

**DE FACTO HUWELIKE - TYD VIR 'N NUWE BENADERING
IN DIE SA REG?**

deur

ELSJE JACOBA JOHANNA DERCKSEN

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir
die graad

MAGISTER LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

STUDIELEIER: PROF J HEATON

JANUARIE 1997

OPSOMMING

Die regsposisie van die deelgenote tot 'n *de facto* huwelik word krities ondersoek met inagneming van die huidige Suid-Afrikaanse regsposisie, oorsigtelike regsvergeelyking, die morele argument, en die invloed van die Grondwet van Suid-Afrika. Die verskillende vorme van *de facto* huwelike in sy breë interpretasie word in oënskou geneem en die volgende verbindings word bespreek: saamwoonverhoudings; inheemsregtelike huwelike; huwelike voortspruitend uit godsdienstige tradisies; en homoseksuele huwelike.

Dit word gevind dat die Suid-Afrikaanse regsposisie tans baie onbevredigend is. Sekere voorstelle vir wysigings word aan die hand gedoen, en daar word gewys op die unieke kenmerke van die Suid-Afrikaanse situasie wat in ag geneem moet word in die vorming van 'n nuwe benadering. Dit word bepleit dat die regslui die uitdaging moet aangryp en met innoverende denke 'n nuwe bestel vir die Suid-Afrikaanse reg moet skep wat buigbaar en soepel is, maar terselfdertyd regsekerheid bevorder.

SUMMARY

The legal status of the parties to a *de facto* marriage is investigated, taking into consideration the present South African position, legal comparison, the moral argument, and the influence of the Constitution of South Africa. The different forms of the *de facto* marriage in its wide interpretation are reviewed and the following relationships are discussed: cohabitation relationships; customary marriages; marriages resulting from religious traditions; and homosexual relationships.

It is found that the present South African legal position is very unsatisfactory. Several suggestions for amendments are made, and the unique characteristics of the South African situation to be taken into consideration in forming a new approach, are highlighted. It is pleaded that the legal profession accept the challenge to create, with innovation, a new system for South African law which will be flexible, but, will at the same time ensure certainty in law.

Key terms:

De facto marriages; *de facto* relationships; cohabitation; cohabitation relationships; customary marriages; homosexual relationships; South African legal status; legal reform; moral argument; legal comparison; the Constitution of South Africa

INHOUDSOPGAWE

	Bladsy
BIBLIOGRAFIE	i
SAKELYS	v
WETGEWING	vii
Hoofstuk	
1. OMSKRYWING VAN DE FACTO HUWELIKE	1
2. DIE REGSGEVOLGE: STATUS VAN PARTYE TOT VERHOUDING	
2.1 STATUS VAN PARTYE GEDURENDE DIE BESTAAN VAN DIE HUWELIK	4
2.2 STATUS VAN PARTYE BY ONTBINDING VAN DIE HUWELIK	9
3. DIE REGSGEVOLGE: VERMOËNSREGTELIKE GEVOLGE	
3.1 DIE HUIDIGE SUID-AFRIKAANSE REGSPOSISIE	
3.1.1 Gedurende die bestaan van die huwelik	10
3.1.2 By ontbinding van die huwelik	
3.1.2.1 Ontbinding deur die dood	13
3.1.2.2 Ontbinding gedurende die lewe	14
3.2 REGSVERGELYKING : HANTERING VAN EIENDOMSGESKILLE TUSSEN DE FACTO EGGENOTE NA ONTBINDING VAN DIE VERHOUDING GEDURENDE DIE LEWE	
3.2.1 Die Statebondslande	18
3.2.2 Swede	20

4.	DIE REGSGEVOLGE: STATUS VAN KINDERS GEBORE UIT DIE VERHOUDING	
4.1	STATUS VAN KIND AS PERSOON	24
4.2	DIE BUIITE-EGTELIKE VADER SE REGTE	
4.2.1	Die huidige Suid-Afrikaanse regsposisie	30
4.2.1.1	Inheemse reg	30
4.2.1.2	Moslemreg	32
4.2.2	Onlangse regsontwikkeling	33
4.2.3	'n Regsvergelykende perspektief	38
5.	HOMOSEKSUELE HUWELIKE	
5.1	DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPOSISIE	40
5.2	REGSVERGELYKING TEN OPSIGTE VAN DIE ERKENNING VAN HOMOSEKSUELE HUWELIKE	43
6.	INVLOED VAN DIE GRONDWET VAN SUID-AFRIKA 1993 EN 1996	
6.1	ALGEMEEN	46
6.2	DIE POTENSIEEL POLIGINIESE HUWELIK: DIE INHEEMSREGTELIKE HUWELIK VAN SWARTES EN HUWELIKE INGEVOLGE MOSLEM- EN HINDOEGERBRUIK.	49
6.3	BUIITE-EGTELIKE VERHOUDINGS EN BUIITE-EGTELIKE OUERSKAP	53
6.4	HOMOSEKSUELE EN LESBIESE HUWELIKE	56
6.5	ANDER	58
7.	DIE MORELE ARGUMENT	59

8.	VOORSTELLE VIR WYSIGINGS IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	64
8.1	DIE INHEEMSREGTELIKE HUWELIK VAN SWARTES EN HUWELIKE INGEVOLGE MOSLEM- EN HINDOEERGEBUIK	66
8.2	SAAMWOONVERHOUDINGS	70
8.3	HOMOSEKSUELE HUWELIKE	74
8.4	STATUS VAN KINDERS	75
8.5	REGTE VAN DIE BUIITE-EGTELIKE VADER	75
9.	GEVOLGTREKKING	79

BIBLIOGRAFIE

Agell "Die Schwedisch Gesetzgebung über nichtelich Lebensgemeinshafden"
Familien Recht 1990

Aristoteles *The Politics of Aristotle* vertaling deur Ernest Barker Boek VIII "Political
Ideal and Educational Principles" New York: Oxford University Press 1958

Arntzenius, H J *Institutiones juris Belgici de conditione hominum* Groningen en
Utrecht 1783-1798

Barnard, A H, Cronje, D S P en Olivier, P J J *Die Suid-Afrikaanse Persone- en
Familiereg* Derde uitgawe Durban Butterworths 1994

Beit-Hallami, B "Psychology of Religion 1880-1939: The Rise and Fall of a
Psychological Movement" *The Journal of History of the Behavioral Sciences* Vol.
10 1974 84

Bennett, T W, Devine, D J, Hutchison, D B, Leeman, I, Murray, C M en Van Zyl
Smit, D (red) *African Customary Law* Kaapstad Juta 1991

Boberg, P Q R *The Law of Persons and the Family* Kaapstad Juta 1977

Bosman, F (ed) *Social Welfare Law* Johannesburg Lex Patria 1981

Burman, S and Preston-Whyte *Questionable Issue? Illegitimacy in South Africa*
Kaapstad Oxford University Press 1992

Cameron "Sexual orientation and the Constitution: A test case for human rights"
1993 *SALJ* 450

Church "Secundum ius et aequitatem naturalem: a note on the recent decision in
Van Erk v Holmer" 1992 *Codicillus*

Cretney, S M en Masson, J M *Principles of Family Law* Vyfde uitgawe London:
Sweet & Maxwell 1990

De Vos, P "Seksuele georiënteerdheid en die familiereg : Reaksie op P J Visser"
1996 (59) *THRHR*

Die Burger 25 Mei 1996

Eckhard B "Toegangsregte tot buite-egtelike kinders - Behoort die wetgewer in te
gryp?" 1992 *TSAR*

Elle South Africa August 1996

Elliot *The South African Notary* Sesde uitgawe deur Lowe, M J, Dale, M O, De

Kock, A, Froneman, S L en Lang, A J G Johannesburg Juta 1987

European Law "Article 14 of European convention on human rights" Tyger Internet 1995 (<http://www.tyger.co.uk/sig/law.html>)

Fagan, Patrick F "Why religion matters: the impact of religious practice on social stability" *The Heritage Foundation, Backgrounder No. 1064* 25 January 1996

Fineman, M L "Law and changing patterns of behaviour: sanctions on non-marital co-habitation" 1981 *Wisconsin LR*

Freeman, M D A and Lyon, C M *Cohabitation without Marriage* Aldershot Gower 1983

Goldberg, V "The right of access of a father of an illegitimate child: further reflections" *THRHR* 1996 288

Grotius, Hugo (De Groot) *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* (1631) red met notas deur Groenewegen en Schorer Amsterdam 1767

Hahlo, H R *The South African Law of Husband and Wife* Vyfde uitgawe Kaapstad Juta 1985

Heaton, J "Should the consent of the father of an illegitimate child be required for the child's adoption? A suggestion for the reform of the South African law" 1989 *CILSA*

Heyns, J A *Teologiese Eتيك: Sosiale Eتيك* Pretoria NGKB 1986

Honoré T en Cameron E *Honorè South African Law of Trusts* Vierde uitgawe Kaapstad Juta 1992

Horak "Om te trou of nie te trou nie - besluit in *Van Erk v Holmer* aangeval" 1992 *De Rebus*

Hutchings, S en Delport, E "Cohabitation: a responsible approach" *De Rebus* 1992 121

Hutchings, S "Reg van toegang vir die vader van die buite-egtelijke kind - outomatiese toegangsregte - sal die beste belang van die kind altyd seëvier? *Van Erk v Holmer* 1992 2 SA 636 (W)" *THRHR* 1993 (56)

Ilga Euroletter 30 January 1995
(<http://fglb.qrd.org.8080/home/delmas/fqrd/assocs/ilga/euroletter/30.html>)

Jensen, S e.a. (ed) *ILGA Newsletter* 30 January 1995 LBL Copenhagen

Kahn, E (red) *Fiat Iustitia: Essays in Honour of Oliver Deneys Schreiner* Kaapstad Juta 1983

Krause "Equal protection for the illegitimate" 1965 *Michigan Law Review* 477

Kruger, J M, Blackbeard, M en De Jong, M "Die vader van die buite-egtelike kind se toegangsreg : S v S" 1993 2 SA 200 (W) *THRHR* 1993 (56)

Larson, David B "Religious Involvement" *Family Buidling* (ed) G.E. Rekers Ventura Cal. Regal 1985 121

Lee & Honore *Family, Things and Succession* 2 ed deur Erasmus, H J, Van der Merwe, C G en Van Wyk, A H Durban Butterworths 1983

Louw (red) *South African Human Rights Yearbook 1994 1995* 288

Maithufi, I P "Customary Law of Marriage and a Bill of Rights in South Africa: Quo Vadis" *THRHR* 1996

Martin, A "Why get married? More couples find 'living in sin' a good family value" *The Utne Lens 1995 - A Publication of Utne Reader* (webkeeper@utne.com)

Meyerowitz, D *The Law and Practice of Administration of Estates and Estate Duty* Sesde uitgawe The Taxpayer CC 1989

National Institute of Healthcare Research May 1993 opsomming van: A. Thorton, W. Axxinn, and D. Hill "Reciprocal Effects of Religiosity, Cohabitation, and Marriage" *American Journal of Sociology*, Vol. 98 1992

Ohannesian en Steyn "To see or not to see? - that is the question (The right of access of a natural father to his minor illegitimate child)" 1991 *THRHR*

Pearl D *Textbook on Muslim Law* Londen: Croom Helm 1979

Peart N S "A Comparative View of Property Rights in *De Facto* Relationships: are we all driving in the same direction?" *Otago Law Review* 1989

