas die vader was daar ook geen ander verwant wat 'n afdwingbare plig gehad het om tot die *bogadi* by te dra nie. Daar kan van die *malome* (moeder se broer) verwag word om ten minste een bees tot die trougoedere van sy suster se seun by te dra. Doen hy dit nie, kan dit nie gevra word nie. Doen hy dit wel sonder enige voorafgaande ooreenkoms, kan hy dit nie later terugeis nie. Dit geld ook ten opsigte van huweliksbeeste en inisiasieseremonies. Indien daar wel 'n kontrak met die *malome* gesluit is, sal hy dit kan terugeis. Sodanige kontrakte word volgens die paneel egter selde indien ooit gesluit. Volgens die paneel bestaan daar geen Setswana term vir die begrip kwasikontrak. Hulle is egter bekend met die verskynsel dat regte en verpligtinge verkry kan word sonder 'n voorafgaande afspraak. Die voorbeelde wat deur die paneel verskaf is, word in die Westerse regstelsels onderskeidelik getipeer as saakwaarneming, ongeregverdigde verryking en verbintenisse wat ontstaan uit familieverhoudings.

3.7.1 Saakwaarneming

Volgens Olivier en andere (1989 554) is saakwaarneming bekend in die inheemse gewoontereg na aanleiding van die beslissing in *Biyela v. Biyela*

1975 A.C. (N-E) 27 (Eshowe) waar beslis is dat die hoof van die *indlunkulu*-huis aanspreeklik is kragtens die oorspronklike Zulureg vir begrafniskoste wat aangegaan is (weens die oorlye van 'n persoon wat lid was van dié huis) deur 'n lid van 'n ander huis. Die paneel het die volgende voorbeeld verskaf wat as 'n vorm van saakwaarneming beskryf kan word: A verlaat sy woongebied om 'n spesifieke taak elders te gaan verrig en laat sy familie agter. Anders as wat die bedoeling was, keer A eers baie later terug na sy woning. Intussen het B, 'n vriend van A, A se familie versorg vir wie A slegs 'n paar dae se lewensnoodsaaklikhede agtergelaat het. Alhoewel daar geen ooreenkoms tussen A en B in die verband bestaan het nie, het daar deur B se versorging van A se familie 'n verbintenis tussen A en B ontstaan en sal A verplig wees om B te vergoed vir alle noodsaaklike uitgawes wat B gehad het om A se gesin te versorg.

Uit bogenoemde voorbeeld blyk dit dus dat nie alleen 'n regshandeling nie, maar ook 'n feitlike handeling op saakwaarneming kan neerkom. Volgens die paneel moet die handeling egter nie in stryd wees met die reg en goeie sedes (*maitsholo*) nie. Daar word ook verder vereis dat die saakwaarnemer die bedoeling moet hê om na 'n ander persoon se belange om te sien en nie slegs om in eie gewin op te tree nie.

3.7.2 *Ongeregverdigde verryking*

'n Oorsig oor die beskikbare literatuur toon dat daar tot dusver weinig oor hierdie regsverskynsel opgeteken is. Myburgh (1985: 92) noem slegs dat ongeregverdigde verryking 'n kwasikontrak is sonder om dit egter enigsins verder te bespreek. Volgens die paneel gebeur dit egter dikwels dat 'n persoon ten koste van 'n ander verryk word. Indien 'n persoon byvoorbeeld

verkeerdelik meen dat hy iets aan 'n ander verskuldig is en hierdie denkbeeldige skuld betaal, sal hy volgens die paneel die bedrag kan terugeis. Indien hy egter bewustelik 'n onverskuldigde prestasie gelewer het, sal dit as 'n skenking beskou word en sal hy dit nie kan terugeis nie.

Indien 'n persoon 'n saak aan iemand oorhandig met die doel om 'n teenprestasie daarvoor te verkry, byvoorbeeld indien A sonder om met B vooraf ooreen te kom 'n sak mielies aan B stuur met die versoek dat B aan hom 'n sak koring moet stuur, sal A die sak mielies volgens die paneel kan terugeis indien B dit in ontvangs neem maar nalaat om die sak koring te stuur.

3.7.3 *Regte en verpligtinge wat ontstaan uit familieverhoudings*

Ouers is volgens die paneel regtens verplig om hulle kinders te versorg en aan hulle behoeftes te voorsien. Die minderjarige status van 'n kind verleen ook aan die ouers die bevoegdheid om namens hom oor sy goedere te beskik. Hierdie verpligting duur voort totdat die kinders 'n egtelike verbinding aangaan (vgl. ook Coertze 1971 289).

Kinders het in die algemeen ook 'n versorgingsplig teenoor hulle ouers. Hierdie verpligting ontstaan sonder enige ooreenkoms en wel wanneer die ouers oud is en versorging nodig het. Volgens Coertze (1971 302) is dit ook die posisie by die Bafokeng.

3.8 Samevatting

Wanneer die aard van die inheemse kontrak onder die loep geneem word, blyk dit baie duidelik dat die stedelike konteks waarbinne hierdie mense lewe geensins die reële karakter daarvan beïnvloed het nie. Gevolglik ontstaan

geen kontraktuele gebondenheid op grond van 'n blote belofte of 'n afspraak alleen nie. Hoewel die opskrifstelling van kontrakte deesdae aan die orde van die dag is, word dit alleenlik gedoen om die bewys daarvan te vergemaklik en nie om weg te doen met die vereiste van prestasie nie. 'n Kontrak hoef nie as 'n bepaalde soort geklassifiseer te word om regsgeldig te wees nie - solank dit slegs aan die gewone vereistes vir kontrakte in die algemeen voldoen, is dit afdwingbaar. Kwasikontrakte word ook onderskei, met ander woorde kontrakte wat tot stand kom uit prestasie sonder dat die partye wilsooreenstemming daarvoor bereik het.



UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

Hoofstuk 4

Vereistes vir die totstandkoming van 'n kontrak

4.1 Inleiding

'n Kontrak kan volgens die paneel beskryf word as 'n afspraak waaruit verbintenisse voortvloei. 'n Afspraak bestaan wanneer kontrakspartye bewus-telik tot eenstemmigheid gekom het. Hierdie eenstemmigheid of eensgesindheid word gewoonlik wilsooreenstemming genoem. Die begrip wilsooreenstemming staan as *kgologano* bekend.

4.2 Wilsooreenstemming

Alhoewel 'n afspraak alleen nie afdwingbaar is nie, is wilsooreenstemming (*kgologano*) egter 'n voorvereiste vir die totstandkoming van 'n kontrak. Volgens die paneel moet die partye hulle wil of bedoeling uitdruklik na buite kenbaar maak. 'n Stilswyende mededeling, byvoorbeeld die knik van 'n kop alleen, is nie voldoende om enige wil te laat blyk nie. Wilsooreenstemming word op 'n informele wyse in die loop van 'n gesprek bewerkstellig deur 'n proses wat as "*go tshitsinya*" (letterlik "om voor te stel") beskryf word. Daar bestaan geen fyn uitgewerkte reëls wat as basis neergelê kan word in terme waarvan eensgesindheid bereik moet word nie. Normaalweg word lang onderhandelinge tussen die partye gevoer wat bestaan uit navrae en voorstelle totdat daar uiteindelik eenstemmigheid bereik word. 'n Party word nie gebonde gehou aan dit wat hy voorgestel het alvorens daar nie een of ander vorm van prestasie in terme daarvan plaasgevind het nie. Tot dan toe kan 'n party te enige tyd van besluit verander: *motlhalafi o fetola mogopolo wa gagwe* ('n wyse man verander van besluit). 'n Party moet egter

behoorlike sorg aan die dag lê en nie misleidende wilsverklarings maak op grond waarvan die ander party tot sy nadeel handel nie.

Nadat die partye eensgesindheid bereik het, is daar nog genoeg tyd oor vir heroorweging. Die partye kry gewoonlik kans om eers die afspraak te oorweeg en met hulle familieledede te bespreek en kan te enige tyd van standpunt verander of besluit om nie met die afspraak voort te gaan nie. Indien een van die partye egter reeds gepresteer het, is die ander party gebonde om ook sy verpligtinge te vervul.

Omdat 'n blote afspraak geen juridiese betekenis het nie, is dit nie bestem om vir 'n bepaalde tyd oop te bly nie. Die voorsteller of aannemer verkry geen persoonlike regte daaruit nie en kan daarom totdat enige prestasie gelewer is, dieselfde afspraak met enige ander party aangaan. Indien A dus 'n bees aan B belowe het, kan hy onmiddellik daarna dieselfde bees aan C lewer sonder om kontraktuele aanspreeklikheid teenoor B op te doen.

Wilsooreenstemming kan alleen in die teenwoordigheid van die kontrakspartye bereik word: *diphoko di matlhong* (woorde is in die oë). Geen wilsooreenstemming kan gevolglik oor die pos of per telefoon verkry word nie. Weens die reële aard van kontraksluiting kom 'n kontrak tot stand op die plek waar prestasie gelewer word en nie op die plek waar wilsooreenstemming bereik is nie.

Prinsloo en Vorster (1990^a 6) skryf: "An agreement comes about through an offer by one party and acceptance of the offer by another". Volgens die paneel kom 'n afspraak op so 'n wyse alleen tot stand wanneer daar in terme

van die Westerse reg gekontrakteer word en die partye nie 'n ander keuse het as om daarvolgens te handel nie. Dan word daar ook gepraat van "offerre" en "acceptance". Volgens die paneel bestaan daar geen algemene Setswana terme vir aanbod en aanname nie, en alhoewel die begrippe *kabelo* en *kamogelo* wat onderskeidelik deur Prinsloo en Vorster (1990a 6) genoem word, nie onbekend was aan die paneel nie, het hulle dit nie in verband gebring met aanbod en aanname in die sin van kontraksluiting nie. Vir hulle het *kabelo* die betekenis van 'n geskenk gehad terwyl *kamogelo* weer op iets gedui het wat in die algemeen ontvang is.

4.2.1 Die verkryging van wilsooreenstemming op 'n onbehoorlike manier

Volgens die paneel kry 'n afspraak die eerste keer 'n juridiese inhoud wanneer 'n prestasie in terme van daardie afspraak plaasgevind het. Partye moet egter tydens die onderhandelingsfase daarteen waak om wilsuitinge te maak waaraan nie voldoen kan word nie. Indien dit na prestasie blyk dat hierdie wilsuitinge die perke van behoorlikheid oorskry het, kom die reg die slagoffer tegemoet en kan dit nadelige gevolge vir die voorsteller inhou.

Skrywers oor die inheemse reg onderskei nie altyd duidelik tussen handelinge wat 'n kontrak nietig en vernietigbaar maak nie. Daarbenewens word verskillende betekenisgeheg aan die inhoud en gevolge van begrippe soos bedrog, wanvoorstelling, vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding. Coetzee en andere (1985 142) skryf byvoorbeeld: "Faktore soos bedrog, vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding maak die kontrak nietig. 'n Duidelike verskil tussen opset (*ka bomo / ka maikalelo*) en nalatigheid (*botlhaswa*) word gemaak. Wanneer nalatigheid nie bewys kan word nie,

bestaan daar nie 'n eis teen die party nie. Die kontrak kan ook op grond van wanvoorstelling aangeval word." Strydom (1985 434) skryf vir die Suid-Sotho van Qwaqwa: "Wanvoorstelling, dwang, vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding werk beletselend in op die geldigheid van 'n koopkontrak en die benadeelde party word nie geag gebonde te wees aan die ooreenkoms nie en kan uittree sonder dat hy vir kontrakbreuk aangespreek kan word." En verder ook: "Indien die verkoper 'n opsetlike wanvoorstelling in die verband doen, is die koper geregtig om die kontrak te vernietig sonder dat hy vir kontrakbreuk aangespreek kan word. Dit moet egter 'n wesenlike wanvoorstelling wees" (Strydom 1985 434-435). Pauw (1985 109) beweer ten opsigte van die Imidushane en Amabhele weer: "Opsetlike bedrieëry beïnvloed nie die geldigheid van 'n kontrak nie." Benewens die feit dat hierdie skrywers nie duidelik onderskei tussen die nietigheid en vernietigbaarheid van 'n kontrak nie, is dit ook nie seker wat hulle bedoel met begrippe soos "*beletselend*" en "opsetlike bedrieëry" nie.

Prinsloo en Vorster (1990^a 6) onderskei ook nie tussen wanvoorstelling wat wilsooreenstemming uitsluit met die gevolg dat geen ooreenkoms tot stand kom nie, en wanvoorstelling wat 'n kontrak slegs vernietigbaar maak nie: "If consensus is obtained by improper means, that is where a party has been misled through misrepresentation or coerced by threat (duress) to enter into a contract, the contract is voidable at the option of the prejudiced or threatened party". Die paneel het wanvoorstelling, dwang of vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding onderskei as maniere op grond waarvan wilsooreenstemming op 'n onbehoorlike manier verkry kan word.

4.2.2.1 Wanvoorstelling

Wanvoorstelling staan volgens die paneel bekend as *reelelo* wat normaalweg 'n dwaling (*kalakatlego*) tot gevolg het. Die aard van die dwaling word aan die hand van die omstandighede van elke geval bepaal. Dit kan wees dat die wanvoorstelling 'n wesenlike dwaling tot gevolg het in welke geval geen kontrak tot stand kom nie omdat wilsooreenstemming wat 'n voorvereiste vir die sluiting van 'n kontrak is, in so 'n geval ontbreek. 'n Voorbeeld van sodanige dwaling wat volgens die informante wilsooreenstemming sal uitsluit, is waar A 'n saak aan B lewer met die bedoeling om dit by B in bewaring te plaas terwyl B onder die indruk verkeer dat A die voorwerp tot B se gebruik beskikbaar stel.

Weens die konkrete aard van kontraksluiting en die feit dat partye in mekaar se teenwoordigheid kontrakte sluit (*diphoko di matlhong*) en dat die voorwerp wat die onderwerp van kontraksluiting vorm aan mekaar uitgewys moet word, kon die paneel hulle nie die moontlikheid voorstel dat partye kan dwaal ten opsigte van die identiteit van die ander party of die identiteit van die voorwerp van die kontrak nie. Indien daar egter dwaling oor die persoon of prestasie plaasvind, sal daar volgens die paneel sonder enige twyfel geen kontrak tot stand kom nie. Alhoewel die paneel hulleself moeilik die voorbeelde kan voorstel, sal dit byvoorbeeld die geval wees wanneer A met B kontrakteer terwyl hy onder die indruk is dat dit C is met wie hy kontrakteer. Alhoewel die informante dus hierdie vorm van dwaling kan onderskei, is dit vanweë die wyse waarop gekontrakteer word onwaarskynlik dat sodanige dwaling voorgekom het.

Aan die ander kant is dit volgens die paneel ook moontlik dat die dwaling nie wesenlik van aard is nie, byvoorbeeld waar 'n party dwaal ten opsigte van die rede of grond vir die aangaan van die kontrak. A koop byvoorbeeld by B 'n bul omdat hy foutiewelik meen dat sy eie bul gevrek het. Indien A agterna vasstel dat sy bul nog lewe, sal dit geen effek hê op die geldigheid van die kontrak nie.

Die paneel onderskei baie duidelik tussen opsetlike, nalatige en onskuldige wanvoorstelling. Volgens hulle is 'n wanvoorstelling opsetlik (*kabomo*), en dan is dit bedrog (*tsietso*), waar die wanvoorsteller bewus was van die onwaarheid van sy voorstelling en bedoel het dat die party wat bedrieg is op grond daarvan moet optree. Die wanvoorstelling moet persoonlik gemaak word deur die ander kontraktant en nie deur 'n medewerker nie. Die volgende voorbeeld is deur die paneel as opsetlike wanvoorstelling genoem: A koop van B 'n ring vir R200. B deel A voor kontraksluiting mee dat die ring van goud is terwyl B bewus is daarvan dat die ring inderwaarheid van koper gemaak is. B het hom volgens die informante skuldig gemaak aan opsetlike wanvoorstelling.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

Nalatige wanvoorstelling (*maikalelo*) kom volgens die paneel ter sprake waar die misleier nie inderdaad besef dat sy voorstelling onwaar is nie of dat dit tot nadeel vir die misleide sal lei nie. Indien A graanpotte verkoop en 'n bierpot wat per abuis tussen die graanpotte geplaas is, aan B as 'n graanpot verkoop, sal B die kontrak tot niet kan maak op grond van A se nalatigheid. Volgens die paneel rus die verantwoordelikheid op A om te sorg dat hy die regte goedere verkoop.

'n Wanvoorstelling word normaalweg volgens die paneel onskuldig geag indien die voorsteller nie die onjuistheid van sy voorstelling besef of enige nadeel daarin voorsien nie. A verkoop byvoorbeeld aan B 'n saak en deel hom mee dat hy van mening is dat dit vir 'n bepaalde doel aangewend kan word terwyl B later ontdek dat dit nie die geval is nie. Die blote opvyseling van goedere word egter nie as skuldige wanvoorstelling beskou nie.

Volgens die paneel is vernietiging van die kontrak moontlik by skuldige sowel as onskuldige wanvoorstelling. Dit beteken dat die kontrak ontbind word en niemand meer aanspreeklik is vir die uitvoering van die kontrak nie. By skuldige sowel as onskuldige wanvoorstelling is elke party verplig om terug te lewer wat hy in terme van die kontrak ontvang het. Indien dit vir die misleide onmoontlik is om die voorwerp terug te besorg waarmee hy mislei is, sal hy nie kan aandrang op die tersydestelling van die kontrak nie. Dit is volgens die paneel nie moontlik vir 'n misleide party om die voorwerp te behou en slegs skadevergoeding te eis nie.

'n Party kan volgens die paneel slegs by skuldige (opsetlike en nalatige) wanvoorstelling skadevergoeding (*tshenyegelo*) eis en dan ook net vir werklike skade wat hy gely het. 'n Party kan nie eis om in die posisie geplaas te word waarin hy sou gewees het as die wanvoorstelling nie gemaak was nie. Die skadevergoeding wat geëis kan word, vereis 'n vergelyking tussen die misleide se huidige vermoënsposisie en die vermoënsposisie waarin hy by ontstentenis van die wanvoorstelling sou gewees het.

Benewens die skadevergoeding wat 'n party by skuldige wanvoorstelling moet betaal, kan hy nog verder deur die hof gelas word vir die betaling van 'n

boete wat as "*mangangat/haa*" bekend staan. Volgens die paneel is die boete betaalbaar omdat só 'n party die hof se tyd gemors het en word dit nie met die wanvoorstelling in verband gebring nie (vgl. ook Van Blerk 1990^a 72).

4.2.1.2 Dwang of vreesaanjaging

Dwang of vreesaanjaging (*tshosetso*) is bekend. Verskeie voorbeelde is deur die paneel verskaf waaruit afgelei kan word dat daar onderskei word tussen twee vorme van dwang. 'n Onderskeid word gemaak tussen blote fisiese oorweldiging byvoorbeeld waar A vir B vasgryp en hom maak 'n dokument teken, en 'n bedreiging byvoorbeeld waar A 'n pistool op B rig en hom beveel om 'n dokument te teken. By dwang in die vorm van fisiese oorweldiging kom daar geen kontrak tot stand nie omdat daar in so 'n geval geen sprake was van 'n handeling nie. In die geval van 'n bedreiging kom daar wel 'n kontrak tot stand maar die kontrak is vernietigbaar op grond daarvan dat wilsooreenstemming op 'n onbehoorlike wyse verkry is.

Alhoewel daar geen uitgewerkte reëls bestaan waaraan die handelingselement van dwang of vreesaanjaging moet voldoen alvorens dit enige effek op die kontrak sal hê nie, was die paneel dit eens dat dit 'n dreigement van onmiddellike leed moes wees en dat die benadeelde geen ander keuse moes gehad het as om dit uit te oefen nie. Volgens die paneel was dwang of vreesaanjaging nie vroeër moontlik toe die handelende partye groepe was nie.

4.2.1.3 Onbehoorlike beïnvloeding

Volgens Prinsloo en Vorster (1990^a 7) is onbehoorlike beïnvloeding (*tlottheletso*) geen grond vir die vernietigbaarheid van 'n kontrak by die

Batswana van Bophuthatswana nie. Gemelde skrywers gee die volgende voorbeeld ter staving van hulle standpunt: "A medicine-man persuades a family to accept his offer of medicines they do not want in exchange for an ox. If the medicines are accepted by the family they cannot refuse to render counter-performance on the ground of undue influence."

Of op grond van die voorbeeld van 'n medisyneman 'n afleiding gemaak kan word, moet betwyfel word, aangesien daar ten opsigte van spesialiste soms huiwerend opgetree word. Daarbenewens kan daar verskeie faktore wees wat elke situasie beïnvloed en waarvan skrywers nie altyd bewus is nie. Die vraag wat eerder gevra moet word, is of die begrip wanvoorstelling nie wyd genoeg is om ook gevalle te dek wat as onbehoorlike beïnvloeding beskou kan word nie.

Die begrip onbehoorlike beïnvloeding (*tlhotlhetso*) is bekend en is volgens die paneel deesdae onder sekere omstandighede wel 'n grond vir die vernietigbaarheid van 'n kontrak. Die volgende voorbeeld is aan die paneel gestel: A, 'n lidmaat van die plaaslike Christelike kerk, wen op 'n wettige manier R2 000,00 by een van die dobbelmasjiene by die Maroela Sun Hotel. Dit hinder A dat hy 'n dobbelplek betree het en hy bespreek die aangeleentheid met sy predikant teenoor wie hy in 'n besondere vertrouensverhouding gestaan het. Die predikant oorreed A om die geld wat hy gewen het, aan die kerk te skenk synde die enigste wyse hoe A sy gewete kan stil. 'n Paar uur later, nadat A weg is van die predikant, kom hy tot ander insigte en eis die geld terug. Die paneel was dit eens dat A in die plaaslike hof sou slaag met 'n aksie vir die tersydestelling van die skenkingskontrak en die terugbetaling van die geld.

Alhoewel die paneel voorbeelde van onbehoorlike beïnvloeding verskaf het, is daar nie van gebruik gemaak nie omdat dit nie altyd die beginsels waarop die verskynsel gebaseer is, duidelik weerspieël het nie. Die paneel het nietemin behoorlike begrip daarvan getoon deurdat hulle daarop gewys het dat dit alleen kan plaasvind wanneer daar 'n vertrouensverhouding tussen twee persone bestaan wat deur een van hulle misbruik word om die ander te oorreed om toe te stem tot 'n transaksie wat hy onder normale omstandighede nie sou oorweeg het nie. Weens die feit dat kontraksluiting vroeër 'n aangeleentheid tussen agnaatgroepe was, het onbehoorlike beïnvloeding volgens die paneel selde voorgekom omdat dit nie so maklik was om 'n agnaatgroep se wil plooibaar te maak nie. Moontlik bied dit 'n verklaring vir Prinsloo en Vorster se bevinding.

4.3 Die prestasie moet moontlik wees

Die prestasie moet moontlik wees op die tydstip van kontraksluiting anders kom geen kontrak tot stand nie. Indien die prestasie moontlik was ten tyde van kontraksluiting maar later onmoontlik word weens omstandighede buite die beheer van die skuldenaar, word die skuldenaar bevry van sy verpligting om te presteer. Die skuldeiser is dan slegs geregtig op die teruggawe van die prestasie wat hy reeds gelewer het. Geen skadevergoeding is egter verhaalbaar nie. Indien A met B onderhandel om 'n bees by hom te koop en A koste aangaan vir die oprigting van 'n beeskraal voordat B die bees aan A gelewer het, sal A geen verhaalsreg teen B hê vir hierdie koste nie. Die spreuk wat in hierdie verband gebruik word, is: *o se ke wa sugela ngwana thari mpeng* (moenie vir die kind 'n tjalie maak voordat hy nie gebore is nie), met ander woorde, moenie jou kuikens tel voordat die eiers uitgebroei is nie.

Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana huldig Prinsloo en Vorster (1990^a 8) dieselfde standpunt. Volgens hulle kan kostes wat direk in verband staan met die vervulling van die kontrak, byvoorbeeld kostes wat aangegaan is vir die huur van veewagters om die bees te gaan haal wat A by B gekoop het, wel by die Bakgatla verhaal word indien B skuld het aan die feit dat prestasie nie meer moontlik is nie. Die paneel het egter 'n teenoorgestelde mening gehuldig en verklaar: "B het mos nie vir A gesê om die veewagters te huur nie".

4.4 Die prestasie moet bepaald wees

Die beskikbare literatuur toon nie veel besonderhede oor hierdie aspek van prestasie nie. Met verwysing na die Suid-Sotho van Qwaqwa skryf Strydom (1985 517-518) nietemin soos volg: "Informante het beweer dat kontrakte ondersteun word deur algemene regsbeginsele en dat dit nie nodig is om die beginsel by die aangaan van 'n kontrak uitdruklik tot die voorwaardes van die kontrak by te voeg nie. Vaagheid in formulering of onduidelikheid oor verpligtinge kan in die verband nie as verweer aangevoer word vir die nie-lewering van kontraktuele prestasie nie." Volgens die paneel sou hierdie bewering deurentyd toepassing kon vind in die oorspronklike reg toe ruilhandel hoofsaaklik aan die orde van die dag was en goedere van dieselfde kwaliteit teruggegee moes word. Die partye hoef die teenprestasie nie spesifiek te beding het nie omdat dit van regsweë bepaald was. 'n Gelykwaardige teenprestasie was dus 'n *naturalia* van die kontrak. Daarbenevens is kontrakte tussen verskillende agnaatgroepe gesluit en was die moontlikheid van onsekerhede uitgesluit. Volgens die paneel is dit vandag steeds die posisie dat bedinge in 'n kontrak *ex lege* bepaald kan wees indien die partye nie spesifiek daarvoor ooreengekom het nie. Die

geldeconomie in die stedelike konteks waarbinne die mense hulself bevind, eis egter deesdae al hoe meer dat kontrakte spesifiek en duidelik beskryf moet wees. Volgens die paneel moet die afspraak soveel besonderhede bevat ten opsigte van prestasie en teenprestasie dat 'n kontrak met 'n bepaalde inhoud tot stand kom. Die prestasie moet op die oomblik waarop die afspraak aangegaan word reeds bepaald en geïndividualiseer wees. Dit is byvoorbeeld nie voldoende om slegs te verklaar: "Ek koop al die koring op jou land" nie. Dit is ook nie voldoende dat die prestasie bepaal kan word nie. Die bekende Romeinse reël *id certum est quod certum reddi potest* (ook dit is bepaald wat bepaal kan word) geld dus nie.

Volgens die paneel kan die skuldenaar hom nie verbind tot die lewering van een van meerdere prestasies, byvoorbeeld een koei uit 'n bepaalde twee, drie of meer nie. Die partye moet saam en in mekaar se teenwoordigheid (*diphoko di matlhong*) besluit watter bepaalde koei gelewer moet word. Die keuse kan nooit aan die skuldenaar alleen oorgelaat word nie. Indien die prestasie beskryf moet word in soort, aard of kenmerk, byvoorbeeld 10 sakke witmielies van 'n bepaalde graad, is dit ook nie moontlik om ooreen te kom dat die skuldenaar alleen die bevoegdheid sal hê om 'n keuse ten opsigte van afsondering te maak nie.

Dit is volgens die paneel ook nie moontlik om af te spreek dat die koper die saak koop vir dieselfde bedrag as wat die verkoper daarvoor betaal het sonder dat die bedrag gespesifiseer word nie. Al sou die bedrag maklik vasgestel kan word, moet die bedrag spesifiek vermeld word tydens onderhandeling. Die partye kan ook nie ooreenkom dat die koper die goedere koop teen 'n prys waarvoor die verkoper dit normaalweg verkoop nie, of dat die

prestasie deur een van die kontraktante alleen bepaal sal word nie, byvoorbeeld dat die verhuurder sal besluit hoeveel die huurgeld bedra nie. In die geval van koopkontrakte kan die vasstelling van die prys ook nie aan 'n derde oorgelaat word nie. Kontrakte word in mekaar se teenwoordigheid gesluit (*diphoko di matlhong*) en weens die feit dat die klem op beide die subjekte daarvan geplaas word, kan 'n bepaling nie aan een van die partye alleen of aan 'n derde oorgelaat word om daarvoor te besluit nie.

4.5 Kontraksluiting, prestasie en oogmerk moet geoorloof wees

'n Oorsig oor die beskikbare literatuur toon dat hierdie 'n aangeleentheid is wat nog nie in diepte ondersoek is nie. Olivier en andere (1989 631) vermeld byvoorbeeld slegs dat die howe soms die begrip *contra bonos mores* gebruik as klaarblyklike ekwivalent van "strydig met staatsgedragslyn en natuurlike geregtigheid". Bekker (1989 57) beweer dat mensehandel strydig is met die openbare belang en dat 'n dogter nie aangebied kan word ter delging van 'n skuld nie omdat dit op mensehandel neerkom. Die paneel het met hierdie standpunt saamgestem. Strydom (1985 516) maak melding van bepaalde "respekvoorskrifte" wat nagekom moet word ten aansien van die tyd wanneer 'n kontrak aangegaan of uitgevoer word. Hy skryf soos volg: "Wanneer 'n inwoner van 'n *motse* sterf, moet verskeie voorskrifte deur die ander inwoners nagekom word. Hulle mag byvoorbeeld nie 'n *letsema* (georganiseerde werksparty) reël of daaraan deelneem gedurende die voorgeskrewe rouperiode nie. Indien die voorskrif verontagsaam word, word so 'n ooreenkoms as onwettig beskou en kan beide die aanbieder van 'n *letsema* asook die persone wat daaraan deelneem beboet word." Die paneel het in die algemeen met hierdie voorbeelde saamgestem. Hulle het daarop gewys dat dit in die openbare belang is dat taboereëls nageleef moet word en dat

die nakoming daarvan selde in die plaaslike hof afgedwing word. Daar word eerder van ander vorme van bestrawwing soos byvoorbeeld ignorering gebruik gemaak.

Volgens die paneel sal 'n kontrak as ongeoorloof beskou word indien dit kragtens die reg verbode is, of indruis teen die openbare belang of goeie sedes van die gemeenskap. Wanneer daar bepaal word of 'n kontrak geoorloof is, word daar gelet op die sluiting *per se*, die prestasies en oogmerke van die kontrakterende partye. Die volgende kontrakte word as ongeoorloof beskou.

4.5.1 Kontrakte deur die reg verbied

4.5.1.1 Kontrakte op Sondae gesluit

Vroeër was Sondae nie as 'n spesiale dag afgesonder nie en kon alle kontrakte vrylik op 'n Sondag gesluit word. Deesdae, onder invloed van die Christendom, mag geen kontrak meer op 'n Sondag gesluit word nie. Toe die vraag oorspronklik aan die paneel gestel is, was daar 'n verdeling van standpunt onder die lede. Diegene wat van mening was dat kontrakte wel op 'n Sondag gesluit kon word, het dit verklaar aan die hand van sekere besigheidsaktiwiteite wat steeds op Sondae voortgesit word. Later is 'n mededeling gemaak dat daar by die volle hofraad vasgestel is dat geen kontrakte op 'n Sondag gesluit mag word nie. Dit sluit egter die normale besigheidsaktiwiteite op Sondae uit. Die spreuk wat hier gebruik is, is: *Ientswe la kgosi ke molao* (die stamhoof se woord is wet); gevolglik is dit teen die reg om kontrakte op Sondae te sluit en was die informante sedert hierdie vasstelling eensgesind oor die aangeleentheid.

4.5.1.2 Kontrakte wat die jurisdiksie van die hof beperk

Dit is nie moontlik dat die partye kan afsprek dat een van die partye hom nie op die hof mag beroep ingeval daar 'n dispuut uit 'n kontrak ontstaan nie: *lentswe la kgosi le agelwa lesaka* (rondom die stamhoof se woord is 'n kraal gebou). Dit is gevolglik nie moontlik om enige reëlings te tref wat buite die reg werking sal hê nie.

4.5.1.3 Kontrakte vir die afkoop van 'n misdaad

Hierdie kontrakte staan bekend as *pipamolomo*. Volgens die informante beteken *pipamolomo* "om die mond toe te maak". Hierdie kontrak word gewoonlik gesluit wanneer iemand 'n misdaad gepleeg het en aan 'n ander wat daarvan bewus is 'n bedrag geld betaal om dit nie onder die aandag van die owerheid te bring nie. Indien die persoon die geld neem en nogtans die saak aanhangig maak, sal die skuldige dit nie van hom kan verhaal nie. Kontrakte vir die afkoop van 'n misdaad is nie afdwingbaar in die hof nie.

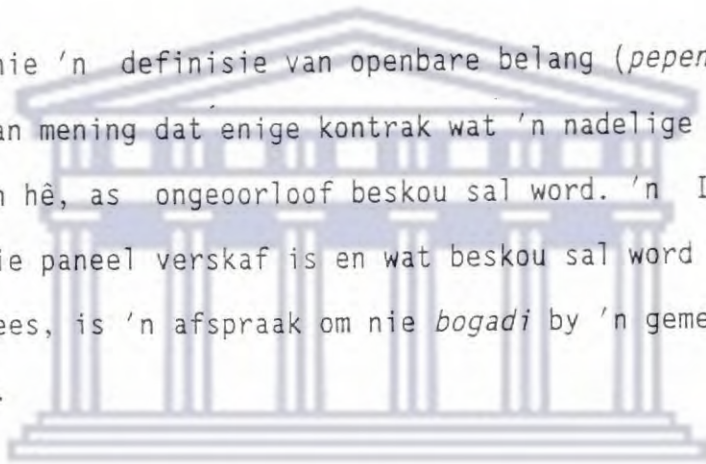
4.5.1.4 Kontrakte om misdade te pleeg

Indien A aan B 'n bedrag geld betaal om vir hom 'n bees te steel en B die geld neem en versuim om die afspraak na te kom, sal A nie die bedrag geld van B kan terugeis nie. Alhoewel die begrip nie bekend is aan die paneel nie, is hierdie 'n geval van *in pari delicto* soos bekend in die Westerse reg. Benewens die feit dat die hof hom nie met die ooreenkoms sal bemoei nie, loop beide die partye die risiko om strafregtelik vervolgt te word.

4.5.2 Kontrakte wat teen die goeie sedes of die openbare belang van die gemeenskap indruis

'n Voorbeeld van 'n kontrak wat teen die goeie sedes (*maitsholo*) indruis en nie deur die hof afgedwing sal word nie, is volgens die paneel waar 'n man 'n bedrag geld aan 'n vrou betaal om by hom te woon sonder om 'n huwelik met haar te sluit. Indien die vrou betaling ontvang het maar weier om met die afspraak voort te gaan, sal die hof haar nie tot spesifieke nakoming verplig of beveel om die bedrag geld aan die man terug te betaal nie.

Alhoewel die paneel nie 'n definisie van openbare belang (*pepeneneng*) kon gee nie, was hulle van mening dat enige kontrak wat 'n nadelige uitwerking op die gemeenskap kan hê, as ongeoorloof beskou sal word. 'n Interessante voorbeeld wat deur die paneel verskaf is en wat beskou sal word as teen die openbare belang te wees, is 'n afspraak om nie *bogadi* by 'n gemeenregtelike huwelik te lewer nie.



4.5.2.1 Weddenskapskontrakte

Die beskikbare literatuur maak geen vermelding van weddenskapskontrakte nie. Dit kan moontlik toegeskryf word aan die feit dat daar nog nie 'n studie oor die kontraktereg in stedelike gebiede gedoen is nie. Die begrip weddenskap is volgens die paneel egter lank reeds bekend. Dit was vroeër in die een of ander vorm van spel beoefen en nie met die kontraktereg in verband gebring nie. Beeswagters het byvoorbeeld dikwels in die veld weddenskappe aangegaan om te bepaal wie die sterkste is of die verste met 'n kiere kan gooi. Veldvrugte is gewoonlik verwed, en indien 'n persoon 'n weddenskap verloor het en geweier het om dit wat hy verwed het te betaal, is van eierigting of ignorering gebruik gemaak om hom daartoe te dwing.

Deesdae, onder invloed van die stedelike konteks, het weddenskappe 'n juridiese gestalte verkry en word dit tans met die kontrakreg in verband gebring. Daar word egter nog nie 'n onderskeid tussen weddenskappe en dobbelary getref nie. Beide hierdie begrippe word met een of ander spel geassosieer wat in 'n kontrak vervat is en waarby die partye iets kan wen of verloor.

Weddenskappe, en dobbelary wat daarmee saamgaan, is volgens die paneel besondere vorme van ongeoorloofde kontrakte. Volgens hulle is dit ongeoorloof weens die nadelige maatskaplike gevolge wat daaruit voortvloei.

Daar word onderskei tussen twee vorme van weddenskapskontrakte wat as *peelano* bekend staan. *Peelano* is afgelei van *beelana* (om vir mekaar neer te sit). Die eerste vorm is die algemene weddenskapskontrak waarkragtens elke party ten koste van die ander 'n bepaalde voordeel te wen staan. Die ander vorm van weddenskapskontrakte vertoon geen sweem van onbetaamlikheid (*thona*) nie en word as geoorloof beskou. Hierdie soort weddenskapskontrak toon sterk ooreenkoms met weddenskapskontrakte "*super re honesta*" wat vroeër in die Romeinse reg bekend was en is weddenskappe waar die partye by sluiting van die kontrak 'n geregverdigde belang in die sluiting daarvan het. Twee atlete kan byvoorbeeld 'n weddenskapskontrak aangaan om te bepaal wie van hulle twee die beste atleet is. Die weddenskapskontrak kom tot stand sodra beide die partye iets "neergesit" het wat deur een van die partye gewen kan word. In hierdie verband blyk dit dus dat weddenskappe wat vroeër slegs die konnotasie van een of ander spel gehad het, nou met die kontrakreg in verband gebring word en ook afdwingbaar is in die plaaslike hof.

Alhoewel daar geen twyfel bestaan dat weddenskapskontrakte en dobbelary ongeoorloof en gevolglik onafdwingbaar is nie, ondervind die paneel probleme met die owerheid se optrede in dié verband. Veral problematies is die feit dat dobbelary amptelik deur die Bophuthatswana regering gewettig is deurdadig toestemming verleen is vir die oprigting van dobbelhuise in sekere hotelle. Volgens die paneel is daar bekende gevalle van etlike persone wat hulle geld by die dobbelhuise verloor het met nadelige sosiale en maatskaplike gevolge in die gemeenskap. Op grond hiervan het die reg hom teen weddenskapskontrakte gekeer.

Volgens die paneel is weddenskapskontrakte wat 'n sweem van onbetaamlikheid (*thona*) toon, nie nietig nie maar slegs onafdwingbaar. Gevolglik kan weddenskapskuld nie deur middel van 'n aksie afgedwing word nie. 'n Weddenskapskuld kan egter geldiglik voldoen word. Betaal 'n party dus sy weddenskapskuld, kan hy dit nie weer later terugvorder nie.

4.5.2.2 Kontrakte ter beperking van handelsvryheid

'n Kontrak ter beperking van die handelsvryheid in die Westerse regstelsels is 'n afspraak waardeur 'n kontraktant sy vryheid om in die toekoms sy beroep of nering uit te oefen of om aan die handelsverkeer deel te neem, aan bande lê of beperk. Volgens die Engelse reg is 'n kontrak wat die handelsvryheid van 'n persoon op 'n onredelike wyse inkort, nietig. Dit staan bekend as die leerstuk ("doctrine") van kontrakte ter beperking van die handelsvryheid (vgl. *Katz v. Efthimiou* 1948 4 SA 603 (O) 610). Volgens die Engelse reg is so 'n afspraak *prima facie* ongeldig.

In Suid-Afrika het verskeie provinsiale beslissings op die Engelse reg gesteen by die beoordeling van die gevolge van kontrakte ter beperking van die handelsvryheid. In Desember 1984 het die eerste gesaghebbende beslissing van die Appèlhof oor kontrakte ter beperking van die handelsvryheid verskyn. Dit is 'n eenparige beslissing by monde van hoofregter Rabie, naamlik *Magna Alloys and Research (SA) (Pty.) Ltd. v. Ellis* 1984 4 SA 874 (A). Intussen is hierdie beslissing deur verskeie ander beslissings nagevolg (vgl. *Sibex Engineering (Pty.) Ltd. v. Van Wyk and Another* 1991 (2) SA 482 (TPA)). In die *Magna Alloys*-saak word ooreenkomste ter beperking van die handelsvryheid onderwerp aan die beginsels van die Romeins-Hollandse reg. Gevolglik is 'n kontrak wat teen die openbare belang is nie ongeldig nie, maar slegs onafdwingbaar. Die mees algemene voorbeelde van kontrakte ter beperking van die handelsvryheid is 'n kontrak waarvolgens 'n werknemer hom verbind om by diensverlating nie selfstandig of in diens van 'n ander met sy voormalige werkgever mee te ding nie, en 'n kontrak ingevolge waarvan die verkoper van 'n sake-onderneming en die werfkrag daarvan, onderneem om nie deur 'n soortgelyke onderneming met die koper mee te ding nie.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

Volgens die paneel word hierdie kontrakte as ongeoorloof beskou en alhoewel hulle nie bekend was in die oorspronklike reg nie, is daar deesdae verskeie pogings daartoe. Hulle het daarop gewys dat kontrakte ter beperking van die handelsvryheid teenstrydig is met die openbare belang. Die paneel se verklaring daarvoor is dat 'n individu se belang nie bo dié van die gemeenskap gestel kan word nie. Sulke kontrakte sal gevolglik nie deur die plaaslike hof afgedwing word nie. Behalwe vir die feit dat dit teen die

openbare belang beskou word, word enige poging daartoe ook as jaloesie (*lefofo*) of selfsug (*bopelotshetlha*) afgemaak.