Sande *Commentarius de prohibita rerum alienatione ed opera omnia Juridica* Groningen 1683

Schäffer, I D (red) *Family Law Service* Durban Butterworths 1993

Schwellnus, T "Marriage and Fundamental rights" *Obiter* 1995

Schwellnus, T "The value of Swedish law on cohabitation as basis for legal reform in South Africa" *Obiter* 1995

Sentrale Statistiekdiens Bevolkings Sensusverslag No 02-80-12 (1980)

Sentrale Statistiekdiens Bevolkings Sensusverslag No 02-85-06 (1985)

Sentrale Statistiekdiens Bevolkings Sensusverslag No 03-01-22 (1991)

Sinclair J bygestaan deur Heaton J *The law of marriage* Volume 1 Juta 1996

Sonnekus, J C en Van Westing, A "Faktore vir die erkenning van 'n sogenaamde reg van toegang vir die vader van 'n buite-egtelike kind" *TSAR* 1992 232

Spiro E *Law of Parent and Child* Kaapstad Juta 1985

Thomas "Konkubinaat" *THRHR* 1984

Van der Westhuizen, W M "Trusts, beware of the pitfalls" *Voortgesette Regsopleiding* 1996

Van der Keessel, D G *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* red en vertaling deur Van Warmelo, P, Coertze, L I en Gonin, H L Amsterdam en Kaapstad 1962 en 1967

Van Leeuwen S *Het Roomsche Hollandsche Recht* (1664) 12 ed, *op nieuws overgezien en met aantekeningen uitgebreid door C W Decker* Amsterdam 1780-1783

Van der Vyver, J D en Joubert, D J *Persone- en Familiereg* Kaapstad Juta 1985

Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie "Marriages and Customary Unions of Black Persons" (*Projek 51*) Oktober 1986

Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie "'n Vader se regte met betrekking tot sy buite-egtelike kind" (*Projek 79*) Julie 1994

Visser, P J en Potgieter, J M *Family Law: cases and materials* Kaapstad Juta 1994

Visser, P J "Enkele gedagtes oor fundamentele regte en die familiereg" *THRHR* 1995 705

Voet, J *Commentarius ad Pandectas* The Hague 1698-1704

Wessels, J W *History of the Roman-Dutch Law* Grahamstad African Book Company 1908

Wille's Principles of South African Law Agste uitgawe deur Hutchison, D, Van Heerden, B, Visser, D P en Van der Merwe, C G (red) Kaapstad Juta 1991

SAKELYS

Aburrow v Wallis (1893) 10 SC 214
Allen v Snyders (1977) 2 NSWLR 690
Ally v Dinath 1984 (2) SA 451 (T)
B v S 1995 3 SA 571 (A)
Badenhorst v Badenhorst 1964 (2) SA 676 (T)
Baehr v Lewin 852 P2d 44 (Hawaii 1993)
Baumgartner v Baumgartner (1988) 76 ALR
Burns v Burns (1984) All ER 244, (1984) 2 WLR 582
Carelse v Estate De Vries (1906) 23 SC 532
Coetzee, Ex parte (1946) OPD 21
De Klerk v Du Plessis 1995 (2) SA 40 (T)
De Klerk's Estate v Rowan 1922 EDL 334
Docrat v Bhayat 1932 TPD 125
Dunn, Ex parte 1989 (2) SA 429 (N)
Edwards v Flemming 1909 TH 232
Egan v Canada 1224 DLR 4th 609 414
Estate Metha v Acting Master, High Court 1958 (4) SA 252 (FC)
Eves v Eves (1975) 3 All ER 786 (A); (1975) 1 WLR 1338
Fink v Fink 1945 WLD 226
Gissing v Gissing (1971) AC 904
Green v Fitzgerald 1914 AD 104
Hall v Hall (1981) 3 FLR 379
Haupt v Van den Heever's Executor (1888) 6 SC 49
Hussey v Palmer (1972) 1 WLR 1284
Isaacs v Isaacs 1949 (1) SA 952 (C)
Ismail v Ismail 1983 (1) SA 1006 (A)
Kader v Kader 1972 (3) SA 203 (RA)
Keogh v Gillies ongerapporteerde
Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers 1994 (3) SA 283 (A)
Louisa and Protector of Slaves v Van der Berg (1830) 1 Menz 471
Loving v Virginia 388 US 1 (1966)
Malaza v Mndaweni 1974 BAC (C) 45
Mandela v Falati 1995 (1) SA 251 (W)
Marvin 557 P 2d 106
Maynard v Hill 124 US (1887) 211
Moegamat Faud Ryland v Theodrayad Edros (K) ongerapporteerde
Mühlman v Mühlman 1984 (3) SA 102 (A)
Nathan Woolf, Ex parte 1944 OPD 266
Nkabinde v SA Motor & General Insurance Co Ltd 1961 (1) SA 302 (D)
Nkambula v Linda 1951 (1) SA 377 (A)
Nortjé v Pool NO 1966 (3) SA 96 (A)
Owen v Owen 1968 (1) SA 480 (E)
Palmore v Sidoti 46 US 429 (1984)
Pasi v Kamana (1986) 4 NZFLR 417
Pezzutto v Dreyer 1992 (3) SA 379 (A)
Peter v Minister of Law and Order 1990 4 SA 6 (E)

Pettit v Pettit (1970) AC 795
Rattigan v Chief Immigration Officer, Zimbabwe 1995 2 SA 182 (ZSC)
S vs UK (Application 11716/85)
S v H 1993 2 SACR 545 (K)
S v S 1993 (2) SA 200 (W)
Samente v Minister of Police 1978 (4) SA 632 (E)
Seedat's Executors v The Master (Natal) 1917 AD 302
September v Karriem 1959 (3) SA 687 (C)
Sesing v Minister of Police 1978 (4) SA 742 (W)
Solomons v Abrams 1991 (4) SA 437 (W)
Sorochan v Sorochan (1986) 29 DRL (4th) 1 (SCC)
Stanley v Stanley (1960) 23 DLR (2d)
Suid-Afrikaanse Nasionale Trust en Ass Mpy Bpk v Fondo 1969 (2) SA 467 (A)
Thompson v Model Steam Laundry Ltd 1926 TPD 674
V v R 1979 (3) SA 1006 (T)
Van Dam, Ex parte 1973 (2) SA 182 (W)
Van Erk v Holmer 1992 (2) SA 636 (W)
Van Rooyen v Van Rooyen 1994 (2) SA 325 (W)
Vather v Seedat 1974 (3) SA 389 (W)
V (also known as L) v De Wet NO 1953 (1) SA 613 (O)
Zimnat Insurance Company Ltd v Chawanda 1991 (2) SA 825 (ZSC)

WETGEWING

Boedelwet 66 van 1965	
art 72(1)	29
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993	
Hoofstuk 3	
art 8	38, 40, 46, 55
8(1)	55
8(2)	50, 55, 57
8(3) & (4)	54, 55, 56
12	47, 58
12(2)(a)	58
13	55
14	33, 49, 50
14(3)	49
17	53, 56, 69
26(1)(b) & (c)	49
30	53, 55
33	55
34(2)(f)	49
35(3)	17
Hoofstuk 9	
art 126	51
Hoofstuk 15	
art 231(3)	75
Skedule 4 par XIII	32
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996	
Hoofstuk 2	
art 9	38, 40, 55, 64
9(1)	55
9(2)	50, 55, 57
9(3) & (4)	46, 54, 55, 56
11	58
13	47
14	55
15	33, 49, 50
15(3)(a) & (b)	49, 50, 52, 68
18	53, 56, 69
28(2)	55
31	55
Hoofstuk 12	
art 211	32
Huwelikswet 25 van 1961	
art 3	8
10	9

Insolvensiewet 24 van 1936	4, 7
art 21	7
21(2)	7
21(13)	7
Registrasie van Akteswet 37 van 1947	
art 86	11
87(1)	11
Strafproseswet 51 van 1977	
art 198(2)	9
Swart Administrasie Wet 38 van 1927	
art 35	52
Verjaringswet 68 van 1969	
art 3(1)(b)	7
Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965	7
Wet op Egskeiding 70 van 1979	9, 14
art 3	13, 14
Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984	
art 2	11
3(2)	11
21(1)	10, 11
23	5
Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987	
art 1(1)	7
1(2)	29
Wet op Keuse met betrekking tot die beëindiging van Swangerskap 96 van 1996	58
Wet op Kindersorg 74 van 1983	
art 18(4)(c) & (d)	27, 28
17	28
Wet op Onderhoud 23 van 1963	5
Wet op Onderhoud van die Langslewende Gade 27 van 1990	13
art 2(1)	14
Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 ...	25, 27, 77
art 10	27
26(1)(a) & (b)	8

Wet op Status van Kinders 82 van 1987	
art 3(1)(b)	26, 27, 28, 30
Wet op Testamente 7 van 1953	
art 2D	29
Wet op Verbod op Gemengde Huwelike 55 van 1949	24
Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -siektes 130 van 1993	
art 1	7
Wet op Voogdy 192 van 1993	26
Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993	4, 7
art 2	
Wysigingswet op die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 2 van 1994	51
Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996	
art 1	6, 24, 30, 32, 69
Wysigingswet op Erfopvolging 43 van 1992	
art 4	29
Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg 3 van 1988	52
Wysigingswet op Kindersorg 86 van 1991	
art 7	28
Wysigingswet op Onderhoud 2 van 1991	5
Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963	
art 31	6

Transkei

Transkeise Huwelikswet 21 van 1978	
art 21	51

Namibië

The Constitution of the Republic of Namibia 1 of 1990	
art 14(4)	48

Swede

Cohabitees (Joint Homes) Act 1987	21, 22, 45
Homosexual Cohabitees Act 1987	21, 45
Svensk Författningssamling (SFS) 1973	21, 22

Verenigde Koninkryk

Children Act 1989

art 3(1)	38
4	39
4(1)	39
12(1)	39

HOOFSTUK 1

OMSKRYWING VAN DE FACTO HUWELIKE

Die huwelik as instelling bestaan reeds vanaf die vroegste tye. In die vroeë samelewings was dit 'n instelling uit kulturele en godsdienstige milieu, en selfs tot na die totstandkoming van die Christendom en gedurende die begin van die Calvinistiese beweging was die huwelik slegs kerklik gelegitimeer. Die Staat met sy formele en wetlike vereistes het later toegetree om die huwelik as instelling soos ons dit vandag in die Suid Afrikaanse reg ken, te vorm. Voordat 'n huwelik tans as wettig in die oë van die reg erken word, moet dit dus ook aan sekere formele vereistes voldoen.