4.6 Prestasie of gedeeltelike prestasie moet gelewer wees

Daar is reeds vermeld dat 'n blote afspraak of 'n belofte nie voldoende vir die totstandkoming van 'n kontrak is nie. Benewens wilsooreenstemming word daar ook prestasie of gedeeltelike prestasie vereis. Net soos in die Westerse regstelsels kan hierdie prestasie bestaan uit die gee, doen, of nie doen van iets nie (*do, facere, non facere*). 'n Geldige afspraak is egter wel 'n voorvereiste vir die sluiting van 'n kontrak. Hierdie posisie kan in 'n groot mate vergelyk word met die vroeë Romeinse tydperk toe die vraag altyd gestel is om watter rede die reg gevolg aan die een of ander afspraak heg. Die rede vir die geldigheid van 'n afspraak het die Romeine die *causa obligationes* genoem. Die Romeinse reg was formalisties van aard en die partye by 'n afspraak moes gewoonlik die een of ander vasgelegde formaliteit nakom. Nakoming van hierdie formaliteite, soos byvoorbeeld die uitspreek van formele woorde, of die lewering van 'n voorwerp, was die *causa obligationes*, die rede vir die afdwingbaarheid van 'n kontrak. 'n Afspraak sonder 'n *causa obligationes* was 'n *nudum pactum* en *ex nudo pacto non oritur actio* (uit 'n ooreenkoms alleen vloei geen regsgevolge voort nie).

Ook in die Engelse reg word vir die totstandkoming van 'n "simple contract" 'n "valuable consideration" vereis. Die "consideration"-begrip in die Engelse reg beteken dat daar die een of ander *quid pro quo* moes gegaan het van die party aan wie iets beloof is na die persoon wat dit beloof het. Met

ander woorde, voordat A 'n afspraak teen B kan afdwing, moet hy bewys lewer dat hy iets aan B afgestaan het in ruil vir B se prestasie.

Soos reeds vermeld, word benewens 'n geldige afspraak ook 'n prestasie of gedeeltelike prestasie vereis vir die totstandkoming van 'n kontrak. Volgens die paneel dui die vereiste van prestasie of gedeeltelike prestasie op 'n ernstige bedoeling ("serious intent") of 'n bedoeling om juridies gebonde te wees. Só 'n bedoeling alleen kan volgens hulle nie effektief op 'n ander wyse bewerkstellig word nie. Die opskrifstelling van 'n belofte sou ook nie daarvoor diens kon doen nie. Indien iemand egter 'n belofte maak en in terme daarvan iets doen, kan hy daaraan gebonde gehou word al was hy nie ernstig in sy bedoeling nie, byvoorbeeld wanneer A sy horlosie aan B belowe en dit aan hom oorhandig.

Indien 'n blote belofte dan sonder enige regsgevolge is, ontstaan die vraag of 'n skenkingsbelofte ook sonder regsbetekenis is. Die vraag wat gevra kan word is of sodanige belofte 'n skuld vestig en indien wel, of die skuld afdwingbaar is. Volgens die paneel vestig 'n skenkingsbelofte geen skuld nie en is die belofte alleen 'n voorvereiste om 'n geldige skenkingskontrak tot stand te bring, met ander woorde 'n regsfeit wat 'n bepaalde regswerking ten doel het. Indien die skenkingsbelofte nagekom word, kan die begunstigde dit ontvang sonder die verpligting om iets in ruil daarvoor te betaal. Die belofte gee dus karakter aan die gelewerde prestasie as 'n geskenk, 'n karakter wat dit sonder die voorafgaande belofte nie sou hê nie. Dit is ook die geval wanneer 'n belofte gemaak word om dienste te lewer of 'n saak te koop of te verkoop. Dit is dus volgens die paneel nie korrek om te beweer dat 'n skenkingsbelofte 'n skuld vestig nie. Vorster en

Maree (1989 34) vermeld egter dat 'n blote belofte wel 'n skuld vestig maar geen aanspreeklikheid tot gevolg het nie soos geïllustreer deur 'n skenkingskontrak. Dit was vir die paneel ook nie duidelik wat gemelde skrywers presies met die begrip "skuld" bedoel nie aangesien "skuld" verskeie betekenisse kan hê soos "verwytbaarheid", "nalatigheid" en "agterloosigheid".

Die prestasie of gedeeltelike prestasie moet volgens die paneel iets wees waaroor die partye ooreengekom het en wat in verband staan met die kontrak wat hulle beoog. Die uitspraak van formele woorde of die aanraking van 'n voorwerp wat nie deel uitmaak van die objek van die prestasie nie, is nie voldoende om kontraktuele aanspreeklikheid te vestig nie. Die prestasie moet spesifiek deur al die betrokke partye omskryf en aanvaarbaar wees.

Die prestasie moet deur die kontrakspartye persoonlik gelewer word en daarom sal 'n prestasie deur 'n derde geen regsgevolge hê nie. Volgens die paneel moet 'n kontraktant self instaan vir die waarde van sy prestasie en moet hy nie die geleentheid gegee word om agter 'n derde te skuil nie. Dit dui op die subjektiwiteit van 'n kontraktuele verhouding en op die feit dat twee partye nie 'n derde deur middel van 'n kontrak in hulle verhouding kan betrek nie.

Volgens die paneel moet daar vir elke afspraak afsonderlike prestasies wees. Indien A en B dus afsprek dat A 'n bees en 'n bok van B koop, sal A twee afsonderlike prestasies vir die bees en bok moet lewer. In so 'n geval kom daar dus twee verbintenisse tussen A en B tot stand.

Die vraag is ook gestel of die prestasie 'n materiële waarde moet hê en of 'n prestasie byvoorbeeld in terme van liefde en toegeneentheid as prestasie kan dien. Hierop het die paneel geantwoord dat die prestasie aanvaarbaar moet wees in die oë van die reg, dat dit van die skuldenaar self afkomstig moet wees en dat dit iets moet wees waaroor die partye ooreengekom het. Die geldigheid van die prestasie word verder bepaal deur die aard en inhoud van elke spesifieke kontrak. Volgens die informante hoef die prestasie nie 'n bepaalde markwaarde te hê nie. A kan byvoorbeeld onderneem om met B te trou in ruil vir B se liefde en toegeneentheid, wat verskeie ander regsobjekte in huweliksverband insluit byvoorbeeld wedersydse dienste en geslagsgemeenskap. 'n Motief moet egter van 'n prestasie onderskei word. Indien A byvoorbeeld 'n bedrag geld aan B betaal as vergoeding vir B se liefde, sal dit nie as 'n geldige prestasie gereken word nie en gevolglik onafdwingbaar wees in die oë van die reg. Terselfdertyd verhinder niks A om aan B 'n skenking te maak weens A se besondere toegeneentheid teenoor B nie.

4.7 Die partye moet handelingsbevoeg wees

'n Verdere vereiste vir die bestaan van 'n geldige kontrak is die bevoegdheid van die partye om 'n regsgeldige wilsuiting te maak. Die onderwerp "handelingsbevoegdheid" is eintlik 'n onderafdeling van die Personereg, maar volledigheidshalwe moet hier aangestip word welke mense as handelingsbevoeg of beperk handelingsbevoeg beskou word.

Ten opsigte van die handelingsbevoegdheid van die individu in Afrika beweer M'Baye (1975 143-144) soos volg: "It would be an exaggeration to believe that African law never considers the individual. Allott has shown that,

while only the group counts as against third parties, the individual is far from being entirely deprived of rights within the group. However, even within the group, the role of the individual as such is relatively minor in Negro-African legal relations. Even those who hold that in the African system the group does not wholly absorb the individual, admit that this is true. The legal status of each individual taken by himself depends on his 'position' within the social group. Such positions can be schematically reduced to those of the 'personage', the woman, the stranger, the child, the sick man, the person in a caste, and the slave."

Ten opsigte van die Batswana van Botswana meld Schapera (1965 146) dat vrouens en ongetroude kinders in beginsel nie sonder die bystand van hulle voorgede geldige kontrakte kan sluit nie, alhoewel sodanige persone in die praktyk wel kontrakte sluit wat deur die howe afgedwing word. Benewens hierdie persone is die volgende kontrakte volgens Schapera onbestaanbaar: 'n kontrak tussen twee vroue vir die oppas van vee, 'n kontrak tussen twee "siek" mans en 'n kontrak tussen noue verwante.

Wat die heersende posisie in Bophuthatswana betref, beweer Prinsloo en Vorster (1990^b 21) soos volg: "Nowadays individual property is increasingly recognized. Individual property can be exchanged by its owner provided the owner has the capacity to do so. A son has the capacity to contract on his own accord when he gets married, and nowadays an unmarried son when he becomes twenty one years old. Children, sons under twenty one and daughters of any age, must first obtain the consent of their fathers or guardians before they can dispose of their individual property, otherwise the transaction is voidable at the instance of the respective father or

guardian. This applies to all individual property, animals and to the personal effects (such as clothes and ornaments) of children. A wife can dispose of her personal effects without the consent of her husband."

Benewens geringe variasies onder sekere stamme, blyk dit uit die beskikbare literatuur dat daar in beginsel eenstemmigheid bestaan oor handelingsbevoegdheid in die inheemse reg (vgl. Walker 1969 69; Pauw 1985 107; Strydom 1985 511). Alhoewel die moderne inheemse reg 'n swart persoon se status sterk beïnvloed en hy of sy daardeur handelingsbevoegdheid verkry, kan soos later in hierdie studie sal blyk, die rol van die agnaatgroep by sekere kontrakte soos die verlowing en huwelik, nie geminag word nie.

Volgens die paneel het die individu ook tradisioneel sy of haar subjektiewe regte met die ander lede van die agnaatgroep gedeel. Sy of haar aandeel in die regte het verband gehou met sy of haar status binne die groep. Hierdie status is weer beïnvloed deur faktore soos gesinsrang, huisrang, ouderdom, geslag en huwelikstaat. Die beginsel van gedeelde regte het meegebring dat daar nie sprake was van volstreekte mondigheid of onmondigheid nie. Omgekeerd kan 'n persoon volgens ouderdom meerderjarig wees, maar nie ten volle mondig nie. Die idee van 'n vasgestelde ouderdomsperk waarop 'n persoon meerderjarig word, was vroeër onbekend. 'n Persoon se bevoegdhede het vermeerder namate sy status verander alhoewel daar nooit 'n posisie bereik is waarvolgens hy of sy, as individu, onafhanklik van die agnaatgroep kan optree nie. Hierdie posisie stem ooreen soos beskryf deur Myburgh (1985 77-83, 110-111).

Deesdae is 'n persoon se status sterk beïnvloed deur die erkenning van 'n vaste ouderdomsperk (21 jaar) waarop 'n persoon meerderjarig word. Die uitwerking hiervan op die agnaatgroep is dat individuele lede daarvan meerderjarig kan word. Hulle kan dus regte, bevoegdhede en verpligtinge verkry los van dié van die agnaatgroep. Volgens die paneel het die volgende persone teenswoordig handelingsbevoegdheid:

- Getroude mans binne die agnaatgroep. Benewens die hoof van die agnaatgroep, het elke getroude man volle bevoegdhede ten opsigte van sy gesin en gesinseiendom. So 'n getroude man en sy gesin is egter aan die hoof van die agnaatgroep ondergeskik wat familiesake betref.
- Ongetroude meerderjarige persone binne die agnaatgroep: Hierdie kategorie sluit ongetroude manlike en vroulike persone van 21 jaar en ouer in. Sodanige persone is ten volle regsbevoeg, handelingsbevoeg en verskyningsbevoeg. Hulle is egter in sake wat die agnaatgroep raak, aan die hoof van die agnaatgroep ondergeskik.
- Die weduwee binne 'n agnaatgroep. 'n Vrou se huwelik is vroeër nie deur haar man se dood ontbind nie. Haar huis het voortbestaan en sy het as lid van haar huis gedeel in al die regte, bevoegdhede en verpligtinge van die agnaatgroep. Die paneel het daarop gewys dat die opvatting steeds erken word dat 'n man se dood nie sy huwelik ontbind nie. Hierdie posisie is egter beïnvloed deurdat so 'n vrou 'n meerderjarige word as sy ouer as 21 jaar is. Sy is dus ten volle regsbevoeg ten opsigte van haar persoonlike eiendom. Ten opsigte van haar huiseiendom behou sy haar oorspronklike bevoegdheid as getroude vrou daarvan.

Volgens die paneel is die volgende persone handelingsonbevoeg:

- Die getroude vrou binne die agnaatgroep. Die paneel was dit eens dat 'n getroude vrou in 'n inheemsregtelike huwelik wat saam met haar man woon, onder haar man se voogdy staan. Dit geld ook vir 'n vrou wat by haar man se agnaatgroep woon, selfs al is die man onder 'n dienskontrak elders werksaam en woonagtig. Die paneel het egter toegegee dat praktiese redes deesdae sekere aanpassings genoodsaak het, soos die aangaan van dienskontrakte, geskooltheid en beroepsopleiding. Baie getroude vroue is deesdae buite die landelike gebied werksaam met 'n eie verdienste en is gevolglik nie meer altyd gewillig om van hulle hele inkomste afstand te doen nie. 'n Groot deel van hulle verdienste word dus persoonlik buite die landelike gebied aangewend.

- Kranksinniges: Daar word geensins in die beskikbare literatuur van kranksinniges as handelingsonbevoegde persone melding gemaak nie. Kranksinniges is volgens die paneel handelingsonbevoeg en kan selfs nie eens regshandeling aangaan wat aan hulle slegs regte en geen verpligtinge sal besorg nie. Gevolglik kan 'n kranksinnige dus nie eens 'n skenkingsaanbod aanneem nie. Selfs al verrig hy 'n handeling wat by 'n normale persoon 'n regshandeling sou wees, bly sy handeling juridies irrelevant.

'n Kranksinnige is dus permanent onder die gesag van die agnaatgroep. Die aanstelling van 'n kurator deur die plaaslike hof is onbekend. 'n Persoon word ook nie formeel as 'n

kranksinnige verklaar nie. Of 'n persoon kranksinnig is of nie, is 'n feitelike vraag wat gewoonlik bevestig word deur getuienis van sy optredes oor 'n bepaalde tydperk.

- Besopenes: Ook ten opsigte van besopenes word daar geensins in die beskikbare literatuur van melding gemaak nie. Persone wat in so 'n mate besope is dat hulle nie bewus is van die gevolge van hulle handeling nie, word volgens die paneel as handelingsonbevoeg beskou. 'n Kontrak wat deur sodanige persoon gesluit word, is nie alleen vernietigbaar nie, maar van die begin af nietig. Volgens die paneel rus die bewyslas op die persoon wat kontraktuele aanspreeklikheid ontken om die besope toestand waarin hy verkeer het, te bewys. In hierdie geval speel getuies 'n belangrike rol.
- Minderjariges: Die paneel het beklemtoon dat daar tradisioneel nie sprake was van 'n meerderjarigheids- of mondigheidsouderdom nie. Tog was ouderdom nie sonder regsbetekenis nie. So kon 'n persoon onder pubertiteitsleeftyd nie 'n huwelik aangaan nie. Ouderdom as sodanig het nie op sigself 'n bepaalde regsbetekenis gehad nie (vgl. Myburgh 1985 77-83). Groter betekenis is byvoorbeeld geheg aan fisieke ontwikkeling. Puberteit is in die besonder beklemtoon deur bepaalde seremonies wat algemeen as inisiasieseremonies aangedui word. Die algemene opvatting was volgens die paneel dat 'n persoon wat hierdie inisiasieseremonies deurloop het, 'n volwassene is. Minderjariges moet deur hul voog(de) van huisvesting, kos en klere voorsien word

ooreenkomstig die voogde se ekonomiese en maatskaplike posisie. Enigiets wat minderjariges verdien, word die eiendom van die huis waartoe hulle behoort.

Weens bepaalde ekonomiese aktiwiteite waarby minderjariges deesdae buite die landelike gebied betrokke is, word hulle wel toegelaat om eiendom te verwerf alhoewel hulle voogde aanspraak maak op 'n redelike aandeel van hulle verdienstes. In geval van enige dispuut wat mag ontstaan, binne of buite die landelike gebied, moet hulle steeds deur hulle voog(de) bygestaan word.

4.8 Formaliteitsvoorskrifte moet nagekom word

Ten opsigte van die Batswana van Bophuthatswana meld Prinsloo en Vorster (1990^a 6) dat geen bepaalde formaliteite of seremonies vereis word vir die sluiting van kontrakte nie. Gemelde skrywers beweer dat kontrakte gewoonlik mondelings in die teenwoordigheid van getuies gesluit word, alhoewel hulle teenwoordigheid nie noodsaaklik is vir die geldigheid van 'n kontrak nie. Volgens bogenoemde skrywers kan partye deesdae ooreenkom dat hulle kontrak eers op skrif gestel word alvorens dit regswerking sal hê. Verder moet alle transaksies in verband met grond en wat deur Parlementêre wetgewing gereël word, op skrif gestel word. Ongelukkig verduidelik Prinsloo en Vorster nie wat bedoel word dat partye kan ooreenkom dat hulle "agreement" eers op skrif gestel moet word alvorens dit regswerking sal hê nie. Indien "agreement" na "ooreenkoms" verwys beteken dit dan dat die opskrifstelling van 'n "ooreenkoms" die plek van 'n prestasie kan inneem?

Dieselfde gevolgtrekking oor die rol van getuies in Bophuthatswana is gemaak deur Coetzee en andere (1985 147). In Botswana het die

teenwoordigheid van getuies slegs 'n bewyswaarde, en is hulle teenwoordigheid nie 'n vereiste vir geldigheid van 'n kontrak nie (Schapera 1965 145; 1969 320; 1970 239-242; Walker 1969 68).

By die Suid-Sotho van Qwaqwa is die teenwoordigheid van getuies volgens Strydom (1985 515) nie noodsaaklik vir die geldigheid van 'n kontrak nie en het dit ook alleen 'n bewyswaarde ingeval 'n dispuut oor die kontrak sou ontstaan. Vir die Imidushane en Amabhele van Ciskei beweer Pauw (1985 114) dat "'n kontrak tot stand kom indien daar in die teenwoordigheid van getuies presteer word". Hieruit kan moontlik die afleiding gemaak word dat die teenwoordigheid van getuies 'n geldigheidsvereiste vir die totstandkoming van 'n kontrak is.

Volgens die paneel bestaan daar geen formele voorskrifte vir die sluiting van 'n geldige kontrak nie. Prosedures wat by die sluiting van sekere kontrakte aanwending vind, word in die afdeling oor besondere kontrakte by elke spesifieke kontrak verduidelik.

Alhoewel heelwat kontrakte mondelings gesluit word, is die neiging deesdae al hoe meer om van skriftelike kontrakte gebruik te maak. Daarin word die besonderhede van die partye en die bepalinge van die kontrakte uiteengesit. 'n Skriftelike kontrak word verkies omdat bevoegde getuies nie altyd beskikbaar is wanneer hulle benodig word nie.

Die paneel was dit eens dat behalwe vir bewysdoeleindes, skriftelike kontrakte geen ander rol vervul nie. Al sou 'n ooreenkoms in 'n skriftelike

stuk beliggaam wees, is dit nog nodig om prestasie of gedeeltelike prestasie te lewer alvorens dit as 'n kontrak beskou kan word.

Die teenwoordigheid van getuies (*ditlhasi*) is nie 'n vereiste vir die regsgeldigheid van 'n kontrak nie, alhoewel hulle baie belangrik geag word vir bewysdoeleindes. 'n Kontraktant kan van 'n verwant gebruik maak as 'n getuie, maar nie-verwante se getuienis dra meer bewyswaarde. Daarbenewens word twee of meer getuies altyd verkies: *setshwarwa kempya pedi gase thata* (dit wat deur twee honde gevang is, het geen krag nie) en: *pala gabedi esita pala gangwe* (meer as een getuie dra meer gewig). Volgens die paneel is die plaaslike hof traag om 'n saak aan te hoor indien die partye geen getuies het nie.

Indien kontrakte met vreemdelinge, dit wil sê met persone wat buite die gebied woonagtig is, gesluit word, moet die plaaslike stamowerheid daarvan kennis dra. Indien 'n persoon 'n kontrak met 'n vreemdeling sonder die stamkantoor se wete sluit en probleme ontstaan met die kontrak, sal die plaaslike hof die saak slegs eenmaal aanhoor. Die betrokke persone sal dan gewaarsku word en indien daar vir hierdie persone weer probleme ontstaan uit 'n kontrak wat met 'n vreemdeling gesluit word, sal die hof weier om hul saak te verhoor.

4.9 Samevatting

Slegs reële kontrakte is bekend sodat die blote bedoeling om verbintenisse te skep nie voldoende is vir die totstandkoming van 'n kontrak nie. Die vereiste van kontraktuele gebondenheid moet in die definisie van 'n kontrak geïnkorporeer word met die gevolg dat daar alleen van 'n kontrak sprake is

indien die afspraak inderdaad verbintenisskeppend is. Die verbintenis is 'n subjektiewe verhouding tussen die skuldeiser en die skuldenaar met die klem op die subjekte eerder as op die objek van die prestasie.

Die feit dat die individu in die jongste tyd as enkeling die draer van regte, bevoegdhede en verpligtinge kan wees, het in verskeie opsigte bygedra tot die ontwikkeling van die reg. So het dit byvoorbeeld noodsaaklik geword om presies te bepaal wie oor handelingsbevoegdheid beskik en moet kontrakte deesdae spesifiek beskryf word. Daarbenewens word regsverskynsels soos onbehoorlike beïnvloeding nou ook erken as 'n grond vir die vernietigbaarheid van 'n kontrak. Die stedelike konteks waarbinne die mense lewe het tot gevolg gehad dat weddenskappe nou ook as kontrakte erken word en 'n presiese beskrywing van kontrakte wat deur die reg verbied word of teen die goeie sedes of die openbare belang van die gemeenskap indruis, genoodsaak. Die invloed van die Christendom is ook duidelik waarneembaar. Terwyl geen betekenis vroeër aan Sondag gegee is nie, mag geen kontrakte meer op Sondag gesluit word nie.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

Hoofstuk 5

Die partye by die ooreenkoms

5.1 Inleiding

Uit die beskikbare literatuur blyk dit dat kontraksluiting tradisioneel 'n aangeleentheid was tussen agnaatgroepe en nie tussen individue nie (vgl. Schapera 1965 146; Walker 1969 69; M'Baye 1975 138; Strydom 1985 511; Prinsloo en Vorster 1990^b 21). Die hoof van die agnaatgroep in oorleg met die lede van sy familie het kontrakte namens sy groep gesluit en was aanspreeklik vir die verpligtinge wat uit die kontrakte gespruit het. Individue was nie die selfstandige draers van regte en verpligtinge nie en kon derhalwe nie as individue kontrakte sluit nie. Volgens die meerderheid skrywers oor die inheemse reg kan meerderjarige individue teenswoordig wel kontrakte sluit. Wanneer daar in hierdie studie na "partye" verwys word, word nie noodwendig individue bedoel nie. 'n Party kan ook 'n agnaatgroep wees. Die agnaatgroep moet dan as eenheid gesien word en nie as meerdere kontraktante nie.

Daar is reeds daarop gewys dat die gevolge van 'n kontrak 'n verbintenis is en dat 'n verbintenis 'n regsband of regsverhouding is waarvolgens die een party (die skuldeiser) geregtig is om van die ander party (die skuldenaar) 'n prestasie te vorder. 'n Verbintenis is volgens die paneel 'n verhouding tussen twee partye ten opsigte van een prestasie, en is die partye wat die kontrak sluit dus ook die partye by die verbintenis. Prestasie moet hier verstaan word as 'n prestasie vir elke party tot 'n verbintenis behalwe in die geval van 'n skenkingskontrak waar slegs een van die partye moet

presteer. Die vraag wat dus ontstaan is of dit moontlik is dat daar meer as twee partye by 'n kontrak betrokke kan wees. Kan A, B en C byvoorbeeld teenoor D onderneem om R200 te betaal of kan A beloof om R200 aan B, C en D te betaal? Is dit dus moontlik dat daar meerdere skuldenaars of meerdere skuldeisers kan wees?

By Westerse regstelsels is dit nie noodwendig die geval nie. By verteenwoordiging, byvoorbeeld, is die verteenwoordiger die party wat die kontrak sluit terwyl die prinsipaal die party is wat gebonde of geregtig is. Net so by 'n beding ten behoeve van 'n derde waar die derde geregtig word op die voordeel wat vir hom beding is, hoewel hy nie die kontrak gesluit het nie. Daarbenewens kan meer as een party by dieselfde verbintenis betrokke wees ten opsigte van een of meerdere prestasies (De Wet en Yeats 1978 116-127).

Volgens Coetzee en andere kom medeskuldverhoudinge wel by die Batlokwa en Barolong voor en kan medekontraktante gesamentlik of afsonderlik aangespreek word: "Indien een skuldenaar die volle skuld betaal het, kan hy 'n pro rata gedeelte(s) van die medeskuldenaars verhaal. Die Tlharo, Huaduba en Kgatla se standpunt is egter dat al die kontraktante gelyktydig aangespreek moet word" (1985 146-147).

Strydom vermeld dat die verskynsel van medekontraktante vir die Suid-Sotho in Qwaqwa onbekend is: "Aangesien slegs 'n eienaar bevoeg is om kontrakte ten aansien van sy eiendom aan te gaan, kan slegs die eienaar as kontraksparty in die verband optree. Dat 'n kontrak met medekontraktante aangegaan kan word, is ook deur die informante ontken. Twee persone kan

byvoorbeeld nie saam 'n bees koop of ruil om so elk 'n onverdeelde helfte van die bees te bekom nie. Twee persone kan ook nie saam 'n skuld aangaan en mede-aanspreeklikheid vir die vereffening daarvoor aanvaar nie. Bogenoemde beginsel word toegepas al is daar sprake van meer as twee persone wat belang in 'n kontrak mag hê" (1985 524).

Alhoewel dit volgens die paneel die partye vrystaan om hulle kontraktuele verhoudinge te reël soos dit hulle pas, is die begrip van medeskuldverhoudinge nie bekend by hulle nie. Volgens hulle is dit nie moontlik dat daar meer as twee partye by 'n kontrak betrokke kan wees nie. Daar kan dus nie meerdere skuldenaars of meerdere skuldeisers wees nie.

5.2 Gesamentlike medeskuldverhoudinge

In die geval van 'n gesamentlike medeskuldverhouding soos bekend in die Westerse regstelsels, is die bedoeling dat die verskillende skuldenaars nie afsonderlik, dit wil sê elk vir 'n deel of in die geheel vir die prestasie aangespreek kan word nie, maar slegs gesamentlik. Indien A, B en C dus gesamentlik medeskuldnaars is, moet hulle gesamentlik gedagvaar word. Aan die ander kant is persone gesamentlik medeskuldeisers as die bedoeling is dat nie een van die skuldeisers afsonderlik die prestasie kan opeis nie maar dat hulle gesamentlik moet optree. In die geval van 'n gesamentlike medeskuldverhouding by die Westerse regstelsels is die posisie dat daar ten aansien van die prestasie een enkele verbintenis is maar dat meerdere persone skuldeiser of skuldenaar ingevolge die verbintenis is (De Wet en Yeats 1978 116-127).

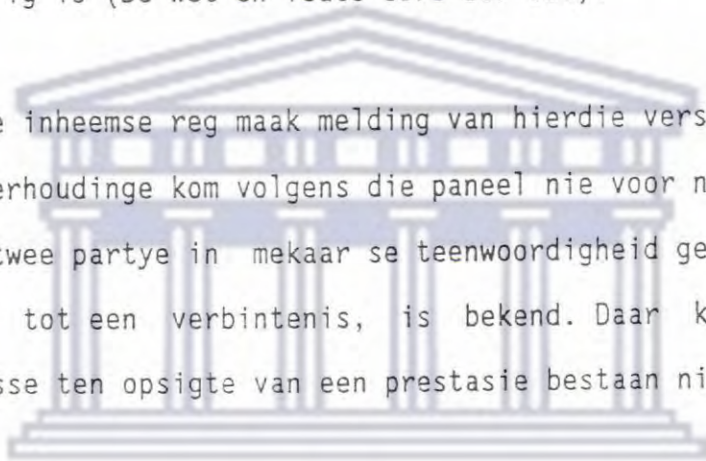
Ten aansien van die Suid-Sotho van Qwaqwa skryf Strydom (1985 524) dat medeskuldverhoudinge onbekend is. Volgens hom kan 'n kontrak ook nie met medekontraktante aangegaan word nie. Twee persone kan ook nie saam 'n skuld aangaan en mede-aanspreeklikheid vir die vereffening daarvoor aanvaar nie. Volgens Strydom word hierdie beginsels toegepas "al is daar sprake van meer as twee persone wat belange in 'n kontrak mag hê". Die paneel het hulle met hierdie standpunte vereenselwig.

Alhoewel die begrip van medeskuldverhoudinge ook vir die paneel onbekend is, is dit volgens hulle wel moontlik dat meer as twee persone 'n belang kan hê by dit wat deur 'n party beding word. 'n Koper kan byvoorbeeld bydraes ontvang om vir hulle 'n bees aan te koop vir een of ander doel, maar die koper alleen sluit die koopkontrak en indien hy nie die voorwaardes van die kontrak nakom nie, kan slegs hy, en nie almal wat 'n bydrae gemaak het nie, aangespreek word. Indien die koper na afloop van die kooptransaksie weier om die ander belanghebbendes hulle regmatige deel van die bees te laat toekom, sal hulle hom nie daartoe kan verplig nie. Hulle sal volgens die paneel slegs hulle bydraes van die koper kan verhaal en dit ook in die plaaslike hof kan afdwing anders sou dit op ongeregverdigde verryking neerkom. Dit is egter nie 'n geval van medeskuldverhoudinge nie aangesien die verbintenis slegs tussen die koper en verkoper bestaan. In die veeboek by die plaaslike stamkantoor word 'n bees ook slegs in een persoon se naam aangeteken en net hy kan die bees verkoop. Dit beteken egter nie dat andere nie 'n belang in die bees kan hê nie.

5.3 Solidêre medeskuldverhoudinge

By 'n solidêre medeskuldverhouding in die Westerse regstelsels is die bedoeling van die partye dat die verskillende skuldenaars, of na gelang van die geval skuldeisers, gesamentlik of afsonderlik vir die volle prestasie aanspreeklik of daarop geregtig is. Die wesenlike eienskap van hierdie skuldverhouding is dat enigeen van die betrokke partye geregtig is op, of aanspreeklik is vir, die hele prestasie. Hier bestaan daar dus nie 'n enkele verbintenis nie maar verskillende verbintenisse, wat elkeen op dieselfde prestasie gerig is (De Wet en Yeats 1978 117-119).

Geen skrywer oor die inheemse reg maak melding van hierdie verskynsel nie. Solidêre medeskuldverhoudinge kom volgens die paneel nie voor nie. Slegs 'n kontrak wat tussen twee partye in mekaar se teenwoordigheid gesluit is en wat aanleiding gee tot een verbintenis, is bekend. Daar kan dus nie meerdere verbintenisse ten opsigte van een prestasie bestaan nie.



UNIVERSITY of the

WESTERN CAPE

5.4 Derdes

Daar is reeds vermeld dat die partye by 'n kontrak slegs diegene is wat hulle teenoor mekaar verbind het. Derdes (buitestaanders) is dus nie kontrakspartye nie. Die vraag ontstaan egter of dit moontlik is dat twee partye deur hul kontrak vir derdes besondere (positiewe) verpligtinge en ook regte kan beding, en dit bring ons dan op die gebied van verteenwoordiging en die sogenaamde beding ten behoeve van 'n derde (*pactum in favorem tertii*).

5.4.1 *Verteenwoordiging*

Volgens De Wet en Yeats (1978: 86) is verteenwoordiging 'n "optrede namens 'n ander by die sluiting van 'n regshandeling. Die wilsuiting is dié van die verteenwoordiger maar die regsgevolge daarvan word aan die verteenwoordigde of prinsipaal toegeken. By 'n verbinteniskeppende ooreenkoms of kontrak skep die verteenwoordiger dus nie vir hom nie maar vir die verteenwoordigde regte en verpligtings." De Wet en Yeats (1978: 87) wys daarop dat die boodskapper of "nuntius" onderskei moet word van die verteenwoordiger aangesien die boodskapper niks anders is nie as 'n geleibuis wat eenvoudig die wilsverklaring van een persoon aan 'n ander oordra. Volgens gemelde skrywers verrig 'n boodskapper dieselfde taak as 'n brief, en tree hy nie op as skepper van regsverhoudinge nie. Hulle wys daarop dat 'n tolk of 'n persoon wat in opdrag van die onderhandelaar sy gesproke wilsuiting op skrif stel, soos 'n tikster, in dieselfde kategorie val as 'n boodskapper.

Dit is opvallend hoedat skrywers oor die inheemse reg bogenoemde twee begrippe met mekaar verwar. Daarbenewens word daar ook nie altyd onderskei tussen verteenwoordiging en lasgewing nie. Pauw (1985: 107) skryf byvoorbeeld soos volg: "'n Persoon kan 'n ander, as sy verteenwoordiger (*umthunywa/ummeli*) opdrag gee om namens hom 'n kontrak met 'n derde te sluit. Die verteenwoordiger moet dit aan die derde stel dat hy 'n spesifieke opdraggewer verteenwoordig. Die opdrag word spesifiek gegee; byvoorbeeld vir 'n koopkontrak stel die lasgewer die prys wat hy bereid is om te betaal, vas. Sou die verkoper en die verteenwoordiger saamstem dat die saak meer werd is as wat die opdrag bepaal, moet die verteenwoordiger

dit aan die lasgewer rapporteer alvorens die kontrak gefinaliseer kan word." Wat gemelde skrywer met bogenoemde bedoel, is geensins duidelik nie.

Onder lasgewing meld Olivier en andere (1989 552) in die algemeen ook dat dit gebruiklik is in die gewoontereg dat 'n persoon iemand anders benoem om hom te verteenwoordig en namens hom op te tree. Volgens hulle rus die onus om sodanige ooreenkoms te bewys op die persoon wat die bewering maak. Die prinsipaal (lasgewer) is gebonde aan die optrede van sy boodskapper (agent) en aan enige ooreenkomste wat deur laasgenoemde namens hom gesluit is. Volgens die Oliviers tree 'n vrou (byvoorbeeld 'n weduwee) wat haar dogter in 'n gebruiklike verbinding uitgee, as agent op van die dogter se voog, en moet laasgenoemde, en nie die moeder nie, betrek word by die regsgevolge van die huwelik. Hierdie gebruik was nie bekend aan die paneel nie.

Coetzee en andere (1985 145) meen ook dat verteenwoordiging by die Batswana van Bophuthatswana voorkom en noem huweliksluiting as 'n bekende voorbeeld daarvan. Hulle noem die voorbeeld waar 'n seun wil trou en die onderhandelinge deur sy ouer broer, vader of *malome* (moedersbroer) gevoer word. Volgens die paneel is hierdie persone egter niks anders as tussengangers of boodskappers nie en is enige ooreenkoms wat hulle mag aangaan nie regtens bindend op die persoon ten behoeve van wie hulle optree nie.

Prinsloo en Vorster (1990^b 22) beweer dat verteenwoordiging voorkom in Bophuthatswana en noem onder andere 'n voorbeeld wat volgens hulle deur regswerking ontstaan wanneer die hoof van 'n agnaatgroep sy groep

verteenwoordig of 'n vader sy kind. Die paneel is van mening dat hierdie nie 'n geval van verteenwoordiging is waarna die gemelde skrywers verwys nie. Volgens hulle tree die hoof van die agnaatgroep of vader slegs as spreekbuis van die groep op. Hiervoor het hy geen volmag of toestemming nodig nie en ontstaan daar deur sy optrede geen individuele regte of verpligtinge vir enige persoon nie. Alle regte en verpligtinge wat deur die hoof van die agnaatgroep of vader se optrede mag ontstaan, kom die groep toe waarvan hy self lid is. Dit stem dus nie ooreen met verteenwoordiging ingevolge waarvan regte en verpligtinge vir 'n prinsipaal verkry word nie.

Bekker (1989: 337) meld dat verteenwoordiging algemeen bekend is in die inheemse gewoontereg. "Agency is well known in customary law, and in transactions or acts such as *lobolo* contracts, demands for further *lobolo*, demands for restoration of *lobolo*, demands for fines for seduction or adultery, the parties normally carry out their negotiations through chosen messengers or spokesmen". Volgens hom is die prinsipaal gebonde aan die gevolge van die ooreenkoms of handeling van 'n gemagtigde boodskapper of verteenwoordiger al is die prinsipaal nie self teenwoordig tydens die transaksie nie. Die boodskapper wat sy opdrag suksesvol uitgevoer het, is geregtig op 'n redelike vergoeding vir sy dienste - gewoonlik een bees, maar die vergoeding hang af van die mate waarin hy sukses gehad het. Volgens Bekker ontstaan die reg op vergoeding outomaties; daar hoef dus geen uitdruklike ooreenkoms te wees dat die boodskapper vergoeding in die algemeen, of 'n bepaalde vergoeding, vir sy dienste sal ontvang nie. Die paneel het aangedui dat hierdie ook nie 'n geval van verteenwoordiging is nie en het daarop gewys dat Bekker self verwys na "messengers or spokesmen". Die tussengangers knoop dus slegs die onderhandelinge aan maar

uiteindelik moet die kontrakterende partye self die kontrak in mekaar se teenwoordigheid sluit.

Verteenwoordiging, soos bekend in die Westerse regstelsels, dit wil sê wanneer 'n verteenwoordiger 'n regshandeling aangaan wat regsgevolge vir sy prinsipaal (dit is die verteenwoordigde) teweegbring, is volgens die paneel onbekend. Die uitgangspunt by hulle is dat 'n regshandeling 'n persoonlike aangeleentheid is wat slegs regsgevolge teweegbring ten aansien van die partye wat persoonlik daaraan deelgeneem het. Dit is vir die paneel onverstaanbaar dat 'n wilsuiging van iemand anders aan 'n derde regsgevolge vir die "verteenwoordigde" kan meebring.

5.4.2 *Die beding ten behoewe van 'n derde*

Aangesien daar nie duidelikheid bestaan oor die juridiese grondslag van 'n beding ten behoewe van 'n derde in die Westerse regstelsels nie en daar skrywers is wat sonder meer beweer dat dit bekend is in die inheemse reg, word die posisie in verband met 'n beding ten behoewe van 'n derde in besonderhede bespreek. In die Westerse regstelsels word met 'n beding ten behoewe van 'n derde 'n kontrak bedoel ingevolge waarvan een persoon, die promittens, met 'n ander, die stipulans, ooreenkom dat hy teenoor 'n derde persoon sal presteer. Hoewel die stipulans vir die voordeel van die derde optree, tree hy nie in die naam van die derde party op nie maar in sy eie naam. Die stipulans is dus nie 'n verteenwoordiger van die derde nie. Juis omdat die beding ten behoewe van 'n derde nie 'n geval van verteenwoordiging is nie, word dit nie vereis dat die derde by kontraksluiting in esse moet wees nie, hy kan byvoorbeeld 'n ongeboore kind wees (De Wet en Yeats 1978 92).

'n Beding ten behoeve van 'n derde is nie net eenvoudig 'n kontrak met die strekking dat dit 'n derde bevoordeel nie, byvoorbeeld waar 'n man sy lewe verseker sodat daar by sy afsterwe geld in sy boedel sal wees om sy afhanklikes te versorg. Iets meer moet bykom. Volgens een denkrigting in die Suid-Afrikaanse regspraak moet dit die bedoeling van die kontraktante wees dat die derde deur aanvaarding tot die kontrak tussen promittens en stipulans kan toetree (*Joel Melamed and Hurwitz v. Cleveland Estates (Pty.) Ltd.* 1984 3 SA 155 (A)). 'n Meer oortuigende standpunt is dat die partye die bedoeling moet hê om vir die derde 'n reg te skep (*Consolidated Frame Cotton Corp. Ltd. v. Sithole* 1985 2 SA 18 (N)).