'n Huwelik word gedefinieer as 'n vrywillige regserkende verbintenis tussen 'n man en vrou, vir die lewensduur van die partye, en met uitsluiting van enige ander partye. Die huwelik is nie slegs primêr 'n regsverbintenis nie, maar het sy ontstaan in die menslike natuur en word beskou as een van die belangrikste boustone van die gemeenskap.¹ Die onderskeidende faktor tussen 'n huwelik en ander verhoudings is nie soseer die lewenslange element nie, maar wel die regserkenning van die huwelik deur die formele voltrekking daarvan. Die huwelik is gebaseer op *consensus*, maar dit is nie as sulks 'n kontrak wat verpligtinge meebring nie. Dit kan eerder gesien word as regshandeling *sui generis*.²

Belinda van Heerden³ definieer die huwelik omvattend as 'n regsverhouding, geskep by wyse van 'n staatsereemonie, tussen twee bevoegde en toestemmende persone van verskillende geslag, wat hulle onder andere verplig om lewenslank saam te leef, en om aan mekaar uitsluitlik die huweliksregte ("conjugal pleasures") te verleen, en skep dit ook die verpligting om mekaar te onderhou. In die Suid-

¹ Lee & Honore *Family, Things and Succession* 1983 14

² *Peter v Minister of Law and Order* 1990 4 SA 6 (E) 9G - H

³ *Wille's Principles of South African Law* 1991 94 - 95

Afrikaanse reg is die huwelik altyd monogamies.⁴ Ons hoewe weier tot dusver om 'n huwelik, verbintenis of verhouding wat poligamies of potensieel poligamies van aard is, te erken, ongeag of sodanige huwelik volgens 'n ander land se wette wettig sou wees, byvoorbeeld Moslem- en Hindoehuwelike, of huwelike volgens die tradisionele reg van Swartes, die sogenaamde Swart gewoontehuwelike.

Ander verhoudings en verbintenisse wat soortgelyke kenmerke as erkende huwelike openbaar, maar wat nie deur die reg as wettig erken word nie, word dikwels omskryf as *de facto* huwelike. Die regsposisie van die partye in hierdie verhoudings word anders gereël as vir die partye binne 'n huwelik. Hierdie werk het ten doel om die regsposisie van hierdie partye krities te ondersoek, vergelyk en sekere voorstelle te maak vir die wysiging daarvan. Die reg rondom die huwelik word gebruik as basis vir regsvergelyking van die onderskeie partye se regsposisie in, enersyds, die huwelik en, andersyds, die soortgelyke verhoudings, wat hierna beskryf word as *de facto* huwelike.

Op hierdie stadium kan moontlik melding gemaak word van die redes waarom sommige partye verkies om nie te trou nie. Persoonlike oorwegings soos 'n vorige ongelukkige huwelik kan 'n rol speel dat die party(e) nou ook bang is dat die verhouding sal versuur na die formaliteit van 'n huwelik. Sommige partye verkies miskien om eerder later in hul lewe in die huwelik te tree, nadat hulle reeds sekere persoonlike doelwitte bereik het. Finansiële oorwegings kan ook 'n rol speel deurdat getroude vroue dikwels nie kwalifiseer vir 'n huissubsidie, of lidmaatskap aan 'n mediese fonds, nie. Die argument word ook geopper dat in sommige gevalle die kans vir vooruitgang van 'n getroude vrou in haar beroep minder is as vir 'n ongetroude vrou. Voorheen is 'n getroude vrou ook uit 'n belastingoogpunt benadeel. Boonop is onafhanklikheid en gelykheid belangrik vir die moderne vrou en die huwelik word dikwels geassosieer met manlike dominansie. 'n Saamwoonverhouding daarenteen, verteenwoordig 'n meer buigbare, vry en gelyke verhouding.⁵

Voorts huldig baie jongmense deesdae die opinie dat 'n proefhuwelik raadsaam is, en beskou hulle die saamwoonverhouding as sulks. Sommige partye wil nie in die

⁴ *Ismail v Ismail* 1983 (1) SA 1006 (A)

⁵ Hutchings, S en Delpont, E "Cohabitation: a responsible approach" *De Rebus* 1992 122

huwelik tree nie omdat hulle die inkomste wat hulle ontvang uit onderhoudsbetalings voortspruitend uit 'n vorige huwelik, mag verloor. Die gevolge van die apartheidswetgewing, soos verstedeliking en onvoldoende behuising, kan as 'n verdere rede aangevoer word waarom Swart partye hulle wend tot saamwoon, wat dan vir hulle ekonomiese en sosio-politieke voordele kan inhou. Sekere persone wat nie met mekaar mag nie trou nie, soos partye binne die verbode grade van bloed- of aanverwantskap, partye reeds met 'n ander getroud of partye van dieselfde geslag, wend hul ook tot die saamwoonverhouding.⁶

Vir doeleindes van hierdie skripsie word 'n *de facto* huwelik voorts gedefinieer as 'n verhouding tussen 'n man en vrou wat in 'n egtelike verhouding saamleef asof hulle eggenote is, maar wat nie 'n formele seremonie van huweliksluiting voltrek het nie.⁷ Die partye word na verwys as *de facto* eggenote of deelgenote tot so 'n verhouding. Verskeie vorme van *de facto* huwelike in sy breë interpretasie bestaan, en die *de facto* huwelik sal in hierdie skripsie die volgende verbindings insluit: saamwoonverhoudings; inheemsregtelike huwelike, waarna verwys word as gebruikelike-, tradisionele- of gewoontehuwelike; en huwelike voortspruitend uit godsdienstige tradisies, soos Moslem- en Hindoehuwelike. Die posisie ten opsigte van homoseksuele huwelike word ook ondersoek.

Gemelde definisie sluit dus sowel *de facto* huwelike tussen partye wat uit vrye keuse verkies om nie in die huwelik te tree nie, as partye wat verhoed word weens ander redes om met mekaar in die huwelik te tree, in. 'n Bedoeling van permanensie en stabiliteit is egter 'n noodsaaklike element in hierdie verhoudings, en dit moet duidelik blyk dat die verhouding nie slegs oppervlakkig en van tussentydse aard is nie.⁸

⁶ Sinclair J *The law of marriage* 1996 272 - 274

⁷ Soos ook gedefinieer deur Hahlo "Cohabitation, concubinage and the common-law marriage" in E Kahn (ed) *Fiat iustitia: Essays in Honour of Oliver Deneys Schreiner* 1983 244

⁸ Hahlo *supra* 246; Nathan "Cohabitation or shacking-up" in F Bosman (ed) *Social Welfare Law* 1981 229

HOOFSTUK 2

DIE REGSGEVOLGE: STATUS VAN PARTYE TOT VERHOUDING

In die Suid-Afrikaanse reg word *de facto* huwelike tans skaars erken. Saamwoon word nie verbied in die Suid-Afrikaanse reg nie, maar dit geniet geen noemenswaardige erkenning of beskerming in die reg nie.⁹ Sekere wetgewing gaan wel sover om te verwys dat die bepalings daarvan ook van toepassing sal wees op die partye in gebruikelike verhoudings, soos byvoorbeeld die Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993 en die Insolvensiewet 24 van 1936, soos gewysig. Tensy 'n wet uitdruklik daarvoor voorsiening maak, word dit nie geag dat die beskrywing van eggenote of man en vrou in die sin van eggenote, ook die deelgenote van 'n *de facto* huwelik insluit nie.

Die regsposisie met betrekking tot die status van die partye in 'n *de facto* huwelik word vervolgens ondersoek aan die hand van heersende regspraak en tersaaklike wetgewing. Die vertrekpunt is telkens die regsposisie van die partye tot 'n huwelik en daarteenoor word die posisie van die deelgenote in 'n *de facto* verhouding gestel.

2.1 STATUS VAN PARTYE GEDURENDE DIE BESTAAN VAN DIE HUWELIK

Die beginsel van *consortium omnis vitae* vind toepassing in 'n huweliksverhouding en daaruit ontstaan sekere huweliksverpligtinge; byvoorbeeld seksuele voorregte, samewoning, trou en ondersteuning. Alhoewel hierdie verpligtinge nie deur middel van regsaksie afdwingbaar is nie, vind die partye tog beskerming deurdat die beginsel in die reg erken word en deur die gemeenskap aanvaar en toegepas word.¹⁰ Daar kan geargumenteer word dat die partye by 'n *de facto* verhouding dieselfde beginsels op hulle verhouding kan toepas en veral in 'n huwelik ingevolge die inheemse reg, en in 'n huwelik ooreenkomstig 'n sekere godsdienstige tradisie en geloofsoortuiging, sal dieselfde kenmerke sekerlik aangetref word. Dit is

⁹ Hutchings, S en Delpont, E "Cohabitation: a responsible approach" *De Rebus* 1992 122

¹⁰ Sinclair J D *The law of marriage* 1996 423

inderdaad so dat hierdie huweliksverpligtinge egter net toepassing vind indien die partye uit eie wil hulself daaraan gebonde ag. Die posisie by 'n *de facto* huwelik en 'n wettige huwelik kan dus in die praktyk dikwels baie eenders wees.

Die wederkerige onderhoudsplig, wat *ex lege* bestaan en een van die onveranderbare gevolge van die huwelik is, is vir partye binne 'n huwelik afdwingbaar, maar nie vir die partye in 'n *de facto* verhouding nie. Die onderhoudsplig tussen man en vrou bevat onder meer 'n plig om tot die gemeenskaplike huishouding by te dra en mekaar te onderhou met betrekking tot byvoorbeeld huisvesting, voedsel en klere.¹¹ Om die skaal waarop bydraes gelewer moet word vas te stel, word die feite en omstandighede van die bepaalde huishouding in oënskou geneem, met tersaaklike faktore soos die partye se sosiale stand, finansiële vermoëns en lewenstandaard wat 'n rol speel. Indien die partye binne gemeenskap van goed getroud is, word alle uitgawes en skulde van die huishouding gelykop tussen hulle gedeel.¹² Artikel 23 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 reël die aanspreeklikheid van gades vir die aankoop van huishoudelike benodighede indien die huwelik buite gemeenskap van goed is. Partye tot 'n *de facto* verhouding baat nie uit die bepalinge van bogemelde wetgewing nie, maar sou mekaar vir aanspreeklikheid ten opsigte van huishoudelike noodsaaklikhede bekom, kon bind op grond van estoppel of geïmpliseerde agentskap ("implied agency").¹³

Die Wet op Onderhoud 23 van 1963 reël voorts die afdwinging van die verpligting tot onderhoud, veral na ontbinding van die huwelik. Ingevolge hierdie wetgewing kan landdroshowe 'n onderhoudsbevel maak, wysig of ophef. Die Wysigingswet op Onderhoud 2 van 1991 het etlike prosedures in die lewe geroep om die afdwinging van onderhoudsbevele te verbeter. Ongelukkig vind geen van hierdie bepalinge toepassing by 'n *de facto* huwelik nie.

Persone in 'n saamwoonverhouding het geen eis vir verlies aan onderhoud teen 'n derde persoon as die een eggenoot deur die onregmatige daad van sodanige derde

¹¹ Hahlo "Cohabitation, concubinage and the common-law marriage" in E Kahn (ed) *Fiat iustitia: Essays in Honour of Oliver Deneys Schreiner* 1983 212

¹² Sinclair *supra* 456

¹³ *Thompson v Model Steam Laundry Ltd* 1926 TPD 674; Boberg, P Q R *The Law of Persons and the Family* 1977 200; Van der Vyfer, J D en Joubert, D J *Persone- en Familiereg* 1985 252

gedood word nie.¹⁴ 'n Weduwee in 'n gebruikelike huwelik het wel so 'n eis vir verlies aan onderhoud ingevolge artikel 31 van die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963, mits die huwelik op datum van dood bestaan het, en nie een van die partye ook 'n party tot 'n ander gebruikelike huwelik was nie.