Vanweë die stelreël *alteri stipulari nemo potest* het die Romeinse reg nie die instelling van die beding ten behoeve van 'n derde geken nie hoewel daar tog enkele aanknopingspunte is. In die Romeins-Hollandse reg is daar twee uiteensettinge van belang, naamlik dié van De Groot (*De iure Belli ac Pacis* 2.11.18) en dié van Voet (36.1.9, 67 en 39.5.43). Die konstruksie van Voet word deur De Wet aangehang terwyl die regspraak by De Groot aansluit. Dit wil voorkom of laasgenoemde konstruksie ook deur die meeste moderne skrywers ondersteun word.

Volgens De Wet en Yeats (1978 94-95) kry die derde onmiddellik by sluiting van 'n beding ten behoeve van 'n derde 'n reg uit die ooreenkoms. Hierdie reg is onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde, te wete dat die stipulans nie die promittens ontslaan nie. Hoewel die derde se reg onbestendig is vir sover die promittens deur die stipulans ontslaan kan word, is dit nietemin 'n reg. Bestendigheid kan aan hierdie reg verleen word as die derde die voordeel wat die stipulans aan hom wil laat toekom, teenoor die stipulans

aanvaar. Na aanvaarding teenoor die stipulans is die derde se reg onvoorwaardelik. Wil die derde egter nie die reg hê nie, kan hy dit verwerp. Hierdie konstruksie van De Wet en Yeats maak dit volkome duidelik dat die derde sy reg aan die ooreenkoms tussen die stipulans en die promittens ontleen en nie aan sy eie optrede nie.

Soos reeds genoem, kan daar volgens die Suid-Afrikaanse howe slegs van 'n beding ten behoeve van 'n derde sprake wees as dit die bedoeling van die stipulans en die promittens is dat die derde deur aanvaarding 'n party tot die kontrak word. Waar 'n stipulans met 'n promittens 'n ooreenkoms sluit om 'n derde te bevoordeel, verkry die derde volgens die Suid-Afrikaanse howe nie onmiddellik 'n reg uit die ooreenkoms tussen die stipulans en die promittens nie. Die derde kry eers 'n reg as hy aanvaar - nie teenoor die stipulans nie, maar teenoor die promittens. Voor aanvaarding is die promittens slegs teenoor die stipulans verplig om die voordeel aan die derde te laat toekom. Voor aanvaarding kan die stipulans die promittens van hierdie verpligting om die derde te bevoordeel, ontslaan maar sodanige ontslag kan nie eensydig plaasvind nie: die promittens se samewerking en instemming word vereis. Na aanvaarding is die derde se reg teen die promittens gevestig en kan nóg die promittens nóg die stipulans hom dit ontnem. Daar word gesê dat na aanvaarding val die stipulans normaalweg uit die prentjie.

Die vraag ontstaan vervolgens wat die derde presies moet aanvaar. Daar skyn twee standpunte te wees. Eerstens dat die derde 'n aanbod van die promittens aanvaar en tweedens dat die derde die voordeel aanvaar wat in die kontrak vir hom beding is. Met laasgenoemde standpunt word waarskynlik

bedoel dat die derde die reg wat vir hom geskep word aanvaar. Hierdie standpunt skyn die mees oortuigende te wees waar die partye bloot trag om die derde te bevoordeel sonder om enige positiewe gepaardgaande verpligting te skep.

'n Verdere belangrike vraag is wat die funksie van aanvaarding deur die derde is. Bring dit 'n nuwe ooreenkoms tussen die promittens en die derde mee of verskaf dit bloot die ontbrekende skakel vir 'n verbintenis uit hoofde van die oorspronklike kontrak? Weer eens is daar twee standpunte. Volgens die een standpunt kom daar by aanvaarding 'n tweede kontrak en wel tussen die promittens en die derde tot stand. Hierdie standpunt sluit aan by die opvatting dat die promittens 'n aanbod aan die derde maak. Volgens die tweede standpunt dien die aanvaarding tot bevestiging en bekragtiging van die derde se reg uit die oorspronklike kontrak. Dit bied dus 'n basis vir die ontstaan van die derde se reg (*Consolidated Frame Cotton Corp. Ltd. v. Sithole supra*).

Die standpunt dat die derde 'n aanbod aanvaar waardeur 'n tweede kontrak tot stand kom, beteken dat die derde 'n reg verkry uit 'n kontrak wat hy self gesluit het. Dit kom volgens De Wet en Yeats (1978 92) in der waarheid neer op 'n ontkenning van die beding ten behoewe van 'n derde as 'n wyse waarop 'n nie-kontraksparty 'n reg kan verkry uit 'n kontrak wat deur ander gesluit is.

Ten opsigte van die Batswana van Bophuthatswana, meld Prinsloo en Vorster (1990^b 23) dat 'n beding ten behoewe van 'n derde bekend is. Gemelde skrywers noem die voorbeeld waar groep A vyf skape oordra aan groep B in

ruil vir 'n vers, met die verstandhouding dat die dier aan groep C oorgedra word. Volgens hulle is groep B verplig om die dier aan groep C oor te dra, anders handel hulle nie in terme van hulle verpligting nie. Verder moet groep C na bewering die voordeel aanvaar, dit is die lewering van die vers, anders verhinder hulle groep B om hulle verpligting na te kom.

Dit is twyfelagtig of gemelde voorbeeld sonder meer as 'n beding ten behoewe van 'n derde aangemerkt kan word. Benewens die feit dat 'n beding ten behoewe van 'n derde nie bloot 'n kontrak is met die strekking dat dit 'n derde bevoordeel nie, gee Prinsloo en Vorster ook geen verklaring van die juridiese grondslag van groep C se sogenaamde verpligting om die voordeel te aanvaar nie. Soos reeds vermeld, is slegs reële kontrakte bekend in die inheemse reg en uit die voorbeeld kan geen afleiding gemaak word waaraan groep C se kontraktuele gebondenheid toegeskryf kan word nie. Die laaste woord oor die juridiese grondslag van 'n beding ten behoewe van 'n derde is in die Westerse regstelsels nog nie gespreek nie, en om eenvoudig aan die hand van 'n voorbeeld alleen te verklaar dat dit bekend is in die inheemse reg, is twyfelagtig.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

Weens die subjektiewe reële aard van die inheemse kontraktereg en die feit dat kontrakte in die partye se teenwoordigheid gesluit word, het gemelde voorbeeld van Prinsloo en Vorster onmoontlik en verdag voorgekom vir die paneel. "Waar is groep C, hoekom is hulle nie self teenwoordig nie?" wou hulle spontaan weet. Hulle vraag hang onder meer saam met die vereiste dat kontrakte in mekaar se teenwoordigheid gesluit word: *diphoko di matlhong* (woorde is in die oë).

5.5 Vervanging van die partye en sekerheidstelling vir 'n skuld

5.5.1 Inleiding

In hierdie gedeelte word die vraag beantwoord of die partye by 'n kontrak deur ander partye vervang kan word en indien wel, onder watter omstandighede. Uit die beskikbare literatuur blyk dit dat daar skrywers is wat van mening is dat dit wel moontlik is en wat sessie, delegasie, pand en borgstelling as voorbeelde daarvan noem. Hierdie skrywers se standpunte sal aan die orde gestel word wanneer die onderskeie regsfigure behandel word.

Weens die opvatting van die persoonlike aard van 'n verbintenis kan daar volgens die paneel nie gepraat word van die omruiling van partye by 'n kontrak sonder dat die kontrak as regsfeit self nie tot niet gemaak is en deur 'n nuwe kontrak as bron van die nuwe verbintenis vervang is nie. Indien 'n persoon dus in die plek van 'n kontraksparty wil tree, hetsy as skuldenaar of skuldeiser, moet die bestaande kontrak en verbintenis eers uitgewis word alvorens daar met die vervangende party onderhandel kan word. Hierdie onderhandelinge moet van nuuts af gevoer word. Sodra 'n nuwe afspraak bereik is, kan 'n nuwe verbintenis daaruit ontstaan indien een van die partye tot die afspraak in terme daarvan gepresteer of gedeeltelik gepresteer het. Dit is dus voor die hand liggend dat sodanige regsgevolge ook nie by wyse van 'n drieledige ooreenkoms bereik kan word nie.

'n Nuwe verbintenis kan dus nie uit 'n bestaande kontrak voortvloei nie. Nie alleen moet die verbintenis tussen die partye beëindig word nie, maar ook die kontrak as regsfeit moet eers tot niet gemaak word. Vir elke nuwe

verbintenis wat geskep word, word 'n nuwe kontrak as bron van daardie verbintenis vereis.

Die vervanging van partye moet egter nie verwar word met die substitusie van 'n werknemer en vroeër 'n huweliksgenoot nie (vgl. Myburgh 1985 83-89, 111-112). Afhangende van die bedinge van die kontrak is dit wel moontlik dat een persoon in die plek van 'n ander kan tree, maar sodanige persone tree slegs as plaasvervangers op van diegene wat nie in staat is om hulle verpligtinge na te kom nie en is nie onafhanklike partye tot die kontrak nie. Indien 'n partye persoonlik gebonde is om 'n bepaalde taak te verrig, sal hy nie 'n ander in sy plek kan stel sonder om kontrakbreuk te pleeg nie. In dieselfde verband is die kontrakterende partye in 'n inheemsregtelike verbinding die onderskeie agnaatgroepe, en nie die bruid en bruidegom nie. Substitusie het in verband gestaan met die lewering van *bogadi* (trougoedere) en vind nie aanwending in die geval van 'n siviele huwelik waar die kontrakterende partye die bruid en bruidegom as individue is nie.

Die belangrikste kenmerk van 'n verbintenis is dus dat 'n verbintenis 'n regsverhouding tussen twee bepaalde partye is, wat tot gevolg het dat 'n vervanging van een van die subjekte van die verhouding noodwendig daartoe lei dat die verbintenis ook tot niet gaan. Hierdie opvatting het sin in 'n relatief eenvoudige samelewing, maar hoe en of dit gaan oorleef in die meer ontwikkelde samelewing, veral op die ekonomiese gebied en in die sosiale milieu waaraan die mense onder studie teenswoordig blootgestel is, is 'n ope vraag. Dat 'n regsteorie werklikheidsgetrou moet wees ten einde waar te wees, word nie betwyfel nie, maar vir hierdie mense lê die waarheid

opgesluit in die konkreetheid en nie in 'n abstrakte teorie wat juis juridiese gestalte aan 'n bepaalde werklikheidsverskynsel moet gee nie.

Uit die ontwikkelingsgeskiedenis in ander regstelsels blyk dat die gedagte dat 'n verbintenis 'n streng persoonlike verhouding tussen die betrokke partye is, nie op die lange duur die toets van die tyd, en die praktyk, kon slaag nie. Die behoefte aan 'n metode waardeur die skuldeiser byvoorbeeld sy vorderingsreg aan 'n ander kan oordra, was vroeg reeds in die Romeinse reg gevoel. Aan hierdie behoefte, wat met verloop van tyd in intensiteit toegeneem het, is mettertyd met die algemene erkenning van sessie volledig voldoen. In die proses is die standpunt ingeneem, deur veral Duitse juriste, dat die voortbestaan van 'n verbintenis nie noodwendig onlosmaaklik aan die persoon van slegs 'n bepaalde skuldeiser of skuldenaar verbind is nie (Scott 1977 77). Of dit ook mettertyd die posisie by hierdie mense sal wees, sal die toekoms moet leer.

5.5.2 *Delegasie*

Delegasie in die Westerse regstelsels word gekenmerk deur die oordrag van verpligtinge aan 'n derde party. Laasgenoemde word dus skuldenaar in die plek van die persoon wat die verpligting aan hom oorgedra het. Indien A sy huis aan B verhuur, het B die reg om die huis te bewoon, terwyl hy die plig het om die huur te betaal. Delegeer B nou sy verpligting aan C, moet C die huur betaal terwyl B nog die huis mag bewoon. Die toestemming van al die partye word vereis alvorens die skuldenaar sy verpligtinge aan 'n derde kan delegeer. Die effek hiervan is novasie, waar die ooreenkoms tussen die skuldeiser, die oorspronklike skuldenaar en die nuwe skuldenaar bestaan (De Wet en Yeats 1978 241).

Delegasie stel op sy beurt dus ook die eis van 'n driesydige ooreenkoms tussen die betrokkenes, terwyl die noodwendige toestemming van die skuldeiser ook meebring dat die partye aan die skuldenaarsvervanging moet meewerk. So beskou, wek dit weinig verbasing dat delegasie nie bekend is nie. Prinsloo en Vorster (1990^b 24) kom tot dieselfde gevolgtrekking ten opsigte van die Barolong, Batlharo, Batlhaping, Bakgatla en Bafokeng. Daar is verder geen verwysing in die beskikbare literatuur oor hierdie regsfiguur nie.

5.5.3 Sessie

In die Westerse regstelsels word sessie beskryf as die oordrag van vorderingsregte aan 'n derde party. Slegs die regte word oorgedra, die verpligtinge vestig steeds by die sedent. Die sessionaris word dan skuldeiser in die sedent se plek, terwyl laasgenoemde skuldenaar bly (De Wet en Yeats 1978 225).

Ten einde die vraag te beantwoord of sessie bekend is, is dit noodsaaklik om op die volgende belangrike kenmerk van sessie te let: Sessie kan normaalweg sonder toestemming van die skuldenaar geskied (*Eastern Rand Exploration Co v. Nel & Others* 1903 TS 42). Kennisgewing van die sessie aan die skuldenaar word ook nie vereis nie. Dit geskied deur 'n ooreenkoms tussen die sedent en sessionaris. Waar die vorderingsreg so innig verbonde is met die persoon van die skuldeiser dat uitoefening daarvan deur iemand anders wesenlik 'n ander verpligting op die skuldenaar sal plaas, mag die reg nie oorgedra word nie, byvoorbeeld 'n dienskontrak (*Isaacson v. Walsh & Walsh* (1903) 20 SC 569).

Die gevolge van sessie is dat 'n sedent ontnem word van sy regte wat nou in die sessionaris vestig. Die sessionaris is nou skuldeiser en die sedent behou niks van sy gesedeerde vorderingsreg nie. Dit volg dat die sessionaris nou hierdie regte kan afdwing (*Barclays Bank (DC & O) Ltd. v. Riversdale Dried Fruit Co. (Pty.) Ltd.* 1949 1 SA 937 (C)).

Die instelling van sessie van aksies of vorderingsregte as sodanig is onbekend en daar is volgens die paneel geen instelling waarkragtens vorderingsregte van een persoon aan 'n ander oorgedra kan word sonder om die ou verbintenis uit te wis en 'n nuwe verbintenis tot stand te laat kom nie. 'n Vorderingsreg word beskou te nou verbonde te wees aan die persoon van die skuldeiser om eenvoudig aan iemand oorgedra te word. Dat dit nog boonop kan geskied sonder toestemming van of kennisgewing aan die skuldenaar was vir die paneel totaal ongehoord.

Volgens die paneel is die gebruik soos deur Bekker en die Oliviers beskryf waarvolgens die *bogadi*-regte van 'n meisie wat nog moet trou aan 'n derde toegesê word, ter delging van 'n skuld, onbekend. "Sometimes prospective *lobolo* rights are transferred to a third person before the girl marries" (Bekker 1989 160). Ook Olivier en andere (1989 576) skryf dat dit algemeen voorkom dat *lobolo*-regte in 'n dogter oorgedra of aangebied word as sekerheidstelling vir die betaling van 'n skuld. Gemelde skrywers dui egter nie altyd aan of sodanige sekerheidstelling as 'n pand of 'n sessie beskou word nie. Benewens die feit dat sessie onbekend is, is daar in elk geval nog geen regte om in so 'n geval te seeder nie. Partye sou hoogstens ooreenkom om sodanige regte, wanneer hulle wel ontstaan, te seeder. Daarbenewens verjaar 'n skuld nooit, *molato ga obole, go bola nama* (skuld

word nie vrot nie, vleis word vrot). Indien so 'n meisie tot sterwe kom, sal dit beteken dat die skuld ook tot niet gaan, wat nie moontlik is nie.

Volgens die paneel kan hierdie gebruik ook nie as pandgewing beskou word nie. Iets konkreet moet aangewys word as daar sprake van pandgewing is. *Bogadi*-beeste wat nog in die toekoms gelewer moet word, is nie aanwysbaar nie. Die meisie self kan ook nie verpand word nie want dit sou op men-sehandel neerkom.

Prinsloo en Vorster (1990^b 23-24) meld dat sessie onbekend is by die Bafokeng, Bakgatla en Bakwena. Volgens gemelde skrywers maak die Bakwena nie daarvan gebruik nie omdat dit te veel ruimte laat vir bedrog. Aan die ander kant het segslui van die Barolong, Batlharo en Batlhaping volgens Prinsloo en Vorster verklaar dat alhoewel die verskynsel onbekend is aan hulle, hul howe uitvoering daaraan sou gee mits die skuldenaar daarvan in kennis gestel was. Sessie kom volgens die skrywers ook nie voor by die Bahurutshe nie omrede die skuldenaar in kennis gestel moet word van sy gewysigde verpligting "in terms of the new agreement". Wie die partye tot hierdie nuwe "ooreenkoms" is, is egter nie duidelik nie.

5.5.4 *Pandgewing*

Pandgewing in die Westerse sin van die woord bestaan daaruit dat 'n skuldenaar saaklike sekerheid gee vir die behoorlike voldoening van sy verpligtings. Die skuldenaar sonder 'n bepaalde saak af en stel dit ter beskikking van die skuldeiser as eksekusie-voorwerp (De Wet en Yeats 1978 352-353).

Skrywers oor die inheemse reg is dit nie eens of pandgewing bekend is nie. Vir die Batswana van Bophuthatswana word berig dat dit onbekend is (Prinsloo en Vorster 1990^b 25). Ten opsigte van die Suid-Sotho van Qwaqwa word gemeld dat min besonderhede daarvoor bekend is en word die algemene voorkoms daarvan betwyfel (Strydom 1985 491). Volgens Pauw (1985 130) is pandgewing bekend aan die Imidushane en Amabhele van Ciskei en word vee, veral beeste, normaalweg verpand. Die pandnemer kan die pand in besit neem of die pandgewer kan dit bloot aan hom uitwys. 'n Persoon kan egter nie sy dogter verpand nie.

Volgens Olivier en andere (1989 551) kom pandgewing in die inheemse gewoontereg voor en is dit gebruikelik dat die pandgoedere slegs aangewys word, dit wil sê sonder werklike oordrag aan die skuldeiser, alhoewel dit ook in besit van die skuldeiser geplaas kan word. Daar word blykbaar aanvaar dat as die skuld nie gedelg word nie, die skuldeiser die reg het om die goedere wat in sy besit geplaas is, te behou as eienaar ter delging van die skuld, maar is dit nie duidelik of oordrag van eiendomsreg plaasvind na verloop van 'n voorafbepaalde tydperk nie, en of die skuldeiser eers weer betaling van die skuld moet eis nie.

Volgens Olivier en andere (1989 551) ontbreek gegewens oor aspekte soos die volgende: watter regte die pandhouer het ten opsigte van die pandgoedere wat in sy besit geplaas is; wie die risiko van verlies dra gedurende die bestaan van die ooreenkoms; of die pandgewer byvoorbeeld die reg het om sy goedere van 'n derde party op te eis indien dit blyk dat die pandhouer die goedere aan so 'n party oorgedra het voordat die datum van skuldvereffening aangebreek het en of die pandhouer 'n sterker reg ten aansien van die

goedere het as ander skuldeisers. Navorsers is van mening dat dit moontlik verklaar kan word aan die hand van die feit dat pandgewing in die Westerse sin nog nie sy volle inslag gevind het nie of dat eiesoortige regswaardes moontlik daarteenoor gehuldig word.

Coetzee en andere (1985: 150) meld dat "pandgewing vir die aflos van 'n bepaalde skuld" voorkom onder 'n aantal groepe in Bophuthatswana, onder andere die Bakwena ba Mogopa en verwys na pandgewing as *go gapa*. Volgens hierdie skrywers moet die partye ooreenkom oor die tydperk van skuld. Die risiko van beskadiging rus by die pandgewer en verlies daarvan los nie die skuld af nie. Dit is nie duidelik watter verskynsel hier bedoel word nie. Die paneel het *gapa* vertaal met beslag lê op, buitmaak, 'n prys wen, of om vee aan te jaag. Dit is egter geensins met pandgewing in verband gebring nie. Prinsloo en Vorster (1990^b: 25) verwys ook na beslaglegging deur bodes van die hof en onderskei dit tereg van pand.

Die paneel het pandgewing vertaal met *go beeletsa*. Daar bestaan verskillende sieninge oor die begrip pandgewing. Pandgewing word in die eerste plek nie in verband gebring met die dekking van een of ander skuld of verpligting nie, maar kan eerder beskryf word as 'n bewys van 'n bepaalde verbintenis. 'n Voorbeeld van pandgedwing wat deur die paneel verskaf is, is die sogenaamde verlowingsbees, *kgomo ya peeletso*, wat aan die vader van 'n meisie deur die vader van 'n seun gelewer word as blyk van laasgenoemde se voorneme om *bogadi* te lewer met die oog op die toekomstige huwelik. Volgens die paneel dien hierdie bees by aanvaarding dan ook as 'n waarborg dat die meisie 'n egtelike verbintenis met die seun sal sluit. Sodoende word daar na die gee van hierdie bees as *go tlhoma letlhokwa* (om

Dit blyk dus dat daar nog baie onsekerheid bestaan oor pandgewing. Dit kan moontlik toegeskryf word aan die feit dat daar geen behoefte bestaan aan sekerheidstelling vir 'n skuld nie omdat 'n skuld nie verjaar nie. Daar word nietemin deesdae in die stedelike gebiede verwag dat 'n persoon een of ander artikel moet deponeer by die verlening van krediet wat hy dan verbeur indien hy nie sy skuld aflos nie.

5.5.5 *Borgstelling*

In die Westerse regstelsels is borgstelling bekend as 'n ooreenkoms waardeur 'n persoon hom teenoor die skuldeisers van iemand anders aanspreeklik stel vir die behoorlike uitvoering van sy verpligtinge deur die skuldenaar. Die borg se aanspreeklikheid is 'n addisionele aanspreeklikheid, en nie 'n plaasvervangende aanspreeklikheid nie. Die skuldenaar bly dus nog aanspreeklik en word nie deur 'n ander skuldenaar vervang nie. Borgtog is 'n ooreenkoms tussen die skuldeiser en die borg; die skuldenaar hoef nie 'n party by die ooreenkoms te wees nie; en hoef selfs nie eens daarvan te weet nie. Die borg word van sy verpligtinge bevry sodra die hoofskuld uitgewis word, op welke wyse ook al. Die borg se verpligting kan natuurlik self ook uitgewis word op die gewone maniere, selfs al bly die hoofskuld nog in stand. So kan die borg hom slegs vir 'n bepaalde tyd verbind, en bevry word as die skuldeiser nie binne die tyd teen hom optree nie (De Wet en Yeats 1978 345-352).

Vir die Imidushane en Amabhele van Ciskei word berig dat borgstelling bekend is alhoewel daar nie algemeen van gebruik gemaak word nie. 'n Vrou kan egter nie vir iemand borgstaan nie en woon- of bewerkbare persele mag nie vir borgstelling gebruik word nie (Pauw 1985 131). Strydom (1985 493)

meld dat borgstelling nie algemeen bekend is by die Suid-Sotho in Qwaqwa nie en dat dit dikwels met plaasvervanging verwar word.

Die Oliviers (1989 552) vermeld dat persoonlike borgstelling in die tradisionele reg voorkom en dat benewens die vereiste dat die borg vir skuld aangespreek kan word slegs nadat die hoofskuldenaar uitgeskud is, geen besonderhede beskikbaar is nie. Volgens Coetzee en andere (1985 150) kom borgstelling selde voor en ontbreek beslissings hieroor. By die Tlharo en die Huaduba is dit blykbaar meer bekend en word daarna verwys as *go eme1a* (afgelei van die werkwoord *eme1a* - om in te staan). As die hoofskuldenaar nie sy verpligting nakom nie, word die borg deur die skuldeiser aangespreek. Of hierdie vorm van borgstelling vergelyk kan word met dié in die Westerse sin van die woord, is egter twyfelagtig. Borgstelling is 'n addisionele aanspreeklikheid en nie 'n vervangende een nie - 'n aspek wat dikwels deur skrywers misgekyk word.

Navrae oor borgstelling het nie veel gegewens na vore gebring nie. Sommige van die lede van die paneel het beweer dat borgstelling glad nie voorkom nie, terwyl ander dit weer met plaasvervanging verwar het soos wanneer iemand "instaan" (*go eme1a*) vir 'n werknemer wat siek geword het. Borgstelling is egter 'n addisionele aanspreeklikheid en nie 'n plaasvervangende aanspreeklikheid nie. Daarom kan die voorbeeld nie dien as 'n vorm van borgstelling nie. Slegs vier van die paneellede was in 'n beperkte sin bekend met borgstelling soos wat dit in die Westerse regstelsels aangetref word en het daarop gewys dat sakemanne buite die landelike gebied deesdae op borgstelling aandring by sekere transaksies soos geldleen-kontrakte. In die landelike gebied bestaan daar egter geen

behoefte aan borgstelling nie. Gemelde lede het juis gewys op die verwarring wat daar by die ander informante bestaan oor die begrip borgstelling soos bekend in die Westerse regstelsels.

Uit 'n grondige ondervraging van die paneel blyk dit dat die vreemdheid van borgstelling toegeskryf kan word aan die onnodigheid daarvan omdat 'n skuld nie verjaar nie (*molato ga obole go bola nama*) en dat dit vreemd voorkom dat die borg hom teenoor die skuldeiser verbind terwyl sy bedoeling juis is om in 'n subjektiewe verhouding tot die skuldenaar te staan. Die paneel het dit ook vreemd gevind dat die skuldenaar steeds verbind bly alhoewel hy nie aanspreeklik is nie.

Dit was opvallend dat die hele begrip van borgstelling vir die paneel verdag voorgekom het en na hulle mening te veel ruimte sou laat vir oneerlikheid. Borgstelling sou ook weens die reële aard van die kontraktereg moeilik verwesenlik kon word omdat 'n blote onderneming van die borg teenoor die skuldeiser nie afdwingbaar is terwyl die borg nie reeds by die aangaan van die ooreenkoms aan die skuldeiser presteer nie. Prinsloo en Vorster (1990^b 24) kom tot dieselfde gevolgtrekking wanneer hulle verklaar: "The experts for all the studied groups asserted that suretyship is unknown in their law and could not prevail because the contract would be purely consensual; in other words, there would only be an agreement."

5.6 Samevatting

'n Verbintenis is 'n verhouding tussen twee partye sodat alleen die partye wat die kontrak sluit ook die partye by die verbintenis kan wees. Dit

verklaar die afwesigheid van regsfigure soos verteenwoordiging en 'n beding ten behoeve van 'n derde. Omdat nie meer as een party by dieselfde verbintenis betrokke kan wees ten opsigte van een of meerdere prestasies nie, kom gesamentlike en solidêre medeskuldverhoudinge ook nie voor nie. Weens die persoonlike aard van die verbintenis is die vervanging van partye by 'n kontrak sonder dat die kontrak as regsfeit self tot niet gemaak is en deur 'n ander kontrak as bron van verbintenis vervang is, ook nie moontlik nie. Dit verklaar die afwesigheid van regsfigure soos sessie en delegasie.

Aangesien nuwe verbintenisse nie uit 'n bestaande kontrak kan voortvloei nie en dit ook nie vir 'n party moontlik is om hom te verbind ten opsigte van 'n bestaande kontrak nie, is die sekerheidstelling vir 'n skuld deur middel van pandgewing en borgstelling nie moontlik nie. Op hierdie gebied sal regsontwikkeling moet plaasvind om voorsiening te maak vir die veranderde omstandighede waarin die mense tans lewe.

The logo of the University of the Western Cape, featuring a classical building facade with a pediment and columns.

UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

Hoofstuk 6

Kontrakbreuk in die inheemse reg

6.1 Inleiding

Alhoewel skrywers oor die inheemse kontraktereg in die algemeen 'n aantal vorme van kontrakbreuk en die regsmiddels op grond daarvan aanraak, word gegewens wat daarmee in verband staan meestal onsistematies en sonder enige teoretiese raamwerk weergegee (vgl. Schapera 1965 150; Pauw 1985 114; Strydom 1985 520). Ten opsigte van die Batswana van Bophuthatswana identifiseer Prinsloo en Vorster (1990^a 13) wel spesifieke vorme van kontrakbreuk, maar die voorbeelde wat hulle gebruik om hulle standpunte te staaf is nie altyd oortuigend nie.

Toe die begrip kontrakbreuk as tema aan die paneel gestel was, het dit duidelik uit die besprekings geblyk dat hulle nie soseer die daad van kontrakbreuk nie maar eerder die gevolge wat daaruit mag voortspruit as ernstig en nadelig vir die hele gemeenskap beskou. Sommige van die paneellede het selfs die bewering gemaak dat die gevolge daarvan wyer reperkussies kan hê as dié van 'n misdad. Dit verklaar waarom daar soveel klem gelê word op die mense wat betrokke is by 'n kontraktuele verhouding en waarom daar in die geval van 'n kontraktuele dispuut gepoog word om die geskil so gou as moontlik by te lê.

Walker (1969 71) skryf hieroor soos volg: "... it can be said that the primary function of tribal law is to ensure the perpetuation of tribal harmony through the speedy resolution of disputes. There is concern for

justice to the individual, but in almost all cases it must yield to the great interest of the tribe as a whole in preserving amicability between its members." Dit verklaar ook waarom daar gepoog word om in die geval van kontrakbreuk die partye in die posisie te plaas waarin hulle was voor kontraksluiting en nie soseer om hulle te plaas in die posisie waarin hulle sou gewees het indien die kontrak uitgevoer is nie. Walker (1969 71) stel dit soos volg: "When given a choice between awarding damages for lost expectation and damages to cover out-of-pocket losses, the court invariably chooses the latter for the following means:

- (a) the claimant will not be any worse off than before the contract was formed and will be compensated for any actual harm;
- (b) the defendant will not suffer any excessive hardship;
- (c) out-of-pocket losses are easier to evaluate.

In terms of healing tribal wounds, this approach is thought to remove the claimant's basis for complaint by restoring him to his pre-contract status while avoiding any lingering animosity on the part of the defendant which would result from a more western award."

Wat die aard van kontrakbreuk betref, blyk dit uit die paneel se beskrywing dat hulle dit gelykstel aan wanprestasie, dit wil sê 'n verbreking van 'n onderneming om te presteer (negatiewe wanprestasie) of om behoorlik te presteer (positiewe wanprestasie). Weens die reële aard van die kontrakreg sal sowel negatiewe as positiewe wanprestasie slegs moontlik wees as daar reeds 'n kontrak tot stand gekom het, met ander woorde as een van die partye reeds in terme van die afspraak gepresteer het.

Wanprestasie dek egter nie die hele spektrum van kontrakbreuk nie. Benewens wanprestasie bestaan daar ook nog repudiëring en onmoontlikmaking van prestasie as vorme van kontrakbreuk. Beide hierdie vorme van kontrakbreuk is bekend. Repudiëring staan bekend as *kganetso* en kom voor waar die kontraktant weier om sy kontraktuele verpligtinge gestand te doen. *Kganetso* is afgelei van die werkwoord *gana*, om te weier. Onmoontlikmaking van prestasie kom voor waar 'n kontraktant prestasie objektief of subjektief onmoontlik maak.

6.2 Die verskyningsvorme van kontrakbreuk

6.2.1 Wanprestasie

Daar bestaan geen Setswana term vir wanprestasie nie, alhoewel die begrip nie onbekend is nie. Volgens die paneel maak 'n party hom skuldig aan wanprestasie indien hy versuim om te presteer of om behoorlik te presteer. Versuim om te presteer toon ooreenkomste met die vorm van kontrakbreuk wat in die Westerse regstelsels onder die term *mora debitorum* bekend staan. Volgens De Wet en Yeats (1978: 142) het mens met *mora debitorum* te doen "wanneer die skuldenaar talm met die nakoming van sy verpligting".

In hulle bespreking van kontrakbreuk by die Batswana van Bophuthatswana, maak Prinsloo en Vorster (1990a: 14) van die volgende basiese voorbeeld gebruik: "Group A enter into an agreement with group B in terms of which group B are to thatch group A's building with thatching grass in return for a heifer. The agreement requires that the work be done before the rains, which are almost at hand." Indien B volgens gemelde skrywers nalaat om binne 'n redelike tyd nadat die ooreenkoms bereik was met die werk te begin, kan A uit die ooreenkoms tree en B dienooreenkomstig laat weet omdat

daar in so 'n geval nog slegs 'n ooreenkoms was waaruit geen kontraktuele aanspreeklikheid voortgevloei het nie. Bogenoemde voorbeeld bewys egter nie dat versuim om te presteer nie 'n vorm van kontrakbreuk kan wees nie. In die lig van die voorbeeld hierbo kan dit die geval wees wanneer A byvoorbeeld aan B R50,00 betaal as paalement vir die werk. Deur hierdie betaling word die afspraak tot kontrak gemaak. Indien B nou sou versuim om die ooreengekome werk te lewer maak hy hom aan kontrakbreuk skuldig in die vorm van versuim om te presteer.

Die algemene reël is volgens die paneel dat die partye gelyktydig moet presteer, *mabogo dinku athebana* (die skape se hande was mekaar). Die partye kan egter afsprek dat een van die partye eers op 'n latere stadium presteer. Gewoonlik word 'n bepaalde dag vir prestasie bepaal alhoewel dit nie noodwendig die geval hoef te wees nie. Indien 'n party versuim om op die bepaalde dag van prestasie te presteer, maak hy hom tegnies skuldig aan kontrakbreuk. Dit is egter nie gebruik dat die skuldeiser onmiddellik teen hom optree nie. Daar word van die skuldeiser verwag om die skuldenaar eers aan sy verpligtinge te herinner (*go gako tola*). Die hof sal geen hulp aan die skuldeiser verleen alvorens hy nie eers die skuldenaar aangemaan het nie, al is daar ook 'n vaste dag vir prestasie bepaal. Indien die skuldenaar nog steeds in versuim bly na 'n aanmaning, sal die skuldeiser hom op die hof kan beroep. Hierdie versuim van die skuldeiser word as *go dikadika* beskryf.

Indien daar geen bepaalde dag vir prestasie vasgestel is nie, moet 'n redelike tyd verloop voordat 'n party op prestasie kan aandrang. Vir die Batswana van Botswana meld Schapera (1970 244) dat 'n jaar as 'n redelike

tyd beskou word. Die paneel het nie 'n spesifieke tyd genoem wat as 'n redelike tyd sou kon diens doen nie en het verduidelik dat dit normaalweg bepaal word na gelang van die prestasie wat gelewer moet word en die omstandighede van elke geval. Indien 'n prestasie dan na 'n redelike tyd nie geskied het nie, moet die skuldeiser die skuldenaar aanmaan (*gakoŋola*). Indien die skuldenaar steeds in gebreke bly, moet die skuldeiser saam met lede van sy agnaatgroep na die skuldenaar gaan en hom ook in die teenwoordigheid van sy agnaatgroep versoek om sy verpligtinge na te kom. Indien die skuldenaar hierna nog steeds in versuim bly, kan die skuldeiser hom op die hof beroep.

Versuim om behoorlik te presteer kan vergelyk word met positiewe wanprestasie by die Westerse regstelsels. In *Sweet v. Ragergahara* (1978) (1) SA 311 (D) 138C word positiewe wanprestasie soos volg omskryf: "Defective performance relates to timeous performance not in accordance with the terms of the agreement."

Na aanleiding van die bogenoemde voorbeeld van Prinsloo en Vorster (1990^a 14) skryf gemelde skrywers: "Where group B completed the work but the workmanship was shabby and the roof was not watertight, group A could demand specific performance, that is proper performance, before they deliver the heifer to group B. If group A refused to perform properly group A could claim compensation for cost of labour required to correct the defect. Inadequate performance might also entitle the creditor to resile from the contract in appropriate circumstances and demand return of his performance in addition to claiming any damages for any loss that resulted from the breach." Uit hierdie voorbeeld blyk dit dat die Batswana van

Bophuthatswana onbehoorlike prestasie erken as 'n vorm van kontrakbreuk en dat die skuldeiser nie onmiddellik nadat kontrakbreuk plaasgevind het, optree nie, maar eers die skuldenaar die geleentheid gee om die gebrekkige prestasie aan te suiwer.

Die paneel het die volgende vorme van onbehoorlike prestasie as kontrakbreuk aangedui:

- 'n Party lewer 'n prestasie van 'n swakker gehalte as waartoe hy hom verbind het. 'n Voorbeeld wat in hierdie verband genoem is, is waar A in terme van 'n kontrak byvoorbeeld mielies van 'n bepaalde graad aan B moet lewer en dan mielies van 'n laer graad verskaf. Indien B die mielies van 'n laer gehalte aanvaar, kondoneer hy sodoende A se kontrakbreuk en sal hy hom nie later op die hof kan beroep indien A weier om die gebrek aan te suiwer nie. Indien B nie die mielies wil aanvaar nie, moet hy dit onmiddellik aan A terugstuur en aandrang op behoorlike prestasie. Indien A dan steeds in gebreke bly om die ooreengekome prestasie te lewer, kan B die prestasie in die plaaslike hof afdwing.
- 'n Werknemer doen nie sy werk behoorlik nie. Indien 'n werknemer nie die werk op 'n bepaalde wyse verrig soos wat sy werkgever dit aan hom opgedra het nie, pleeg hy kontrakbreuk. Die werkgever het dan die keuse om onmiddellik uit die kontrak te tree in welke geval hy geen betaling aan die werknemer hoef te maak nie, of hy kan die kontrak in stand hou en aandrang op spesifieke nakoming.

6.2.2 Repudiasie

Hierdie vorm van kontrakbreuk word as *kganetso* beskryf en kan vertaal word met ontkenning of weiering. Volgens die paneel pleeg 'n party kontrakbreuk indien hy:

- Die bestaan van 'n kontrak ontken of die bepalings van die kontrak betwis wanneer die ander party reeds gepresteer het;
- Weier om die ooreengekome prestasie te ontvang indien hyself reeds gepresteer het;
- Die ander party mededeel dat prestasie vir hom onmoontlik (as gevolg van sy eie toedoen) is wanneer hy reeds prestasie ontvang het;
- 'n Werknemer summier ontslaan sonder om hom behoorlik kennis te gee.

Prinsloo en Vorster (1990^a 14) identifiseer ook repudiasie as vorm van kontrakbreuk by die Batswana van Bophuthatswana en wys daarop dat: "Since contractual liability is not based on mere agreement, repudiation of a promise before performance or part-performance does not amount to breach of contract". Alhoewel daar met hierdie standpunt saamgestem word, rym dit nie met gemelde skrywers se uitgangspunt dat 'n party verplig kan word om prestasie te ontvang wanneer daar nog geen prestasie gelewer is nie, met ander woorde wanneer daar nog geen kontrak tot stand gekom het nie (vgl. 1990^a 10).

In die Engelse reg (en voor die uitspraak in *Tucker Land and Development Corporation v. Hovis* 1980 (1) SA 645 (A) 651B ook in die Suid-Afrikaanse reg) word die onskuldige voor 'n keuse geplaas, naamlik om die repudiëring te negeer of die repudiëring as daad van kontrakbreuk te aanvaar. Deur

aanvaarding groei die daad van repudiëring aan tot 'n daad van kontrakbreuk en terselfdertyd kom aanvaarding van die repudiëring op terugtrede neer.

Volgens die paneel hoef daar nie eers 'n aanvaarding van die repudiëring te wees om 'n daad van kontrakbreuk daar te stel nie. Repudiasie op sigself word as kontrakbreuk beskou. Die benadeelde party kan hom egter nie sonder meer op die hof beroep nie. Hy moet eers met die ander party onderhandel en die saak probeer regstel. Indien die partye nie hulle verskil uit die weg kan ruim nie, kan die partye hulle tot die hof wend. Dit dui weer eens daarop dat die klem in 'n kontraktuele verhouding op die subjekte val en nie op die objekte van die prestasie nie.

6.2.3 *Onmoontlikmaking van prestasie*

Soos reeds vermeld by die bespreking van die vereistes vir 'n kontrak, ontstaan daar geen verbintenisse uit die afspraak as die prestasie reeds by die aangaan van die afspraak onmoontlik is nie. Indien die prestasie egter na sluiting van die kontrak onmoontlik word as gevolg van die skuld van een van die partye, het ons na die oordeel van die paneel met kontrakbreuk te doen. Sodanige kontrakbreuk kan deur sowel die skuldenaar as die skuldeiser gepleeg word. 'n Voorbeeld van kontrakbreuk deur die skuldenaar is waar A 'n perd van B koop en B die perd dood nadat A reeds daarvoor betaal het, maar voordat B die perd aan A gelewer het.