'n Verdere regsgevolg van die huwelik wat nie van toepassing is by 'n *de facto* verhouding nie, is dat vir die duur van die huwelik die een party nie met 'n ander mag trou nie. Daar is geen beletsel in die reg wat 'n deelgenoot in 'n *de facto* verhouding verbied om wettiglik met 'n ander persoon in die huwelik te tree nie. Voorts word die verhouding van aanverwantskap tussen huwelikspartye en hulle ander familieledede geskep, maar nie tussen die deelgenote van 'n gebruikelike huwelik nie. 'n Minderjarige wat 'n wettige huwelik sluit word meerderjarig met huweliksluiting, maar nie wanneer hy/sy 'n deelgenoot in 'n gebruikelike verbinding word nie.

Voorheen is kinders van ouers wie se huwelik nie as wettig geag word ooreenkomstig Suid-Afrikaanse reg nie, almal geklassifiseer as buite-egtelik. Nou met die resente wysigings ingevolge artikel 1 van die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996, wat gedurende September 1996 in werking getree het, word bepaal dat by die toepassing van die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 'n huwelik ook 'n gebruikelike verbintenis wat ooreenkomstig inheemse reg of gebruike aangegaan is, en 'n wat huwelik voltrek en aangegaan is ooreenkomstig die leerstellinge van enige godsdienst, wat deur die Minister erken is, sal insluit. Die Minister sal die verbintenis erken as hy/sy by die voorlegging van sekere inligting oortuig is dat sodanige verbintenis of huwelik inderdaad voltrek of aangegaan is, en sal die kinders uit sodanige huwelik dan binne-egtelik wees.

De facto eggenote het nie soos eggenote binne 'n wettige huweliksverhouding gedurende die huwelik 'n reg op okkupasie van die gesinswoning nie. As slegs een eggenoot die geregistreerde eienaar van die eiendom is, het hy nie die reg om die ander eggenoot uit te sit nie, maar moet hy geskikte alternatiewe huisvesting verskaf.¹⁵ Hierdie reg op okkupasie kan beskerm word deur 'n interdik by die hof

¹⁴ *Suid-Afrikaanse Nasionale Trust en Assuransie Maatskappy Bpk v Fondo* 1969 (2) SA 467 (A); *Nkabinde v SA Motor & General Insurance Co Ltd* 1961 (1) SA 302 (D)

¹⁵ *Owen v Owen* 1968 (1) SA 480 (E); *Badenhorst v Badenhorst* 1964 (2) SA 676 (T)

te bekom of 'n aansoek of aksie te loods op grond van die mandament van spolie.¹⁶ Die reg op okkupasie geld egter nie teenoor derdes nie. Sinclair is van mening dat die Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld 1993 verskuilde erkenning van 'n reg op okkupasie van die gesinswoning gee aan die partye tot 'n saamwoonverhouding, omdat die Wet verwys na "partye tot 'n huwelik", maar daarby insluit mense wat saamleef as man en vrou.¹⁷ Ongelukkig is die Wet slegs van toepassing op situasies verbandhoudend met geweld.

Etlke wetsbepalings vind slegs toepassing op eggenote binne 'n wettige huwelik. So byvoorbeeld verkry die eggenotes ingevolge artikel 1(1) van die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987 onderling die reg om intestaat te erf. Verkrygende en bevrydende verjaring loop ingevolge artikel 3(1)(b) van die Verjaringswet 68 van 1969 nie tussen eggenote nie. Ingevolge die Wet op Bewysleer in Siviele Sake 25 van 1965, en die Strafproseswet 51 van 1977, kan 'n eggenoot in 'n wettige huwelik nie gedwing word om mededelings bekend te maak wat aan hom/haar gesê is gedurende die bestaan van huwelik nie. Dieselfde privilegie geld nie vir *de facto* eggenote nie.

In sekere wetgewing word spesifiek bepaal dat die verwysing na eggenoot 'n eggenoot in 'n gebruikelike verhouding sal insluit. 'n Voorbeeld hiervan is die Wet op Vergoeding vir Beroepsbeserings en -siektes 130 van 1993 waar in artikel 1 bepaal word dat 'n persoon wat saamwoon, of 'n partye is tot 'n inheemsregtelike huwelik en nie met 'n ander getroud is nie, geag word die wettige eggenoot van die werknemer te wees. Ook die bepaling van die Insolvensiewet 24 van 1936 sal op die *de facto* eggenoot van toepassing wees aangesien artikel 21(13) bepaal dat 'n vrou wat saamwoon geag word die wettige vrou te wees. Dit is veral die bepaling van artikel 21 wat toepassing sal vind. Ingevolge hierdie artikel vestig die eggenoot van die insolvent se bates ook in die Meester tot loslating daarvan deur die trustee in die omstandighede soos uiteengesit in artikel 21(2).

Gesinsgeweld is 'n ernstige hedendaagse probleem en alhoewel die partye binne 'n huwelik, of deelgenote in 'n *de facto* huwelik, privaatregtelike remedies het en kriminele sanksies kan toepas, het die wetgewer besef dat hierdie remedies soms

¹⁶ Sinclair *supra* 477 - 478, sien ook verder hieromtrent 479 - 482

¹⁷ *Ibid* 423

ontoeganklik is vir die benadeelde partye. Met die inwerkingtreding op 1 Desember 1993 van die Wet op Voorkoming van Gesinsgeweld 133 van 1993, is makliker bekombare remedies vir hierdie benadeelde partye geskep. Ingevolge artikel 2 van die Wet, kan die hof 'n interdik toestaan op aansoek van 'n party tot die huwelik of iemand met 'n wesenlike belang by die aangeleentheid. Daar word dan ook spesifiek bepaal dat die omskrywing van "party tot huwelik" saamwoonverhoudings, inheemsregtelike huwelike en huwelike voortspruitend uit godsdienstige tradisies, insluit.

Artikel 26(1)(a) en (b) van die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 bepaal dat 'n vrou in 'n wettige huwelik haar man se van mag aanneem, maar nie daartoe verplig is nie. 'n *De facto* vrou sou egter, soos enige ander persoon, ingevolge dieselfde Wet en volgens sekere prosedures, ook haar van kon verander, indien sy dit sou verkies.

Die vraag ontstaan of 'n ooreenkoms tussen die deelgenote in 'n *de facto* verhouding gesien kan word as 'n ooreenkoms wat *contra bonos mores* is. 'n *Contra bonos mores*-ooreenkoms word gedefinieer as 'n ooreenkoms wat teen ons gewete, sin van wat reg is of kuisheid indruis.¹⁸ Ooreenkomste aangegaan met die doel om verdere ongeoorloofde samewoning te bevorder is al as *contra bonos mores* beskryf.¹⁹ Volgens die beslissing van *Ismail v Ismail 1983 (1) SA 1006 (A)* is 'n ooreenkoms voorts *contra bonos mores* as dit indruis teen die aanvaarde tradisies en gebruike wat bindend geag word op al die lede van die gemeenskap. In hierdie beslissing is 'n poligamiese huwelike bevind as *contra bonos mores*. Na my mening sal ons howe vandag, inaggenome die gemeenskapsgevoel tans, geen *de facto* huwelik as *contra bonos mores* bevind nie.

Artikel 3 van die Huwelikswet 25 van 1961 maak voorsiening daarvoor dat sekere priesters uit die Hindoegeloof as huweliksbevestigers aangestel word. As sodanige bevestigiger ooreenkomstig die bepalings van Wet 25 van 1961 voltrek word, word dit erken as 'n monogame huwelik. Indien nie, word sodanige huwelik nie as wettig erken nie.²⁰

¹⁸ Grotius 3.1.42; Wessels 461, 582

¹⁹ Sande *De Rer Prohib Alien* 1.2.7; Wessels 654; *Aburrow v Wallis* (1893) 10 SC 214; *Louisa and Protector of Slaves v Van der Berg* (1830) 1 Menz 471

²⁰ *Sinclair supra* 265

In die beslissing van *Vather v Seedat 1974 (3) SA 389 (W)* is 'n Hindoehuwelik beskou as 'n putatiewe huwelik, maar daar is anders beslis in *Solomons v Abrams 1991 (4) SA 437 (W)*. Indien die huwelik putatief sou wees, het dit ander regsgevolge vir die partye as wanneer dit bloot ongeldig is. So byvoorbeeld sal die kinders gebore uit 'n putatiewe huwelik binne-egtelik wees en by toepassing van die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik, sal die Hof, indien die partye *bona fide* was, hulle bedoeling in ag neem en bekrachtig.

2.2 STATUS VAN PARTYE BY ONTBINDING VAN DIE HUWELIK

By ontbinding van die huwelik deur die dood van een of albei eggenote word alle persoonlike gevolge van die huwelik beëindig. Die vrou kan egter haar man se van behou en gebruik sou sy dit verkies. In die gemenerereg moes die langsliewende eggenoot 'n sekere tydperk wag voordat hy/sy weer in die huwelik kon tree, maar in die moderne hedendaagse reg is daar geen beperkings wat hom/haar verhoed om dadelik weer in die huwelik tree nie.

By ontbinding van die huwelik deur egskeiding vind die Wet op Egskeiding 70 van 1979 toepassing en alle persoonlike gevolge van die huwelik word beëindig, behalwe die bewysregtelike privilegie met betrekking tot kommunikasie tussen die twee vorige eggenote *stante matrimonio*.²¹ Die Wet handel slegs met wettige huwelike aangeaen ooreenkomstig erkende Suid-Afrikaanse reg en die partye van 'n *de facto* huwelik kan nie steun op die bepalings van hierdie Wet nie.

²¹ artikel 10 van die Huwelikswet 25 van 1965; artikel 198(2) van die Strafproseswet 51 van 1977

HOOFSTUK 3**DIE REGSGEVOLGE: VERMOËNSREGTELIKE GEVOLGE****3.1 DIE HUIDIGE SUID-AFRIKAANSE REGSPOSISIE****3.1.1 Gedurende die bestaan van die huwelik**

Die vermoënsregtelike gevolge van die *de facto* huwelik word vervolgens ondersoek aan die hand van die gevolge soos uit die huwelik tot stand gekom. In die huwelik het die partye 'n keuse ten opsigte van hulle huweliksgoederebestel. Drie opsies bestaan:

Die partye kan besluit om binne gemeenskap van goed te trou, in welke geval die man en vrou die gesamentlike eienaars van die gemeenskaplike boedel sal wees, elkeen ten opsigte van een halwe onverdeelde aandeel.²² Met sluiting van die huwelik binne gemeenskap van goed vloei die vermoëns van man en vrou saam, en ook al hulle bates en laste. Die vermoënsregtelike gevolg is dus totale gemeenskap van goed en wins en verlies. Alle bates voor en na huweliksluiting vorm outomaties deel van die gemeenskaplike boedel, en elke eggenoot word outomaties eienaar van 'n halwe aandeel in die boedel. Geen lewering, oordrag, sessie of betaling is nodig om hierdie gevolg te bewerkstellig nie. Al is die gades gesamentlike eienaars van die boedel, is dit egter gebonde mede-eiendom, want geen gade kan sy/haar totale aandeel vervreem nie. Hy/sy kan wel *mortis causa* oor sy/haar aandeel beskik. Seker bates kan van die gesamentlike boedel uitgesluit word as afsonderlike goed.²³

Die partye tot 'n huwelik binne gemeenskap van goed kan hulle huweliksgoederebedeling slegs verander by wyse van 'n hofaansoek ingevolge artikel 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984. Hulle moet vir die hof aantoon dat daar gegronde redes vir die wysiging bestaan, dat alle skuldeisers

²² Voet 23.2.68; 23.4.30; Arntzenius 2.4.10; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr 2.11.11*; *Haupt v Van den Heever's Executor* (1888) 6 SC 51; *Rosenberg v Dry's Executors* 1911 AD 688-9; en ander gesag aangehaal deur *Wille's Principles of South African Law* 1991 118.