Na aanleiding van die gegewe voorbeeld van Prinsloo en Vorster (1990^a 14) skryf gemelde skrywers: "In an event where group B arrives a few days after the agreement was reached with grass to begin thatching and group A pleads inconvenience and requires them to return later and this is repeated until

the rains come and the thatching grass that was left at group A's site is damaged, the experts agreed that group B might resile from the contract on the ground of group A's prevention of the work". Hieruit blyk dat Prinsloo en Vorster onmoontlikmaking van prestasie aanvaar as 'n vorm van kontrakbreuk. Blykbaar word die feit dat groep B gras gebring het tesaam met die feit dat groep A hulle nie gevra het om die gras te verwyder nie, 'n vorm van prestasie geag wat die kontrak tot stand bring. Die paneel van Hebron beskou dit egter nie as voldoende prestasie om 'n kontrak tot stand te bring nie.

'n Voorbeeld van kontrakbreuk deur die skuldeiser wat deur die paneel verskaf is, is die volgende: A en B kom ooreen dat A die dak van B se huis sal herstel vir R100,00. B betaal aan A 'n bedrag van R50,00. Kort daarna (en sonder dat A in versuim was) laat B die dak deur C herstel. B het dit vir A onmoontlik gemaak om prestasie te lewer en sal gevolglik ook nie die R50,00 van A kan terugeis nie.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

Voldoening kan dus as 'n tweesydigse regshandeling beskou word. Indien A byvoorbeeld 'n saak aan B moet lewer, het A normaalweg die samewerking van B nodig om sy verpligting na te kom. Sonder die medewerking van die skuldeiser sal dit nie altyd vir die skuldenaar moontlik wees om te presteer nie. Soms is die medewerking van die skuldeiser nodig selfs voordat die skuldenaar kan presteer. Die bouer kan byvoorbeeld nie met die werk begin voordat die boumateriale aan hom verskaf is nie. Dit wil natuurlik sê indien dit die afspraak was dat die skuldeiser die boumateriale moet verskaf.

6.3 Regsmiddels op grond van kontrakbreuk

6.3.1 Spesifieke nakoming

Spesifieke nakoming as regsmiddel by kontrakbreuk is ook deur ander skrywers waargeneem: Schapera (1965 150); Allott en andere (1969^a 76) en Vorster (1990^a 43).

Spesifieke nakoming beteken dat die hof die verweerder beveel om sy verpligtinge na te kom presies soos hy onderneem het om te doen, byvoorbeeld dat hy die spesifieke saak lewer wat hy onderneem het om te lewer. Dit is egter volgens die paneel 'n voorvereiste dat die eiser die verweerder eers moet aanmaan (*gakolola*) voordat hy hom op die hof kan beroep. Die hof sal natuurlik nie spesifieke nakoming gelas by onmoontlikheid van prestasie nie.

Volgens Walker (1969 69) kan die hof die terme van 'n ooreenkoms verander ter wille van harmonie. Roberts (1970 63) huldig 'n teenoorgestelde mening: "provided the terms of the contract of exchange are clear, these must be strictly enforced". Volgens die paneel sal die hof ter wille van harmonie hoogstens 'n beroep op die partye doen om 'n geringer prestasie as die ooreengekome prestasie te aanvaar. *Kgomo ga e fulelwe* (daar word nie vir 'n bees gewei nie), met ander woorde, niemand hoef iets te doen nie, die saak sal vanself regkom. 'n Ander regspreuk in die verband is: *bobe bogaisa lefifi* (lelikheid is beter as die donkerte), 'n halwe eier is dus beter as 'n leë dop. Of, *molato olefiwa kantlha yalomao* ('n skuld word op die punt van 'n naald betaal). 'n Mens moet dus dankbaar wees dat jy iets ontvang het, jy kon net sowel niks gekry het nie.

6.3.2 Skadevergoeding

Skadevergoeding in die Westerse sin van die woord bestaan uit 'n bedrag geld wat aan die benadeelde party toegeken word om hom te vergoed vir geldelike skade wat hy gely het as gevolg van die skuldige party se kontrakbreuk (De Wet en Yeats 1978 200). Die toets wat aangewend word om te bepaal of die onskuldige party skade gely het, asook die omvang van sy skade, is of hy in die posisie geplaas is waarin hy sou gewees het indien behoorlike en tydige prestasie wel geskied het. Dit beteken dat sy huidige posisie vergelyk word met die posisie waarin hy sou gewees het indien die kontrakbreuk nie plaasgevind het nie. Hy is dus geregtig op 'n vervullingsbelang of dan skadevergoeding volgens positiewe interesse (*Norvick v. Benjamin* 1972 (2) SA 842 (A)).

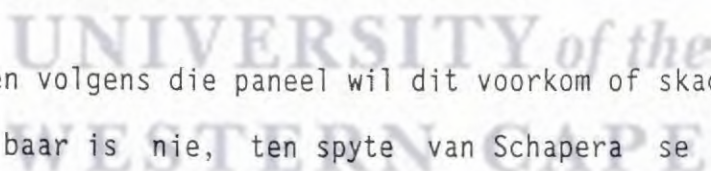
Volgens die paneel is die doel van skadevergoeding (*tshenyegelo*) nie om die skuldeiser te plaas in die posisie waarin hy sou gewees het indien daar nie kontrakbreuk plaasgevind het nie, maar slegs om hom onder sekere omstandighede te vergoed vir skade wat hy as gevolg van die kontraksluiting gely het. Geen skadevergoeding kan in die algemeen geëis word nie: *o seke wa sugela ngwana thari mpeng* (moenie vir 'n kind 'n tjalie maak voordat hy nie gebore is nie). Dit is ook die waarneming van Prinsloo en Vorster ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana (1990^a 8).

Geen skadevergoeding kan geëis word by skuldige of nalatige wanvoorstelling vir kostes wat 'n party reeds aangegaan het in afwagting vir die vervulling van die kontrak nie, ook nie vir skade wat direk in verband staan met die uitvoering daarvan nie. Indien A dus by B 'n bees gekoop het en B nie in staat is om die bees te lewer nie, sal A nie kan eis vir kostes wat hy in

die verband aangegaan het nie (byvoorbeeld vir veewagters wat hy gehuur het om die bees te gaan haal nie). Prinsloo en Vorster (1990^a 8) meld dat sodanige skadevergoeding moontlik is by die Bakgatla van Bophuthatswana.

Schopera (1969 326-327; 1970 239) beweer dat 'n skuldeiser by die Batswana van Botswana geregtig is op skadevergoeding indien 'n party nie in terme van die kontrak presteer nie. Daarbenewens sal die hof die verpligtinge wat nagekom moet word, beklemtoon deur gebruik te maak van frases soos: "betaal wat jy skuld", "betaal soos jy belowe het", "betaal in terme van die ooreenkoms" en "betaal wat geëis word".

Schopera (1969 328) beweer ook dat spesiale skadevergoeding betaalbaar is op grond van kontrakbreuk. Hiervolgens sou 'n party ook kon eis vir enige toekomstige verliese wat uit die sluiting van die kontrak voortvloei het. Walker (1969 71) meld egter dat sodanige skadevergoeding nie betaalbaar is by die Bamalete van Botswana nie.



Uit die literatuur en volgens die paneel wil dit voorkom of skadevergoeding nie algemeen betaalbaar is nie, ten spyte van Schopera se bevindings. Skadevergoeding kan slegs in die volgende gevalle geëis word:

- Waar een party 'n ander party verseker dat 'n spesifieke prestasie gelewer sal word en dit blyk dan later nie moontlik te wees nie. Dit blyk ook die posisie te wees by die Bakgatla van Bophuthatswana (Prinsloo en Vorster 1990^a 8).

- Waar 'n persoon gehuur is om 'n spesiale taak te verrig ('n onafhanklike kontrakteur) en die taak nie behoorlik of betyds voltooi word nie as gevolg waarvan die ander party skade lei.

6.3.3 *Terugtrede*

In die beskikbare literatuur word daar nie spesifiek na terugtrede verwys as 'n regsmiddel op grond van kontrakbreuk nie. Prinsloo en Vorster (1990^a 15) verwys wel in die algemeen daarna sonder om die juridiese grondslag daarvan te behandel.

Terugtrede is 'n regshandeling waardeur die verbintenis uit 'n kontrak ontbind word. Dit is dus streng gesproke nie die kontrak as regsfeit wat uit die weg geruim word nie, maar die gevolge van die kontrak wat ongedaan gemaak word (De Wet en Yeats 1978 194).

Volgens die paneel is dit 'n regsmiddel waarvan nie dikwels gebruik gemaak word nie en slegs in uitsonderlike omstandighede tot die beskikking van 'n kontraktant gestel word. Hierdie omstandighede blyk in die eerste instansie uit kontrakbreuk voort te vloei, byvoorbeeld waar die een party die ooreengekome prestasie vernietig of dit vir die ander party onmoontlik maak om prestasie te lewer. A huur byvoorbeeld vir B om sy huis se dak met gras te dek vir R100,00. A onderneem om self die gras te voorsien waarmee die dak gedek moet word. A maak 'n voorlopige betaling van R50,00 aan B ingevolge waarvan die kontrak tot stand kom, maar kort voordat B opdaag om die huis se dak te dek, steek A die gras aan die brand. B kan nou terugtree indien hy wil maar hoef dit nie te doen nie, aangesien A die gras moet voorsien. Versuim A kan B die R50,00 behou. A kan egter nie terugtree en sy

geld terugeis nie, aangesien hy die uitvoering van die kontrak onmoontlik maak.

Terugtrede vind ook toepassing telkemale wanneer verbintenisse ontbind word, byvoorbeeld op grond van skuldige wanvoorstelling en verborge gebreke. Tensy 'n party geen ander keuse het as om terug te tree nie, moet hy volgens die paneel eers aandrang op die nakoming van die ander party se verpligtinge. 'n Party het dus anders as wat in die Westerse regstelsels die geval is, nie 'n keuse of hy wil terugtree en of hy die kontrak in stand wil hou nie. Hy kan slegs terugtree indien die ooreengekome prestasie geheel en al onmoontlik blyk te wees of indien daar na vele beraadslaginge nie tot 'n vergelyk gekom kan word nie. Om 'n skikking te probeer bewerkstellig, kan die hof se hulp ook ingeroep word: *bayatlhatsweng bala-nagale* (hulle gaan hof toe terwyl hulle oor die saak beraadslaag). 'n Party tot 'n ooreenkoms sal slegs kan terugtree indien hy in staat is om self terug te gee wat hy in terme van die kontrak ontvang het, behalwe as prestasie deur die ander party se toedoen onmoontlik geword het.

Wanneer 'n party volgens die paneel terugtree, word nie net alleen die gevolge van die kontrak ongedaan gemaak soos by Westerse regstelsels nie, maar ook die kontrak as regsfeit gaan tot niet. Deur terugtrede word die kontraktuele verbintenisse ontbind met die gevolg dat nie een van die partye langer verplig is om uitvoering aan die oorspronklike verbintenisse te gee nie. Terugtrede werk vanaf die oomblik waarop die terugtreedingsreg uitgeoefen word en normaalweg ontstaan 'n reg op teruggawe van wat gepresteer is vir die partye uit hoofde van die ontbinding van die verbintenisse. Nuwe verbintenisse tot teruggawe ontstaan dus nie.

6.3.4 Die reg om prestasie te weerhou

'n Oorsig oor die beskikbare literatuur toon geen vermelding van hierdie regs middel nie. 'n Besondere kategorie van meersydige kontrakte is wederkerige kontrakte. In die geval van wederkerige kontrakte word 'n uitruiling van prestasies onderneem, met ander woorde dis een prestasie vir die ander. 'n Gevolg hiervan is dat 'n party nie verplig is om te presteer tensy die ander party op sy beurt reeds gepresteer het nie. In die Westerse reg staan hierdie beginsel as die wederkerigheidsbeginsel bekend. Vergelyk *BK Tooling (Edms.) Bpk. v. Scope Precision Engineering (Edms.) Bpk.* 1979 (1) SA 392 (A) 415. Hierdie beginsel toon ooreenkomste met die beginsel wat deur die paneel uitgedruk word deur die regspreuk *mabogo dinku athebana* (die skape se hande was mekaar). Volgens die paneel dui dit op 'n wederkerigheid van prestasie. Wederkerigheid van prestasie moet egter nie met gelyktydigheid van prestasie verwar word soos by koopkontrakte waar die prestasie gelyktydig moet geskied tensy die bedoeling anders blyk nie.

'n Uitvloeisel van die wederkerigheidsbeginsel is dat 'n party sy prestasie kan terughou totdat die ander party se prestasie ten volle gelewer is. Indien A en B dus ooreenkom dat A die dak van B se huis sal herstel en dat A eers betaling sal ontvang by die voltooiing van die werk, is B onder geen verpligting om A voor die tyd te betaal nie. In die Westerse regstelsels staan hierdie reg as 'n weerhoudingsreg bekend. Hierdie weerhoudingsreg bied vir 'n kontraktant wat deur sy medekontraktant aangespreek word sonder dat laasgenoemde sy prestasie verrig het, 'n verweer wat as die *exceptio non adimpleti contractus* bekend staan.

Volgens die paneel vind bogenoemde wederkerigheidsreël veral toepassing by die verskillende huurverhoudings. Die verhuurder van 'n saak, die werknemer en aannemer van werk, moet ten volle presteer en kan dus nie op die verweer steun indien hulle vir prestasie aangespreek word nie. Dit staan die partye natuurlik by hierdie verhoudings en by ander wederkerige ooreenkomste vry om ander reëlings te tref, byvoorbeeld die verhuurder kan vooruitbetaling van huurgeld beding of die verkoper kan op krediet verkoop. Volgens die paneel gebeur dit deesdae dikwels dat 'n aannemer van werk 'n vooruitbetaling van geld beding veral waar hy byvoorbeeld self die materiale moet verskaf.

Die vraag ontstaan of 'n verweerder sy prestasie kan weerhou waar die eiser reeds gepresteer het maar sy prestasie gebrekkig is. Volgens die paneel kan die verweerder sy prestasie slegs weerhou indien die ander party se prestasie in 'n ernstige opsig gebrekkig is. Indien die prestasie nie ernstig gebrekkig is nie, sal die verweerder dit nie kan verwerp as dit blyk dat die eiser tot die beste van sy vermoë gepresteer het nie: *bobe bo gaisa lefifi* (lelikheid is beter as die donkerte of 'n halwe eier is beter as 'n leë dop); *kgomo ga e fulelwe* (daar word nie vir 'n bees gewei nie), met ander woorde die saak sal mettertyd meer aanvaarbaar wees. Die verweerder is ook nie geregtig op skadevergoeding ter aanvulling van die gebrekkige prestasie nie. Volgens die paneel rus daar 'n plig op die kontraktante om vooraf seker te maak van die onderskeie teenprestasies. By verhuringskontrakte moet daar deurlopend gelet word op die prestasie wat gelewer word en in geval van gebrekkige prestasie moet daar vroegtydig beswaar aangeteken word.

Volgens die paneel is bogenoemde beginsels ook op dienskontrakte van toepassing. 'n Werknemer kan hom verhuur vir 'n onbepaalde of vir 'n bepaalde tydperk. Indien die kontrak vir 'n onbepaalde tydperk is, sal dit vir die partye nodig wees om vooraf te reël na afloop van welke tydperk die werkgever die werknemer se vergoeding moet betaal. Waar 'n werknemer hom vir 'n bepaalde termyn verhuur, sal sy prestasie gewoonweg 'n ondeelbare prestasie wees. Indien 'n dienskontrak byvoorbeeld vir drie jaar gesluit word en die partye kom ooreen dat betaling eers aan die einde van die termyn sal geskied, is geen vergoeding vooraf betaalbaar nie. Indien 'n werknemer hom dus na twee jaar skuldig maak aan diensverlating, sal hy nie geregtig wees op enige betaling vir die werk wat hy gelewer het nie. Indien die werknemer weens omstandighede buite sy beheer verhoed word om te presteer, sal hy wel geregtig wees op gedeeltelike betaling vir die deel van die werk wat hy verrig het. Dit is ook die posisie indien die werkgever nie die diensvoorwaardes gestand doen nie, byvoorbeeld deur die werknemer onder te betaal. Hierdie posisie stem ooreen soos waargeneem deur Schapera (1970 254) en Vorster (1990^a 41).

6.3.5 *Strafbeding*

Daar word nie in die beskikbare literatuur oor die inheemse kontraktereg melding gemaak van hierdie beding nie. Dit is egter volledigheidshalwe aan die paneel gestel. Omdat dit soms moeilik is om die omvang van skade te bepaal waar skadevergoeding geëis word, kom die partye dikwels by kontraksluiting in die Westerse regstelsels uitdruklik ooreen dat indien een van die partye hom aan kontrakbreuk skuldig maak, hy aan die ander 'n bepaalde som geld moet betaal. Sodanige beding in 'n kontrak staan bekend as 'n strafbeding (De Wet en Yeats 1978 211).

Volgens die paneel word daar nie van strafbedinge gebruik gemaak nie alhoewel die verskynsel nie aan almal onbekend is nie. Volgens hulle word 'n strafbeding te nou geassosieer met skadevergoeding in die Westerse sin van die woord en is dit om daardie rede onder andere nie aanvaarbaar nie.

6.4 Samevatting

Alhoewel kontrakbreuk hoofsaaklik gesien word as wanprestasie, is ander bekende vorme soos repudiasie en onmoontlikmaking van prestasie ook bekend. Weens die nadelige gevolge wat kontrakbreuk vir die gemeenskap inhou word gepoog om kontraktuele dispute so gou as moontlik deur bemiddeling by te lê. Regsmiddels op grond van kontrakbreuk is bekend en hoewel die hof onder andere spesifieke nakoming kan beveel word 'n verminderde prestasie meestal aanbeveel. Geen skadevergoeding is in die algemeen betaalbaar nie en die benadeelde party kan alleen verwag om in die posisie geplaas te word waarin hy sou gewees het voor kontraksluiting en nie waarin hy sou gewees het as die kontrak uitgevoer is nie.

The logo of the University of the Western Cape, featuring a stylized classical building with columns and a pediment.

UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

Hoofstuk 7

Die tenietgaan van inheemse verbintenisse

7.1 Inleiding

Daar is reeds daarop gewys dat 'n kontrak beskryf kan word as 'n afspraak waaruit daar verbintenisse voortvloei. Die begrip "afspraak" word verkies bo die begrip "ooreenkoms" omdat daar in die praktyk dikwels na 'n ooreenkoms en kontrak verwys word asof dit dieselfde betekenis het. Alhoewel die begrip afspraak 'n sterk konnotasie van 'n "sosiale afspraak" het, word dit in hierdie studie juis so bedoel omdat 'n afspraak ingevolge waarvan geen prestasie gelewer is nie, bloot as 'n sosiale afspraak beskou word wat te eniger tyd weer gekanselleer kan word en waaruit geen regte en verpligtinge voortspruit nie. Daarbenewens kan 'n ooreenkoms waaruit daar 'n verbintenis voortvloei, wel 'n kontrak genoem word, maar alle ooreenkomste is egter nie kontrakte nie. Afgesien van kontrakte is daar nog saaklike ooreenkomste, voldoening en skulddelgende ooreenkomste. Nie een van laasgenoemde regshandelinge skep egter regte en verpligtinge nie.

Wanneer 'n verbintenis volgens die paneel beëindig word, gaan ook die afspraak waaruit die verbintenis voortgevloei het, tot niet. Dit is daarom nie moontlik om die regte en verpligtinge wat 'n bepaalde verbintenis meebring, te verander sonder om nie ook die afspraak waaruit die verbintenisse ontstaan het "tot niet te maak" en van nuuts af wilsooreenstemming te verkry oor die inhoud van enige nuwe verbintenisse nie.

'n Behoorlike begrip van hierdie konkrete siening van 'n kontrak en 'n verbintenis is noodsaaklik om die tenietgaan van verbintenisse te verstaan. Daar is opvallende ooreenkomste met die wyses waarop verbintenisse in die Westerse regstelsels tenietgaan, maar ook duidelike verskille.

7.2 Verjaring

In die Westerse regstelsels het tydsverloop 'n invloed op kontrakte. Volgens De Wet en Yeats (1978 255) handel verjaring oor die verkryging van regte of die bevryding van skulde na verloop van 'n sekere tyd. Daarom word onderskei tussen verkrygende en bevrydende verjaring. Verkrygende verjaring hou in dat sekere regte verkry kan word na verloop van tyd. Bevrydende verjaring, daarenteen, handel oor die uitwissing van 'n skuld na die verloop van 'n bepaalde tyd.

In hierdie gedeelte word aandag aan bevrydende verjaring gegee aangesien 'n kontrak tenietgaan wanneer skulde uitgewis word. 'n Skuldenaar kan dus na verloop van tyd die bestaan van 'n skuld ontken of anders gestel, indien hy vir 'n skuld aangespreek word en die bepaalde tydperk het reeds verstryk, kan die skuldenaar regtens weier om daardie skuld te betaal, want die skuld het deur tydsverloop verval.

'n Toonaangewende saak oor verjaring in die inheemse reg is *Lequoa v. Sipamla* 1944 NAC (C&D) 85 waarin die hof wys dat die inheemse reg nie verjaring van 'n skuld wat erken of deur 'n hofbevel bevestig is, ken nie. Die hof vervolg (85-86): "But where a debt, claim, or liability is open to denial, or dispute, or is a matter where time is important in fixing an event, eg a seduction, or the whereabouts of an individual, eg a catch in

an adultery case, delay in instituting action by report, demand or summons is regarded in Native Law as prejudicing the defence if the delay is unreasonable."

Bekker (1989 65) skryf ook dat verjaring onbekend is in die inheemse reg en dat die vertraging om 'n aksie aanhangig te maak nie die reg om die aksie in te stel wegneem nie. Volgens hom moet die skuld egter "wakker gehou word" deurdat die skuldeiser die skuldenaar van tyd tot tyd daaraan moet herinner. Dit is dan vir enigeen teenwoordig om waar te neem dat die skuldenaar nie sy aanspreeklikheid ontken nie.

Ten aansien van die Batswana van Botswana meld Schapera (1970 286-287) die volgende: "It may be noted here that there is no law of prescription among the Tswana. *Molato ga obole, go bola nama*, goes the saying: 'a wrong does not go bad, it is meat that goes bad'. Dit is ook die bevinding van Church (1990 92), Prinsloo en Vorster (1990^a 20) en Van Blerk (1990^a 72) vir die Batswana van Bophuthatswana.

Volgens die paneel is verjaring onbekend en geld die bekende regspreuk *molato ga obole, go bola nama* (skuld word nie vrot nie, vleis word vrot) ook by hulle. 'n Prestasie hoef nie aan 'n tydperk gekoppel te wees om enige betekenis te hê nie. Tyd kan ook nie in die plek van die waarheid staan nie. Solank as wat daar 'n skuld bestaan, is daar 'n verpligting wat nagekom moet word en daarin is juis die regsekerheid geleë. 'n Uitstaande skuld bied ook nie veel ruimte vir manipulasie deur die skuldeiser nie, want 'n skuld hoef nooit onmiddellik betaal te word nie, selfs al is daar 'n spesifieke dag vir prestasie bepaal. Ten einde die bewys van die skuld

na 'n lang tyd te vergemaklik, is dit ook nodig dat die skuldeiser die skuldenaar van tyd tot tyd daaraan moet herinner om sodoende die skuld "wakker te hou".

7.3 Skuldvergelyking

Wanneer twee persone in die Westerse regstelsels 'n bedrag geld skuld, kan hulle hierdie skulde teenoor mekaar opweeg. Indien die bedrae ewe groot is, word die skulde uitgewis en indien een bedrag groter as die ander is, word die kleiner bedrag uitgewis en die groter bedrag in verhouding verminder (*S.A. Metropolitan Life Assurance Co. Ltd. v. Ferreira* 1962 4 SA 213 (0)).

Skuldvergelyking, bekend as *tekatekanyo ya disuga*, is volgens die paneel nie 'n wyse waarvolgens verbintenisse beëindig kan word nie. Die paneel het verduidelik dat elke skuldooreenkoms 'n afsonderlike verbintenis met sy eie regte en verpligtinge tussen bepaalde persone meebring en dat daar gevolglik aan elkeen afsonderlik voldoen moet word.

Prinsloo en Vorster vermeld ook dat skuldvergelyking nie voorkom in Bophuthatswana nie. "All the experts maintained that set-off is not recognised in Tswana law. A debtor's obligation under one contract can therefore not be terminated by an equal obligation of the creditor in terms of another contract. Equal debts between the parties but under different contracts are therefore not distinguished by way of set-off" (1990^a 19).

Coetzee en andere (1985 146) beweer egter dat skuldvergelyking wel voorkom in Bophuthatswana en noem as voorbeeld die geval waar die *bogadi* vir 'n dogter van iemand anders ontvang is en die ontvanger 'n deel daarvan

agterhou vir onderhoud en huweliksuitgawes. Hierdie gebruik is glad nie aan die paneel bekend nie. Daarbenewens het hulle verklaar dat indien dit moontlik was, die ontvanger van die *bogadi* eers al die *bogadi* aan die reghebbende sal moet lewer alvorens hy aanspraak sal kan maak op enige vorm van vergoeding.

Volgens die paneel word skuldverpligtinge ook aangegaan om sosiale verhoudinge te bestendig, en sal optredes soos in die voorbeeld van Coetzee genoem, negatief en verwarrend daarop inwerk.

7.4 Voldoening

Skrywers oor die inheemse reg laat hulle nie spesifiek uit oor hierdie regshandeling nie. Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana skryf Prinsloo en Vorster (1990^a 18) slegs die volgende: "Contractual obligations are terminated by rendering performance, by entering into a new agreement and by supervening impossibility of performance. As soon as a debtor has performed properly he has fulfilled his obligation."

Voldoening is volgens die paneel die mees algemene wyse waarop verbintenisse ten einde loop en vind plaas wanneer die kontraktante hulle onderskeie verpligtinge in terme van die ooreenkoms nakom. Anders as wat moontlik is in die Westerse regstelsels, kan voldoening nie deur 'n derde wat nie 'n party tot die ooreenkoms is, geskied nie. Die skuldeiser kan dus behoorlike prestasie wat 'n derde aanbied, weier, sonder om in *mora creditores* te verval. Voldoening deur 'n derde sal alleen moontlik wees indien die oorspronklike verbintenis tussen die skuldeiser en skuldenaar tot niet gemaak word en 'n nuwe verbintenis tussen die skuldeiser en die derde

gevestig word. In so 'n geval is daar dan nie meer sprake van voldoening deur 'n derde nie. Die paneel het verduidelik dat dit nie gebruik is dat 'n derde betrokke kan raak in 'n verbintenis wat tussen twee partye bestaan nie. Benewens die subjektiwiteit van 'n kontraktuele verhouding sou dit te veel ruimte laat vir oneerlikheid en geen bydrae lewer tot regsekerheid nie.

Voldoening moet aan die skuldeiser self geskied en nie aan 'n gevolmagtigde of 'n skuldeiser van hom nie. Die partye kan ook nie ooreenkom dat betaling aan 'n derde mag geskied nie omdat so 'n derde op geen wyse deel uitmaak van die regsband wat tussen die skuldeiser en skuldenaar bestaan nie.

Die skuldenaar kan ook nie iets anders in die plek van die verskuldigde prestasie lewer sonder dat die oorspronklike verbintenis nie tot niet gemaak is en 'n nuwe verbintenis in die plek daarvan tot stand gekom het nie. Die werklike verskuldigde prestasie moet dus gelewer word.

Die skuldenaar moet algehele voldoening aanbied, tensy hy van nuuts af met die skuldeiser ooreenkom om stuksgewys te presteer. Die skuldenaar moet prestasie lewer op die plek waar die partye ooreengekom het dit moet geskied. Indien die skuldenaar op 'n ander plek prestasie aanbied hoef die skuldeiser dit nie te aanvaar nie.

7.5 Kwytskelding

Kwytskelding in die Westerse regstelsels is algemeen bekend as 'n ooreenkoms tussen skuldeiser en skuldenaar waarkragtens die skuldenaar deur die skuldeiser van sy verpligtings ingevolge die verbintenis onthef word.

Dit is vanselfsprekend dat wilsooreenstemming tussen die partye nodig is. 'n Enkele aanbod van die skuldeiser om die skuldenaar kwytskeld, kan dus in enige stadium, totdat die skuldenaar daarmee ingestem het, herroep word (De Wet en Yeats 1984 238-239).

Die Engelse reg het "consideration" vereis vir 'n kwytskelding, maar in die Suid-Afrikaanse reg is die blote skenkingsbedoeling voldoende. 'n Gratis kwytskelding *ex liberalitate* moet egter voldoen aan die formaliteite wat vir skenkings gestel word (*Coronel's Curator v. Coronel's Estate* 1941 AD 323).

In die beskikbare literatuur maak slegs Prinsloo en Vorster (1990^a 19) melding van kwytskelding. Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana skryf hulle soos volg: "A creditor may release his debtor from performing. The following example was put to the experts: Group A, who is poor, borrowed a large basket (*seroto*) of corn from group B, who is wealthy. The latter decide to forego their obligatory right and inform group A accordingly. The experts maintained that group B would have to notify group A of the release and that group A would have to accept the offer of release in order to terminate the obligation. The obligation is not automatically terminated by an offer of release, acceptance is necessary." As gevolg van die feit dat kwytskelding 'n kontrak is tussen die skuldeiser en die skuldenaar ontstaan die vraag of daar in die lig van die reële aard van die inheemse kontrak nie ook een of ander vorm van prestasie moet wees om die kontrak tot stand te bring nie.

Volgens die paneel, aan wie kwytskelding bekend is as *golola*, is die blote aanbod en aanname soos in bogenoemde voorbeeld nie voldoende vir kwytskelding nie. Daar sal nog een of ander vorm van prestasie moet wees aan die kant van B. Die vraag is of ons dan nog met kwytskelding te doen het aangesien kwytskelding plaasvind wanneer partye ooreenkom dat die skuldenaar nie hoef te presteer nie.

7.6 Novasie

Volgens De Wet en Yeats (1978 239) is novasie of skuldvernuwing "die delging van 'n ou skuld deur die skepping van 'n nuwe skuld in die plek van die oue. Dit kan gebeur deur die skepping van 'n nuwe skuld tussen dieselfde partye, novasie in engere sin, of deur die vervanging van een van die partye deur 'n ander, delegasie." Volgens gemelde skrywers vind novasie plaas deur ooreenkoms tussen die betrokke partye, gemaak met die bedoeling om deur die skepping van die nuwe skuld die oue te vervang.

Alhoewel die paneel van mening was dat novasie bekend is in die sin van 'n ou skuld wat gedelg word deur 'n nuwe, is dit egter twyfelagtig of dit novasie in die Westerse sin van die woord kan wees. Die paneel het die volgende voorbeeld van "novasie" gegee. A en B kom ooreen dat A 'n koei aan B sal lewer in ruil vir 'n os wat A van B ontvang het. Op 'n latere stadium gaan A en B 'n nuwe afspraak aan ingevolge waarvan A 5 bokke in die plek van die koei aan B kan lewer. Alvorens 'n nuwe kontrak tussen A en B tot stand kan kom, moet die prestasie ten aansien van die eerste verbintenis eers teruggegee word en van nuuts af deur albei partye presteer word. Sodoende word nie alleen die ou verbintenis tussen die partye opgehef en vervang deur 'n nuwe verbintenis nie, maar ook die kontrak as bron van die

ou verbintenis tot niet gemaak en vervang deur 'n nuwe kontrak. Aangesien 'n kontrak alleen tot stand kom deur ooreenkoms plus prestasie, kan die partye later weier om voort te gaan met die "nuwe kontrak" en bestaan daar dan geen wyse hoedat hulle daaraan gebonde gehou kan word nie.

Prinsloo en Vorster (1990^a 19) skryf ook dat novasie bekend is aan die Batswana van Bophuthatswana. Benewens bovermelde kommentaar, kan daar ook nie met gemelde skrywers saamgestem word wanneer hulle die volgende bewering maak nie: "In the case of novation liability is based on the performance of the creditor in terms of the original agreement and the stipulated counter performance of the debtor in terms of the new agreement". By novasie kom daar egter juis 'n nuwe kontrak tot stand waaruit daar nuwe verbintnisse voortvloei. Daarbenewens het die paneel dit vreemd gevind dat aanspreeklikheid vir die partye uit twee verskillende kontrakte voortvloei.

7.7 Skikking

Skikking soos bekend in die Westerse regstelsels, is 'n kontrak waardeur die partye 'n geskil tussen hulle oplos (vgl. De Wet en Yeats 1984 242).

Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana meld Prinsloo en Vorster (1990^a 19) "The change of the original agreement can also be the result of a dispute between the parties. In the above example (sien voorbeeld onder kwytskelding) it was, for instance, required that group A should return the corn within two months but group A failed to do so. To be reasonable the parties compromise and determine that instead of returning the corn group A will weed group B's gardens." Die voorbeeld skep die indruk dat die

skrywers skikking in die oog het ofskoon hulle nie die term eksplisiet gebruik nie. Dit kan egter nie as 'n voorbeeld van skikking gesien word nie omdat daar nooit 'n dispuut tussen A en B was oor die bestaan van 'n geldige skuld nie.

Dit is belangrik om skikking van novasie te onderskei. Novasie verskil van skikking in die opsig dat by novasie die partye dit eens is oor die bestaan van 'n geldige skuld terwyl daar by skikking juis 'n geskil oor die bestaan daarvan, al dan nie, bestaan. De Wet en Yeats (1984 242) stel dit soos volg: "Vir die geldigheid van die skikking is dit nodig dat daar tussen partye 'n geskil moes bestaan het, maar nie noodwendig 'n regsgeeding nie ... Die doel van 'n skikking is juis om sekerheid te bring waar daar voorheen onsekerheid bestaan het." Indien A dus beweer dat B R200,00 ingevolge 'n weddenskapskontrak aan hom verskuldig is terwyl B dit ontken, en A later inwillig om R100,00 in die plek van die R200,00 te neem, vind daar 'n skikking tussen A en B plaas. Die paneel het met hierdie laasgenoemde voorbeeld saamgestem en verduidelik dat *gophumula diatla* letterlik vertaal beteken "om hande af te vee". Volgens die paneel is die skuld deur die skikking uitgewis en het uit die skikking self weer 'n nuwe verbintenis ontstaan. Aangesien die prestasie ten aansien van die oorspronklike verbintenis egter eers teruggegee moet word en 'n ander kontrak gesluit moet word alvorens 'n nuwe verbintenis kan ontstaan, is dit twyfelagtig of 'n skikking in die Westerse sin van die woord wel moontlik is by die bestudeerde mense.

7.8 Skuldvermenging

Skuldvermenging soos bekend in die Westerse regstelsels vind plaas wanneer iemand die hoedanigheid van skuldeiser en skuldenaar in sy eie persoon verenig, met ander woorde waar een persoon 'n skuldenaar was en die ander 'n skuldeiser, vestig albei hierdie hoedanighede in een persoon (De Wet en Yeats 1978 255). Deurdat die hoedanighede van skuldeiser en skuldenaar in een persoon vestig en 'n persoon nie sy eie skuldeiser of skuldenaar kan wees nie, word die verbintenis beëindig.

'n Verskynsel wat ooreenkoms toon met bogenoemde beskrywing van skuldvermenging staan as *kopanyo disuga*, ontmoeting van skulde, bekend. *Kopanyo* is afgelei van die werkwoord *kopana* (om bymekaar uit te kom). Die volgende voorbeeld van *kopanyo disuga* is deur die paneel verskaf. A skuld R200 aan B. B kom tot sterwe en laat R300 na aan A. Alhoewel dit volgens die Westerse siening van skuldvermenging beskou word dat die hoedanighede van skuldeiser en skuldenaar na B se dood in bogenoemde voorbeeld in A verenig is ten opsigte van dieselfde verbintenis, het die paneel die regsposisie anders verklaar. Volgens hulle het daar wel 'n vorm van "ontmoeting" tussen die regte en verpligtinge van A en B plaasgevind, maar geensins 'n vermenging nie. A sal eers fisies die R200 aan B se boedel moet betaal alvorens hy kan aanspraak maak op die R300.

Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana skryf Prinsloo en Vorster (1990^a19): "An obligation can also be terminated by way of merger. The following example was put to the experts: Group A has borrowed a pack-ox (*pelesa*) from group B. The latter is so taken with the animal that it offers group B five sheep for it. Group B accepts the offer and the sheep

are delivered while group A keeps the ox as its own. The experts maintained that group B could not demand that the original contract of loan be honoured by group A after group B had accepted the sheep." Die paneel het hierdie voorbeeld aanneemlik gevind alhoewel hulle daarop gewys het dat die leenkontrak tussen A en B eers beëindig moes word. A moes dus eers die os aan B terugbesorg het voordat 'n koopkontrak gesluit kan word. Hierdie siening van die paneel illustreer die standpunt dat daar nie meer as een verbintenis uit dieselfde kontrak kan voortvloei sonder om nie eers die oorspronklike kontrak as regsfeit tot niet te maak nie.

7.9 Samevatting

Voldoening is 'n bekende wyse waarvolgens verbintenis tot niet kan gaan. Wanneer 'n verbintenis beëindig word, gaan ook die kontrak waaruit die verbintenis voortgevloei het, tot niet. Gevolglik is dit nie moontlik om die regte en verpligtinge wat 'n bepaalde verbintenis meebring te verander sonder om nie ook die afspraak waaruit die verbintenis ontstaan het tot niet te maak, en van nuuts af 'n kontrak te sluit nie. Om hierdie rede is skuldvergelyking nie moontlik nie en ontstaan die vraag of kwytskelding, novasie en skikking nie ook om dieselfde rede onbestaanbaar is nie. Verjaring is onbekend omdat tydsverloop 'n party nie kan bevry van sy skulde nie.

Hoofstuk 8

Besondere kontrakte: permanente uitruil van goedere en dienste

8.1 Inleiding

Ten opsigte van die klassifikasie van kontrakte in die inheemse reg skryf Walker soos volg: "A major problem in dealing with customary law contracts is that of classification not only to determine the scope of the subject matter vis-a-vis other areas of law but also to present the subject matter in a meaningful way" (1969 66). Volgens hom is dit 'n geval van benadering en stel hy dit so: "Is there a law of contract among the Bamalete or are there many types of contract, each with laws peculiar to it? While to the anthropologist a classification of tribal contracts could be according to subject matter, to the lawyer the manner of classification should be dictated more by the nature of the rights and duties created by the legal acts" (1969 66). Na aanleiding van laasgenoemde uitgangspunt volg Walker die volgende indeling:

1. Agreements calling for complete exchanges of goods or services, including contracts of barter, sale and employment, in the form of credit exchanges as well as *quid pro quo* transfers.
2. Agreements calling for impermanent exchanges of goods, including loans and bailments" (1969 66).

In die onderhawige studie word grootliks aangesluit by hierdie benadering behalwe dat kontrakte wat met status in verband staan, naamlik die verloving- en huwelikskontrak, as 'n verdere kategorie onderskei word. Alhoewel

dit moontlik is om verskeie kontrakte te onderskei, moet die eiesoortige aard van elke kontrak telkens in gedagte gehou word. Kontrakte word nie alleen gesluit om in materiële lewensbehoefte te voorsien nie, maar ook om verwantskapsverhoudinge te verstewig en religieuse verpligtinge na te kom (vgl. Strydom 1985 525).

In sy behandeling van die onderskeie kontrakte in die inheemse reg skryf Bekker (1989 332) soos volg: "In respect of the contracts of sale, exchange and loan for consumption, there is no substantial difference between the law of the land and customary law, except that no interest is ever stipulated for in the latter system, nor does it automatically run from the time a debtor is *in mora*." Hy meld voorts dat 'n vorm van lewering wat ooreenkomste met *constitutum possessorium* toon, bestaan waarvolgens die verkoper by 'n koopkontrak slegs die dier hoof uit te wys of te beskryf, en dat dit beskou word as 'n geldige lewering wat 'n verandering van eienaarskap tot gevolg het. Volgens Bekker is dit in die reël nie moontlik om uit pleitstukke af te lei onder welke regstelsel die bogenoemde kontrakte gesluit is alvorens een van die partye nie verjaring gepleit het nie.

Alhoewel daar in verskeie opsigte met Bekker saamgestem kan word dat daar groot ooreenkomste bestaan tussen die kontrakte wat in die inheemse reg voorkom en dié in die Westerse regstelsels, is dit 'n oorvereenvoudiging om te beweer dat die verskil nie substansieel is nie. Daarbenewens is verjaring in die Westerse regstelsels slegs 'n verweer waarop die skuldenaar hom kan beroep en kan dit nie dien as die onderskeidende kenmerk van 'n inheemse kontrak nie. Dit is ook nie korrek om te beweer dat rente

nooit in die inheemse kontraktereg beding word nie aangesien dit normaalweg aan die diskresie van die partye oorgelaat word en gevalle dus wel mag bestaan dat rente beding word, veral in moderne tye.

Die verskil tussen die inheemse en Westerse kontrakte is fundamenteel in die sin dat 'n inheemsregtelike kontrak reël van aard is terwyl 'n kontrak in die Westerse regstelsels slegs op wilsooreenstemming gebaseer is. Uit hierdie grondliggende verskil spruit daar belangrike regsreëls voort wat die hele spektrum van die inheemse kontraktereg raak.