²³ Sien verder in hierdie verband *Wille's Principles of South African Law supra* en die gesag daar aangehaal 118 - 122.

behoorlik in kennis gestel is, en dat daar geen benadeling vir 'n derde party sal wees nie.

Die partye kan voorts besluit om buite gemeenskap van goed te trou, in welke geval hulle voor huweliksluiting 'n huweliksvoorwaardekontrak moet aangaan. Geen formaliteite is nodig om die kontrak geldig te maak tussen die partye onderling en hulle universele regsopvolgers nie, maar om die huweliksvoorwaardekontrak regswerking te gee teenoor derdes moet wel aan sekere formaliteite voldoen word. Indien die kontrak nie voor 'n notaris verly is en in die aktekantoor geregistreer word binne 3 maande na verlyding, of sodanige tyd wat hof mag toelaat, nie, bind die kontrak die partye onderling, maar is dit nie geldig teenoor die partye se skuldeisers en ander derdes nie. Die partye word dan ten opsigte van derdes geag binne gemeenskap van goed getroud te wees.²⁴

Die huweliksvoorwaardekontrak word van krag sodra die huwelik voltrek word. 'n Geregistreerde huweliksvoorwaardekontrak kan gewysig word deur rektifikasie as die bepalinge nie die ware bedoeling van die gades weergee nie;²⁵ of die hof kan wysiging of kansellasië gelas op grond van goeie redes.²⁶ Ingevolge artikel 21(1) van Wet 84 van 1988 kan die gades ook gesamentlik by die hof, insluitende 'n gesinshof, aansoek doen om wysiging; en in 'n gesamentlike testament kan die erfopvolgingsbeding in 'n huweliksvoorwaardekontrak gewysig word. Voorts kan die huweliksvoorwaardekontrake enige inhoud bevat mits dit nie *contra bonos mores* of teen die reg en wese van 'n huwelik is nie.²⁷

Die partye kan ook die aanwasbedeling soos geskep in artikel 2 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 op hulle huwelik van toepassing maak. Dit behels 'n uitgestelde gemeenskap van wins. Ingevolge artikel 3(2) ontstaan die persoon se vorderingsreg eers by ontbinding van die huwelik, en *stante matrimonio* kan dit nie gesedeer of op beslag gelê word nie. By ontbinding van die huwelik kan die vorderingsreg afgedwing word, en word die aanwas verdeel.²⁸

²⁴ artikels 87(1) en 86 van die Registrasie van Akteswet 47 van 1937; *Elliot The South African Notary* 1987 72 - 73

²⁵ *Ex parte Dunn* 1989 (2) SA 429 (N) 431

²⁶ *Ex parte Coetzee* 1946 OPD 21; In *Ex parte Nathan Woolf* 1944 OPD 266 is beslis dat die hof net rektifikasie kan beveel

²⁷ *Wille's supra* 153 en die gesag daar aangehaal

²⁸ *supra* 154 - 165

Die vermoënsregtelike verhouding tussen die deelgenote in 'n *de facto* verhouding kan nie deur bogemelde wetgewing en die reg van toepassing op huwelike gereël word nie. 'n Onderskeid ten opsigte van die vermoënsregtelike gevolge kan hier getref word tussen die onderskeie tipes *de facto* huwelike.

In die gewoontereglike en godsdienstige gebruiklike verhoudings is daar sekere reëls voortspruitend uit die kulturele of godsdienstige tradisie. So byvoorbeeld het die vrou in 'n Swart inheemsregtelike huwelik slegs beperkte bevoegdheid om eiendom te bekom en ook beperkte *locus standi in judicio*.²⁹ Bykomend daartoe sou die partye kontraktueel 'n ooreenkoms met betrekking tot die vermoënsregtelike gevolge van hulle verbintenis kon sluit. Hulle remedies sou dus enersyds gebaseer wees op die reëls van hulle gemeenskap en die gemenereg en tweedens ook bestaan vanuit die kontraktereg.

Gewoonlik gaan die *de facto* eggenote in 'n saamwoonverhouding nie 'n uitdruklike ooreenkoms aan met betrekking tot hulle eiendomsregte nie. Hulle sal bloot begin saamleef en gedurende die verhouding bates gesamentlik aanskaf sonder om die regsgevolge te oorweeg.³⁰ Aangesien geen huweliksgoederebedeling *ex lege* op hulle van toepassing sal wees om 'n mate van vermoënsregtelike beskerming daar te stel nie, sal hulle beste opsie wees om hulle vermoënsregtelike posisie kontraktueel te reël en moet hulle hulle dus beroep op 'n kontraktuele verhouding, met die gevolglike regsremedies voortspruitend uit die kontraktereg. Sekerheid oor die presiese terme van hulle kontraktuele verhouding kan net verkry word indien hulle 'n skriftelike kontrak aangaan. Omdat hierdie verhoudings meesal ontstaan sonder dat die partye behoorlike oorweging skenk aan die vermoënsregtelike gevolge, kom die onderlinge ooreenkomste gewoonlik stilswyend of by implikasie tot stand, indien enigsins.

Indien geen ooreenkoms tussen die partye aangegaan word nie, sal hulle regsposisie gedurende die huwelik soortgelyk wees aan die eggenote in 'n huwelik buite gemeenskap van goed, en sonder die aanwasbedeling. Indien hulle die gevolge van die aanwasbedeling op hulle verhouding van toepassing wil maak, sal

²⁹ Sinclair J D *The law of marriage* 1996 248

³⁰ Peart N S "A Comparative View of Property Rights in *De Facto* Relationships: are we all driving in the same direction?" *Otago Law Review* 1989

hulle dit kontraktueel moet doen met 'n behoorlike uiteensetting van albei partye se regte en verpligtinge. Hulle kan dit nie ingevolge die bepalings van die wetgewing wat huweliksverhoudings reël, insluitende die Wet op Egskeiding 70 van 1979, doen nie, maar sal hulle sodanige bepalings wat hulle wel op hulle van toepassing wil maak, se strekking en werking in hulle ooreenkoms kan vervat. Hierdie ooreenkoms rakende die deelgenote se vermoënsregtelike posisie soos deur hulle aangegaan, kan natuurlik deur wedersydse ooreenkoms gewysig kan word, in teenstelling met die formele huweliksgoederebedelings. Die kontraktuele bepalings sal egter geen werking teenoor derde partye hê nie.

Samewoning *per se* verleen nie outomaties vermoënsregte nie, maar die gewone reëls van die kontraktereg, eiendomsreg en onregmatige verryking mag deur die partye gebruik word om die regte wat hulle onderling in mekaar se eiendom verkry het, af te dwing.

3.1.2 By ontbinding van die huwelik

3.1.2.1 Ontbinding deur die dood

By beëindiging van die huwelik of verhouding is die ooreenkoms met betrekking tot die vermoënsregtelike posisie van uiterste belang. Beëindiging van die huwelik deur dood het tot gevolg dat in die huwelik binne gemeenskap van goed die huweliksgoederegemeenskap vanweë regsweë ontbind vanaf oomblik van afsterwe.³¹ By 'n huwelik buite gemeenskap van goed word die huweliksvoorwaardekontrak nie deur die dood beëindig nie, maar enige *pacta successoria* daarin vervat, moet uitgevoer word.³² Indien die aanwasbedeling op die huwelik van toepassing is, word dit hanteer as 'n eis teen die boedel of teen die langlewende, afhangende van watter eggenoot se boedel die meeste aanwas aantoon.³³

Ingevolge die Wet op Onderhoud van Langlewende Gade 27 van 1990, kan die langlewende eggenoot uit 'n huwelik 'n onderhoudseis teen die boedel van die

³¹ *Wille's supra* 178

³² *supra* 160 - 161, 183

³³ *supra* 165

eersterwende eggenoot indien, alhoewel die bedrag geëis ingevolge artikel 2(1) van die Wet beperk word tot 'n bedrag voldoende om in die langsewende se redelike onderhoudsbehoefte te voorsien tot dood of hertrou, en 'n eis net ingedien kan word vir sover eie middele en verdienste nie in staat om hom of haar te onderhou. Hierdie eis beklee dieselfde voorkeurrangorde teenoor ander eise as wat die onderhoudseis van die oorledene se afhanklike kind sou beklee.

Die langsewende party uit 'n *de facto* huwelik kan nie sodanige eis om onderhoud ingevolge Wet 27 van 1990 teen die eersterwende se boedel indien nie. Indien die oorledene hom/haar nie in sy/haar testament benoem nie, het hy/sy geen regte op enige eiendom uit die boedel nie, behalwe dit wat hy/sy ingevolge hulle kontraktuele ooreenkoms kan eis, of ingevolge die gewone reëls van die eiendomsreg en onregmatige verryking.³⁴

3.1.2.2 Ontbinding gedurende die lewe

In geval van beëindiging van die huwelik deur egskeiding vind die Wet op Egskeiding 70 van 1979 toepassing en reël dit spesifiek die materiële gevolge. Die gronde vir egskeiding was voorheen gebaseer op die skuldbeginsel, en is skuld ook in ag geneem by die bepaling van die vermoënsregtelike gevolge van egskeiding. Artikel 3 van Wet 70 van 1979 skep egter onherstelbare verbrokkeling van die huwelik as egskeidingsgrond, en behou geestesongesteldheid en voortdurende bewusteloosheid as alternatiewe gronde vir egskeiding. Skuld as sulks speel dus nou 'n baie kleiner rol, ook ten opsigte van die vermoënsregtelike gevolge.

In die Suid-Afrikaanse reg is daar nie baie hofbeslissings om aan te dui wat ons howe se benadering is in eise om verdeling van die *de facto* eggenote se boedels na beëindiging van die *de facto* verhouding nie.

Die trustvorm word in verskeie Westerse lande, insluitende Engeland, Kanada, Australië en Nieu-Seeland gebruik om 'n dispuut tussen partye tot 'n huwelik op te los. Van der Westhuizen³⁵ voer aan dat dit gebruik kan word om 'n sensitiewe dispuut met betrekking tot die beskerming van die gesinswoning by egskeiding te

³⁴ Sinclair *supra* 274

³⁵ Van der Westhuizen, W M "Trusts, beware of the pitfalls" *Voortgesette Regsopleiding* 1996 [6] 17

ontlont. Die hof kan genader word om 'n bevel, ingevolge 'n skikking tussen die partye wat bepaal dat die eiendom aan 'n trust oorgedra word, met beide partye as trustees en hulle kinders as begunstigdes. Op 'n soortgelyke wyse sou die *de facto* eggenote ook sodanige ooreenkoms kon bereik en op aansoek 'n hofbevel tot dien effek aanvra.