8.2 Die koopkontrak

Die koop- en ruilkontrak word deur verskeie skrywers oor die inheemse reg behandel sodat daar in die bespreking daarvan nie telkens na al die literatuur verwys gaan word nie (vgl. Schapera 1970 242; Coetzee *et al* 1985: 136; Olivier *et al* 1989 544; Prinsloo 1990^b 28). Ten aansien van die Bamalete van Botswana skryf Walker (1969 67): "Traditionally the agreements for transactions amounting to a sale of goods were in the form of barter arrangements involving either a *quid pro quo* exchange of goods or a transfer of goods by one of the parties in the agreed upon expectation of a corresponding transfer of the other party at a later time. With economic development and the accompanying introduction of members of tribal society into the cash economy, barter transactions have been supplemented by transactions involving the transfer of goods in exchange for some medium of exchange, so that today the two types of transactions now exist side by side." Volgens Prinsloo (1990^b 35) stem hierdie posisie ooreen met dié van die Batswana van Bophuthatswana (vgl. ook Gluckman 1965 176-178, 181-182 vir die Barotse van Zambië en Schapera 1970 242-244 vir die Batswana van Botswana).

Ten aansien van die inheemse kontraktereg in Suidelike Afrika beweer Olivier en andere (1989 544) in die algemeen dat sowel die koop- as die ruiloooreenkoms tradisioneel in die inheemse gewoontereg erken en beskerm is en bestaan die koopkontrak teenswoordig meestal daarin dat die betrokke partye ooreenkom dat 'n bepaalde saak deur die een gelewer sal word teen die betaling van 'n geldsom deur die ander. Volgens die Oliviers dateer die gebruik van geld as handelsmedium slegs vanaf die aanraking met die Westerse kultuur. Vroeër is hoofsaaklik produkte en vee as medium gebruik en vandaar die probleem om tussen koop en ruil te onderskei. In die tradisionele samelewing was die ruilhandel ook nie besonder omvangryk nie, omdat elke huisgesin in 'n groot mate selfversorgend was (Olivier *et al* 1989 545). Aanraking met die Westerse leefwyse en geldeconomie het hierin egter reeds groot verandering gebring.

Volgens die paneel staan die koopkontrak as *thekiso* bekend en kan dit omskryf word as 'n ooreenkoms ingevolge waarvan een persoon, die verkoper, (*morekisi*) 'n saak aan die ander, die koper (*moreki*), lewer met die bedoeling om hom die eienaar van die saak te maak en die koper as teenprestasie vir die verkoopte artikel 'n som geld aan die verkoper betaal. Anders as die posisie in die Westerse regstelsels is die betaling van die koopprys en lewering van die koopsaak 'n vereiste vir die geldigheid van die kontrak. Die verkoper kan nie slegs onderneem om aan die koper 'n saak te lewer sonder om eiendomsreg aan die koper oor te dra nie (vgl. De Wet en Yeats 1978 278 vir die posisie in die Westerse regstelsels). Die koopkontrak word

volgens die paneel juis gekenmerk deur die verpligting om eiendomsreg oor te dra aangesien die verkoper nie net alleen verplig is om teen uitwinning te waarborg nie, maar ook vir sy titel in te staan (vgl. ook Schapera 1965 147; 1969 323; Gluckman 1965 176; Walker 1969 68; Allott *et al* 1969^a 75; Prinsloo 1990^b 28).

Die koopprys moet met geld (*medi*) betaal word. Indien die koper 'n ander vorm van prestasie as geld lewer, kom 'n ander tipe kontrak, byvoorbeeld 'n ruilkontrak, tot stand. Dit kan nouliks beweer word dat die koopkontrak telkemale op grond van die betaling van geld van ander kontrakte onderskeibaar sal wees. By die huurkontrak vind per slot van rekening ook 'n lewering van 'n saak plaas in ruil vir die betaling van 'n geldsom. Die onderskeid blyk geleë te wees in die bedoeling van die partye en daarom is dit noodsaaklik om hierdie bedoeling in die definisies van 'n koopkontrak te inkorporeer. Na aanleiding hiervan kan die essentialia van 'n koopkontrak soos volg aangedui word: (a) die lewering van die saak; (b) die onderneming om as teenprestasie 'n bepaalde geldsom te betaal; en (c) die besondere bedoeling van die partye. Die partye moet dit eens wees dat die kontrak wat hulle sluit 'n koopkontrak is en nie byvoorbeeld 'n huurkontrak nie.

Die paneel het daarop gewys dat dit nie moontlik is dat iemand iets kan "koop" sonder om hom van die prys te vergewis nie. Anders as wat dit by Westerse regstelsels die posisie is, kan dit dus nie veronderstel word dat die partye stilswyend ooreengekom het dat die koper die gangbare prys vir so 'n artikel sal betaal nie (vgl. De Wet en Yeats 1978 278-279). Die beskikbare literatuur oor die inheemse reg maak geen melding van die prys as sulks nie. Volgens die paneel moet die prys as eenheid in mekaar se

teenwoordigheid vasgestel word, byvoorbeeld: hierdie hoeveelheid koring teen R10,00 per sak, en nie hierdie hoeveelheid koring teen R100,00 nie. Dit is verder ook nie moontlik dat die prys op indirekte wyse vasgestel kan word nie, byvoorbeeld: A verkoop 'n saak aan B teen die hoeveelheid geld wat B maandeliks verdien nie. Die bekende stelreël: *certum est quod certum reddi potest* (ook dit is bepaald wat bepaal kan word) geld dus nie volgens die paneel nie.

Wat die Westerse regstelsels betref, skryf De Wet en Yeats (1978 278): "enige saak kan die voorwerp van 'n koopkontrak wees, dus roerende of onroerende goed, liggaamlike of onliggaamlike sake, of selfs toekomstige sake". Volgens die paneel is dit slegs moontlik om liggaamlike roerende sake te verkoop. Onliggaamlike sake is onbekend en grond en toekomstige sake kan nie gekoop word nie. Dit stem ooreen met die waarneming van ander skrywers oor die inheemse reg (vgl. Schapera 1969 328; 1970 203-205; Vorster 1981a 71; Coetzee *et al* 1985 136; Prinsloo 1990^b 29-30).

Die paneel het aangedui dat daar vroeër geen formaliteite gestel was vir die sluiting van 'n koopkontrak nie. Deesdae is daar egter sekere prosedures wat nagekom moet word by die koop of verkoop van vee. 'n Register word by die plaaslike stamkantoor aangehou waarin al die besonderhede van die vee en die partye wat by die transaksie betrokke is, aangeteken moet word alvorens 'n geldige kontrak tot stand kan kom. Hierdie vereiste is in werking gestel met die oog op die bekamping van veediefstal wat veral vroeër dikwels in die gebied voorgekom het.

8.2.1 Die verpligtinge van die verkoper

Die algemene reël by die koopkontrak is dat die wedersydse prestasies gelyktydig moet geskied: *mabogo dinku athebana* (die skape se hande was mekaar). Indien die partye egter anders afgespreek het, geld die volgende beginsels.

Na die sluiting van die kontrak, dit wil sê nadat die koper die koopprijs betaal of gedeeltelik betaal het, maar vóór lewering van die saak, rus die verpligting op die verkoper om die saak te versorg. Indien die saak beskadig word of tot niet gaan, byvoorbeeld indien die bees vrek, moet dit deur die verkoper vervang word. Indien die saak getref word deur 'n onheil waarvoor die verkoper nie aanspreeklik gehou kan word nie, byvoorbeeld indien 'n slang 'n bees pik en die bees vrek, val die skade ten laste van die koper. Enige voordeel wat die saak toeval, byvoorbeeld indien die bees kalf terwyl dit nog onder toesig van die verkoper is, behoort aan die koper. Volgens die paneel is so 'n pasgebore kalf deel van die koei en is dit nie moontlik om die twee te skei nie. Hierdie regsposisie stem ooreen met dié van ander groepe in Afrika (vgl. Schapera 1965 148; 1969 323-324; Gluckman 1965 181; Ghai 1969 341). Prinsloo (1990^a 31) huldig egter 'n teenoorgestelde standpunt en stel dat: "progeny of an animal or increase of any other thing accrues to the debtor until delivery has taken place". Ten opsigte van risiko kom hy tot dieselfde gevolgtrekking en vermeld hy: "Before delivery of the thing, the risk pertaining to it remains with the debtor, for example, a beast that dies must be replaced by the debtor" (Prinsloo 1990^a 30-31).

Die verkoper is verplig om die verkoopte saak op die afgespreekte tyd aan die koper te lewer waartydens die eiendomsreg oorgaan op die koper. Benewens die fisiese lewering van die verkoopte saak, kan lewering ook deur middel van uitwysing geskied. Dit geskied deurdat die verkoper in die aanwesigheid van getuies die verkoopte saak aan die koper uitwys. Volgens Bekker (1989 332) kan die verkoopte saak óf uitgewys óf beskryf word. Die paneel het egter daarop gewys dat beskrywing alleen nie voldoende is om lewering te laat geskied nie. Vanaf hierdie oomblik dra die koper dan die risiko vir die verlies of beskadiging van die saak al bly die saak onder die sorg van die verkoper. Hierdie is dus 'n geval van konstruktiewe lewering wat in die gemenerereg bekend staan as *constitutum possessorium*.

Volgens die paneel word goedere voetstoots verkoop, dit is sonder 'n waarborg teen gebreke ongeag of die koper die saak geïnspekteer het of nie. Die regspreuk vir voetstoots is: *go rekela kolebjane kgetsing* (om 'n varkie in die sak te koop). Indien daar dan later blyk 'n defek aan die saak te wees, sal die verkoper nie daarvoor aanspreeklik gehou kan word nie. Indien die verkoper egter waarborg dat die verkoopte saak vry is van gebreke en dit blyk later nie die geval te wees nie, sal die verkoper verplig wees om 'n ander saak in die plek van die verkoopte saak te lewer. Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana kom Prinsloo (1990^b 31) tot dieselfde gevolgtrekking: "Things are exchanged voetstoots, that is without warranty against latent defects, irrespective of whether the creditor has inspected the thing or has not done so".

Goedere moet in 'n behoorlike toestand gelewer word. Dit stem ooreen met die posisie in Botswana soos beskryf deur Schapera (1965 147). Die

verkoopte goedere kan te eniger tyd deur die koper geïnspekteer word en daarom kan die verkoper nie aanspreeklik gehou word vir enige gebreke nie: *masia go botswa o wetse dikoneng tsa banna* (iemand wat nie vra nie beland in die moeilikheid), *asook masilo ke masimo a matlhale* (domheid is die ploegland van die wyses). Dit is ook die posisie by die Bamalete van Botswana soos beskryf deur Walker (1969 72).

Indien die verkoper egter bewus is van enige verborge gebreke in die koop-saak, rus daar 'n verpligting op hom om dit aan die koper te openbaar. Indien die verkoper nie in terme van die kontrak presteer nie, deur byvoorbeeld 'n saak van 'n swakker gehalte te lewer as waarvoor ooreengekom is, sal die hof nie sonder meer die terme van die ooreenkoms verander om 'n skikking te probeer bewerkstellig nie. Die hof sal egter wanneer hy oortuig is dat die skuldenaar nie in staat is om die ooreengekome prestasie te lewer nie, die skuldeiser adviseer om die gelewerde prestasie te neem en sodoende 'n skikking probeer bewerkstellig. *Kgomo ga e fululewe* (daar word nie vir die bees gewei nie) is die regspraak wat in hierdie verband aangewend word. Die volgende regspreuke word ook in dié verband gebruik: *bobe bogaisa lefifi* (lelikheid is beter as die donkerte); *molato olefiwa kantlha yalomao* ('n skuld word betaal op die punt van 'n naald).

Schapera (1970 243) en Walker (1969 69-70) skryf dat 'n hof in Botswana die bevoegdheid het om ter wille van harmonie in die gemeenskap 'n kontrak te wysig indien die skuldenaar nie die volle ooreengekome prestasie kan lewer nie. Roberts (1970 63) stem egter nie saam met hierdie standpunt nie. Vir die Batswana van Bophuthatswana meld Prinsloo en Vorster (1990^a 18) ook dat

"the court may merely plead with the parties for a new arrangement in order to avoid any hardship".

8.2.2 *Die verpligtinge van die koper*

Indien die saak reeds gelewer is aan die koper, is die koper verplig om die koopprys te betaal. Dit geld ook by konstruktiewe lewering. Gevolglik geskied lewering en betaling van die gekoopte saak gelyktydig. Indien 'n bepaalde tyd vir betaling nie vasgestel is nie, skyn dit volgens die paneel of 'n redelike tyd moet verloop voordat die verkoper op lewering van die geldsom kan aandrings. Schapera (1969 325) dui aan dat vereffening binne 'n jaar verwag word en indien betaling dan nog nie geskied het nie, versoek die verkoper die koper om die skuld te vereffen. As die koper nog in gebreke bly sal die verkoper na 'n tyd hom weer aanmaan om te betaal. Sou hy dan nog weier of versuim om te betaal, sal die verkoper sy familie in kennis stel van die feite, en dan die koopsom of waar dit toepaslik is, die teruggawe van sy goed eis. Indien hieraan nie voldoen word nie, kan die verkoper hom op die hof beroep. Die paneel het hierdie prosedure en tydperk bevestig as die heersende regsposisie.

Volgens Schapera (1969 325) kan die skuldeiser, indien die koper nog steeds nie betaal nie, gemagtig word om na die woning van die koper te gaan en enigiets daar te neem - beeste, graan of geld - wat van gelyke waarde as die verskuldigde bedrag sou wees en mag die koper nie weerstand bied nie. Die goedere wat so deur die koper geneem is, dien volgens Schapera egter nie as delging van die skuld nie, maar word deur die verkoper as sekuriteit gehou vir betaling van die skuld. Hierdie gebruik wat volgens Schapera by

die Tswana as *go thukutha* bekend staan, is volgens die paneel nie bekend nie.

Volgens die paneel kom kredietkope algemeen voor. Die koper kan onderneem om die volle koopsom, of die restant daarvan, op 'n latere vasgestelde datum te betaal. In sodanige gevalle is die teenwoordigheid van getuies (*ditlhasi*) egter baie belangrik. Hierdie posisie stem ooreen met dié soos beskryf deur Olivier en andere (1989 545).

Indien die koper reeds die koopprys betaal het maar versuim om die verkoopte saak te ontvang, verval hy in *mora creditores* en sal hy self die risiko moet dra vir enige onheil wat die saak mag tref. Indien die saak getref word deur 'n onheil waarvoor die verkoper nie aanspreeklik gehou kan word nie, val die skade ten laste van die koper. Dit sal natuurlik slegs geld indien die koper reeds die koopprys of 'n gedeelte daarvan aan die verkoper betaal het, anders is die posisie dat daar nog geen kontrak tot stand gekom het nie.

Alhoewel rente teenswoordig bekend is, word dit normaalweg nie beding nie. Die verklaring wat hiervoor gegee is, is dat mens nie 'n persoon trap wat op die grond lê nie. Gevalle is egter aan die paneel bekend waar rente wel beding is.

8.3 Die ruilkontrak

Die ruilkontrak (*tumelano ya kanayo*) is 'n kontrak ingevolge waarvan die partye onderskeidelik 'n saak aan mekaar lewer met die bedoeling om die eienaarskap van die saak oor te dra. Tensy anders ooreengekom is, moet die

sake volgens die paneel gelyktydig gelewer word. Die wederkerigheidsbeginsel kan afgelei word van die wederkerige werkwoord, *go anaya*, wat beteken: vir mekaar lewer. Die regspreuk wat in hierdie verband geld, is *mabogo dinku athebana* (die skape se hande was mekaar). Dit spreek vanself dat die ruilkontrak aan die vereistes vir 'n geldige kontrak moet voldoen. Die ruilkontrak kom tot stand sodra een van die partye die saak waaroor ooreengekom is aan die ander party gelewer het. Indien die partye eenstemmigheid bereik het oor die sake wat geruil word, maar voordat een van die partye in terme van die ooreenkoms presteer het, kan die partye nog sonder enige regsgevolge van hulle besluit verander. Na die bereiking van wilsooreenstemming alleen kan geen een van die partye gedwing word om prestasie te ontvang of te lewer nie (vgl. egter Prinsloo en Vorster 1990a 10).

Die partye moet spesifiek ooreenkom oor die ruilgoedere wat geruil word en moet dit persoonlik vir mekaar uitwys. Die partye moet die eienaars wees van die ruilgoedere en tensy daar anders beding is, word aanvaar dat die ruilgoedere vry van gebreke is. Die partye moet hulle egter self vergewis van die toestand van die ruilgoedere en indien hulle nalatig is in die verband sal hulleself die gevolge daarvan moet dra. Skuldige wanvoorstelling word as bedrog beskou, maar die benadeelde party het die keuse om die kontrak ter syde te stel of om aan te dring op behoorlike prestasie.

Die paneel het aangedui dat die volgende goedere nie die voorwerp van 'n ruilkontrak kan wees nie:

- Huisgoed
- Familiegoed
- Roerende goedere vir onroerende goedere
- Geërfde goedere.

Onder ander groepe in Bophuthatswana mag grond ook nie vir roerende goedere geruil word nie (vgl. Vorster 1981a 71; Coetzee *et al* 1985 136).

Tradisioneel was ruilhandel nie besonder omvangryk nie omdat elke huisgesin in groot mate selfversorgend was. Schapera (1970 217) deel mee dat karosse, potte, mandjies en stampblokke soms vir kleinvee in ruil gegee word, en laasgenoemde weer vir beeste verruil is. Aanraking met die Westerse leefwyse het groot veranderinge in die ruilhandel meegebring. Deesdae is dit nie ongewoon dat vee vir 'n motor of 'n trekker verruil word nie. Die paneel het egter 'n ruilkontrak waarby vee betrokke is, aangedui as die mees algemene kontrak. Indien vee van eienaar verander, word die partye se volle besonderhede, die brandmerke van die diere, die geslag en kleur van die diere asook die datum van die transaksie in 'n boek wat spesiaal vir dié doel aangehou word, in die teenwoordigheid van getuies by die plaaslike stamkantoor aangeteken. Diefstal van vee word as 'n ernstige misdaad beskou en daarom word behoorlike voorsorg getref om dit te voorkom.

8.4 Dienslewering

Die paneel het drie vorme van dienslewering onderskei, naamlik die huur en verhuur van dienste, die aanneming van werk en besondere dienste. Die huur en verhuur van dienste toon ooreenkomste met die Romeinsregtelike *locatio conductio operarum*, terwyl die aanneming van werk vergelyk kan word met die

Romeinsregtelike *locatio conductio operis*. Besondere dienste verwys volgens die paneel na daardie "professionele dienste" wat eiesoortig is aan die inheemse reg en in baie opsigte dieselfde is onder die verskillende inheemse volke. Die verskillende vorme van dienslewering sal vervolgens afsonderlik behandel word.

8.4.1 Die huur en verhuur van dienste

Vorster (1990^c 152) verwys na hierdie vorm van dienslewering as onder toesig en beheer van 'n ander (vgl. ook De Wet en Yeats 1978 339-340). Volgens hom is dienslewering onder die beheer en toesig van 'n ander ook by die onderskeie Tswanastamme bekend (vgl. ook Walker 1969 67; Schapera 1970 250-256; Mahoney 1977 43-44; Olivier *et al* 1989 549-550). Hy wys daarop dat die Bakgatla ba Moseitlha na hierdie tipe diens as *go thapiwa* verwys in onderskeiding van onafhanklike dienste wat as *boitiredi* aangedui word. Volgens hom kan hieruit afgelei word dat die dienskontrak bekend is en dat dit terminologies onderskei word van ander vorme van dienslewering. Hy meld dat die term wat gebruik word om die werknemer aan te dui dikwels 'n aanduiding is van die tipe werk wat gedoen word. Tipes werk sluit onder andere skoffelwerk (*tthagolo*) en huiswerk (*tiro ya gae*) in.

Volgens Vorster (1990^c 152) word geen formaliteite vereis waaraan voldoen moet word by die sluiting van hierdie dienskontrak nie. 'n Individueel kan hom- of haarself egter oorspronklik nie selfstandig tot dienslewering verbind nie hoewel in die moderne inheemse reg sekere kategorieë persone teenswoordig ook as individueel handelingsbevoeg beskou word.

Benewens die feit dat die paneel na hierdie vorm van dienskontrak verwys as die huur en verhuur van dienste, het hulle hul vereenselwig met die bogenoemde standpunte van Vorster. Hulle het verder daarop gewys dat hieronder nie die dienste van geskoolde arbeid bedoel word nie. By hierdie kontrak is die werkgewer die huurder van die werknemer se dienste en die werknemer die verhuurder van sy dienste. Die partye moet wilsooreenstemming (*kgologano*) hê oor die aard van die werk (*tiro*) wat verrig moet word. Die dienste wat gelewer word staan hoofsaaklik in verband met huishoudelike aangeleenthede (*ditiro tsa lapa*) en word gekenmerk deur die feit dat die werknemer sy dienste onder die toesig, beheer en voorskrifte van die werkgewer (*mong 'a tiro*) verrig. Die werknemer (*modiri*) moet sy dienste lewer gedurende die afgesproke tyd. Kan hy dit nie doen nie, kan hy nie die vergoeding eis nie. Indien die onmoontlikheid om die dienste te lewer nie van hom afhanklik is nie maar van die werkgewer of die aard van die werk, dan kan hy steeds sy vergoeding eis.

Vorster (1990^c 153) wys daarop dat die werknemer luidens die inheemse Tswana-reg tot redelike sorgsaamheid verplig is maar dat skade nie van die werknemer verhaal kan word nie. Volgens hom lê die verklaring daarin dat die werknemer onder die toesig en beheer van die werkgewer werk sodat skade ook gewyt kan word aan die werkgewer se versuim om behoorlik toesig te hou. Die paneel het met hierdie uitgangspunt saamgestem.

Volgens die paneel moet die werkgewer die werknemer ten volle vergoed vir die dienste wat die werknemer gelewer het. Ten aansien van die Batswana in die algemeen meld Vorster (1990^c 154) dat waar daar nie uitdruklik oor vergoeding ooreengekom is nie, daar in die praktyk gekte vorme van

vergoeding was soos byvoorbeeld 'n bepaalde deel van die oes waar diens in verband met die lande gelewer is (vgl. ook Schapera 1970 254). Volgens die paneel was dit vroeër die posisie maar sal geen kontrak deesdae tot stand kom tensy die vergoeding nie presies bepaald is nie. Vorster (1990^c 154) meld dat 'n belangrike beginsel wat oorspronklik gegeld het dié was dat die vergoeding of loon eenmalig aan die einde by die behoorlike voltooiing van die diens of dienstermyn verskuldig was. Sou die werknemer die werk of die dienstermyn nie voltooi nie, was hy ook nie op vergoeding geregtig nie. Daar was volgens hom nie sprake van pro rata-vergoeding vir dienste gelewer nie, terwyl die werkgever die oorsaak was dat die werk nie voltooi kon word nie. As voorbeeld noem hy die geval waar die werkgever materiaal beskikbaar moes stel en versuim het om dit te doen. In so 'n geval was daar volgens hom ook nie sprake van pro rata-vergoeding nie, aangesien die werkgever die volle vergoeding verskuldig was asof die werk behoorlik voltooi was. Vorster wys daarop dat die Batlhaping aangedui het dat hulle teenswoordig wel pro rata-vergoeding ken, terwyl die segslui by die ander stamme eenstemmig was dat pro rata-vergoeding nie 'n erkende beginsel is nie. Die paneel het saamgestem dat daar oorspronklik nie sprake was van pro rata-vergoeding nie maar dat dit partye deesdae vrystaan om pro rata-vergoeding te beding. Die vergoeding kan gedeeltelik in geld en gedeeltelik in goedere betaal word, of slegs in geld (vgl. Vorster 1990^c 154).

Die paneel het aangedui dat die dienskontrak deur voltooiing beëindig word. Dit kan ook deur onderlinge ooreenkoms tussen die kontrakspartye beëindig word. Vorster (1990^c 155) meld dat die siekte of dood van die werkgever vroeër nie die werking van die kontrak beïnvloed het nie aangesien die werkgever se agnaatgroep aanspreeklik gebly het vir enige verpligting uit

die kontrak en sodanige werknemer gesubstitueer het. Aangesien kontrakte deesdae hoofsaaklik tussen individue gesluit word, sal siekte of dood wel die kontrak beïnvloed. Indien die partye nie spesifiek ooreengekom het dat 'n bepaalde persoon die werk moet verrig nie, sal die werknemer volgens die paneel in geval van siekte 'n plaasvervanger (*moemedi*) kan stuur om namens hom die werk te verrig. So 'n plaasvervanger is egter nie 'n party tot die kontrak nie maar neem slegs tydelik die plek in van die persoon wat siek is.

Volgens Schapera (1970:250) maak die Tswana ook op betreklik groot skaal gebruik van huisbediendes in diens van die stamhoof, sy familiebetrekkinge en ander welgestelde persone. Persone wat as lyf- en huisbediendes diens verrig, word gewoonlik deur hul meester gevoed, geklee en van behuising voorsien; soms word aan hulle geskenke in die vorm van beeste en bokke gegee, wat hulle eiendom word. Blykbaar het bediendes van hierdie aard nie die bevoegdheid om vergoeding vir hul dienste af te dwing nie en is daar dus nie sprake van 'n kontraktuele verhouding nie. Volgens die paneel blyk dit vandag nog in 'n groot mate die posisie te wees.

Die dienste van individue of groepe kan volgens die paneel ook gehuur word. 'n Bekende voorbeeld van die dienste van 'n groep wat gehuur kan word, staan as *go jaka* bekend. *Go jaka* verwys na die geval waar 'n hoeveelheid werkers uit 'n gebied 'n bepaalde taak elders gaan verrig soos byvoorbeeld wanneer 'n boer 'n aantal persone gedurende 'n sekere periode benodig om hom te help om sy oes in te samel. Hierdie persone is vroeër vergoed uit die opbrengs van die oes byvoorbeeld met 'n aantal sakke mielies en koring, alhoewel geld deesdae die algemene betaalmiddel is.

Go jaka het die jongste tyd 'n verdere betekenis verkry deurdat dit nou ook verwys na ander werke wat deur individue of groepe buite die gebied verrig word. 'n Voorbeeld hiervan is kontrakte wat gesluit word om in die myne in Johannesburg of elders te gaan werk. Dit is dan ook algemeen om in die gebied na persone se afwesigheid te verwys as: *ba ile majakong* (hulle is weg om te gaan *jaka*, dit wil sê, om 'n bepaalde taak te gaan verrig).

'n Bekende gebruik wat nie voldoen aan al die vereistes van 'n kontrak nie maar moontlik in hierdie verband genoem kan word, is die gebruik dat groepe persone soms saamwerk om 'n bepaalde taak vir iemand te verrig. Hierdie saamwerkkooreenkomste staan as *kutlwano* bekend en word gekenmerk deur die feit dat daar geen betaling geskied vir die werk wat verrig word nie. Op grond hiervan word dit nie deur die paneel as 'n kontrak bestempel nie. Hierdie groepe persone bestaan gewoonlik net uit familie, bure en vriende, maar deesdae kan selfs ook vreemdelinge deel uitmaak daarvan. Daar word nie na hulle as werknemers verwys nie, maar as gaste (*balalediwa*). 'n Bekende voorbeeld van *kutlwano* is die *letsema*-gebruik. Volgens Schapera (1970: 254) is die *letsema*-gebruik vir "clearing trees and bushes from a field, weeding, reaping, threshing corn, building the wall of a hut, fencing a field, or cutting rafters". Hy noem dat dit 'n bekende "labour contract" is. Volgens die paneel is dit eerder 'n vorm van hulpverlening wat wedersyds aan mekaar verleen word om 'n groot werk gou afgehandel te kry. Volgens Vorster (1990^b: 53) is dit eerder "a peculiar institution that serves to facilitate co-operation and goodwill within the community".

Die groep persone werk as 'n span saam met die persoon vir wie die werk verrig word. Dit is belangrik dat die persoon vir wie die werk verrig word

self teenwoordig moet wees aangesien die werk volgens sy voorskrifte moet geskied. In hierdie verband geld die spreuk: *letsema le thatha ka mong wa lona* (die werkspan is sterk deur die eienaar daarvan). Die persoon aan wie hierdie hulp verleen word, verskaf gewoonlik eet- en drinkgoed aan die werkers om sy gasvryheid te betoon en die helpers in staat te stel om hulle werk behoorlik te verrig: *tsie e thatha ka moswang* ('n sprinkaan is sterk as hy geëet het). Dit moet egter nie volgens die paneel as 'n vorm van betaling gesien word nie. Strydom (1985 451) vermeld 'n soortgelyke gebruik by die Suid-Sotho van Qwaqwa.

Schaper (1970 254-255) vermeld 'n verwante gebruik bekend as *go tsaya letsema* ingevolge waarvan 'n groep mense genooi word om te deel in 'n hoeveelheid vleis met die verstandhouding dat hulle dan later hulp moet verleen wanneer 'n spesifieke taak verrig moet word. Hierdie gebruik is nie bekend by die paneel nie. Die Bahurutshe ken hierdie gebruik as *go tsaya mogwang* (Vorster 1990^b 52). Volgens die paneel het *go tsaya mogwang* die betekenis om skuld te maak en word dit nie met enige vorm van *letsema* in verband gebring nie.

8.4.2 Die aanneming van werk

Daar is weinig skrywers oor die inheemse reg wat hierdie vorm van dienslewering behandel. Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana bespreek Vorster (1990^b 45-60) dit egter volledig en verwys hy daarna as onafhanklike diens. Volgens hom behels onafhanklike diens hoofsaaklik stukwerk, dit wil sê werk wat nie van 'n deurlopende aard is nie. Die belangrikste kenmerk van hierdie dienskontrak is volgens gemelde skrywer die feit dat die persoon wat die werk verrig, dit onafhanklik doen van die

"eienaar van die werk" (*mong 'a tiro*). Die gewone vereistes vir die geldigheid van 'n kontrak is ook op hierdie dienskontrak van toepassing. Daarbenewens moet die partye spesifiek ooreenkom oor die aard en die omvang van die werk. Dit is nie nodig dat die werk volledig beskryf moet word nie, algemene terme is voldoende. Vorster (1990^b 46) noem onder andere as voorbeeld van onafhanklike dienslewering die bou van 'n hut, die gaan haal van 'n vrag hout, die grawe van 'n put en die oppas van vee. Standaardtariewe was bekend onder die Batlhaping terwyl die Barolong, Batlharo, Bahurutshe, Bakgatla en Bafokeng weer aangedui het dat die partye self oor die vergoeding moes ooreenkom.

Die paneel het dit betwyfel of die oppas van vee by die veeposte van die eienaar as 'n onafhanklike diens beskou kan word. Vorster (1990^b 48) skryf in die verband: "The herdsman (*modisa*) is not under the constant control of the owner of the cattle, although he is bound to general instructions. He is left more or less to himself and may in this sense be regarded as an independent worker. All the experts were in agreement to this effect." Volgens gemelde skrywer beweer die Bahurutshe en die Bafokeng verder dat die kontrak gewoonlik slegs vir 'n jaar geduur het waarna dit weer hernu moes word. Die paneel het daarop gewys dat hoewel die veewagters weens praktiese redes nie fisies permanent onder die beheer van die eienaar van die vee is nie, hul onder spesifieke instruksies handel en geensins daarvan mag afwyk nie. Wanneer die eienaar van die vee die veepos besoek, ontvang die veewagters telkens spesifieke instruksies wat nagekom moet word soos byvoorbeeld watter gedeeltes van die weivelde benut moet word, wanneer die beeste gedip moet word of wanneer die kalwers van die koeie geskei moet word. Daarbenewens is dit juis die doel dat veewagters by 'n veepos van 'n

meer permanente aard moet wees. Om dit aan te moedig word gewoonlik van die aanteel van vee aan hulle gegee in 'n poging om hulle by die veeposte te hou. Helpers wat die veewagters in die verrigting van hul take moet bystaan word deur die eienaars van die veeposte aangestel en vergoed, en hulle is verantwoording aan die eienaars van die vee verskuldig. Die veewagters is in dieselfde diensverhouding as diegene by die huur en verhuur van dienste (dienslewering onder toesig en beheer). Enige skade wat deur die diere van die eienaar verrig word kom die eienaar toe. Indien die skade ontstaan as gevolg van die opset of nalatigheid van die veewagters, kan die eienaar die skade van die veewagters verhaal. Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana meld Vorster (1990^b 49) ook dat die eienaar van die vee aanspreeklik is vir die skade wat deur die vee onder toesig van die veewagters verrig word. Dit is juis 'n kenmerk van die onafhanklike dienskontrak dat die aannemer van die werk self verantwoordelik is vir enige skade wat uit sy aktiwiteite mag ontstaan en nie die "eienaar van die werk nie". Vorster (1990^b 50) vermeld egter dat daar variasies onder die verskillende stamme is en dat daar stamme in Bophuthatswana is wat hierdie vorm van dienslewering as 'n gewone dienskontrak beskou.

Dit kom vreemd voor dat Vorster (1990^b 51) *letsema* ook onder hierdie vorm van dienslewering behandel. Benewens die feit dat *letsema* volgens die paneel nie 'n kontrak is nie, maar eerder 'n vorm van vriendediens, word dit ook onder die toesig van die "eienaar van die werk" verrig en word geen vergoeding betaal aan diegene wat die werk doen nie. Vorster (1990^b 52) meld self in dié verband: "The participants work as a team according to the instructions of the principal (*mong 'a tiro*). They do not, however, work under his supervision. This does not, however, imply that the work of the

participants should be regarded as independent service. They are not invited to their particular skills but rather for their labour." Die paneel het egter nie met gemelde skrywer saamgestem dat die werkers nie onder toesig van die "eienaar" van die werk hulle taak verrig nie. Hulle het gesteun op die regspreuk wat in dié verband aangewend word, naamlik *letsema le thatha ka mong wa lona* (die werkspan is sterk deur die eienaar daarvan). Volgens die paneel dui dit daarop dat die "eienaar van die werk" teenwoordig moet wees en dat die taak onder sy toesig verrig moet word.

Volgens die paneel is die besondere kenmerke van onafhanklike dienslewering 'n bepaalde deskundigheid of 'n besondere bevoegdheid wat vereis word. Voorbeelde van hierdie vorm van dienslewering wat deesdae aangetref word is onder meer die oprigting van 'n gebou, sweis-, loodgieter- en elektriese werke. Hulle het daarop gewys dat die persoon wat onderneem om 'n bepaalde stuk werk te doen die huurder is, want hy huur die werk en die persoon wat die werk uitgee, die verhuurder, want hy verhuur die werk. Die partye moet wilsooreenstemming bereik oor die spesifieke werk wat verrig moet word en die vergoeding wat daarvoor betaal moet word. Die kontrak kom tot stand sodra die werk 'n aanvang neem of die partye vir wie die werk verrig word, die vergoeding of 'n gedeelte daarvan betaal het. Dit is egter nie gebruik dat die volle vergoeding vooraf betaal word nie. Die betaling moet uit gemunte geld bestaan anders is dit nie 'n huurkontrak nie. Hoewel dit nie 'n vereiste is nie, is dit gebruik dat die kontrakte deesdae op skrif gestel moet word. In die skriftelike kontrak word die bedinge van die kontrak uiteengesit om die latere bewys daarvan te vergemaklik.

Die aannemer van die werk is aanspreeklik om die resultaat te lewer waaroor die partye ooreengekom het. Hierin is ook ingesluit enige skade wat deur die aannemer se onkundigheid mag ontstaan. Indien die ooreengekome resultaat nie bereik word nie as gevolg van 'n omstandigheid wat binne die aannemer se aanspreeklikheid val, hoef die werkuitgewer nie die ooreengekome prys te betaal nie. Indien die ooreengekome resultaat nie bereik kan word nie as gevolg van omstandighede buite beide die partye se beheer, sal elke party verantwoordelik wees vir sy eie verliese.

Die aannemer is nie geregtig op enige vergoeding nie tensy die hele opdrag nie voltooi is nie. Dit is ook die bevindings van Schapera (1965 149; 1969 324; 1970 254). Walker (1969 72) huldig egter 'n teenoorgestelde standpunt. Walker skryf ook dat in die uitsonderlike geval waar al die geld betaal is voordat die werk voltooi is, die bedrag geld wat die waarde van die werk oorskry, verhaal kan word. Volgens Vorster (1990^b 47) kan by die Barolong en die Batlharo van Bophuthatswana slegs aangedring word op betaling as die werkstuk in geheel voltooi is en kan geld wat vooruitbetaal is nie by die Batlhaping teruggeëis word nie. Die paneel was van mening dat die partye kan afsprek dat die aannemer gedeeltelik vergoed word vir die werk wat hy verrig het. Indien A byvoorbeeld onderneem om vir B 'n huis te bou, kan A en B ooreenkom dat B aan A 'n bedrag geld sal betaal wanneer die huis tot dakhoogte gebou is.

Die verbintenis loop ten einde sodra die werk bevredigend afgehandel is of by onmoontlikwording van prestasie, byvoorbeeld in die geval van dood of oormag. Indien die aannemer die werk slegs gedeeltelik verrig het en daarna versuim om dit te voltooi, kan hy aanspreeklik gehou word vir die direkte

skade wat die besteder as gevolg daarvan mag lei. Indien die aannemer voortgaan met sy versuim om die werk te voltooi, kan die uitbesteder na 'n aanmaning in die teenwoordigheid van getuies die verbintenis beëindig.

8.4.3 *Besondere dienste*

Volgens die paneel behels hierdie vorm van dienslewering dienste van 'n "professionele aard" wat op eiesoortige diensverhoudinge berus en wat nie in "die normale verloop van sake" aanwending vind nie. As voorbeeld van hierdie soort van dienslewering is die dienste van *dingaka* en medisyne-mense genoem. 'n Oorsig oor die beskikbare literatuur toon dat verskeie skrywers oor die verskillende gebruike wat met hierdie dienste in verband staan berig het wat gevolglik nie weer hier herhaal word nie (vgl. Pauw 1985 130; Strydom 1985 432; Schapera 1970 255; Vorster 1990^b 53).

Schapera (1970 255) skryf dat hierdie dienste aangewend was in die beskerming "of people and homesteads as a protection against sorcery (*boloi*), and of fields, cattle and women for fertility". Olivier en andere (1989 550-551) meld ook dat die gebruikmaking van persone soos toordokters en kruiedokters algemeen voorkom en dat vergoeding in die vorm van velle, graan of kontant vir sulke dienste betaal word en kan betaling daarvan afgedwing word as die betrokke handeling suksesvol was. Die paneel het daarop gewys dat 'n kruiedokter (*ngaka*) of 'n waarsêer (*maitseanape*) se dienste bekom word vir verskeie doeleindes, byvoorbeeld om 'n siek persoon te genees, 'n woning te beskerm, 'n besigheid winsgewend te laat verloop of verlore goedere op te spoor. Die kontrak kom tot stand sodra 'n ooreengekome bedrag geld aan die *ngaka* betaal is om 'n "diagnose" (*temogo*) te maak van die diens wat verskaf moet word. Nadat die diagnose gemaak is,

sê die *ngaka* dan of hy die diens sal kan lewer en die kliënt of hy daarvan gebruik wil maak. Indien hy besluit om van die diens gebruik te maak, moet hy 'n addisionele bedrag geld betaal "om die sak oop te maak" (*go khunolola moraba*; vgl. Vorster 1990^b 54). Die "sak" verwys hier na 'n velsak waarin die medisyne en kruiemiddels is (*molemo, setlhare*). In die plek van geld kon vroeër ook 'n skaap gegee word "om die sak oop te maak".

Medisyne word dan aan die kliënt verskaf wat hy moet drink of in sy besigheid moet versteek, wat die aard van die probleem ook al mag wees. Volgens Vorster (1990^b 54) staan die aanvang van die behandeling as *sethatho* bekend en die eerste medisyne wat gegee is as *thatho* (begeerte).

Hoewel dit volgens die paneel nie vroeër die posisie was nie, kan 'n *ngaka* deesdae aandring op die ooreengekome betaling al was die behandeling nie suksesvol nie. Die vergoeding is regtens afdwingbaar. Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana skryf Vorster (1990^b 55) egter: "Failure to cure is looked upon as improper performance and therefore as non-performance and the *ngaka* is not entitled to any further payment. The experts for the Bafokeng maintained that in such circumstances the *ngaka* would not be entitled to the second payment, that is payment after the treatment." Die verdere betaling waarna die gemelde skrywer hier verwys is waarskynlik die een wat na die behandeling betaal word en is dit nie duidelik of hierdie betaling deel van die ooreengekome betaling is nie. Indien die latere betaling deel van die ooreengekome betaling is, is dit wel volgens die paneel betaalbaar. Die paneel het daarop gewys dat die meeste vorme van behandeling nie onmiddellike werking het nie en dat die

verbreek word kan die man egter in die hof aangespreek word vir die beswangering van die dogter.

Daar bestaan volgens die paneel geen formele gronde vir die verbreking van 'n verlowing nie. Enige optrede wat as onversoenbaar beskou kan word met die toekomstige huweliksverhouding, sal as rede kan dien vir die beëindiging van die verlowing. Hieronder kan disrespek teenoor mekaar en die toekomstige eggenoot genoem word asook verwaarlosing deur die ander party of die meisie se onsedelike gedrag met iemand anders.

Vroeër toe daar van substitusie gebruik gemaak is, het die dood van die man en/of die meisie nie sonder meer die verlowing beëindig nie omdat die ooreenkoms tussen twee familiegroepe gesluit was. Teenswoordig onder invloed van die Christendom word die verlowing wel meestal deur die dood van een van die partye beëindig.

Die partye kon deur onderlinge ooreenkoms die verlowing beëindig. Gewoonlik word dan terselfdertyd besluit wat met die verlowingsgoed moet gebeur. Vroeër moes die twee familiegroepe, en nie die man en die meisie nie, tot die beëindiging van die verlowing ooreenkom. Teenswoordig kan die man en die meisie self, indien hulle meerderjarig is, die verlowingskontrak beëindig.

Wat die verlowingsgoed betref, is die skuldfaktor bepalend wat daarmee gebeur. As die meisie die skuld dra vir die verbreking van die verlowing, moet die goed teruggegee word. As die man skuld het, word die goed nie teruggegee nie. Hierdie posisie stem ooreen met die bevindinge van Schapera

eers as getroud beskou wanneer die meisie na die huis van die man se groep geneem word (Church 1990 85). Dit stem ooreen met die bevinding van Coertze (1971 225, 232).

Na die sluiting van die verlowing word 'n verlowingspand (*peeletso*) aan die vader van die meisie oorhandig as 'n konkrete bewys dat die verlowing gesluit is en dat *bogadi* vir die meisie gelewer sal word. Volgens die paneel kan daar saam met die verlowingsgeskenke ook huweliksgoed (*bogadi*) gegee word. Gewoonlik word beeste gegee maar deesdae gebeur dit ook dat geld in die plek daarvan gegee word. Volgens die paneel bly eiendomsreg van hierdie huweliksgoed egter in die gewer gevestig totdat die huwelik gesluit word. Voor die huwelik bly die man se groep dus die eienaars van hierdie eiendom.

Daar is geen bepaalde duur vir 'n verlowing nie. Dit word normaalweg bepaal deur persoonlike omstandighede soos die ouderdom van die verloofdes, die vermoë van die partye en die beskikbaarheid van die *bogadi*.

Die verlowingskontrak is volgens die paneel geen vereiste vir die sluiting van 'n huwelik nie en skep geen afdwingbare regte of verpligtinge tot 'n huwelik nie. 'n Huwelik wat nie deur 'n verlowing voorafgegaan is nie, word egter deur Schapera (1970 131-132) as "onbehoorlik" beskryf. Daar ontstaan wel sosiale regte en verpligtinge tussen die twee verloofdes asook tussen die twee familiegroepe wat juridies relevant kan wees. Na die sluiting van die verlowing het die man en meisie byvoorbeeld vryheid van geslagsomgang sonder enige eise van deflorasie en beswangering. Indien die verlowing

Volgens die paneel moet 'n seun wat wil trou sy ouers daarvan in kennis stel. Teenswoordig sou die man en die meisie dan reeds die aangeleentheid bespreek het en die meisie haarself bereid verklaar het om met die man te trou. Die vaders van die man en meisie bespreek die saak dan met hulle verwante, en alhoewel hulle nie aan hulle mening gebonde is nie, sal hulle dit nie ligtelik ignoreer nie. Hierna besoek die ouers van die seun die ouers van die meisie.

Die onderhandelinge word nou verder gevoer deur die *malome* (moeder se broer) en *rangwane* (vader se jonger broer) van die man en die vader van die dogter. Die verlowing kom tot stand nadat wilsooreenstemming tussen die partye bereik is oor die huweliksluiting en verlowingsgeskenke oorhandig is. Schapera (1970 132) verwys na die "confirmation" of "ratification" van die verlowing deur die man se groep deur aan die meisie se groep 'n slagdier of ander geskenke te stuur soos skoffelpikke en komberse. Hierdie verlowingsgeskenke staan as *mokwele* onder die Barolong bekend (Matthews 1940 20; Schapera 1970 132), *maisiwa* onder die Bakgatla, *perepetsha* onder die Bamangwato (Schapera 1970 132) en *teparego* onder die Bafokeng van Rustenburg (Coertze 1971 221). Campbell (1970 215) beskryf hierdie geskenke by die Bangwaketse as "*peeletso gifts*". Volgens die paneel staan dit as *peeletso* bekend. Gewoonlik word komberse, klerasie of ander huishoudelike artikels as geskenke gegee.

Breutz (1953a 133, 156) skryf dat die partye by die Bakwena na die oorhandiging van die verlowingsgeskenke getroud is en na hulle as "man en vrou" verwys word. Volgens deskundiges by die Barolong, Bahurutshe en Bakwena kan daar wel na die partye as "man en vrou" verwys word, maar word hulle egter

10.2 Die verlowing

Die verlowing (*peetelelo*), of 'n kontrak dat 'n huwelik gesluit sal word, was vroeër 'n kontrak wat tussen die vaders van die man en meisie gesluit is ingevolge waarvan hulle onderneem het om hulle kinders te laat trou. Alhoewel die reg op die verbreking van hierdie kontrak deur die gedrag van die kinders bepaal word, kom enige aksie wat uit die verbreking daarvan mag voortvloei, die vaders toe. Teenswoordig word meer klem gelê op die individuele keuse en wil van die man en vrou. Geen erkenning sal deur die gemeenskap verleen word aan 'n verlowing waar die toestemming van die man of die meisie ontbreek nie.

Myburgh (1985: 83-84) omskryf die verlowingskontrak as 'n besondere kontrak. Die elemente van die kontrak is volgens hom die ooreenkoms plus prestasie of gedeeltelike prestasie deur die man se mense. Hierdie prestasie behels lewering van al of sommige van die huweliksgoed plus ander geskenke.

Kinderverlowing ingevolge waarvan 'n man en sy vrou se broer 'n ooreenkoms gesluit het dat hulle kinders, wanneer hulle hubaar is, sou trou, was vroeër bekend maar kom teenswoordig nie meer voor nie. Hierdie soort verlowing word deur Matthews (1940: 19) en Schapera (1970: 130) bespreek. Gemelde skrywers beskryf ook die verlowing van ongebore kinders (vgl. Matthews 1940: 19-20; Schapera 1970: 128). Laasgenoemde verlowing is totaal onbekend aan die paneel.

Daar is heelwat gebruike wat by die sluiting van 'n verlowing aangetref word. Hierdie gebruike lê egter meer op die sosiale as die juridiese terrein, en daarom word slegs kortliks na enkele verwys.

Hoofstuk 10

Besondere kontrakte: kontrakte wat die partye se status beïnvloed

10.1 Inleiding

Alhoewel daar tereg geargumenteer kan word dat die verlowing en huwelik by die familiereg tuishoort, is dit egter óók kontrakte wat hier behandeling verdien. Wat 'n kontrak is en aan welke vereistes dit moet voldoen om verbintenisse te laat ontstaan, is vrae wat in die vorige hoofstukke in besonderhede behandel is. In hierdie stadium kan dus volstaan word met die stelling dat 'n kontrak 'n afspraak is wat aan sekere vereistes moet voldoen en waaruit daar verbintenisse voortvloei.

'n Kontrak waaruit verbintenisse voortvloei, moet onderskei word van ander kontrakte wat regsgevolge het. 'n Huwelikskontrak het byvoorbeeld altyd vermoënsregtelike gevolge en kan selfs verbintenisse in die lewe roep, soos verbintenisse tot wedersydse onderhoud, maar dit word gewoonlik nie gesluit met die oog op die skepping van verbintenisse nie, en word dan ook nie deurgaans beheers deur die beginsels wat op kontrakte van toepassing is nie (vgl. De Wet en Yeats 1978 4-5). Net so is die verlowing 'n kontrak *sui generis* en verskil dit in baie opsigte van ander kontrakte soos verderaan in hierdie hoofstuk aangedui sal word. Wanneer die verlowing en huwelik as kontrakte behandel word, moet daar dus nie gepoog word om die algemene beginsels wat op kontrakte van toepassing is, deurgaans op die verlowing en huwelik van toepassing te maak nie.

word wel 'n duidelike onderskeid getref sonder dat die regsbeginsels wat ter sprake is, verklaar kan word. As voorbeeld kan genoem word die bewaargewing van geld anders as by 'n finansiële instelling. Moontlik kan dit verklaar word aan die hand van die feit dat hierdie vorm van bewaargewing eers in die jongste tyd sy verskyning gemaak het en die juridiese grondslag daarvan nog nie behoorlik inslag gevind het nie.

Alhoewel daar skrywers is wat 'n ander standpunt huldig, is lasgewing in die Westerse sin van die woord onbekend. Dit kan moontlik verklaar word aan die hand van die feit dat geen regte en verpligtinge deur 'n derde verkry kan word nie. 'n Vorm van opdraggewing wat as vriendediens beskryf word, is wel bekend. Dit kan egter nie gelykgestel word aan lasgewing in die Westerse sin van die woord nie.

'n Eiesoortige gebruik wat algemeen voorkom onder die inheemse volke van Suid-Afrika, is dat 'n kind onder sekere omstandighede grootgemaak word deur iemand anders as sy natuurlike voog. Alhoewel hierdie gebruik kenmerkende eienskappe toon op grond waarvan dit nie as 'n kontrak getipeer kan word nie, is daar nogtans skrywers wat poog om dit as 'n soort kontrak te tipeer.

vergoeding is betaalbaar of opeisbaar nie alhoewel die gebruik bestaan om 'n bees as blyk van waardering te gee aan die ouers wat die kind grootgemaak het. Daar bestaan egter geen verpligting om die bees te lewer nie. Die paneel het verder daarop gewys dat die betrokke ouers die voordeel het dat hulle van die kind se dienste gebruik kan maak. *O busa dikotlo*, word gesê: "Hy vergoed hulle vir sy grootmaak en versorging". Die kind se eie vader is verder aanspreeklik vir die delikte van so 'n kind en ook geregtig om skadevergoeding te eis indien so 'n dogter van hom ontmaagd sou word of om die *bogadi* te ontvang wat vir haar gelewer word. Uit hierdie beskrywing van die *dikotlo*-gebruik deur die paneel, blyk dit dus duidelik dat dit nie verwar moet word met onderhoud in die gewone sin van die woord of met adopsie in welke geval al die ouerlike regte en verpligtinge oorgedra word aan die persoon wat die kind aanneem.

9.8 Samevatting

Wanneer die algemene kenmerke van die onderskeie kontrakte wat in hierdie hoofstuk behandel is in oënskou geneem word, blyk dit dat die bronne eenstemmig is oor die aard en wese van die leen- en huurkontrakte. Daar bestaan egter nie duidelikheid oor die *mafisa*-kontrak nie. Sommige skrywers huldig die standpunt dat dit 'n leenkontrak is terwyl ander van mening is dat dit eerder as 'n huurkontrak bestempel moet word. 'n Beter standpunt is dat dit 'n eiesoortige kontrak is wat op eiesoortige beginsels berus en nie as een van die bekende kontraktipes getipeer kan word nie.

Hoewel dit in die meeste gevalle moontlik is om bewaargewing van bruikleen en verbruikleen te onderskei, gebeur dit soms dat gevalle hulle voordoen waar nie duidelik tussen die onderskeie regsfigure onderskei word nie. Soms

eerder 'n blyk van waardering en moet geensins met vergoeding in verband gebring word nie.

Volgens Schapera (1970 166-167, 193-194) is 'n eis vir onderhoud bekend onder verskillende groepe van Botswana. Hy meld dat kinders gewoonlik by hul moeder se familie bly indien sy tot sterwe kom, en tensy hulle vader se groep hulle nie gereeld van lewensmiddele voorsien nie, sal hulle kwasikontraktueel aanspreeklik wees wanneer hul die kind terug wil hê (Schapera 1970 193-194). Dit is egter nie duidelik of Schapera na onderhoud in die gewone sin van die woord verwys nie, of slegs na die *kotlo*-gebruik nie. Die vewarring ontstaan deurdat die term *kotlo* soms vir albei die twee begrippe gebruik word.

Die paneel het daarop gewys dat *kotlo* afgelei is van die werkwoord *go otla* (om te voed). Volgens hulle gebeur dit soms dat 'n verwant wat bewus is van sorgbehoewende omstandighede sy hulp aanbied met die grootmaak van 'n kind. Dit is egter slegs 'n menslikheidsgebaar (*botho*) en moet nie in verband gebring word met een of ander diens wat verskaf word nie. Volgens die paneel kan dit ook gebeur dat 'n vrou geen kinders het nie en dat van haar susters dan aan haar 'n kind gee om te versorg om haar die geleentheid te bied om die vreugdes van 'n kind te ervaar. Hulle het ook daarop gewys dat dieselfde term (*otla*) gebruik word wanneer 'n dier as 'n huisdier grootgemaak word. Volgens die paneel is hierdie gebruik 'n huishoudelike aangeleentheid en ontstaan geen regte of verpligtinge daaruit nie. 'n Kind kan te eniger tyd na sy ouers teruggaan alhoewel daar in so 'n geval sosiale druk op hulle sal wees om die kind terug te neem, veral as die kind om menslikheidsredes aan 'n kinderlose vrou gegee is om te versorg. Geen

intrek neem nie. Uit dit alles blyk nie duidelik wat met hierdie gebruik bedoel word nie, alhoewel hy verwys na kontraksluiting en daarmee suggereer dat ons hier met 'n kontrak te doen het.

Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana skryf Van Niekerk (1990^b 99) dat elke agnaatgroep sy lede moet onderhou. Dit staan bekend as *kotlo*, wat sy vertaal met "to care for or to bring up". Volgens haar spruit die verpligting om lede te onderhou uit die voogdyskap wat die agnaatgroep oor sy individuele lede het wat hulle regte en verpligtinge deel in die groep.

Wanneer een agnaatgroep egter 'n kind van 'n ander groep onderhou het, is hulle geregtig om vir onderhoud te eis, gewoonlik een verskalf, ongeag die periode van onderhoud. Sy skryf voorts: "Claims for maintenance between members of different agnatic groups are based either on contract or quasi-contract. Contractual liability for maintenance arises where the maintenance has been agreed upon and performance or part performance has taken place. Quasi-contractual liability arises where there is performance or part performance only and no express agreement" (Van Niekerk 1990^b 99). Genoemde skrywer vermeld wel dat dit slegs by die Bahurutshe is waar geen eis ingestel kan word vir die grootmaak van 'n kind nie.

Ten aansien van die Bangwaketse van Botswana beweer Campbell (1970 221) dat die vrou wat 'n dogter grootgemaak het, geregtig is op een van die beeste wat as *bogadi* vir die dogter gelewer word as vergoeding vir die grootmaak van die kind. Volgens die paneel is dit moontlik dat die ouers sommige van die *bogadi*-beeste aan die *kotlo*-moeder kan afstaan, maar is so 'n bees

ontstaan, byvoorbeeld uit dié wat op saakwaarneming neerkom en dan kwasikontraktueel is.

Volgens Olivier en andere (1989 557) kom die gebruik algemeen voor dat wanneer 'n kind grootgemaak word deur iemand anders as sy natuurlike voog, sodanige ander persoon geregtig is op betaling vir die onderhoud van die kind. Onder die Nguni-volkere staan hierdie gebruik bekend as *isondlo*. Normaalweg kan slegs een bees geëis word alhoewel volgens die Oliviers in uitsonderlike omstandighede meer as een bees geëis kan word. Gemelde skrywers meld voorts dat hierdie bees nie gesien moet word as 'n betaling nie, maar eerder as 'n wyse van danksegging. Problematies is dus wanneer die Oliviers praat van onderhoud, en 'n bees wat geëis kan word, sonder om presies te verklaar wat die aard van die "onderhoud" en die "eis" is waarna hulle verwys.

Ten aansien van die Suid-Sotho van Qwaqwa meld Strydom (1985 504) dat "hoewel 'n *seotla*-ooreenkoms op 'n informele wyse tot stand kom, word dit as 'n ooreenkoms beskou waarop voorgeskrewe regsbeginsele van toepassing is en indien van die voorwaardes afgewyk word, moet dit uitdruklik vermeld word tydens kontraksluiting". Gemelde skrywer skryf voorts dat dit gebruiklik is dat die persoon onder wie se toesig 'n kind grootgemaak word, een bees as vergoeding moet ontvang wanneer die kind deur sy natuurlike ouers teruggevra word. "Die bees is betaalbaar ongeag die periode wat die kind in die sorg van die ander persoon was en ongeag die koste verbonde aan die grootmaak van die kind" (Strydom 1985 504). Strydom (1985 506) vermeld verder dat die bees ook nie opeisbaar is as 'n man se vrou hom sonder genoegsame rede verlaat en saam met hulle kinders by 'n ander persoon hulle

risk of any loss caused by the incorrect carrying out of, or the omission to carry out the instruction."

Die opdraggewing kan verskeie vorme aanneem. Die mees bekende vorm is *molaetsa* (om te sê vir) wat in verband staan met die oordra van 'n boodskap. 'n Ander bekende vorm is *neeletsa* (om te gee vir) en word gebruik wanneer 'n persoon 'n saak vir iemand anders gee om aan 'n derde te oorhandig. *Neeletso* (afloswedren) is afgelei van die werkwoordstam *neeletsa*. 'n Derde vorm van opdraggewing staan bekend as *tetla* en word veral in politieke verband gebruik wanneer 'n politikus 'n mandaat verkry om namens sy kiesers sekere handeling te verrig. *Tetla* as vorm van lasgewing word ook in die gewone sin aangewend, byvoorbeeld wanneer 'n persoon die toestemming verkry het om namens 'n groep 'n bepaalde standpunt oor te dra of sekere regshandeling verrig waaruit daar nie regte en verpligtinge voortspruit nie.

9.7 Die versorging en grootmaak van kinders

Die beskikbare literatuur toon groot verwarring en onsekerheid oor hierdie gebruik wat algemeen voorkom onder die inheemse volke van Suid-Afrika. Dit kan skynbaar toegeskryf word aan die feit dat skrywers die gebruik verwar met adopsie of onderhoud in die gemeenregtelike sin van die woord. As gevolg van die gebruik wat bestaan om 'n bees as teken van dankbaarheid te lewer aan die ouers wat die kind versorg en grootgemaak het, neig die meeste skrywers om hierdie gebruik as 'n kontrak te tipeer met afdwingbare regte en verpligtinge. Andere volg weer die middeweg deur te verklaar dat die verpligtinge uit 'n uitdruklike ooreenkoms kan ontstaan in welke geval dit kontraktueel is, of dit kan uit die omstandighede van elke geval

hierdie standpunt saamgestem en daarop gewys dat alhoewel *molaetsa* en *taelo* ooreenkomste met kontrakte toon, dit nie as kontrakte beskou word nie. Dit word as 'n vriendediens gesien wat 'n persoon moreel verplig is om gratis uit te voer. Indien daar betaal moet word, sal daar volgens hulle 'n huurkontrak (*locatio conductio operis*) tot stand kom. Moontlik kan die rede dat dit nie as 'n kontrak beskou word nie verklaar word aan die hand van die feit dat 'n kontrak nie slegs deur wilsooreenstemming tot stand kom nie, maar deur ooreenkoms plus prestasie. 'n Blote ooreenkoms (of afspraak) plaas dus geen verpligting op die lashebber nie.

Indien die opdragnemer versuim om 'n bepaalde opdrag uit te voer, kan hy nie in die hof aanspreeklik gehou word nie. Die lashebber is ook nie 'n verteenwoordiger van die lasgewer nie. Alhoewel dit 'n persoon volgens die paneel vrystaan om van vriendediens gebruik te maak, is dit beter dat 'n persoon sy eie sake behartig. In dié verband geld die spreuk: *go roma go monate, mme ga go tlhapise pelo* (dit is lekker om te stuur maar dit verskaf nie bevrediging nie). Die opdraggewer dra self die risiko vir enige gebeurlikheid wat mag voortvloei uit die opdraggewing. Nathan (1990: 77) stel dit soos volg: "The Bakgatla recognise mandate and call it *taêlo*, an instruction. There is, however, no action to enforce it if the person who undertook to carry out the instruction fails to carry it out, or carries it out incorrectly acting innocently, negligently or intentionally or simply fails to carry it out innocently, negligently or intentionally, since *go roma go monate, mme ga go tlhapise pelo*, it is nice to send, but it does not please. Thus anyone instructing another to do something for him should realise or know that he, the person giving the instruction, carries the

belang van die lener geskied, terwyl by bewaargewing die voordeel tot die gewer strek.

9.6 Lasgewing

In die Westerse regstelsels kom 'n lasgewingskontrak tot stand sodra die partye wilsooreenstemming bereik dat die een party (*mandatarius* = lashebber) gratis iets vir die ander party (*mandator* = lasgewer) of 'n derde sal doen (De Wet en Yeats 1978 340). Alhoewel daar heelwat skrywers oor die inheemse kontraktereg is wat lasgewing onderskei (vgl. Olivier *et al* 1989 552; Pauw 1985 132; Strydom 1985 494), is die gegewens van so 'n aard dat daar baie moeilik by aangesluit kan word.

Coetzee en andere (1985 150) meld dat die Tlharo in Bophuthatswana die enigste stam is by wie lasgewing bekend is. Volgens gemelde skrywers word dit aangedui met die term wat die Huaduba vir borg gebruik, naamlik *moemedi* ("instaner"). Die lasgewer is onder geen verpligting om sy verteenwoordiger te vergoed nie, en sake wat vir die prinsipaal verkry is, moet dadelik oorgedra word. Volgens Coetzee is die verteenwoordiger slegs aanspreeklik vir skade en verliese as gevolg van sy eie nalatigheid.

Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana vermeld Nathan (1990^c 77) dat lasgewing voorkom onder verskeie stamme van Bophuthatswana. Aldus Nathan staan lasgewing by die Bafokeng en Bakwena as *molaetsa* bekend en by die Bakgatla as *tae/o* (1990^c 78). Ten aansien van die Bafokeng meld sy dat *molaetsa* tot geen aanspreeklikheid lei nie en gevolglik nie as 'n kontrak geklassifiseer word nie. Die Bakgatla beskou *tae/o* ook slegs as 'n instruksie sonder dat dit enige regsgevolge kan hê. Die paneel het met

vergoeding nie soseer die graad van skuld nie, maar dui dit eerder daarop of die bewaarnemer se sorg redelikerwys voldoende was in die lig van al die omstandighede.

Volgens die paneel het die gebruik vroeër bestaan dat die partye in geval van 'n dispuut 'n saak by die hoofman of stamhoof gelaat het tot tyd en wyl daar ooreengekom is aan wie die saak behoort. Indien een van die partye sou weier om mee te doen kan hy op versoek van die ander party deur die plaaslike hof daartoe gedwing word. Die hoofman of stamhoof is verplig om die saak te bewaar en dit aan een van die partye terug te gee wanneer die doel bereik is en sekerheid bestaan aan wie die saak gegee moet word. Dit is egter twyfelagtig of hierdie vorm van bewaargewing as 'n kontrak getipeer kan word aangesien dit onduidelik is tussen wie die onderskeie regte en verpligtinge bestaan. Boonop tree die hoofman of stamhoof in 'n administratiewe hoedanigheid op ten einde die goeie orde in die gebied te dien.

Die paneel het daarop gewys dat dit deesdae aan die orde van die dag is dat veral persone wat in die stedelike gebiede werksaam is, kontantgeld by verwante of vriende laat om te bewaar. Die ontvanger is nie die eienaar van die geld nie en kan dit ook nie gebruik nie. Geen rente kan beding word nie hoewel die partye oor 'n bedrag geld kan ooreenkom wat aan die nemer na afloop van die tydperk betaal moet word. Die volle bedrag moet egter eers aan die gewer terugbetaal word alvorens die nemer vergoed kan word vir sy dienste. Alhoewel hierdie voorbeeld moontlik as 'n vorm van bewaargewing beskou kan word, het die partye nie daarin geslaag om dit van verbruikleen te onderskei nie. Die verklaring lê moontlik daarin dat verbruikleen in

dat hy sake van dieselfde aard, kwaliteit en hoeveelheid sou terugbesorg. Die klassieke juriste het op *depositum irregulare* die reëls van *mutuum* toegepas en aan die bewaargewer 'n *condictio* gegee vir terugbetaling van die hoofsom met uitsluiting van enige aanspraak op rente. In die latere reg is daar egter onderskei tussen hierdie geval van *depositum*, wat in belang van die bewaargewer tot stand gekom het, en die gewone *mutuum*, wat weer in die belang van die verbruiklener ontstaan het. Aangesien die bewaarnemer by *depositum irregulare* die geld kan gebruik, het die gedagte ontwikkel dat die bewaargewer suiwer op grond van die *bona fides* op rente geregtig was.

Die paneel het drie voorbeelde van 'n kontrak van bewaargewing verskaf, naamlik bewaargewing in tye van nood, bewaargewing wanneer daar 'n dispuut ontstaan oor die eiendomsreg van die saak, en die bewaargewing van geld. 'n Kontrak vir die bewaargewing in tye van nood (*tshoganyetso* of *mathatheng*) kom tot stand wanneer 'n persoon homself in sulke moeilike omstandighede bevind dat hy nie in staat is om self na 'n bepaalde saak te kyk nie en dan verplig is om dit in bewaargewing by iemand anders te laat. Die partye kom vooraf ooreen dat die saak op 'n ooreengekome tydstip aan die bewaargewer terug besorg moet word. Die bewaarnemer kan die saak kosteloos of teen vergoeding bewaar. Bewaargewing onderskei hom van bruikleen daarin dat die saak nie deur die bewaarnemer gebruik mag word nie en van verbruikleen daarin dat die identiese saak terugbesorg moet word. Die bewaarnemer moet die saak terugbesorg in die toestand waarin hy dit ontvang het. Waar die bewaarneming kosteloos geskied is die bewaarnemer volgens die paneel alleenlik aanspreeklik vir skade wat deur sy opset of growwe nalatigheid ontstaan het terwyl hy aanspreeklik is vir gewone skuld as die bewaargewing teen vergoeding plaasvind. Volgens die paneel bepaal die kwessie van

asof dit sy eie goedere is. Volgens haar kan die bewaarnemer aanspreeklik gehou word vir enige verliese wat mag ontstaan omdat hy onderneem het om na die saak te kyk.

Die vorme van bewaargewing wat deur die paneel verskaf is toon ooreenkomste met dié wat in die Romeinse Reg voorgekom het. Naas die gewone geval van *depositum*, was daar drie besondere verskyningsvorme daarvan naamlik *depositum necessarium* of *depositum miserabile*, *depositum* by 'n *sequester* en *depositum irregulare* (Van Zyl 1977 279).

Depositum in tye van nood het aanwending gevind wanneer 'n saak in bewaring gegee is omdat die bewaargewer in die een of ander nood verkeer het, byvoorbeeld aardbewing, brand of skipbreuk. Die regte en verpligtinge van die partye was dieselfde as by gewone *depositum*, behalwe dat die bewaarnemer onder sulke omstandighede vir dubbele skadevergoeding aangespreek kan word.

In die geval van 'n geskil oor 'n bepaalde saak, kan die partye die saak vir die duur van die geding deponeer by 'n derde, genoem die *sequester*. Na afloop van die geding moes die *sequester* die saak aan die suksesvolle party afstaan, by gebreke waarvan hy daartoe verplig kan word deur 'n spesiale aksie bekend as die *actio depositi sequestraria*. Anders as dié van ander bewaarnemers, was die *sequestor* se besit deur interdikte beskerm.

Depositum irregulare het ontstaan wanneer geld of ander verbruikbare goedere op so 'n wyse gedeponeer is dat die bewaarnemer eienaar daarvan geword het en dit vir sy eie behoeftes kan aanwend, en wel op voorwaarde

aanvaar en daarop gewys dat die nemer wel die kontrak te eniger tyd kan beëindig indien hy die eienaar behoorlik daartoe kennis gee.

Nadat 'n redelike tyd verloop het, sal die eienaar sy diere terug vra waarna die houer dit dan aan hom moet lewer. Die dood van die nemer sal alleen die kontrak beëindig indien die oorledene se opvolger nie in staat is om met die kontrak voort te gaan nie. Indien die eienaar tot sterwe kom en die diere verdeel moet word onder sy erfgename, sal hulle teruggehaal word.

9.5 Bewaargewing

Wanneer die beskikbare literatuur in oënskou geneem word, blyk dit dat slegs Nathan (1990^b 74) aandag gee aan bewaargewing. Bewaargewing is volgens die paneel bekend en staan as *go boloka* bekend. Die kontrak kom tot stand wanneer 'n persoon (die bewaargewer) 'n roerende saak toevertrou het aan 'n ander (die bewaarnemer) en laasgenoemde onderneem het om dit gratis of teen betaling in bewaring te neem en terug te besorg aan die bewaargewer sodra hy daarna gevra sou word.

Die bewaarnemer het nie die bevoegdheid om die saak te gebruik nie. Hy moet die saak behoorlik oppas en is aanspreeklik in gevalle waar die saak beskadig of vernietig word deur sy opset of nalatigheid. Dit is ook die posisie in die Westerse regstelsels (vgl. Hosten *et al* 1980 460). Nathan (1990^b 74) skryf dat die *go boloka*-kontrak ook bekend is aan die Bafokeng, Bakwena en Batlhaping. Volgens Nathan (1990^b 75) is dié kontrak by die Barolong bekend as *tshegeletso*. Sy wys daarop dat daar geen vergoeding betaalbaar is by bewaargewing nie en dat die bewaarnemer dieselfde sorg aan die dag moet lê

of gesteel is. Die nemer moet die eienaar vergoed vir alle verliese wat as gevolg van die nemer se skuldige optrede ontstaan.

9.4.2 Die eienaar se verpligtinge

Die eienaar moet die mafisa-vee van tyd tot tyd besoek om sy belange daarin aan die buitewêreld te toon. Hy is verplig om die nemer te vergoed vir uitgawes aan dip- en weigelde, maar hoef nie die nemer te vergoed vir die opas van die vee nie. Die eienaar is alleen verplig om die nemer na teruggawe van die vee te vergoed indien daar tot vergoeding ooreengekom is. Volgens die paneel hou die vergoeding gewoonlik verband met die aandeel. Benewens die vergoeding is dit gebruik dat die nemer een bees aan die einde van die kontrak agterhou (*kgomo ya tswala-kgoro*, 'n bees om die hek toe te maak) tensy die partye vooraf anders ooreenkom. Hierdie bees is gewoonlik 'n verskalf.

9.4.3 Die duur en beëindiging van die mafisa-kontrak

Volgens Schapera (1970 246) kan die kontrak te eniger tyd deur enige van die partye beëindig word. Bekker (1989 340) vermeld egter dat 'n eienaar normaalweg nie 'n kontrak sal beëindig kort nadat dit aangegaan is nie, omdat mafisa-kontrakte gewoonlik vir 'n paar jaar aangegaan word. Nathan (1990^a 66-67) skryf: "The usual form in Bophuthatswana is that no agreement is made as to the duration of the contract and it is then implied that it will last for a reasonable time, that is, a time that will allow for a reasonable benefit to pass to the keeper. Usually this is not less than a season or less than a year. The possibility of an express and specific agreement as to the period is not excluded since there is no rule to exclude such an agreement." Die paneel het hierdie standpunt as korrek

omdat wolskape nie in die gebied voorkom nie, was die informante van mening dat die nemer ook op die wol van skape geregtig sou wees. Die nemer het egter geen aanspraak op enige aandeel nie. Hy kan wel eis om vergoed te word vir dip- en weigeld, maar nie vir lone van veewagters (*badisi*) nie.

Die nemer moet die vee versorg asof dit sy eie is. Hy mag die vee slegs gebruik vir die doel waarvoor dit aan hom oorhandig is; hy mag die vee byvoorbeeld nie slag, verkoop of uitleen nie. Hy moet die eienaar toelaat om die vee te besigtig en moet rekenskap gee van die vee en hulle aandeel. Ten aansien van die Batswana van Bophuthatswana meld Nathan (1990^a 63) dat die nemer die osse kan gebruik om te ploeg, die koeie vir melk en in die algemeen op dieselfde wyse as wat hy sou gedoen het indien die vee aan hom behoort het. Hy kan dit egter nie slag of gebruik as *bogadi*-beeste nie. Volgens Nathan (1990^a 64) is daar nie duidelikheid onder die verskillende stamme of die nemer hierdie vee aan 'n derde kan leen nie. Die paneel was egter eenstemmig oor die vraag en het aangedui dat andere se goedere nie uitgeleen kan word nie. Daarbenewens kan 'n nuwe kontrak nie volgens hulle binne 'n bestaande kontrak aangegaan word nie. Die eerste kontrak moet eers tot niet gemaak word.

Die nemer is aan die eienaar verantwoording verskuldig en moet verliese onmiddellik aan die eienaar rapporteer. Indien moontlik moet die vleis en vel onmiddellik na die eienaar geneem word, anders moet die vel op 'n latere stadium aan hom getoon word (*boswa bja kgomo ke letlalo*: die wettigheid van 'n bees is sy vel). Indien die nemer nie die vel kan toon nie, moet hy die verliese vergoed tensy hy kan bewys dat die vee aan natuurlike oorsake dood

Oorspronklik was die partye tot die kontrak agnaatgroepe. Deesdae kan dit ook individue wees mits hulle handelingsbevoeg is. Volgens die informante was vroue vroeër nie toegelaat om *mafisa*-kontrakte aan te gaan nie. In die jongste tye word uitsonderings egter gemaak ten opsigte van weduwees en "sekere vroue" wat buite die landelike gebiede 'n eie inkomste het.

Olivier en andere (1989: 569) skryf ook dat aangeneem kan word dat dit strydig met 'n gewoonteregtelike beginsel sou wees dat 'n *sisa*-kontrak met 'n vrou gesluit kon word, maar dat dit in die praktyk blykbaar meermale geskied. Volgens Bekker (1989: 340) is daar niks wat 'n vrou verhoed om *mafisa*-vee te ontvang nie, maar dat 'n kontrak in die verband afhanklik is van die goedkeuring, ook stilswyende goedkeuring is genoegsaam, van die betrokke gesinshoof.

Alhoewel daar regtens geen verpligting op 'n getroude man rus om die aangaan van 'n *mafisa*-kontrak met sy vrou te bespreek nie, is dit die algemene gebruik (*tshwanelo*). Volgens die paneel kan 'n *mafisa*-kontrak ook met nabye verwante aangegaan word wat hulpbehoewend is.

9.4.1 Die regte en verpligtinge van die nemer

Die nemer het besit van die vee en kan dit teenoor die eienaar en alle ander persone handhaaf, behalwe wanneer die vee benodig word om die eienaar se skulde te betaal: *modisa wa kgomo ya mafisa o gama alebile kgorong* (die houer van 'n *mafisa* bees melk terwyl hy na die hek kyk). Hy het die volle gebruik en genot van die vee, hy kan hulle melk gebruik, met hulle ploeg en transport ry. Volgens Bekker (1989: 338) het die nemer geen aanspraak op die wol van die vee nie. Alhoewel hierdie vraag slegs van akademiese belang is

a man's cattle should they all be concentrated in one kraal; and it is also a means of disguising the full extent of his riches, and so of escaping the jealousy and evil designs of less fortunate neighbours".

Bekker (1989 338) verwys na hierdie kontrak as 'n lening ingevolge waarvan die lener geregtig is op die voordeel van die gebruik van die vee. Coetzee en andere (1985 149) vermeld ook: "'n Belangrike vorm van leenooreenkoms was die *mafisa*-gebruik is 'om 'n ander mens op te tel' (*Tlharo*)". Pauw (1985 126) en Strydom (1985 468) skryf ook dat dit 'n leenkontrak is. Die paneel was egter huiwerig om dit as 'n bepaalde kontrak te tipeer en het aangedui dat dit eerder beskryf moet word as 'n kontrak wat eiesoortig is.

By 'n ontleding van die eienskappe van hierdie kontrak, is dit te betwyfel of die kontrak as 'n leenkontrak beskou kan word omdat dit vir die uitplaser voordeel meebring. Leen is slegs tot voordeel van die lener, terwyl die uitlener nie voordeel daaruit trek nie. Indien vergoeding beding is, kan hierdie kontrak moontlik as 'n soort huurkontrak beskryf word.

Volgens die informante was hierdie gebruik vroeër algemeen bekend maar kom dit vandag weens die beperking van die getalle vee wat aangehou mag word nie meer baie voor nie. 'n Moderne vorm van die *mafisa*-kontrak kom egter in beperkte gevalle wel voor deurdat sommige van die jonger mense wat in die stedelike gebiede werk met hulle verdienste beeste koop en dit dan by 'n verwant of ander persoon in die landelike gebiede uitplaas. Hierdie *mafisa*-kontrakte moet by die plaaslike stamkantoor aangeteken word.

Die verhuurder is ook nie by magte om die huursaak te verkoop alvorens die huurooreenkoms nie voltooi is nie. Die verbintenis tussen die huurder en verhuurder, asook die kontrak as bron van die verbintenis, moet eers beëindig word alvorens die verhuurder 'n nuwe verbintenis ten opsigte van dieselfde saak kan aangaan.

9.4 Uitplasing

Uitplasing (*mafisa*) is 'n bekende kontrak in die inheemse reg en is onder verskeie benaminge bekend by die onderskeie volke. Die Zoeloe-woord is *sisa*, die Xhosa-woord *ngoma*, die Tsonga-woord *fuyira* en die Sotho-woord is *mafisa*. Volgens die paneel staan hierdie kontrak by hulle ook as *mafisa* bekend. Daar is egter nie 'n spesifieke woord vir die transaksie self nie. Die werkwoord wat gebruik word vir die plasing van die vee is *go fisa*.

Sommige skrywers sien in hierdie kontrak ooreenkomste met die kontrak van "*agistment*" in die Engelse reg. Vergelyk Walker (1980 4): "The contract whereby one man takes another's cattle, horses or other animals, to graze on his land for reward, and to deliver them on demand." *Mafisa* is volgens die paneel beperk tot diere. Indien 'n ander saak betrokke is, word dit as 'n lening beskou (vgl. Nathan 1990^a 61).

Sommige van die oogmerke van hierdie kontrak word soos volg deur Schapera (1970 246) beskryf: "Lending out cattle in this way is a very common practice. The herdsman ... derives considerable benefit from the cattle thus entrusted to his care. The owner, on the other hand, has the task of herding his cattle greatly simplified. The practice serves also to insure against total loss from disease or some other agency which might annihilate

Die huurder moet die huursaak behoorlik oppas terwyl dit in sy besit is en mag dit nie vir 'n ander doel gebruik as waaroor ooreengekom is nie. Indien die huursaak, terwyl dit in die huurder se besit is, beskadig word of tot niet gaan deur die huurder se opset of nalatigheid, sal die huurder verplig wees om die skade aan die verhuurder te vergoed. Indien die huursaak, terwyl dit in die huurder se besit is, beskadig word of tot niet gaan sonder dat die huurder enigsins skuld het daaraan, byvoorbeeld as gevolg van oormag, is dit die verhuurder wat die verlies ly. Sodoende word die huurder dan ook van sy verpligting om die huurprys te betaal, bevry.

Indien die huurder nie die genot van die huursaak verkry nie, byvoorbeeld indien swaar reën hom verhinder om toegang tot die verhuurde lande te verkry, hoef die huurder nie die huurprys te betaal nie. Die huurder moet dieselfde saak aan die verhuurder teruggee na afloop van die huurtermyn.

Die verhuurder moet die huurder in besit van die saak stel en toesien dat die huurder nie in sy besit gesteur word nie. Wanneer die huurder in sy gebruik deur derdes gesteur word, moet die huurder die verhuurder daarop wys en die verhuurder moet die huurder dan in sy gebruik van die saak bystaan.

Die partye kom gewoonlik oor 'n bepaalde termyn ooreen. Indien daar geen termyn vasgestel is nie, kan enige van die partye die kontrak na beraadslaging en behoorlike kennisgewing opsê. Die huurtermyn sal byvoorbeeld nie beëindig kan word as die oes nog nie van die gehuurde lande afgehaal is nie.

sal die verhuurder dit wel kan doen maar nie sonder behoorlike beraadslaging en goeie rede aan sy kant nie.

Die paneel het aangedui dat verskeie vorme van huurkontrakte voorkom. Net soos by enige ander kontrak kom die huurkontrak tot stand na 'n afspraak en prestasie of gedeeltelike prestasie deur een van die partye. Die partye moet wilsooreenstemming bereik: (1) om te huur en te verhuur; (2) oor dit wat verhuur word; en (3) oor die huurprys.