Dit is egter weens tegniese en historiese redes onwaarskynlik dat die Suid-Afrikaanse trustreg in dieselfde mate as oorsee gebruik sal kan word as werktuig om billikheid by partye tot 'n saamwoonverhouding, wat vervreem raak, te bewerkstellig.³⁶ In ons reg word die trust geskep wanneer die oprigter sekere eiendom aan die trustees oorhandig om te administreer vir die voordeel van 'n derde party, die begunstigde.³⁷ Die bedoeling van die oprigter om 'n trust te skep, is 'n essensiële element en moet gewoonlik uitdruklik wees.³⁸ Die howe sal sodanige bedoeling slegs inlees as al die omstandighede duidelik aantoon dat dit wel die bedoeling van die oprigter en trustees was.³⁹ Dus, anders as in die Anglo-Amerikaanse reg, kan 'n trust nie geskep word as die persone daarkragtens gebonde nie die duidelike bedoeling daartoe gehad het nie. Daar is dus min ruimte in die Suid-Afrikaanse trustreg vir die ontwikkeling van die gevolglike, geïmpliseerde of konstruktiewe trusts van die Anglo-Amerikaanse reg, en Honoré en Cameron is in ieder geval nie vir hierdie ontwikkeling te vinde nie.⁴⁰

Daar is wel ander remedies in ons reg vir die saamwoonpartye beskikbaar. Een hiervan is die remedie van onregverdigde verryking. Nathan⁴¹ is van mening dat 'n vrou wat haar in 'n posisie van finansiële afhanklikheid teenoor haar man geplaas het, slegs by wyse van 'n aksie gegrond op onregverdigde verryking geregtig sou wees op 'n bydrae weens haar dienste gelewer ten einde regverdigheid tussen man en vrou te bereik. Dit sou ook moontlik wees as die vrou 'n werklike finansiële bydrae gelewer het.⁴²

In die onlangse beslissing van *Kommissaris van Binnelandse Inkomste v Willers*

³⁶ Sinclair *supra* 277

³⁷ Honoré en Cameron *Law of Trusts* 1992 3

³⁸ Ibid 96

³⁹ Ibid 104

⁴⁰ Ibid 110

⁴¹ Nathan "Cohabitation or shacking-up" in F Bosman (ed) *Social Welfare Law* (191) 29

⁴² Hutchings, S en Delport, E "Cohabitation: a responsible approach" *De Rebus* 1992 123

1994 (3) SA 283 (A) is beslis dat die vorige beslissing van *Nortjé v Pool NO 1966 (3) SA 96 (A)*, waarin die bestaan van 'n algemene verrykingsaksie uitgesluit is, nie aanspreeklikheid uitsluit op grond van onregverdigde verryking in die gevalle waar sodanige aanspreeklikheid nie vooraf bestaan het nie. Die hof erken dus dat daar 'n behoefte aan 'n algemene verrykingaksie in ons reg bestaan, en Sinclair is van mening dat so 'n aksie in die toekoms moontlik op 'n spesifieke feitestel erken sal word.⁴³

Binne die kontraktereg bestaan die beginsel van die universele vennootskap en kan dit ook as 'n remedie vir die partye tot 'n *de facto* huwelik by skeiding, dien. Dit is inderdaad in die verlede by egskedingsaksies aangewend ten einde 'n vrou buite gemeenskap van goed getroud te help om ook te deel in die bates wat deur 'n gesamentlike poging bekom is, voor die instelling van die judisiële diskresie om eiendom in sekere omstandighede te herverdeel.⁴⁴ In *Ally v Dinath*⁴⁵ het die beginsel van universele vennootskap ter sprake gekom by twee partye wat soos man en vrou saamgeleef het vir 15 jaar. Die hof het bevind dat 'n universele vennootskap wel kan bestaan as aan die vereistes van 'n vennootskap voldoen word. Hierdie vereistes sluit in dat elke party iets in die verhouding moet inbring, die verhouding tot beide partye se voordeel moet wees, die oogmerk moet wees om wins te maak en die vennootskapskontrak moet geldig wees.⁴⁶ 'n Blote ooreenkoms om bates saam te voeg, voldoen nie aan hierdie vereistes nie. In die beslissing van *V (also known as L) v De Wet NO 1953 (1) SA 613 (O)* is 'n universele ooreenkoms geag gevorm te wees waar die man oorlede is nadat hy 21 jaar met die vrou saamgeleef het, sy in die man se besigheid gewerk het, en alle huishoudelike take verrig het.⁴⁷

Hierdie remedie gegrond op universele vennootskap is dus potensieel beskikbaar, maar die effektiwiteit daarvan kan ondermyn word deur die moeilike bewyslas om die bestaan van die vennootskap te bewys. Moontlik sal die howe in soortgelyke gevalle soos hierbo genoem, bevind dat 'n vennootskap bestaan het tussen die

⁴³ Sinclair *supra* 278

⁴⁴ Sinclair *supra* 278 - 279; *Fink v Fink* 1945 WLD 226; *Isaacs v Isaacs* 1949 (1) SA 952 (C); *Mühlman v Mühlman* 1984 (3) SA 102 (A)

⁴⁵ 1984 (2) SA 451 (T)

⁴⁶ *Mühlman v Mühlman* 1984 (3) SA 102 (A); *Pezzutto v Dreyer* 1992 SA 379 (A)

⁴⁷ Sinclair *supra* 279

partye wat saamwoon en dat hulle geregtig is om te deel in die winste.⁴⁸ Voorts bestaan die moontlikheid dat 'n konserwatiewe hof kan weier om die vennootskapooreenkoms te erken weens die moontlike immorele kleur daarvan - die onderliggende idee synde dat dit 'n kontrak mag wees waar 'n persoon vergoed word vir seksuele voorregte verleen, welke kontrak nietig sou wees aangesien dit immoraliteit bevorder en dus teen die openbare beleid is.⁴⁹ Thomas beweer dat sodanige kontrak nie *contra bonos mores* is nie in die lig van die beslissing van *Ally v Dinath* nie, en dat dit gevolglik wel afgedwing kan word.⁵⁰ Sinclair doen aan die hand dat, inaggenome die veranderende sosiale waardes, ons howe nie een party kan straf en vir die ander 'n voordeel toelaat as albei deel in die immorele optrede nie. Sy bepleit dat uitdruklike en stilswyende kontrakte tussen saamwoonpartye erken en toegepas moet word.⁵¹

In die onlangse ongerapporteerde Kaapse beslissing van *Moegamat Faud Ryland v Theodrayad Edros*⁵² het Regter Farlam, inaggenome deskundige getuienis ten opsigte van die Moslem persone reg, die bepalings van artikel 35(3) van Hoofstuk 3 van die Grondwet 200 van 1993 en die beslissing in *Ismail v Ismail*, beslis dat 'n kontrak aangegaan met betrekking tot 'n huwelik ooreenkomstig Moslem regte nie teen die *boni mores* is nie, en dit is dus regtens afdwingbaar tussen die partye.

Die party wat wil steun op 'n geïmpliseerde ooreenkoms word blootgestel aan verskeie risikos en dit is dus daarom beter vir partye om 'n samewoningskontrak aan te gaan om hulle vermoënsregtelike sake te reël. Die Amerikaanse beslissing van *Marvin*⁵³ het beslis dat samewoningsverhoudings en kontrakte nie *per se* immoreel is nie. Die Hof kan dit erken en moet dan effek gee aan die redelike verwagtings van die partye. Sinclair⁵⁴ is van mening dat die Amerikaanse rigting gevolg kan word en aan sodanige kontrakte uitvoering gegee behoort te word. Sy wys egter daarop dat dit slegs die gesofistikeerde deel van ons samelewing sou dien, en nie noodwendig oplossings sou bied vir dié deel van ons gemeenskap wat dit waarskynlik die meeste nodig het nie. Ongelukkig is dit die realiteit dat partye

⁴⁸ Hutchings, S en Delport, E *supra* 123

⁴⁹ Sinclair *supra* 280

⁵⁰ Thomas "Konkubinaat" *THRHR* 1984 456

⁵¹ Sinclair *supra* 280

⁵² Saaknr 16693/92

⁵³ 551 Psd 106

⁵⁴ *supra* 283

in 'n intieme verhouding meesal nie op dieselfde voet onderhandel nie, en dit is die ekonomies sterker party wat meesal deur die ooreenkoms bevoordeel word.⁵⁵

3.2 REGSVERGELYKING : HANTERING VAN EIENDOMSGESKILLE TUSSEN DE FACTO EGGENOTE NA ONTBINDING VAN DIE VERHOUDING GEDURENDE DIE LEWE

3.2.1 Die Statebondslande

In 'n regsvergelykende studie van N S Peart⁵⁶ word die eiendomsgeskille wat kan bestaan tussen *de facto* eggenote soos hanteer in Engeland, Australië en Nieu-Seeland in oënskou geneem. Die howe in al vier lande gebruik die trust om eiendom te herverdeel, maar die gronde waarop hierdie trust ingestel word, skyn verskillend te wees.

'n *De facto* verhouding lei nie vanselfsprekend tot vermoënsregtelike gevolge nie.⁵⁷ Die feite is gewoonlik dat 'n man en vrou vir 'n tydperk saamleef as eggenote sonder om getroud te wees. Hulle skaf bates vir hulle gesamentlike voordeel aan, maar oorweeg nie die regsgevolge van hierdie ontvangstes nie. Die dispute voor die hof het gewoonlik te doen met 'n eis vir 'n voordelige belang ("beneficial interest") in die eiendom wat deur die paar bewoon is gedurende die verhouding, maar regtens slegs deur een van die partye besit word. Selfs al is die verhouding 'n huwelik in substansie, is die feit dat dit nie een in vorm is nie die rede waarom die howe nie die status en gevolge van 'n huwelik daarop van toepassing kan maak nie. In die afwesigheid van wetgewing kan die howe nie die eiendomsregtelike geskille vanuit 'n huwelikstandpunt beoordeel nie. In al vier lande het die howe dus die trust-begrip gebruik om die eiendomsregte van die *de facto* eggenote te verdeel. Lord Diplock het aanvanklik die beginsel as volg neergelê:

" Any claim to a beneficial interest in land by a person, whether spouse or stranger, in whom the legal estate in the land is not vested must be based

⁵⁵ Sinclair *supra* 283 en die gesag daar aangehaal

⁵⁶ Peart N S, "A Comparative View of Property Rights in *de facto* Relationships: are we all driving in the same direction?" *Otago Law Review* 1989

⁵⁷ Lord Reid in *Pettit v Pettit* (1970) AC 777, 795; Fox LJ en May LJ in *Burns v Burns* (1984) 1 244, 255 en 256 onderskeidelik; *Pasi v Kamana* (1986) 4 NZFLR 417

upon the proposition that the person in whom the legal estate is vested holds it as trustee upon trust to give effect to the beneficial interest of the claimant as *cestui que trust*."⁵⁸

'n Hele aantal grondslae bestaan vir die skepping van die trust, maar dit val hoofsaaklik in twee klasse. Die eerste klas bestaan uit sake wat gebaseer is op uitdruklike of geagte gemeenskaplike bedoeling tussen *de facto* eggenote om die voordelige belang in die eiendom in dispuut, te deel. Die howe in al vier lande stem saam dat 'n trust geag word geskep te wees indien die deelgenote handel met 'n gemeenskaplike bedoeling. 'n Uitdruklike gemeenskaplike bedoeling bestaan wanneer daar konsensus was tussen die *de facto* deelgenote en die howe sal die regte van die titelhouer negeer deur 'n trust te skep wat effek gee aan die uitdruklike bedoeling van die partye.⁵⁹ Hierdie gemeenskaplike bedoeling kan bewys word deur 'n skriftelike of mondelinge ooreenkoms. 'n Geagte gesamentlike bedoeling word byvoorbeeld bewys indien die nie-besittende eggenoot direk tot die koop van die eiendom bygedra het deur òf 'n deel van die deposito te betaal òf om te deel in die verantwoordelikheid om die verbandpaaie te betaal. In hierdie gevalle is dit duidelik dat daar 'n bedoeling was om die voordelige belang te deel en 'n gevolglike trust sal geskep word ten gunste van die nie-besittende eienaar.⁶⁰

Die tweede klas kom ter sprake wanneer daar geen uitdruklike of geagte gemeenskaplike bedoeling gevind kan word nie. In beide gevalle is 'n trust in ieder geval geskep op die basis van 'n geagte gemeenskaplike bedoeling⁶¹, onbillikheid ("unconscionability")⁶², onregverdige verryking⁶³ of geregverdigheid en goeie gewete⁶⁴. Die Engelse howe het gemeenskaplike bedoeling 'n tegniese betekenis gegee deurdat hulle bewys verlang van 'n uitdruklike of geïmpliseerde gemeenskaplike bedoeling tussen die partye om die eiendom te deel. Die howe in Kanada, Australië en Nieu-Seeland het ook aanvanklik 'n gemeenskaplike bedoeling gesoek, maar hulle het nie direkte bewys van sodanige ooreenkoms verlang nie en

⁵⁸ *Gissing v Gissing* (1971) AC 904

⁵⁹ *Gissing supra* 905; *Stanley v Stanley* (1960) 23 DLR (2d); *Eves v Eves* (1975) 1 WLR 1338.

⁶⁰ Lord Upjohn in *Pettit v Pettit* (1970) AC 815; Lords Reid, Pearson en Diplock in *Gissing (supra)*, 896; Glass JA in *Allen v Snyders* (1977) 2 NSWLR 690.

⁶¹ *Gissing supra*

⁶² *Baumgartner v Baumgartner*, (1988) 76 ALR

⁶³ *Sorochan v Sorochan* (1986) 29 DRL (4th), *Keogh v Gillies* ongerapporteer

⁶⁴ *Hall v Hall* (1981) 3 FLR 379; *Hussey v Palmer* (1972) 1 WLR 1284.

was dus meer tegemoetkomend. In Kanada is onregverdige verryking gebruik as die aanvaarbare grond, terwyl die Australiese Hooggeregshof weer beslis het dat onbillikheid die behoorlike basis sal wees vir die instel van die trust in hierdie tipe dispute. Die Nieu-Seelandse posisie is nie heeltemal duidelik nie, omdat die Appèlhof nog nie 'n duidelike keuse kon maak tussen die verskillende gronde nie. In die Nieu-Seelandse beslissing *Pasi v Kamana (1986) 4 NZFLR 417*, is beslis dat dit nie noodwendig nodig is om 'n keuse te maak nie, aangesien dit blyk dat daar geen wesentliche verskil tussen die gronde is nie. Mettertyd is in al die lande afstand gedoen van hierdie soeke na 'n gemeenskaplike bedoeling ten gunste van 'n breër benadering gebaseer op billikheid ("equitable fraud").

Peart kom dus tot die gevolgtrekking dat die toetse wat in die verskillende lande gebruik word dieselfde kriteria bevat. Hulle kyk na 'n nadeel aan die kant van die benadeelde party, aktiewe of passiewe beïnvloeding deur die bevoordeelde party, en 'n redelike geloof of verwagting by die benadeelde party dat sy of haar bydrae 'n voordelige belang in die eiendom tot gevolg sal hê. Indien hierdie drie kriteria nagekom word sou Lord Diplock beslis dat daar 'n gemeenskaplike bedoeling is; Lord Denning sou bevind dat die bevoordeelde party se retensie van die voordele indruis teen regverdigheid en 'n goeie gewete; die Kanadese regters sou verklaar dat die bevoordeelde party onregverdig verryk is tot nadeel van die ander party; en die Australiërs sou sê dat die bevoordeelde party se optrede onbillik is. Die verskil is dus bloot in klem.

3.2.2 Swede

Die Sweedse beleid met betrekking tot die huwelik en saamwoon is gebaseer op die beginsel van neutraliteit. Dit behels dat die onderliggende beginsel nie net is om te streef daarna om die partye tot 'n saamwoonverhouding die geleentheid te gee om die finansiële en welsynsvoordele te verkry wat hulle sou ontvang indien hulle getroud was nie, maar ook 'n eksplisiete verwerping van die morele kode en wette wat seksuele verhoudings beperkend definieer in 'n poging om dit tot die huwelik te beperk. Die neiging bestaan in die Sweedse regsbeleid om in 'n groot mate gelykheid te skep met betrekking tot die publiekregtelike regte van partye in 'n saamwoonverhouding en eggenote in 'n huwelik, maar om die onderskeid in

hulle status te behou.⁶⁵

Schwellnus wys daarop dat die beleid van neutraliteit soos in Swede toegepas, die effek het dat die Staat die outonomie van die individu om te kies om saam te woon sonder om te trou, in ag neem, en dit het die effek dat alhoewel die huwelik gesien word as die normale vorm van gesinsvorming, samewoning ook beskou word as 'n aanvaarbare alternatief tot die formele huwelik.⁶⁶ Die regsgevolge van samewoning en die huwelik is egter nooit gelykgestel nie. Dit is dus geag die taak van die wetgewer te wees om seker te maak dat daar voldoende oplossings is vir die probleme wat verband hou met saamwoonverhoudings. Die rol van die wetgewer is baie belangrik met betrekking tot beskerming van die swakker party, veral aangesien saamwoonkontrakte nie dikwels in Swede gesluit word nie.⁶⁷

Wetgewing⁶⁸ is daarom ingestel om te verseker dat 'n gepaste oplossing gevind word vir die probleme wat verband hou met saamwoonverhoudings. Die effek is dat die Sweedse benadering tot samewoning pragmaties is. 'n Eiendomstelsel vir partye tot 'n saamwoonverhouding is geskep by wyse van wetgewing.⁶⁹ Die *Cohabitees (Joint Homes) Act 1987* vind toepassing op alle verhoudings waarin 'n ongetroude man en 'n ongetroude vrou saambly in omstandighede wat soortgelyk is aan 'n huwelik. In die parlementêre debatte wat gelei het tot hierdie wetgewing is dit genoem dat slegs verhoudings wat langer as ses maande duur, ingesluit moet word, terwyl 'n verhouding van 5 jaar beskou word as 'n volwaardige verhouding. 'n Verhouding waaruit kinders gebore is, sal altyd kwalifiseer. Die verhouding word as 'n geheel beoordeel, met verwysing na die partye se eie interpretasie van die verhouding, getuies namens die partye, huurooreenkomste en ander moontlike faktore. 'n Gesamentlike huishouding is essensieel, en die gedeelde lewe moet op meer neerkom as slegs gedeelde behuising.⁷⁰ Kragtens die *Homosexual Cohabitees Act 1987* is die maatreëls van hierdie Wet uitgebrei om ook toepassing te vind op partye in 'n homoseksuele saamwoonverhouding.

⁶⁵ Schwellnus, T "The value of Swedish law on cohabitation as basis for legal reform in South Africa" *Obiter* 1995 232

⁶⁶ Schwellnus *supra* 247

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ SFS 1973:651 Hoofstuk 1; *Cohabitees (Joint Homes) Act 1987*: 237

⁶⁹ *Cohabitees (Joint Homes) Act 1987*: 237

⁷⁰ Schwellnus *supra* 247

By beëindiging van die verhouding verkry die onderskeie partye 'n regsbelang in die waarde van die gemeenskaplike eiendom en kan hulle dan die eiendom by gesamentlike ooreenkoms verdeel, solank enige skuldeisers nie benadeel word nie.⁷¹ 'n Geregtelike proses vir verdeling van die eiendom is ook beskikbaar. Die proses van verdeling het twee doelwitte naamlik om die gesamentlike eiendom billik te verdeel, en ook om skuldeisers en derde partye te beskerm. Nadat skulde afgetrek is, bestaan daar 'n weerlegbare vermoede dat elke party geregtig is op 'n gelyke aandeel in die balans. Die hof het 'n diskresie om aan een party 'n groter aandeel toe te ken indien dit onbillik sou wees om eiendom aan die ander party oor te dra gesien in die lig van die duur van die verhouding en die partye se finansiële en ander omstandighede. Geen objektiewe toets vir die verhouding word gebruik om te kwalifiseer nie, maar die beskrywing van "'n verhouding soortgelyk aan 'n huwelik" word gebruik. Alhoewel 'n subjektiewe toets moeilik mag wees om in Suid-Afrika toe te pas, skep dit nie probleme in Swede nie omdat samewoning ingebou is in die Sweedse kultuur. Die vermoënsregte toegeken deur hierdie sisteem, gee die swakker party 'n vorm van minimumbeskerming.⁷²

Samewoningspartye is egter vry om uit hierdie statutêre regime te kontrakkeer aangesien samewoningskontrakte as wettig beskou word in die Sweedse reg. Die hof kan in die algemeen nie weier om kontrakte tussen partye tot 'n saamwoonverhouding te erken op die basis dat sodanige verhouding immoreel is, nie. Ingevolge 'n Hooggeregshofsbeslissing van 1985 is dit egter nie moontlik om ingevolge ooreenkoms al die vermoënsregtelike gevolge van 'n huwelik van toepassing te maak op 'n saamwoonverhouding nie, maar saamwoonpartye kan hulself uitsluit van die werking van die *Cohabitees (Joint Homes) Act 1987* by wyse van 'n skriftelike ooreenkoms wat deur beide partye onderteken is. In so 'n ooreenkoms mag hulle slegs van die reg om eiendom te deel wat vir 'n gemeenskaplike doel aangeskaf is afstand doen, en mag die ooreenkoms nie gekonstrueer word as 'n afstanddoening van regte met betrekking tot eiendom besit en bekom deur gewone gemeenskaplike titel, nie.⁷³

Die partye is vry om skriftelik ooreen te kom tot 'n verdeling van die gemeenskaplike woning wat vir gesamentlike gebruik bekom is, en kan hierdeur

⁷¹ SFS 1973: 651 Hoofstuk 1

⁷² Schweltnus *supra* 247

⁷³ *Ibid* 246

geregtelike inmenging stuit. Die partye mag egter nie die reg om 'n aansoek te doen om die gemeenskaplike huis oor te neem gegrond op noodsaaklikheid, uitkontrakteer nie.⁷⁴

Met betrekking tot onderhoud is samewoningspartye onbeskerm, maar onderhoud speel nie 'n belangrike rol in Swede nie, selfs nie eers na egskeiding nie. Partye is egter vry om kontraktueel met mekaar ooreen te kom vir die betaling van sodanige onderhoud aangesien sodanige ooreenkoms met betrekking tot die vermoënsregtelike gevolge van hulle verhouding in die Sweedse reg as wettig gesien word. Die feit dat geen onderlinge onderhoudsverpligting geskep word nie, mag daartoe bydra dat die sisteem nie geskik is vir die Suid-Afrikaanse situasie nie, gesien die belangrikheid van onderhoud na egskeiding hier.⁷⁵