Die huurkontrak is 'n wederkerige kontrak, dit wil sê elke party tot die kontrak kry persoonlike regte teenoor die ander party en op albei rus verpligtinge teenoor mekaar. Die kontrak is dus gerig op die wisseling van prestasies.

Volgens die paneel kan verskeie soorte sake gehuur en verhuur word. Hierdie sake kan roerende en onroerende sake wees. Gewoonlik is dit sake wat in die daaglikse lewe gebruik word soos vee, ploeglande en gereedskap. Die huursaak moet egter die eiendom van die verhuurder wees, 'n ander se saak kan nie regsgeldig verhuur word nie.

Die huurder moet die huurprys aan die verhuurder betaal. Betaling geskied gewoonlik na afloop van die huurtermyn. Tensy anders ooreengekom, moet die huurprys in geld betaal word. Die partye kan egter ook ooreenkom dat die huurder byvoorbeeld waar die lande van die verhuurder gehuur word, die huurgeld met 'n gedeelte van die opbrengs sal betaal.

Blerk (1990^b 73) meld dat die Tswanaterme vir huur "go jaka" en "go hira" is. Die paneel het hierdie twee terme van mekaar onderskei en daarop gewys dat "go jaka" nie aangewend kan word by die huur van goedere nie maar in verband staan met die verhuur van dienste (vgl. hfst. 8). Van Blerk maak ongelukkig geen melding van die beginsels waarop hierdie kontrak gebaseer is nie en meld ook nie spesifiek of dit as 'n kontrak beskou word nie.

Ten aansien van die Imidushane en Amabhele van Ciskei maak Pauw (1985 121) melding van verskeie goedere wat gehuur kan word soos byvoorbeeld vee, landbougereedskap, bewerkbare grond, trekkers en motors. Volgens hom hang dit van die partye self af of hulle bereid is om te verhuur en of hulle dit nie net bloot aan 'n ander sal leen nie. Pauw sit die beginsels waarop die huurkontrak berus uiteen en meld onder andere dat die huurder die gehuurde saak in stand moet hou. As die huurder die gehuurde saak beskadig, moet hy dit vervang of sorg dat dit herstel word. Volgens hom kan 'n huurder nie skadevergoeding eis as die verhuurder sy eiendom voor die verstryking van die termyn opeis nie. Sou hy reeds betaal het, eis hy slegs die bedrag vir die gedeelte van die onverstreke huurtermyn. Andersins betaal hy slegs vir die tydperk wat hy die gebruik daarvan gehad het. Hy kan geen skadevergoeding vir byvoorbeeld verliese wat hy weens die opsegging lei, eis nie.

Die paneel het hulle in breë trekke met bogenoemde uiteensetting vereenselwig. Hulle het verder daarop gewys dat die verhuurder nie sy eiendom voor die verstryking van die huurtermyn sal kan opeis indien hulle anders afgespreek het nie. Indien daar geen afspraak tot die effek is nie,

wesenlik is. Indien die uitgeleende saak egter beskadig of vernietig word as gevolg van die skuld van die lener, moet die lener self die kostes daarvan dra ongeag enige ooreenkoms tussen die partye. Hierdie posisie stem in breë trekke ooreen met dié van ander groepe in Bophuthatswana (vgl. Van Blerk 1990^a 71).

Gewoonlik word 'n bepaalde datum neergelê wanneer die geleende saak teruggegee moet word. Indien geen datum vasgestel is nie, moet die lener die saak terugbesorg sodra hy klaar is met die gebruik daarvan. Ten opsigte van die Batswana in die algemeen skryf Schapera (1970 245) onder meer die volgende:

"If the borrower fails to return the article borrowed and it is of little value, the owner does not usually press the matter, but will refrain from lending him anything more in future. If, however, the article is of some value, and the borrower after several requests, fails to return it, he can be sued. The court will then order him to return it, or else pay the owner what it is worth." Die paneel het hulle met hierdie standpunt vereenselwig.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

9.3 Die huurkontrak

'n Oorsig oor die beskikbare literatuur toon weinig besonderhede oor hierdie kontrak. Volgens Van Blerk (1990^b 73) was huur oorspronklik onbekend by die Batswana van Bophuthatswana. Deesdae kom huur volgens haar wel voor by die Barolong, Batlharo en Bakgatla wat vergelyk met die posisie ten opsigte van die Bakgatla van Botswana soos beskryf deur Schapera (1970 245-246). Hiervolgens is 'n wa onder meer uitgehuur vir twee mandjies graan. Van

9.2.1 Die gee van goedere in bruikleen

'n Lening word normaalweg aangegaan ten opsigte van roerende goedere byvoorbeeld diere, landbou-implimente en huishoudelike artikels. Onroerende sake soos landery kan egter ook gehuur word. Ten aansien van die Suid-Sotho van Qwaqwa meld Strydom (1985 465) dat lenings ook aangegaan word "met die oog op die nakoming van bepaalde verpligtinge, byvoorbeeld die bydrae (*ditsua*) wat 'n *malome* behoort te maak ten aansien van die onderhoud van sy niggie, of bydraes wat gemaak word ten aansien van die *bohadi* van 'n seun van 'n verwant of 'n vriend". Hierdie lenings is ook aan die paneel bekend. Hulle het egter daarop gewys dat daar spesifiek vermeld moet word dat dit 'n lening is en dat dit terug betaal moet word, anders word dit slegs as 'n bydrae beskou wat gegee is met 'n skenkingsbedoeling. Na hierdie vorm van bydrae word verwys as *go oketsa* (om te vermeerder).

Volgens die paneel kom die partye by bruikleen ooreen dat die een party later dieselfde saak sal teruggee. Die lener het slegs die reg om die saak te besit, die eiendomsreg bly by die uitlener. Die saak wat geleen word, is dus 'n onverbruikbare saak. Indien die geleende saak breek of beskadig word terwyl dit in besit van die lener is, moet die uitlener onmiddellik daarvan in kennis gestel word. As die skade slegs gering is, sal die uitlener self die kostes daarvan dra. Indien die uitlener eers van die skade bewus word wanneer die saak aan hom terugbesorg word, word die lener daarvoor aanspreeklik gehou.

Gewoonlik kom die partye vooraf ooreen dat die lener self alle herstelkos-tes moet dra of selfs die geleende saak moet vervang indien die beskadiging

Hoofstuk 9

Besondere kontrakte: tydelike oordrag van goedere, insluitende bewaargewing en lasgewing

9.1 Inleiding

In hierdie hoofstuk word daardie kontrakte behandel waarin die eiendomsreg van die saak normaalweg nie op die ander party oorgaan nie. 'n Onderskeid word getref tussen gevalle waar die vergunning van gebruik gratis geskied en waar daar 'n vergoeding beding word. Verder word gelet op kontrakte waarkragtens die bewaarnemer onderneem om 'n saak te bewaar asook op lasgewing en *mafisa* as besondere kontrakte.

9.2 Leenkontrakte

Leenkontrakte kom volgens die paneel algemeen voor. 'n Lening staan as *kadimo* bekend en die werkwoord vir leen is *go adima*. Die geleende goedere staan as *dikadimo* bekend. Alhoewel daar 'n noue verband bestaan tussen leen- en sekere huurooreenkomste, is die onderskeid daarin geleë dat geen vergoeding by 'n leenooreenkoms beding word nie. Dit staan 'n party egter vry om 'n blyk van waardering te oorhandig, veral waar 'n voorwerp vir 'n lang tydperk geleen is. Wanneer 'n lening ter sprake is, sal 'n party gewoonlik sy versoek rig met die woorde: *ke a kopa* (ek vra). Volgens die paneel is daar geen dwingendheid in hierdie woorde nie wat volgens hulle die gees aandui waarin lenings gemaak word.

byvoorbeeld 'n verdere betekenis verkry deurdat dit nou ook, anders as in die verlede, verwys na dienste wat deur individue in die stedelike gebiede verrig word, byvoorbeeld om in die myne te werk. Hoewel dit nie 'n vereiste is nie, eis omstandighede waarin deesdae gekontrakteer word dat kontrakte liefs op skrif gestel moet word en word rente nou ook redelik algemeen beding.



UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

8.7 Samevatting

'n Oorsig oor die kontrakte wat in hierdie hoofstuk bespreek is, toon dat skrywers oor die inheemse reg in 'n groot mate eenstemmig is oor die koop-, ruil-, verbruikleen- en skenkingskontrakte. Wat dienslewering betref is daar opvallende verskille oor die groepering van tipes kontrakte en die tipering van sekere gebruike as kontrakte.

Alhoewel bogenoemde kontrakte as tipes kontrakte bespreek is, moet steeds in gedagte gehou word dat dit slegs as tipes kontrakte vermeld is: kwessies aangaande die aard, totstandkoming, gevolge en opheffing van kontrakte word grotendeels beheers deur die algemene beginsels van die kontraktereg wat reeds in die voorafgaande hoofstukke behandel is. Aan die ander kant is besondere tipes kontrakte onderskei juis omdat elkeen van hulle as 'n spesie besondere kenmerke openbaar - so is dit byvoorbeeld nodig om in 'n gegewe geval te bepaal of 'n kontrak 'n ruil- of verbruikleenkontrak is vanweë die feit dat die verbruikleen eiesoortig gereël word met betrekking tot byvoorbeeld die geleende goedere wat teruggegee moet word. Insgelyks het elkeen van die kontrakte wat hier bespreek is in mindere of meerdere mate besondere eienskappe wat hulle apart stel en spreek dit vanself dat die klem hoofsaaklik laat val is op afwykende en onderskeidende kenmerke.

Wanneer hierdie kontrakte gespieël word teenoor die wat in die beskikbare literatuur bespreek word, is die groter spesialisie en ontwikkeling wat plaasgevind het, opvallend. Gevolglik is dit in die jongste tyd makliker om die onderskeie kontrakte as tipes kontrakte te tipeer. Dit is ook interessant om te let op die verandering wat sekere kontrakte ondergaan het om by heersende omstandighede aan te pas. So het *go jaka* in die jongste tyd

of vriendskapsbande te bestendig, om respek te betoon, om onderhandelinge aan die gang te sit of om dank te betuig. Alhoewel die gee van 'n geskenk 'n eensydige kontrak is, dit wil sê sonder die verpligting om iets in ruil daarvoor terug te gee, is dit onder sekere omstandighede gebruik om iets in ruil daarvoor terug te gee. So word geskenke dikwels gegee by 'n eerste ontmoeting by welke geleentheid geskenke teruggegee word. 'n Versuim daartoe kan beskou word as 'n teken van vyandigheid. Schapera (1965 143-144) skryf dat dit ook die gebruik in Botswana is.

'n Geskenk wat gelewer is kan nie teruggeëis word nie: *seyamosateng ga se boe* (dit wat huis toe gaan kom nie terug nie), met ander woorde 'n geskenk bly 'n geskenk. Schapera (1970 239-240) skryf "any form of property may be given freely". Die paneel het nie hiermee saamgestem nie. By sekere goedere is daar taboereëls wat eerbiedig moet word. Informante was huiwerig om voorbeelde hiervan te gee maar het aangedui dat dit byvoorbeeld nie gebruik is om die tjalie van 'n eersgeborene aan iemand anders te skenk nie.

Persoonlike goedere kan vrylik aan andere geskenk word mits die skenker eers sy naasbestaandes daarvan in kennis gestel het. Die verduideliking wat hiervoor gegee is, is dat die begunstigde nie in die verleentheid gestel moet word deur van diefstal verdink te word nie. Volgens Olivier en andere (1989 547) staan dit 'n familiehoof vry om goedere uit die algemene familievermoë of 'n persoon om sy persoonlike goedere, aan iemand anders by wyse van geskenk weg te gee en is daar in hierdie verband geen besondere verskille tussen die gewoontereg en die gemenerereg nie.

8.6 Skenking

Die skenkingskontrak kan omskryf word as 'n ooreenkoms waardeur een persoon aan 'n ander 'n vermoënsgoed sonder vergoeding verskaf met die bedoeling om daardie persoon eienaar van die saak te maak en laasgenoemde dit aanvaar. 'n Blote belofte om 'n geskenk te gee, is volgens die paneel nie voldoende om 'n kontrak afdwingbaar te maak nie: *tsholofelo ga e tlabise ditlhong* (hoop is nie skandelik nie) is die spreuk wat in die verband gebruik word. Schapera (1970 142) skryf egter dat 'n blote belofte onder die Batswana van Botswana voldoende is om 'n ooreenkoms bindend te maak.

Twee vorme van geskenke word onderskei, naamlik *mpho* en *setshwaelo*. Schapera (1970 239) meld dat hierdie vorme van geskenke ook bekend is aan die Batswana van Botswana. Van Niekerk (1990^a 37) kom tot dieselfde gevolgtrekking ten opsigte van die Batswana van Bophuthatswana.

Volgens die paneel word daar onderskei tussen voorwaardelike en onvoorwaardelike geskenke. 'n Skenking kan dus onderworpe aan die een of ander beding gemaak word. *Mpho* is 'n voorbeeld van 'n onvoorwaardelike geskenk waar die eiendomsreg oor die geskenk onmiddellik op die ontvanger oorgaan. By *setshwaelo*, soos wanneer 'n vader 'n dier vir sy seun oormerk, gaan die eiendomsreg van die geskenk eers op 'n latere stadium op die ontvanger oor, byvoorbeeld na die dood van die skenker. Tot dan toe behou die skenker al die regte en beheer, en die ontvanger kry gemelde regte eers op 'n latere stadium, byvoorbeeld by die dood van die skenker.

Die paneel het gemeld dat 'n verskeidenheid van motiewe onderliggend kan wees aan die gee en ontvang van geskenke, byvoorbeeld om verwantskapsbande

Ten aansien van die Bakwena van Qwaqwa meld Strydom (1985 465) dat "die beginsel van verbruikleen, naamlik dat die bedoeling is dat 'n gelyke hoeveelheid van soortgelyke goedere terugbesorg moet word, in Qwaqwa erken word". Volgens Strydom moet die goedere wat teruggegee word van dieselfde of ten minste van min of meer gelyke kwaliteit wees. As 'n sak mielies (*poone*) geleen is, kan 'n sak onryp mielies (*senkquare*) of mielies van 'n minderwaardige kwaliteit (*mapopotare*) byvoorbeeld nie volgens Strydom teruggegee word nie. Die leengewer kan weier om dit te ontvang en die ontvanger aanspreek om mielies van gelyke kwaliteit te voorsien.

Volgens die paneel is verbruikleen 'n kontrak waarvan algemeen gebruik gemaak word. Die kontrak bestaan daaruit dat die een party aan die ander 'n saak, byvoorbeeld graan, sal leen om te verbruik en dat die ander party later dieselfde hoeveelheid van dieselfde kwaliteit sal teruggee. Die lewering laat eiendomsreg oorgaan omdat die lener die reg moet hê om die saak te verbruik. Die saak is dus 'n verbruikbare saak 'n vervangbare saak. Benewens graan word geld ook algemeen geleen.

Vir die Imidushane en Amabhele van Ciskei meld Pauw (1985 125) dat waar die leen van geld ter sprake is, dit van die betrokke persone afhang of rente gehef gaan word. Dit moet egter spesifiek vooraf bepaal word. Die paneel het bevestig dat dit ook by hulle die posisie is en dat die leen van geld deesdae in die stedelike gebiede vanself die betaling van rente impliseer. Die heersende rentekoers in die gebiede beloop volgens hulle tussen 5 en 10 persent. Hulle het egter beklemtoon dat dit nie vroeër die posisie was nie en die verandering toegeskryf aan die geldeconomie.

resultate daarvan nie altyd "konkreet sigbaar is nie". Dit sou dus onbillik wees om die *ngaka* te laat wag vir sy betaling.

Volgens die paneel is die teenwoordigheid van getuies belangrik by die sluiting van hierdie kontrakte ingeval enige dispuut daaruit sou ontstaan. Hierdie getuies kan verwante of vriende wees. Vroeër is die teenwoordigheid van getuies in verband gebring met towerpraktyke. Hulle funksie was dan om toe te sien dat die *ngaka* hom weerhou van sulke aktiwiteite.

Nog 'n vorm van dienslewering wat hieronder onderskei kan word is "magiese dienste" vir die beskerming van wonings, motors of vee. Vir elke dienslewering word 'n afsonderlike bedrag vergoed wat eers betaal moet word alvorens die diens gelewer word. Die partye kom vooraf ooreen vir hoe lank die diens werking sal hê. Gewoonlik is dit slegs vir 'n bepaalde periode byvoorbeeld tydens die vervoer van 'n aantal mense na 'n spesifieke plek en terug. Indien die dienslewering nie suksesvol was nie, kan die persoon aan wie die diens gelewer is nie die vergoeding terugeis nie. Die paneel het dit verklaar aan die hand van die feit dat daar in so 'n geval dan "ander kragte" teenwoordig was wat die werking daarvan verhinder het.

8.5 Die gee van goedere in verbruikleen

Die literatuur oor die inheemse kontraktereg bevat weinig gegewens oor verbruikleen. Olivier en andere (1989: 548) meld slegs in die algemeen dat in hierdie geval goedere aan 'n persoon geleen word "met die bedoeling dat dié dit sal verbruik en later in gelyke hoeveelhede van dieselfde goedere sal teruggee."

(1970 134) en Campbell (1970 216). Wanneer die algemene beginsel wat die kontraktereg beheers hierop van toepassing gemaak word, sou die verlowingsgoed deurgaans teruggegee moes word as konkrete bewys van die beëindiging van die verbintenis. Soos egter reeds in die inleidende gedeelte van hierdie hoofstuk vermeld is, is die verlowing 'n kontrak *sui generis* en kan dit moontlik aan die hand daarvan verklaar word.

10.3 Die huwelik

10.3.1 Inleiding

Ten einde die huwelik van die bestudeerde mense en die veranderinge wat dit deesdae toon in konteks te plaas, is 'n kort historiese oorsig van die huweliksreg 'n voorvereiste. In die vroeë Romeinse reg was die huwelik altyd gesluit *cum manu*, dit wil sê die vrou het die status van 'n dogter van die eggenoot verkry en alles wat sy ontvang het, het die eiendom van haar eggenoot of sy *paterfamilias* geword. In die latere Romeinse reg is die huwelik altyd gesluit sonder *manus*. Dit het beteken dat die vrou nie haar handelings- en verskyningsbevoegdheid ingeboet het nie; hoogstens het die man die *ius mariti* verkry wat hom in staat gestel het om die huwelikshuishouding te beheer. Vir dié huwelik was geen formaliteite nodig nie, slegs die toestemming van die man, die vrou en haar vader (Barnard *et al* 1990 162).

Ten aansien van die posisie in die Germaanse reg, beskryf Hahlo (1975 4) die vroeë Germaanse huwelik soos volg: "Closely akin to the *lobolo* marriage of Africa's Blacks, the marriage of the early Germanic peoples was a contract between two families rather than between two individuals. The bridegroom paid the father or guardian of the girl an agreed 'bride price'

(*poretium nuptiale*, *wedhance* 'wedding'), usually in the form of so and so many head of cattle, and in the circle of members of both families the father of the girl handed her over to her future husband - *traditio puellae*, bryd-thing. Wedding-feast and solemn 'homebringing' of the bride followed, and consummation sealed the marriage." Uit hoofde van die huwelik het die man die volle gesag oor die vrou verkry - hy kan haar selfs verkoop of om die lewe bring. Hy kan die huwelik ook eensydig opsê en die vrou na haar familie terugstuur (Barnard *et al* 1990 162).

In die kanonieke periode het kerklike invloed belangrike veranderinge in die huweliksreg meegebring wat in sommige opsigte selfs vandag nog bestaan. Die kerk het die huwelik en die huweliksreg onder sy jurisdiksie betrek. Ontwikkelings wat deur kerklike invloed teweeggebring is, is byvoorbeeld die verbod op poligamiese huwelike; die daarstelling van verbode grade van bloed- en aanverwantskap waarbinne huwelike nie gesluit kon word nie; die vereiste dat die man en die vrou tot die huwelik moes toestem; die vereiste dat die geboorte voor huweliksluiting afgekondig moes word en dat die huwelik deur 'n priester ingeseën moes word; die erkenning van die verlowing as 'n bindende kontrak; en mettertyd ook 'n verbod op egskeiding (Barnard *et al* 1990 163).

Die belangrikste kenmerk van die gereformeerde periode - die Romeins-Hollandse reg - is dat die katolieke denkbeelde verval het, dat die wêreldlike howe weer gesag oor die huwelik in die huweliksreg verkry het, maar dat die kerk tog 'n mate van seggenskap en invloed behou het. Die gereformeerde huweliksreg is in Holland in die Politieke Ordonnansie van 1 April 1580

vervat en die basiese uitgangspunte van hierdie ordonnansie bly steeds die grondslag van die Suid-Afrikaanse huweliksreg (Barnard *et al* 1990 163-164).

In die inheemse reg bly die huwelik steeds een van die belangrikste instellings vir die uitbreiding en verstewiging van sosiale bande alhoewel sekere karaktertrekke daarvan onder druk van die Christelike kerke veg vir oorlewing. Deur die huwelik en die daarmee gepaardgaande ontstaan van 'n gesin, verkry die deelgenote daarin 'n sekere status. Die woord "status" is afgelei van die Latynse werkwoord *stare*, om te staan, wat op sigself 'n goeie aanduiding is van wat met "status" bedoel word. Dit gaan naamlik hier om die vraag waar 'n persoon in die reg "staan", en hierdie "staanplek" word bepaal deur al daardie hoedanighede wat 'n persoon het of die toestand waarin hy verkeer waaraan die reg gevolg heg (vgl. Barnard *et al* 1990 41).

In die oorspronklike inheemse reg het die huwelik 'n statusverandering vir sowel die man as die vrou beteken. In alle gevalle het dit met meerdere bevoegdhede gepaard gegaan. 'n Getroude vrou kon haar deel in die voogdy oor haar kinders uitoefen, onder andere deur tug uit te oefen. Sy kon van haar maritale groep verwag om haar en haar kinders te beskerm en te versorg, ook na haar man se dood. Sy het 'n belangrike deel in haar huis se eiendom gehad en haar man moes haar raadpleeg in sy beskikking oor huiseiendom. Sy het gedeel in die groep se persoonlikheidsregte en het 'n daadwerklike aandeel in die verkryging van genoegdoening in gevalle waar haar dogter verlei is. Sy moes kinders vir haar maritale groep voortbring, selfs na haar man se dood indien sy nog baarkragtig was. Verder moes sy die huishoudelike pligte op haar neem en voedsel vir haar huis verbou (Myburgh 1985 77-83).

'n Man se status word deur 'n egtelike verbinding verhoog deurdat hy gesinshoof word en sy gesin in regshandelinge en regsgedinge verteenwoordig. Hy oefen gesag oor sy vrou en kinders uit, indien nodig deur tugtiging. Hy moet verder sy vrou en kinders versorg, onder andere deur die middele soos bewerkbare grond beskikbaar te stel (Myburgh 1985 82-83).

In die moderne inheemse reg word die posisie statutêr gereël. Die posisie verskil na gelang die egtelike verbinding 'n gebruikelike verbinding of 'n siviele huwelik is.

Vorster (1981b 93) definieer 'n huwelik as 'n instelling ingevolge waarvan 'n man en vrou verenig word met die doel om kinders op 'n wettige basis in die lewe te bring. Alhoewel geslagsomgang tussen twee persone deur die huwelik gewettig word, is dit egter nie die belangrikste sosiale gevolg daarvan nie. Die huweliksinstelling is volgens die paneel onontbeerlik vir die voortbestaan van die gesin en ander sosiale groepe wat op bloedverwantskap gebaseer is.

Alhoewel daar regstegnies niks is wat 'n man verhoed om, indien hy daartoe in staat is, meer as een vrou te neem nie, word baie weinig poliginiese verbintenisse deesdae aangetref. Die redes hiervoor kan hoofsaaklik gesien word in die lig van die feit dat volgens die Westerse regstelsels 'n man op geen tydstip met meer as een vrou getroud mag wees nie, en vroue daarop aandring om in die kerk en/of die landdroshof in die huwelik bevestig te word. Verder het die kerkgenootskappe se verset en afkeuring van poliginiese huwelike die gebruik so te sê laat verdwyn.

Daar kan twee vorme van huwelike onderskei word, naamlik die gebruikelike verbinding en die gemeenregtelike huwelik.

10.3.2 Die gebruikelike verbinding

In hierdie afdeling word nie gepoog om die tradisionele huweliksluiting en die gepaardgaande seremonies na te speur nie. Die rede hiervoor is dat die tradisionele huwelik in onbruik verval het en die paneel se kennis daarvan gebrekkig is.

Die *Bophuthatswana-Wet op die Registrasie van Gebruikelike Verbindings*, Wet 8 van 1977, het op 3 Maart 1978 in werking getree (sien Bophuthatswana Amptelike Koerant vol. 7, nr. 11 van 22 Februarie 1978). Die Wet stem feitlik woordeliks met RK R1970 van 1968 (Regulasiekoerant 1040 van 25 Oktober 1968) ooreen wat die registrasie van gebruikelike verbindings in die Republiek van Suid-Afrika, uitgesonderd Natal, reël.

In kort maak die Wet voorsiening vir die aanstelling van registrateurs wat die registrasie van gebruikelike verbindings moet behartig. Sekere deklarasies moet deur die partye aan die registrateur voorgelê word sodat hy daarvoor kan beslis. Artikel 4(2) bepaal dat 'n aansoek om registrasie deur die registrateur geweier kan word indien die deklarasies in "enige tersaaklike opsig onvolledig is". Die voorgeskrewe vorm vir die deklarasies vereis onder andere dat die hoeveelheid *bogadi* waaroor ooreengekom is, vermeld moet word (deel B en C van aanhangsel 1 tot die Wet).

Die gebruikelike verbinding kan as die statutêre erkenning van die tradisionele huwelik gesien word omdat volgens die paneel heelparty van die

reëls van die tradisionele huwelik in die gebruikelike verbinding erken of aangepas is. So kan ouers nog steeds 'n verlowingskontrak met die oog op 'n toekomstige egtelike verbinding tussen hulle kinders aangaan alhoewel so 'n kontrak nie in die hof afdwingbaar sal wees nie. Daar is verder geen minimum ouderdomsvereiste vir die partye tot 'n gebruikelike verbinding nie. Die partye moet slegs 'n bepaalde geslagsrypheid bereik het.

Volgens die paneel moet daar benewens die statutêre voorskrifte aan sekere plaaslike vereistes voldoen word voordat oorgegaan kan word tot die sluiting van die verbinding. Die belangrikste hiervan blyk die volgende te wees.

- Al twee die persone moet die aanneming van die kerk deurloop het en hulle soos volwassenes in die oë van die gemeenskap gedra. Geen spesifieke ouderdomsbepërking word egter gestel nie.
- Die persone wat in die eg wil tree, mag nie binne die kategorie van persone val wat nie met mekaar mag trou nie, dit wil sê geen verbode verbinding mag aangegaan word nie.
- Die man moet in staat wees om, en ook bewys lewer daarvan, dat hy in die posisie is om sy toekomstige vrou te onderhou en vir haar te sorg.
- Beide die persone wat in die eg wil tree se ouers se toestemming moet verkry word al is hulle ook mondig. Die verklaring wat hiervoor deur die paneel gegee is, is dat die egverbinding steeds gesien word as 'n verbintenis tussen twee families, en nie tussen twee individue nie.

- Alle *bogadi* moet vooraf gelewer wees en nie slegs 'n gedeelte daarvan of 'n onderneming dat *bogadi* gelewer sal word nie.

Die bruid se vader of voog, al is sy meerderjarig, is 'n party tot die kontrak omdat die *bogadi* aan hom gelewer moet word. Vroeër is die verbinding hoofsaaklik gereël deur die vaders en ander familieledede van sowel die man as die meisie. Indien 'n man of meisie onwillig was het die vader die hulp van sy verwante ingeroep om hulle te oorreed om in die eg te tree. Die man en die meisie het 'n baie ondergeskikte rol, en dikwels selfs geen rol in die onderhandeling en sluiting van die verbinding gespeel nie.

Alhoewel die klem teenswoordig na die persoonlike keuse van die man en vrou verskuif het, probeer ouers steeds om hulle kinders te beïnvloed en speel hulle onderskeie afkomstgroepe 'n groot rol by die onderhandelinge vir 'n egverbinding. In sommige gevalle gebeur dit egter deesdae dat die voornemende eggenoot self die onderhandelinge met die meise se vader aanknoop, veral waar hy reeds 'n gevorderde ouderdom bereik het of sy ouers nie met sy keuse saamstem nie. 'n Man sal egter nie maklik sy ouers se wense minag nie net soos wat die meisie se ouers nie geneë sal wees om met die man alleen te onderhandel nie.

Voorkeurhuwelike is dié met die *malome* (moeder se broer) of die vader se broer se dogter. 'n Eerste huwelik met hulle is nie regtens afdwingbaar nie maar heelwat druk word op die man uitgeoefen om wel wanneer hy die eerste keer trou, een van die gemelde persone as sy egmaat te neem.

Die sluiting van die verbinding gaan gewoonlik gepaard met uitgebreide seremonies en feesvieringe wat vroeër etlike dae geduur het. Bruilofsfeeste kan egter ook van mekaar verskil veral omdat daar teenswoordig heelwat van die Westerse gebruike nagevolg word. Die seremonies en feesvieringe is van juridiese waarde omdat dit dui op die bewys van die sluiting van die verbinding, maar is nie regsvereistes vir die sluiting van 'n egverbinding nie.

Geen verbinding kom tot stand tensy al die ooreengekome huweliksgoed (*bogadi*) nie ten volle aan die bruid se vader of voog gelewer is nie. Alle vorme van huweliksluiting op skuld is onbekend. Dit is ook die bevinding van Coertze (1971: 225) ten opsigte van die Bafokeng. *Bogadi* kan uit vee of geld bestaan. Daar is geen vasgestelde hoeveelheid *bogadi* wat gelewer moet word nie. *Bogadi gabona tlhotlhw* ('n bruidskat het geen prys nie). Die hoeveelheid *bogadi* word deur 'n kontrak tussen die betrokke partye bepaal. Al vereiste wat gestel word, is dat gelyke getalle vee gelewer moet word. Geld word ook as "beeste" beskou, maar daar word nie 'n "beeswaarde" op die geld of 'n geldwaarde op die beeste geplaas nie. Daar is nie 'n reël dat spesifieke beeste van 'n bepaalde hoeveelheid gegee moet word nie, solank hulle net van 'n gelyke getal is en die man "sy dankbaarheid op 'n behoorlike wyse betoon." Indien geld betaal word, moet dit 'n ronde bedrag wees.

In die verlede was die vader die hoofverskaffer van die *bogadi* vir die eerste huwelik van 'n seun alhoewel die lede van sy afkomstgroep ook 'n ruim bydrae gemaak het. Teenswoordig sal 'n vader sy seun nog behulpsaam wees

met die lewering daarvan maar in die meeste gevalle word al die *bogadi* deur die seun self verskaf.

Volgens die paneel was die oorspronklike doel vir die lewering van *bogadi* hoofsaaklik om 'n sosiale en geestelike band wat tussen twee families ontstaan het, te simboliseer. Daarbenewens is die lewering van *bogadi* beskou as 'n teenprestasie vir die oordrag van die voogdyskap oor die meisie aan die bruidegom. Dit het verskeie regte en verpligtinge meegebring, onder andere dat die man kon aandring op substitusie indien sy vrou nie kinders kan verwek nie. Deesdae het *bogadi* egter 'n ander betekenis verkry. Dit kan toegeskryf word aan die felle aanslag van veral die Christendom in die gebied teen die lewering van *bogadi*. Om te oorleef moes dit aanpas en is die betekenis daarvan verskraal. Vandag word gesê dat dit slegs 'n blyk van waardering is van die man aan die meisie se ouers vir die opvoeding wat hulle haar gegee het. Die paneel het dit beklemtoon dat die lewering van *bogadi* geensins in verband gebring moet word met 'n kooptransaksie nie en het die volgende spreuk gegee om dit te staaf: *go nyalwa ka lefoko* (daar word met 'n woord getrou), met ander woorde nie met beeste en geskenke nie.

10.3.2.1 Die vermoënsregtelike gevolge van die verbinding

Een van die gevolge van 'n gebruikelike verbinding is dat 'n nuwe, afsonderlike eenheid, naamlik 'n gesin of huis met 'n nuwe gesinsvermoë tot stand kom. Vroeër is daar voorsiening gemaak vir algemene eiendom, huiseiendom en persoonlike eiendom. Algemene eiendom het bestaan uit eiendom wat nie aan 'n bepaalde huis behoort het nie soos ploë en waens. Huiseiendom was goedere wat deur die man aan 'n huis toegewys is. Dit het

hoofsaaklik bestaan uit beeste, meubels, verdienstes van huislede, *bogadi* wat ontvang is vir die dogters van 'n huis en die opbrengs van 'n land wat aan 'n huis toegewys is. Huiseiendom het aan die huis van die eggenote behoort en sy het seggenskap in die beheer daarvoor gehad. Sy het egter steeds haar man se toestemming nodig gehad om die huisgoedere te vervreem.

Persoonlike eiendom was eiendom wat 'n persoon self verkry het. Eiendom wat deur die vrou in die huwelik ingebring is, het haar eie gebly en kan nie vir die skulde van die man aangewend word nie. Die man kon ook slegs daarvoor beskik met die toestemming van sy eggenote.

Teenswoordig is die invloed van die gemeenregtelike huwelik op die gebruikelike verbinding duidelik waarneembaar. Volgens die paneel word daar deesdae meestal 'n gesamentlike boedel tussen die man en die vrou geskep. Die man is in beheer van die gesamentlike boedel maar hy moet saam met sy vrou oor die beskikking van goedere besluit. Indien sy onredelik weier dat hy oor die goedere beskik, mag die man nogtans met die goedere handel omdat hy hoof van die huis is. Die vrou se huweliksbevoegdheid is beperk tot die aankoop van huishoudelike benodighede. Indien iemand 'n transaksie met die eggenote sluit oor goedere waarvoor sy nie beskikkingsbevoegdheid het nie, is hyself vir die skade aanspreeklik wat daaruit mag voortvloei. 'n Kooptransaksie sal byvoorbeeld nietig wees.

10.3.2.2 Die ontbinding van die gebruikelike verbinding

Egskeidings vind vandag baie makliker as in die verlede plaas alhoewel die twee familiegroepe nog steeds sal probeer om die partye te versoen. In die algemeen is dit moeiliker vir die vrou om van haar man te skei maar indien

daar wel gronde bestaan en sy volhard in haar poging, sal dit wel toegestaan word. Die ontbinding van die huwelik is meestal 'n private aangeleentheid tussen die twee agnaatgroepe alhoewel dit ook in die plaaslike stamhof ontbind kan word.

Volgens die paneel bestaan daar nie algemene gronde vir die ontbinding van 'n egtelike verbintenis nie. Die volgende is egter erkende gronde:

- Owerspel deur enigeen van die partye indien dit die verbinding onmoontlik maak.
- Verlating deur een van die deelgenote met die bedoeling om nie terug te keer nie.
- Voortdurende ernstige wangedrag.
- Voordurende weiering van huweliksregte.
- Kranksinnigheid van een van die deelgenote.
- Towery.

Vroeër is egskeiding slegs toegestaan nadat die versoeningspogings van die twee familie-groepe herhaaldelik misluk het. Volgens die informante sal die hof die partye ook beveel om eers te probeer versoen.

Die totstandkoming en ontbinding van die egtelike verbinding is 'n privaatregtelike aangeleentheid en word daarom in die meeste gevalle sonder die tussenkoms van die inheemse staatsorgane ontbind. In die meeste gevalle word die egskeiding deur die familieraad van die partye behartig en die stamhoof dan net daarvan in kennis gestel. Die verbinding kan egter ook in die stamhof ontbind word, veral indien die partye nie kan ooreenkom oor die

gevolge van die ontbinding nie. Tesame met die egskeiding sal die stamhoof dan 'n verdeling van die bates beveel.

Bogadi word nie teruggegee nie, wat die omstandighede van die geval ook al mag wees. Die skuldfaktor het dus geen invloed op die *bogadi* nie: *bogadi gaboboe* (*bogadi* gaan nie terug nie). Volgens die paneel is dit nog deurgaans die posisie.

Wanneer die egtelike verbintenis ontbind is, val die vrou terug onder die voogdy van haar vader of sy opvolger tensy sy ouer as 21 jaar is in welke geval sy dan 'n meerderjarige is. Hoewel die egtelike verhouding ontbind word, word die huis van die vrou volgens die paneel nie ontbind nie. Die huis as vermoënsregtelike eenheid bly voortbestaan. Sy verloor egter al haar regte en bevoegdhede wat sy ten opsigte van huiseiendom gehad het. Sy het ook geen aanspraak op onderhoud uit die huiseiendom nie.

10.3.3 Die gemeenregtelike huwelik

Die gemeenregtelike huwelik word gereël deur die *Bophuthatswana Huwelikswet*, Wet 15 van 1980, wat in die algemeen ooreenstem met die *Huwelikswet*, Wet 25 van 1961, wat in die Republiek van Suid-Afrika geld. Die *Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg*, Wet 3 van 1988 van Suid-Afrika is tot op datum egter nog nie op die *Bophuthatswana Huwelikswet* van toepassing gemaak nie. Die geldigheidsvereistes vir die sluiting van 'n huwelik stem ooreen met die bepalings van die *Huwelikswet* wat in die Republiek van Suid-Afrika geld en word gevolglik nie hier herhaal nie. Die huwelik kan ook om dieselfde gronde ontbind word.

Die Wet maak voorsiening vir die aanstelling van huweliksbevestigers en die huwelik kan òf in 'n kerk òf in 'n landdroshof bevestig word. Die huwelik kan ook in 'n ander land buite Bophuthatswana bevestig word indien die partye daartoe al twee burgers van Bophuthatswana is en so 'n huwelik ooreenkomstig die bepalings van hierdie Wet voltrek word.

Ingevolge artikel 23 van die Wet kan 'n leraar nadat 'n huwelik deur 'n huweliksbevestiger voltrek is, die huwelik ooreenkomstig die gebruike van sy godsdienstige denominasie of organisasie inseën. Dit is egter geensins 'n regsvereiste wat die geldigheid van die huwelik raak nie alhoewel dit deur die gemeenskap as plaaslike vereiste gestel word.

'n Ander plaaslike vereiste wat gestel word is die lewering van *bogadi*. Alhoewel dit nie 'n regsvereiste in terme van die Wet is nie, sal 'n gemeenregtelike huwelik wat sonder die lewering van *bogadi* gesluit is nie as 'n ware huwelik beskou word nie en sal kinders wat uit sodanige huwelik gebore word nie in aanmerking geneem word vir opvolgingsdoeleindes nie.

Geen manlike persoon mag solank daar tussen hom en 'n vrou 'n gebruikelike verbinding bestaan, met 'n ander vrou 'n huwelik aangaan nie tensy hy eers onder eed voor die landdros van die distrik waarin hy gedomisilieer is, aangegee het die naam van elke eersbedoelde vrou; die naam van elke kind van so 'n gebruikelike verbinding; die soort en hoeveelheid roerende goed (indien daar is) wat hy aan elke sodanige vrou of haar huis volgens inheemse reg en gebruik toebedeel het en die ander inligting met betrekking tot enige sodanige verbinding wat bedoelde amptenaar mag verlang (art 25(1)). Ingevolge art 25(3) kan geen manspersoon in die huwelik bevestig

word nie tensy hy nie eers aan die betrokke huweliksbevestiger 'n verklaring maak omtrent die vraag of op daardie tydstip 'n gebruikelike verbinding tussen hom en 'n ander vrou bestaan nie, tensy hy aan die huweliksbevestiger 'n sertifikaat, onderteken deur 'n landdros voorlê waarin vermeld word dat aan die voormelde bepalings van die Wet voldoen is.

'n Huwelik wat ingevolge hierdie Wet tussen persone aangegaan is, het nie die regsgevolge van 'n huwelik in gemeenskap van goedere tussen die eggenote nie. Indien die man egter nie ook deelgenoot in 'n gebruikelike verbinding met 'n ander vrou is nie, staan dit die partye vry om te eniger tyd binne een maand voor die voltrekking van hulle huwelik gesamentlik voor 'n landdros te verklaar dat dit hulle voorneme is dat hulle huwelik gemeenskap van goedere en van wins en verlies ten gevolge moet hê.

10.3.4 *Die gemeenregtelike huwelik en inheemse waardes*

Ten aansien van die sluiting van 'n gemeenregtelike huwelik tussen Swartes skryf Bennett (1991:437) soos volg: "Africans may contract a Christian marriage as a matter of conscience. They need no intention of opting out of customary law, nor might it be possible for them to transcend their existing social networks. The tenacity of customary law is apparent from the almost invariable companion for a church marriage - a bridewealth agreement - and the continued observance of traditional ceremonies. Aside from this, no spouse can reasonably be expected to understand the full legal implications of his or her marriage." Na aanleiding van gesprekke met die paneel en ander informante in die gebied, kan daar saamgestem word met hierdie siening van Bennett. 'n Keuse van 'n bepaalde huweliksvorm sluit ook nie noodwendig die nalewing van die regsisteem in wat dit behels nie.

Dié het veral betrekking op die gemeenregtelike huwelik in die gebied. Die redes hiervoor kan waarskynlik toegeskryf word aan die "dwang" wat daar van die kerkgenootskappe uitgaan om lidmate te verplig om Christelike huwelike te sluit. Die kerkgenootskappe weier byvoorbeeld om lidmate te doop tensy hulle of hulle ouers se huwelike nie in die kerk ingeseën is nie. Ten einde as beskaaf beskou te word is die lidmaatskap van 'n Christelike kerk 'n vereiste.

Aan die ander kant moes die Christelike huwelik ook afstand doen van sekere kulturele eienskappe. Alle Christelike huwelike in Hebron word gesluit met 'n *bogadi*-kontrak aangesien dit volgens die paneel 'n vereiste is vir die totstandkoming van 'n "ware huwelik". Hierin lê moontlik die verklaring van die "verandering" van die betekenis wat die lewering van *bogadi* ondergaan het en bied dit 'n goeie voorbeeld van die beginsel dat hierdie mense bereid is om "aan te neem" sonder om werklik afstand te doen van beproefde beginsels en gebruike.

In die lig van bogenoemde blyk dit dus dat 'n bepaalde gekose huweliksvorm nie noodwendig 'n weerspieëling is van die kultuurbepaalde waarde-oordeel oor die huwelik as instelling, en die regsgevolge daarvan nie. Die inheemse waarde-oordeel word dus nie noodwendig in totaliteit deur die Westerse waarde-oordeel verplaas en vervang wanneer Westerse regsinstellings soos byvoorbeeld die siviele huwelik ter sprake kom nie. Daar word eerder dikwels eiesoortige waardebepalings daarteenoor gebou, ten spyte van die gekose uiterlike huweliksvorm. Verloren van Themaat (1986: 105) stel dit byvoorbeeld dat "die aanpassingsvermoë van die gewoontereg en sy aard as lewende volksreg het tot gevolg dat sy toepassing volgens die verwagtinge

van die mense self nie beperk bly tot gewoonteregtelike instellings nie, maar uitgebrei word tot regsinstellings wat essensieel beheers word deur die gemenereg, soos die gemeenregtelike huwelik". Büchner (1984:190) dui in dieselfde verband aan die hand van 'n opname onder Swart regstudente aan hoedat die inheemse beginsels aangaande poliginie as bestaanbaar met die huwelik as instelling, wat die uiterlike vorm daarvan ookal mag wees, beskou word. Hy skryf sodanige oordraging van inheemsregtelike beginsels op 'n gemeenregtelike instelling toe aan die kontinuering van die inheemse waarde-oordeel wat nie noodwendig summier deur die inhoudelike van Westerse regsreëls, of deur die fundamentele beginsels onderliggend aan Westerse regsinstellings opgeskort word nie.

10.4 Samevatting

Verlowing is 'n regshandeling waaruit besondere gevolge spruit. Vroeër het die verlowing 'n kontrak behels tussen twee familie-groepe in verband met 'n toekomstige huwelik tussen 'n manlike lid van die een groep en 'n vroulike lid van die ander groep. Deesdae is die partye individue. Die individue betrokke is die man, die meisie en haar vader. As die man nie meerderjarig is nie, moet hy deur sy vader bygestaan word. Die elemente van die kontrak is die afspraak en prestasie of gedeeltelike prestasie deur die man. Hierdie prestasie behels lewering van al of sommige van die huweliksgoed plus ander geskenke. Alhoewel daar besondere regte en verpligtinge vir die man en meisie uit die verlowing spruit, skep die verlowingskontrak egter nie 'n afdwingbare reg op, of verpligting tot 'n huwelik nie.

Twee vorme van huwelike kan onderskei word, naamlik die gebruikelike verbinding en die gemeenregtelike huwelik. Benewens die statutêre

voorskrifte moet daar ten opsigte van beide huwelike ook aan sekere plaaslike vereistes voldoen word waarvan die lewering van *bogadi* as die belangrikste beskou word. Uit die kenmerke van hierdie twee huweliksvorme blyk dat hulle nie maklik met mekaar te versoen is nie. So is die monogame aard van die gemeenregtelike huwelik onversoenbaar met die poliginiese aard van die gebruiklike verbinding. Net so kan die individuele aard van die gemeenregtelike huwelik nie maklik versoen word met die familiale betrokkenheid van die gebruiklike verbinding nie.

Die keuse van 'n bepaalde huweliksvorm gee nie noodwendig uitdrukking aan die gades se bedoeling nie. 'n Gemeenregtelike huwelik word byvoorbeeld dikwels bloot gesluit om aan die voorskrifte van 'n bepaalde godsdiens te voldoen sonder die bedoeling om daardeur die inheemse reg te verwerp of sonder behoorlike begrip van die gevolge van 'n gemeenregtelike huwelik. 'n Bepaalde gekose huweliksvorm is dus nie noodwendig 'n weerspieëling van die kultuurbepaalde waarde-oordeel oor die huwelik as instelling, en die regsgevolge daarvan nie.

UNIVERSITY of the
WESTERN CAPE

Hoofstuk 11

Samevattende gevolgtrekkinge

11.1 Inleiding

Aan die einde van elke hoofstuk is 'n samevatting van die inhoud daarvan gegee en word dit gevolglik nie weer hier herhaal nie. Die doel van hierdie hoofstuk is bloot om, met die voorafgaande in gedagte, enkele samevattende gevolgtrekkinge te maak.

11.2 Boekstaving en regswaardes

As die reg 'n onontbeerlike bestanddeel van die gemeenskap is, en as die reg relevant wil bly in die lewens van diegene wat hy bedoel om te regeer, moet die inheemse reg en die proses van sosiale verandering wat Swartes tans in Suid-Afrika ondergaan, daarin weerspieël word. Omdat die inheemse reg 'n belangrike bydrae het om te lewer in die toekomstige ontwikkeling van die Republiek van Suid-Afrika, moet kennis geneem word van die lewende reg en regswaardes van Swartes soos wat dit deur navorsers geboekstaaf word.

Die geskrewe bronne oor die inheemse reg word dikwels gekritiseer asof die bedoeling daarvan eerder was om die tradisionele reg te boekstaaf of te kodifiseer, as wat dit die lewende reg van die betrokke volke op 'n bepaalde tydstip weerspieël. Hierdie kritiek blyk geregverdig te wees wanneer 'n bepaalde bron die indruk wek en gebruik word asof die inheemse reg slegs uit rigiede reëls bestaan. Daarom is in hierdie studie aangedui dat hoewel die inheemse reg ook spesifieke regsreëls omvat, hierdie reëls

deel uitmaak van die geheel van die gewoontereëls van die bepaalde gemeenskap. Wanneer die kultuur van die gemeenskap veranderinge ondergaan, word die regsreëls wat uit die geheel van die gewoontereëls herlei word, dus ook geraak. Soos die res van die kultuur waarbinne hulle funksioneer is die regsreëls van 'n gemeenskap dus ook aan verandering onderhewig en moet aanpassing gemaak word om tred te hou met veranderde omstandighede.

11.3 Verandering en regswaardes

'n Kardinale vraag is of regsuitbreiding en -verandering met verplasing van regswaardes geskied en of eiesoortige regswaardes eerder daarteenoor ontwikkel word. Hierdie vraag kan alleen beantwoord word deur vooraf sekerheid te verkry oor die reg wat tradisioneel nageleef is. Gevolglik is in hierdie studie gepoog om nie net alleen te let op die reg in die stedelike gebiede waar veranderinge te wagte kan wees nie, maar om ook kennis te neem van die reg in die landelike gebiede soos wat dit daaglik deur duisende Swartes nageleef word. Die metode van navorsing waarvan gebruik gemaak is, het dit moontlik gemaak om nie alleen die regsbeginsels te omskryf nie, maar ook om kennis te neem van ander kulturele veranderinge wat buite die reg plaasvind, of wat mense dwing om daarvan kennis te neem, hulle na te leef, hulle te vermy, te herinterpreteer of selfs te vervang.

Die kontraktereg vorm 'n lewende deel van die mense se lewe en is derhalwe aan beïnvloeding onderworpe. Alhoewel daar duidelike tekens is van aanpassings by nuwe omstandighede, is daar ook bewyse van die behoud van beproefde regsbeginsels en kulturele waardes.

Na die uiterlike beoordeel, het verwestersing reeds 'n beduidende invloed op die kultuurbesit van die teikengroep gehad. Die feitlik algehele vervanging van die tradisionele bestaans ekonomie deur 'n Westerse gelde ekonomie, die grootskaalse kerstening en algemene deelname aan die Westerse opvoedingstelsel, is voorbeelde hiervan. Hieruit kan egter nie die afleiding gemaak word dat veranderinge bloot 'n sprong vanaf die tradisionele inheemse kultuur na die Westerse impliseer nie. Daarom moet die kontraktereg of fasette daarvan nie net eenvoudig as tradisioneel of Westers getipeer word nie. Die plaaslike inheemse kultuur toon 'n innerlike aanpassingsvermoë wat tot 'n besondere eiesoortige aanpassing by veranderde omstandighede lei wat nóg as tradisioneel nóg as suiwer Westers getipeer kan word (supra 242).

Uit hierdie studie blyk dat die hedendaagse kontraktereg 'n groot mate van eiesoortige aanpassing openbaar wat verskillende aanpassingstendense weerspieël. So byvoorbeeld het verskeie fasette van die kontraktereg in die proses van aanpassing verlore gegaan sonder dat dit deur spesifieke Westerse gebruike vervang is. In hierdie verband kan onder andere die verval van kinderverloving en voorkeurhuwelike genoem word (supra 224, 234).

In sommige gevalle het beïnvloeding deur die Westerse kultuur daartoe gelei dat tradisionele waardes al minder nageleef word sonder dat dit enigermate deur Westerse waardes vervang of ondersteun word. Die Westerse individualisme het byvoorbeeld gelei tot die verslapping van die tradisionele verwantskapsbande (supra 106). Daar word dus nie meer so 'n hoë premie op 'n groepsgeoriënteerde leefwyse geplaas nie. Die gegewens

dui egter daarop dat die hedendaagse kontraktereg steeds kenmerke van die tradisionele kontraktereg vertoon hetsy in 'n suiwer, aangepaste, of verskraalde vorm. Voorbeelde hiervan word oor die hele spektrum van die kontraktereg aangetref, byvoorbeeld die reële konkrete aard van die kontrakte, die informele wyse van kontraksluiting, die feit dat kontrakte slegs in mekaar se teenwoordigheid gesluit kan word, die onbekendheid van verjaring en skuldvergelyking, die feit dat rente in die algemeen nie beding word nie, inheemsregtelike verlowingsprosedures en die lewering van *bogadi* as sodanig.

Dit was opvallend dat ten spyte van verskille in onder andere die formele opvoedingspeil, godsdiensoortuiging, finansiële status en die gebruikmaking van Westerse instellings soos die siviele huwelik onder lede van die paneel, daar nogtans 'n groot mate van eenvormigheid oor die kontraktereg na vore gekom het sodat daar beslis sprake is van 'n eenvormige groepsgedrag in hierdie verband. Daar was wel nuanses wat 'n mate van die algemene patroon afgewyk het, maar by nadere ondersoek het dit geblyk oppervlakkig te wees en nie van wesenlike belang nie.

Ten spyte van die eiesoortige aanpassing op ideële- en reële ordeningsvlakke vind ook aanpassings op die konflikhanteringsvlak plaas ten einde persoonlike konflik te hanteer en by te lê. Uit die amptelike hofrekords blyk dit duidelik dat die meeste kontraktuele dispute buite die amptelike beregtingsforum bygelê word. Vir hierdie doel word veral gebruik gemaak van onderhandeling en bemiddeling (supra 50-51). Omdat die hantering en bylegging van konflik in hierdie gevalle merendeels in ooreenstemming met die persepsies en waardes van die mense oor hulle kontraktereg geskied,

word die eiesoortige aanpassing verder geperpetueer. Selfs indien die partye nie tot 'n versoening kan kom nie en die beregtigingsprosedure sy verloop neem, wend die hof steeds 'n poging aan om die dispuut by te lê deur bemiddeling (supra 152).

11.4 Regsbeginnels en paradigmas

Weens die feit dat die studie op mikrovlak gedoen is en sover moontlik aan alle aspekte van die kontraktereg aandag gegee is, is heelwat leemtes en teenstrydighede in die beskikbare literatuur blootgelê en is gepoog om dit deur grondige navorsing uit te skakel en die gegewens teoreties te orden. Aan die hand van die algemene beginsels wat eerstehands in die navorsingsgebied blootgelê is, is 'n sistematiese uiteensetting van die inheemse kontraktereg weergegee en 'n teoretiese raamwerk neergelê waarbinne verdere regsontwikkeling kan geskied.

'n Verdere leemte is dat regsbegrippe nie altyd duidelik omskryf word nie. Alhoewel daar 'n sterk neiging bestaan om aan te neem dat daar slegs een paradigma van kontrakte bestaan en die reëls wat as gevolg daarvan veronderstel word algemeen van toepassing is op alle gevalle wat binne die omvang van die kontraktereg val, is daar egter ook ander belangrike verskynsels en fasette wat onderliggend is aan die begrip kontrak.

Al is dit so dat 'n kontrak eerstens die begrip van 'n verbintenis impliseer en dat nie-regsverbintenisse op 'n algemene wyse bespreek kan word en hulle bestaan vooropgestel kan word as morele en sosiale verskynsels, is dit nie maklik om die trefwydte daarvan los te maak van die wisselwerking tussen regs- en morele beskouinge van 'n kontrak nie. Daar kan dus nie aangeneem word dat die begrip kontrak self buite die kader van

die reg val en dat die reg bloot hierdie voorafbestaande verskynsel beheer nie.

Alleenlik met behulp van die reg self kan vasgestel word wat die kontraktereg alles behels en wat 'n kontrak spesifiek is. Daar kan moontlik ook geargumenteer word dat begrippe wat in die algemeen met die kontraktereg in verband staan soos byvoorbeeld beloftes en ooreenkomste, sonder die hulp van die reg geïdentifiseer kan word en dan tot die gevolgtrekking gekom kan word dat die kontraktereg "handel" oor beloftes en ooreenkomste. Uit verdere ondersoek blyk egter dat hierdie begrippe reeds 'n substansiële deel van die reg bevat. Wanneer hierdie begrippe nader ontleed word, vloei daar heelwat probleme uit voort. Alle beloftes en ooreenkomste kan byvoorbeeld nie dien as basis vir 'n geldige kontrak nie. Daar moet eers vasgestel word of die beloftes en ooreenkomste voldoen aan die vereistes wat die regsgeldigheid daarvan bepaal. Daar is andere wat die vraagstuk benader deur eerstens te bepaal of 'n belofte of ooreenkoms as feit tot stand gekom het en tweedens of daardie beloftes en ooreenkomste dan juridies erken moet word as beloftes en ooreenkomste waaruit daar verbintnisse voortvloei. Dit blyk egter dat geeneen van hierdie afleidings korrek is nie. 'n Ooreenkoms of belofte kan nie bloot as feit geïdentifiseer word nie.

'n Belofte of ooreenkoms is 'n sosiaal-morele of regskontruksie en daarom reeds opgeneem in sosiale, morele of regsdoelwitte. Daarbenewens is dit ook nie wenslik om 'n etiese of regswêreld te skep waarin die erkenning van 'n belofte of ooreenkoms 'n blote formaliteit is nie. Wanneer daar dus gepoog word om kontrakte te omskryf, moet daar nie aan kontrakte gedink word as

synde een sentrale paradigmatische tipe van handeling nie, maar eerder aan 'n situasie met verskeie moontlikhede.

11.5 Inheemse kontraktereg en eiesoortigheid

Alhoewel dit moontlik is om die algemene beginsels van die kontraktereg van die Bakwena ba Mogopa van Hebron te omskryf, moet die eiesoortige aard van elke kontrak telkens in gedagte gehou word. Kontrakte word nie alleen gesluit om in materiële lewensbehoefte te voorsien nie, maar ook om sosiale en verwantskapsverhoudinge te bestendig en religieuse verpligtinge na te kom.

Die feit dat sekere regsfigure soos byvoorbeeld kwasikontrakte nie formeel onderskei word nie, kan moontlik verklaar word aan die hand van die konkrete wyse waarvolgens regte en verpligtinge ontstaan. Dit gaan nie soseer oor wat die partye bedoel nie, maar oor wat hulle doen. Dit is dus die manifestasie van die bedoeling wat belangrik is en nie die bedoeling op sigself nie. Gevolglik word kontraktuele verpligtinge deur die partye se handeling geskep. Kontrakte word nie eers geskep en daarna uitgevoer nie. 'n Prestasie is eerder die erkenning van 'n afspraak of verbintenis as wat dit die rede vir die afdwingbaarheid daarvan is. Gevolglik word verpligtinge wat uit kontrakte voortvloei nie formeel onderskei van verpligtinge wat uit kwasikontrakte voortvloei nie. Dit is die handeling wat saak maak en nie die afspraak nie. Daarom word stilswyende ooreenkomste ook nie afsonderlik gegroep as 'n wyse waarvolgens regte en verpligtinge verkry word nie. Uit 'n party se handeling ontstaan die verbintenisse soos byvoorbeeld wanneer 'n bus bestyg word of goedere in 'n afdelingswinkel gekoop word sonder om enigiets te verklaar. "Woorde is in die oë (*diphoko*

di matlhong), met ander woorde, nie alleen moet die partye in mekaar se teenwoordigheid kontrakteer nie, maar die handeling moet ook sigbaar wees (supra 70, 82, 85).

Handelinge waaruit verbintenisse ontstaan moet verder persoonlik verrig word. Geen verbintenis kan uit die handeling van 'n derde ontstaan nie. Dit verklaar die afwesigheid van verskynsels soos verteenwoordiging en 'n beding ten behoeve van 'n derde (supra 118, 121).

Aangesien dit die handeling is waaruit 'n verbintenis voortvloei, word delikte ook nie altyd streng van kontrakte onderskei nie. 'n Party se subjektiewe regte word deur die handeling van 'n ander geskend, en dit is uit hierdie handeling waardeur regte en verpligtinge ontstaan.

11.6 Inheemse kontrak en individualisering

Die grootskaalse verstedeliking van die Bakwena ba Mogopa van Hebron het 'n tydperk ingelui waartydens ook hulle nie alleen tot 'n nuwe bewustheid van hul waardes gekom het nie, maar ook een waartydens daar grondige sosiale en ekonomiese veranderings ingetree het. Baie van die mense het hul landelike verknogtheid vir 'n vryer bestaan in die stede verruil en hulle bevind hulle deesdae in 'n sosiale orde waarin die individu baie meer persoonlike vryheid geniet. 'n Individu se rang of stand is nie meer die allesoorheersende sosiale faktor nie, alhoewel dit steeds 'n belangrike rol speel. Elke mens is in beginsel gelyk en aan niemand anders ondergeskik nie. Dienooreenkomstig is hy vry om homself te verbind en word hierdie vermoë om selfstandig en verantwoordelik op te tree deesdae al hoe meer as 'n fundamentele eienskap en reg beskou waarvan 'n belangrike onderdeel die reg is om kontrakte te kan sluit. Hierdie reg en vryheid om kontrakte te sluit

dra die betekenis dat 'n party in beginsel vry is om te besluit of hy wil kontrakteer al dan nie, en indien wel, met wie. Dit beteken ook dat daar in beginsel geen formaliteite (soos skrif) vir die totstandkoming van die kontrak vereis word nie en dat die partye enige geoorloofde inhoud aan hulle kontrak kan gee en die reëlende reg kan wysig om by hulle behoeftes aan te pas. Dit hou ook in dat daar nie *ex post facto* met 'n kontraktuele verhouding ingemeng behoort te word nie en dat dit afgedwing moet word soos die partye ooreengekom het.

Die vraag ontstaan egter of hierdie nuwe bewustheid van individuele bevoegdhede en waardes, nie besig is om aanleiding te gee tot 'n oorgeïdealiseerde selfbeeld by hierdie mense nie, naamlik dat elkeen in staat is om rasioneel en ten beste in sy eie belang op te tree. Die werklikhede van die Westerse geldeconomie, die massamens en die handelsverkeer wat daaruit voortgevloei het, weerspreek lank reeds die idee van die individualistiese, ongebonde, ondernemende mens. Kontraksluiting wat die gevolg van onderhandeling tussen twee wilsvrye individue is, is grotendeels reeds vervang deur massakontraktering waartydens min of geen onderhandeling plaasvind nie.

Die moderne Westerse siening van die kontrak, naamlik dat dit 'n produk van wilsooreenstemming tussen die partye is en dat wilsooreenstemming te vinde is in die redelike vertroue wat oor en weer tussen die partye opgewek is, impliseer dat elke party 'n sekere verwagting ten opsigte van die kontrak gekoester het en dat hy daarmee tevrede is. Indien alle partye vryelik tot die ooreenkoms toetree en elkeen in staat is om sy eie omstandighede en behoeftes ten beste in ag te neem, kom kontraktuele geregtigheid tot sy reg

indien daar aan die redelike verwagtinge van die partye voldoen word. Kontraktuele geregtigheid is egter grootliks van die aard van die gemeenskap waarbinne dit moet funksioneer en die gemeenskapsoortuiging afhanklik. In enige kapitalisties-georiënteerde gemeenskap bly 'n kontrak steeds die belangrikste middel waardeur privaatregtelike verhoudinge en die verwisseling van eiendom kan plaasvind en moet kontraktuele geregtigheid dus binne hierdie verband omskryf word. By die teikengroep lê kontraktuele geregtigheid hoofsaaklik in ruilgeregtigheid (*quid pro quo*) alhoewel ook uitvoering gegee word aan redelike verwagtinge (supra 67). Kontrakteervryheid word egter nie as beginsel gestel bo kontraktuele geregtigheid nie.

Met die klem op die subjekte eerder as op die objekte van die prestasies, toon die kontrakte van die mense van Hebron 'n baie sterk individuele karakter wat tot gevolg het dat die inhoud en uitwerking van die bedinge op die kontrakterende partye deurentyd onderskei word en daar nie soseer klem geplaas word op die totstandkoming van kontrakte nie. Die resultaat hiervan is dat die inhoud van bedinge wat regsaanpassing moontlik kan beïnvloed beheer word deur geëgte lewensreëls en waardes. Sodoende word verseker dat alle fasette van kontrakte, te wete die totstandkoming, inhoud, oordrag, uitvoering en tenietgaan daarvan in die openbare belang aan hierdie waardes voldoen is.

Alhoewel die gronde waarop 'n kontrak in die praktyk tot niet gemaak word ook by hierdie mense hoofsaaklik dié is wat met wilsgebreke by kontraksluiting verband hou, naamlik dwaling, wanvoorstelling, vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding (supra 83-90), word in die jongste tyd al hoe

meer klem gelê op die geoorlooftheid van 'n kontrak. Vandaar die fynere onderskeid van kontrakte wat teen die openbare belang en goeie sedes indruis (supra 96). Daarom kan dus vermeld word dat die kontrak as instrument waardeur nie slegs by uitstek aan die handels- en regsverkeer deelgeneem word nie, nie by hierdie mense los staan van die beproefde regs- en juridies-etiese grondslae daarvan nie. Gevolglik moet verwag word dat enige poging om 'n verandering aan hierdie toedrag van sake te bewerkstellig, met 'n mate van onsekerheid en selfs ernstige vooroordeel bejeën sal word.



UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

Aangehaalde literatuur

Allott, A.N., Epstein, A.L. and Gluckman, M. 1969^a. "Agreements and transactions: contracts" in Gluckman, M. (Ed.). *Ideas and procedures in African customary law*. London: Oxford University Press

Allott, A.N., Epstein, A.L. and Gluckman, M. 1969^b. "Introduction" in Gluckman, M. (Ed.). *Ideas and procedures in African customary law*. London: Oxford University Press

Barnard, A.H., Cronje, D.S.P. en Olivier, P.J.J. 1990. *Die Suid-Afrikaanse persone- en familiereg*. Tweede uitg. deur Cronje, D.S.P. Durban: Butterworths

Bekker, J.C. 1989. *Seymour's customary law in Southern Africa*. Fifth ed. Cape Town: Juta

Bennett, T.W. 1991. *A sourcebook of African customary law for Southern Africa*. Cape Town: Juta

Bernard, H.R. 1989. *Research methods in cultural anthropology*. London: Sage Publications

Breutz, P.L. 1953^a. *The tribes of Rustenburg and Pilanesberg Districts*. Ethnological Publications, 28. Pretoria: Government Printer

Breutz, P.L. 1953^b. *The tribes of Marico district*. Ethnological Publications, 30. Pretoria: Government Printer

Büchner, J.J. 1984. "Word twee deelgenote se gebruikelike verbinding deur hul daaropvolgende huwelik ontbind?" *De Jure*, vol. 17, pp. 187-192

Campbell, A. 1970. "Bangwaketse marriage and dissolution of marriage". 3 *CILSA*, pp. 212-224, 325-347

Christie, P.H. 1983. *The law of contract in South Africa*. Durban: Butterworths

Church, J. 1990. "Betrothal and marriage: contractual aspects" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik

Coertze, P.J. 1980. *Filosofiese en metodologiese grondslae van die volkekunde*. Pretoria: Lex Patria

Coertze, R.D. 1971. *Die familie-, erf- en opvolgingsreg van die Bafokeng van Rustenburg met verwysing na prosesregtelike aspekte*. Pretoria: SABRA

Coertze, R.D. 1973. "Die regstelsel van primitiewe volke" in Coertze, P.J. (red.). *Inleiding tot die algemene volkekunde*. Johannesburg: Voortrekkerpers

Coetzee, J.H. et al 1985. *Privaatreg van ses Tswanastamme in die Republiek van Bophuthatswana*. Ongepubliseerde verslag, Ipas, P.U. vir C.H.O.

Corbin, A.L. 1963. *Corbin on contracts*. Vol. 1, St. Paul, Minn: West Publishing Company

De Beer, F.C. 1986. *Groepsgebondenheid in die familie-, opvolgings- en erfreg van die Noord-Ndebele*. D.Phil.-proefskrif, Universiteit van Pretoria, Pretoria

De Wet, J.C. en Yeats, J.P. 1978. *Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg*. Vierde uitg. deur J.C. de Wet en A.H. van Wyk. Durban: Butterworths

Dlamini, C.R.M. 1990. "The future of African customary law" in Sanders, A.J.G.M. (Ed.). *The internal conflict of laws*. Durban: Butterworths

Du Plessis, L.M. 1987. "Vryheid in gesagsverskeidenheid". *De Jure*, Vol. 20, pp. 100-122

- Elias, T.O. 1956. *The nature of African customary law*. Manchester: Manchester University Press
- Ellenberger, D.F. 1912. *History of the Basuto*. London: Oxford University Press
- Eloff, J.F. 1973. "Sosiale organisasie" in Coertze, P.J. (red.). *Inleiding tot die algemene volkekunde*. Johannesburg: Voortrekkerpers
- Fallers, C.A. 1969. *Law without precedent: legal ideas in action in the courts of colonial Busaga*. Chicago: University of Chicago Press
- Farlam, E.G. et al 1988. *Contract: cases, materials and commentary*. Third ed. Cape Town: Juta
- Freilich, M. 1977. *Marginal natives at work: anthropology in the field*. New York: John Wiley
- Ghai, Y.P. 1969. "Customary contracts and transactions in Kenya" in Gluckman, M. (Ed.). *Ideas and procedures in African customary law*. London: Oxford University Press
- Gluckman, M. 1965. *The ideas in Barotse jurisprudence*. London: Yale University Press
- Gluckman, M. 1967. *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press
- Gulliver, P.H. 1977. "On mediators" in Hamnet, I. (Ed.). *Social anthropology and law*. London: Academic Press
- Hahlo, H.R. 1975. *The South African law of husband and wife*. Fourth ed. Cape Town: Juta

- Hartman, J.B. 1978. *Die samehang in die privaatreg van die Changana Tsonga van Mhala, met verwysing na die administratiefregtelike en prosesregtelike funksionering*. D.Phil.-proefskrif, Universiteit van Pretoria, Pretoria
- Hiebert, P.G. 1976. *Cultural anthropology*. Philadelphia: J.B. Lippencott
- Hoebel, E.A. 1954. *The law of primitive man. A study in comparative legal dynamics*. Cambridge: Harvard University Press
- Hoebel, E.A. and Weaver, T. 1979. *Anthropology and the human experience*. New York: McGraw-Hill
- Hooker, M.B. 1975. *Legal pluralism: an introduction to colonial and neo-colonial laws*. London: Oxford Clarendon Press
- Hosten, W.J. et al 1980. *Introduction to South African law and legal theory*. Durban: Butterworths
- Holy, L. and Stuchlick, M. 1983. *Actions, norms and representations: foundations of anthropological inquiry*. Cambridge: Cambridge University Press
- Hunter, D.E. 1976. *Encyclopedia of anthropology*. New York: Harper and Row
- Joubert, D.J. 1987. *General principles of the law of contract*. Cape Town: Juta
- Joubert, N. 1991. "Die klassifikasie van nuwe verskyningsvorme van kontrakte". *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, no. 2, pp. 250-267
- Kerr, A.J. 1982. *The principles of the law of contract*. Derde uitg. Durban: Butterworths
- Labuschagne, J.M.T. 1983. "Regsdinamika: opmerkinge oor die aard van die wetgewingsproses". *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, band 46, no. 4, pp. 422-435

Labuschagne, J.M.T. 1985. "Regsakkulturasie en wetsuitleg". *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, band 48, no. 1, pp. 64-80

Language, F.J. 1943. *Stamregering by die Tlhaping*. Stellenbosch: Pro Ecclesia

Lawless, R., Sutlive, V.H. jr. and Zamora, M.D. 1983. *Fieldwork: the human experience*. New York: Gordon and Breach Science Publishers

Lestrade, G.P. 1928. "Some notes on the political organisation of the Bechwana". *South African journal of science*, no. 25, pp. 427-432

Mahoney, N. 1977. "Contract and neighbourly exchange among the Birwa of Botswana". *Journal of African Law*, pp. 40-65

Maine, A. 1917. *Ancient law*. London: Everyman Edition

Matthews, Z.K. 1940. "Marriage customs among the Rolong". *Africa*, vol. 13, pp. 1-24

M'Baye, K.M. 1975. "The African conception of law". *International encyclopedia of comparative law*, vol. II.

Moore, S.F. 1969. "Descent and legal position" in Nader, L. (Ed.). *Law in culture and society*. Chicago: University Press

Moore, S.F. 1983. *Law as process: an anthropological approach*. London: Routledge and Kegan Paul

Myburgh, A.C. 1981. "Inheemse Reg as reg". *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, band 44, no. 3, pp. 229-235

Myburgh, A.C. 1985. *Papers on indigenous law in Southern Africa*. Pretoria: Van Schaik

- Nader, L. 1969. *Law in culture and society*. Chicago: Aldine Publishing Company
- Nader, L. and Todd, H.F. 1978. *The disputing process: law in ten societies*. New York: Columbia University Press
- Nathan, C.K. 1990^a. "Farming out (*mafisa*)" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik
- Nathan, C.K. 1990^b. "Bailment" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik
- Nathan, C.K. 1990^c. "Mandate" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik
- Olivier, N.J.J., Olivier, N.J.J. jr. en Olivier, W.H. 1989. *Die privaatreë van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes*. Derde uitg. Durban: Butterworths
- Pauw, H.C. 1985. *Die persone-, sake- en immateriële goedere-, kontrakte- en deliktereg van die Imidushane (Amakhosa) en Amabhele (Amamfengu) van Ciskei*. Ongepubliseerde verslag, Universiteit van Port Elizabeth, Port Elizabeth
- Pelto, P.J. 1970. *Anthropological research: the structure of inquiry*. New York: Harper and Row Publishers
- Pospisil, L. 1971. *Anthropology of law: a comparative theory*. New York: Harper and Row Publishers
- Pospisil, L. 1978. *The ethnology of law*. California: Cummings Publishing Company
- Prinsloo, M.W. 1989. "Belangrikheid van boekstawing van die inheemse reg". *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, no. 3, pp. 420-428

Prinsloo, M.W. 1990^a. "Veldwerkmotodiek in die inheemse reg". *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, no. 2, pp. 223-238

Prinsloo, M.W. 1990^b. "Exchange" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik

Prinsloo, M.W. and Vorster, L.P. 1990^a. "Elements of a contract" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik

Prinsloo, M.W. and Vorster, L.P. 1990^b. "Parties" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik

Rascher, S.B. 1988. *Familieregtelike ordening van die Suid-Sotho van Smithfield*. D.Phil.-proefskrif, Universiteit van die Oranje-Vrystaat, Bloemfontein

Roberts, S. 1970. "The Maletse law of contract: a reply". *Botswana notes and records*, no. 2, pp. 62-63

Roberts, S. 1979. *Order and dispute: an introduction to legal anthropology*. Oxford: Penguin Books

Ruby, J. 1982. *A crack in the mirror. Reflective perspectives in anthropology*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press

Sanders, A.J.G.M. 1983. "Comparative law, law reform and the recording of African customary law". *De Jure*, vol. 16, pp. 321-329

Schapera, I. 1965. "Contract in Tswana case law". *Journal of African Law*, vol. 9, no. 3, pp. 142-153

Schapera, I. 1969. "Contract in Tswana law" in Gluckman, M. (Ed.). *Ideas and procedures in African customary law*. London: Oxford University Press

- Schapera, I. 1970. *A handbook of Tswana law and custom*. New Impression. London: Frank Cass and Company Ltd.
- Scott, S. 1977. *Sessie in die Suid-Afrikaanse reg*. LL.D.-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika, Pretoria
- Strydom, S.L. 1985. *Sake-, kontrakte- en deliktereg van die Suid-Sotho van Qwaqwa*. D.Phil.-proefskrif, Universiteit van die Oranje-Vrystaat, Bloemfontein
- Suttner, R.S. 1968. "The study of 'Bantu law' in South Africa. A review article". *Acta Juridica*, pp. 147-156
- Twining, W.C. 1964. *The place of customary law in the national legal systems of East Africa*. Chicago: Law School, University of Chicago
- Van Blerk, A.E. 1990^a. "Loan" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik
- Van Blerk, A.E. 1990^b. "Lease" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik
- Van der Walt, C.F.C. 1989. "Enkele uitgangspunte vir 'n Suid-Afrikaanse ondersoek na beheer oor onbillike kontrakbedinge." *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, band 42, no. 1, pp. 81-93
- Van Niekerk, G.J. 1990^a. "Gift" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik
- Van Niekerk, G.J. 1990^b. "Maintenance" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik
- Van Zyl, D.H. 1977. *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreë*. Durban: Butterworths

Verhelst, T.G. 1968. *Safeguarding African customary law: judicial and legislative processes for its adaptation and integration*. Los Angeles: African studies centre, University of California

Verloren Van Themaat, R. 1971. "Bantoe-ontwikkeling - wat kan juriste daaraan doen?" *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, band 42, no. 1, pp. 223-239

Verloren Van Themaat, R. 1980. "Die verfyning van die reg vir Swartes in Suid-Afrika". *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, band 43, no. 3, pp. 237-254

Verloren Van Themaat, R. 1986. "Die oplossing van gesinsprobleme deur toepassing van gewoontereg by 'n gemeenregtelike huwelik van Swartmense - Phuthuma en die benadering van die Hoexter-kommissie tot versoening en bemiddeling". *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, band 49, No. 1, pp.100-110.

Vermaak, T.J.T. 1966. *'n Ondersoek na die sosiale organisasie en politieke stelsel van die Bakwena ba Mogopa*. M.A.-verhandeling, Universiteit van Pretoria, Pretoria

Vorster, L.P. 1981^a. *Grondbesit en grondgebruik by die Bakwena Bamare-a-Phogole*. D.Phil.-proefskrif, P.U. vir C.H.O., Potchefstroom

Vorster, L.P. 1981^b. "Kinship" in Myburgh, A.C. (Ed.). *Anthropology for Southern Africa*. Pretoria: Van Schaik

Vorster, L.P. 1983. *Volkekunde en inheemse reg*. Intreerede, Universiteit van Suid-Afrika, Pretoria

Vorster, L.P. en Maree, G.H. 1989. *Inheemse Reg: enigste studiegids vir IHR202-T/LWF404-N*. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika

Vorster, L.P. 1990^a. "Employment" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik

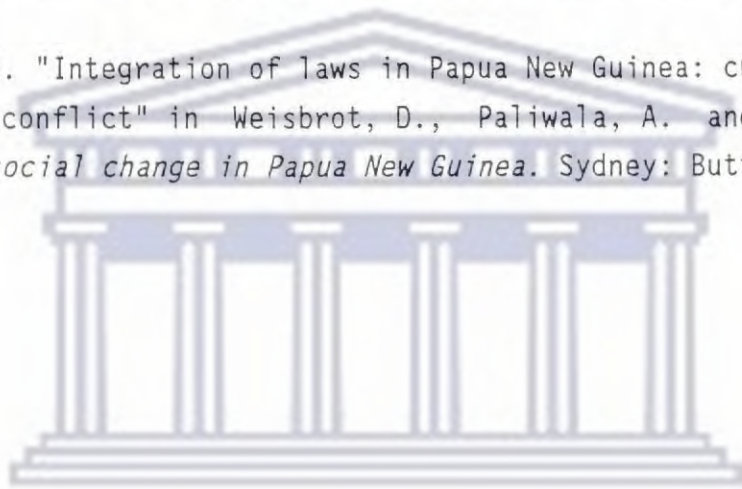
Vorster, L.P. 1990^b. "Independent service" in Centre for Indigenous Law (Ed.). *Indigenous contract in Bophuthatswana*. Pretoria: Van Schaik

Vorster, L.P. 1990^c. "Dienslewering: 'n vergelykende perspektief met verwysing na die inheemse Tswanareg en die Suid-Afrikaanse gemene reg". *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Etnologie*, vol. 13, no. 4, pp. 149-158

Walker, J.M. 1969. "Bamalete contract law". *Botswana notes and records*, no. 1, pp. 65-76

Walker, D.M. 1980. *The Oxford companion to law*. Oxford: Clarendon Press

Weisbrot, D. 1982. "Integration of laws in Papua New Guinea: custom and the criminal law in conflict" in Weisbrot, D., Paliwala, A. and Sawyer, A. (Eds.). *Law and social change in Papua New Guinea*. Sydney: Butterworths



UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE

Aangehaalde sake

Barclays Bank (DC en O) Ltd. v. Riversdale Dried Fruit Co. (Pty.) Ltd. 1949 (1) SA 937 (C)

Biyela v. Biyela 1975 A.C. (N-E) 27 (Eshowe)

B.K. Tooling (Edms.) Bpk. v. Scope Precision Engineering (Edms.) Bpk. 1979 (1) SA 392 (A) 415

Consolidated Frame Cotton Corp. Ltd. v. Sithole 1985 (2) SA 18 (N)

Coronel's Curator v. Coronel's Estate 1941 AD 323

Eastern Rand Exploration Co. v. Nel & Others 1903 TS 42

Goitumelang v. Lekwee, Ngwaketse 74/1913

Isaacson v. Walsh en Walsh (1903) 20 SC 569

Joel Melamed and Hurwitz v. Cleveland Estates (Pty.) Ltd. 1984 (3) SA 155 (A)

Katz v. Efthimiou 1948 (4) SA 603 (O) 610

Lequoa v. Sipamla 1944 NAC (C&D) 85

Magna Alloys and Research (SA) (Pty.) Ltd. v. Ellis 1984 (4) SA 874 (A)

Norvick v. Benjamin 1972 (2) SA 842 (A).

S.A. Metropolitan Life Assurance Co. Ltd. v. Ferreira 1962 (4) SA 213 (O)

Seremane v. Tabana (Chief's Court, No. 93/1961)

Sibex Engineering (Pty.) Ltd. v. Van Wyk and Another 1991 (2) SA 482 (T.P.A.)

Sweet v. Ragergahara (1978) (1) SA 311 (D) 138C.

Tucker Land and Development Corporation v. Hovis 1980 (1) SA 645 (A) 651B

Aangehaalde wette

Bophuthatswana-Wet op Magistraatshowe, Wet 10 van 1973

Bophuthatswana-Wet op die Registrasie van Gebruiklike Verbindings, Wet 8 van 1977

Bophuthatswana-Wet op Tradisionele Owerhede, Wet 23 van 1978

Bophuthatswana-Wet op Tradisionele Howe, Wet 29 van 1979

Bophuthatswana Huwelikswet, Wet 15 van 1980

Die Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg, Wet 3 van 1988

Huwelikswet, Wet 25 van 1961

Wysigingswet op Tradisionele Howe, Wet 36 van 1989.



UNIVERSITY *of the*
WESTERN CAPE