Op die gebied van erfopvolging is 'n samewoningsparty redelik beskerm, ten spyte daarvan dat erfopvolging by 'n langsewende samewoningsparty onderhewig kan wees aan die eise van die legitieme porsie van kinders. Samewoningspartye verkry egter by wyse van wetgewing sekere regte met betrekking tot die gemeenskaplike eiendom, synde 'n minimum gewaarborgde bedrag na die dood van die eersterwende.⁷⁶

Die enigste kritiek wat volgens Schwellnus teen die sisteem gegee kan word, is die feit dat dieselfde definisie vir samewoning nie in al die tersaaklike wetgewing gebruik word nie. Die regsgevolge van saamwoonverhoudings is dus moeilik om te beskryf. Soms word die vereiste gestel dat die paartjie kinders moet hê of voorheen met mekaar getroud moes wees ten einde dit in regsrelevante verhouding te maak. Dit lei tot 'n kasuïstiese benadering ingevolge waarvan paartjies gesien mag word as partye tot 'n saamwoonverhouding met betrekking tot die toepassing van die eiendomstelsel, maar byvoorbeeld nie vir inkomstebelastingdoeleindes nie.⁷⁷

⁷⁴ *Ibid* 246

⁷⁵ *Ibid* 240 - 241

⁷⁶ *Ibid* 241 - 242

⁷⁷ *Ibid* 247 - 248

HOOFSTUK 4**DIE REGSGEVOLGE: STATUS VAN KINDERS GEBORE UIT DIE VERHOUDING****4.1 STATUS VAN DIE KIND AS PERSOON**

Die algemeen aanvaarde definisie vir 'n binne-egtelike kind, is 'n kind wie se ouers wettiglik met mekaar getroud is tydens die kind se geboorte of op die stadium van konsepsie of op enige tydstip tussen hierdie twee gebeure.⁷⁸ Sekere ander kinders verkry ook wettige status sedert geboorte, onder andere 'n kind wat gebore is uit 'n putatiewe huwelik, kinders gebore uit 'n nietige huwelik ingevolge die Wet op Verbod op Gemengde Huwelike 55 van 1949 en 'n kind gebore uit 'n vernietigbare huwelik wat daarna nietig verklaar word.⁷⁹

Kinders wat nie voldoen aan bogemelde definisie van binne-egtelike kinders nie word as buite-egtelik geklassifiseer, tensy hulle andersins wettige status verkry op 'n later stadium by wyse van 'n wettige handeling. 'n Buite-egtelike kind word dus gedefinieer as 'n kind wie se vader en moeder nie tydens konsepsie, of by geboorte, of enige ander tussentredende tydstip wettig met mekaar getroud was nie.⁸⁰

Uit hierdie definisie vloei dit dat sommige kinders wat in die Suid-Afrikaanse reg gebore is uit 'n *de facto* huwelik buite-egtelik is. Voorheen was kinders gebore uit 'n poligamiese of potensieel poligamiese huwelik, soos die Swart gewoonteregtelike huwelik of Moslem en Hindoe-verbintnisse word ook as buite-egtelik beskou. 'n Uitsondering was egter wanneer 'n kind gebore is uit 'n poligamiese huwelik wat nie as wettig in Suid-Afrika geag word nie, maar die huwelik geag word wettig te wees deur die reg van sy/haar domisilie van oorsprong. In so 'n geval sal die kind ook onder Suid-Afrikaanse reg geag word binne-egtelik te wees.⁸¹ Sedert die inwerkingtreding van die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996 in September 1996, word by

⁷⁸ Olivier, P J J *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 1977 322

⁷⁹ Van der Vyver, J D en Joubert, D J *Persone- en Familiereg* 1985 206

⁸⁰ *Wille's Principles of South African Law* 1991 209

⁸¹ *Seedat's Executors v The Master* (Natal) 1917 AD 302 op 312-14

'n huwelik ingevolge die toepassing van die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992, ook 'n gebruikelike verbintenis wat ooreenkomstig inheemse reg of gebruike aangegaan is, en 'n huwelik wat voltrek en aangegaan is ooreenkomstig die leerstellinge van enige godsdiens, wat deur die Minister erken is, ingesluit. Die Minister sal die verbintenis erken as hy/sy by die voorlegging van sekere inligting oortuig is dat sodanige verbintenis of huwelik inderdaad voltrek of aangegaan is. Die kinders uit sodanige erkende huwelik sal dus binne-egtelik wees.

Aangesien die buite-egtelikheid, al dan nie, van 'n kind afhang van sy ouers se status op die relevante tydstip, is dit nodig om te bepaal wie die ouers is. Die vasstelling van die moeder se identiteit skep in die praktyk gewoonlik geen probleem nie, maar die vader s'n kan dikwels moeilik bepaalbaar wees. Die bekende identiteit van die vader is essensieel met betrekking tot die kind se regte om onderhou te word en om intestaat te erf.⁸²

Die skrywers van die Romeins-Hollandse reg⁸³ het buite-egtelijke kinders in drie kategorieë ingedeel; naamlik gewone buite-egtelijke kinders, synde kinders wie se ouers tydens konsepsie nie wettig met 'n derde party getroud was nie en dus op daardie tydstip wel met mekaar sou kon trou⁸⁴; owerspelige kinders, synde kinders van wie een van sy ouers wettig met 'n derde party getroud was tydens konsepsie⁸⁵; en dan bloedskendige kinders van wie die ouers weens verbode grade van bloed- of aanverwantskap nie tydens konsepsie met mekaar in die huwelik sou mog tree nie.⁸⁶ In die Romeinse reg het laasgenoemde twee kategorieë kinders swaarder gebuk gegaan onder die las van buite-egtelikheid, byvoorbeeld in die gevalle van 'n opvolgende huwelik wat nie hier buite-egtelikheid sou negeer nie, en ook by testate erfopvolging.⁸⁷ In die hedendaagse moderne reg maak dit egter min tot geen verskil in watter klas van buite-egtelikheid 'n kind val.

In soverre dit die moeder en haar familie aangaan, plaas die reg die moeder en haar buite-egtelijke kind in dieselfde regsverhouding as in die geval van 'n binne-egtelijke

⁸² Boberg, P Q R *The Law of Persons and the Family* 1977 323

⁸³ Grotius 1.12.4; Van Leeuwen RHR 1.7.3; Van der Keessel *Praelectiones ad Gr* 1.12.4-6; V v R 1979 (3) SA (T) 1012-13

⁸⁴ Grotius 1.12.5; Van Leeuwen RHR 1.7.3,4

⁸⁵ Grotius 1.12.6; Van Leeuwen RHR 1.7.3,4; Van der Linden 1.4.2

⁸⁶ Grotius 1.12.6; Van Leeuwen RHR 1.7.3,4; Van der Linden 1.4.2

⁸⁷ *Wille's supra* 1991 212

kind. Die regsposisie tussen 'n moeder en haar buite-egtelike kind is gebaseer op die maxim "eene moeder maakt geen bastaard", waaruit dit blyk dat 'n moeder nie as sulks geboorte skenk aan 'n buite-egtelike kind nie. Daar is egter sekere regsbeperkings in die vaderlike regsverhouding met die buite-egtelike kind.⁸⁸ In die reg word die persepsie dus geskep dat 'n buite-egtelike kind geen vader het nie. Hierdie veralgemening kan egter tot misverstande aanleiding gee en moet gekwalifiseer word met die feit dat 'n vader 'n onderhoudsverpligting het tot die kind en in sekere omstandighede ook *locus standi in iudicio*.

Ouerlike gesag is die gesamentlike term vir die regsbevoegdheid, regte en verpligtinge wat 'n ouer teenoor sy/haar kind, sy/haar boedel en regshandeling het. Die ouers van 'n wettige kind verkry ouerlike gesag by geboorte en die natuurlike voogdyskap of ouerlike gesag van kinders vestig gewoonlik in beide ouers. 'n Buite-egtelike kind word ingevolge die Suid-Afrikaanse reg onder die ouerlike gesag van sy moeder geplaas, wat ook beheer en toesig het, tot uitsluiting van die buite-egtelike vader, wat dan geen sodanige reg en bevoegdheid het nie.⁸⁹

Die voogdy van die buite-egtelike kind berus by die moeder. Ingevolge artikel 3(1) van die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 vestig die voogdy oor buite-egtelike kinders voorts in die voog van die moeder as die moeder minderjarig en ongetroud is. Bewaring vestig egter steeds by die kind se moeder. Die vader het steeds geen regte op voogdy nie.⁹⁰ Ingevolge die Wet op Voogdy 1993 wat op 1 Maart 1994 in werking getree het, het gades gelyke regte van voogdy oor binne-egtelike kinders, en kan hulle afsonderlik toestem tot handeling van die minderjarige kind. In sekere gevalle word beide ouers se toestemming egter benodig, onder andere toestemming tot die huwelik van 'n kind, aanneming van 'n kind, die verwydering van 'n kind uit Suid Afrika, die aansoek om 'n paspoort vir 'n kind, en ook die vervreemding of beswaring van 'n kind se onroerende goed. In al hierdie gevalle sal die moeder van 'n buite-egtelike kind, en dus ook die moeder in die *de facto* huwelik die besluite kan neem sonder haar deelgenoot in die verhouding se toestemming.

Die moeder se voogdy is egter nie absoluut nie, aangesien die Hooggeregshof die

⁸⁸ Spiro *Law of Parent and Child* 1985 450; Boberg *supra* 333

⁸⁹ *Docrat v Bhayat* 1932 TPD 125; *Samente v Minister of Police* 1978 4 SA 632 (E)

⁹⁰ *Sesing v Minister of Police* 1978 4 SA 742 (W) 745

oppervoog van alle minderjarige kinders is.⁹¹ Die Hof kan dus die moeder se voogdyskap beëindig indien dit in die belang van die kind is. In die beslissing van *Ex parte Van Dam 1973 2 SA 182 (W) 185D* het die hof inderdaad na toepassing van hierdie beginsel voogdyskap aan die natuurlike vader van die buite-egtelike kind toegestaan.

Die buite-egtelike kind neem die moeder se van aan.⁹² Die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 bevat egter heelwat verdere bepalings wat registrasie op 'n ander van moontlik maak. Slegs as 'n persoon op gesamentlike versoek van die moeder en in teenwoordigheid van die persoon wat aangifte doen, skriftelik erken dat hy die vader is en die tersaaklike besonderhede verskaf, kan 'n buite-egtelike kind op die persoon wat sy vaderskap aldus erken het, se van geregistreer word.⁹³

Die algemene reël is dat die beheer en toesig van 'n buite-egtelike kind in die eerste plek by sy moeder berus.⁹⁴ Statutêre bevestiging van hierdie reël word ook verleen deur artikel 3(1)(b) van die Wet op Status van Kinders 82 van 1978. Van der Vyver en Joubert⁹⁵ bevestig dat in gevalle waar die moeder van 'n buite-egtelike kind oorlede is, die Suid-Afrikaanse reg nog nie behoorlike aandag gegee het aan die posisie van die biologiese vader se reg op beheer en toesig van sodanige kind nie. Aanvanklik was die howe van mening dat die natuurlike vader 'n regsvreemdeling vir die kind is.⁹⁶ Later is gesê dat die natuurlike vader nie *locus standi* het in aangeleenthede wat verband hou met die beheer en toesig van die buite-egtelike kind nie. Die tendens het egter al meer ontstaan dat die howe die buite-egtelike vader se regte erken.⁹⁷ Die posisie van die buite-egtelike vader se regte word later indringend bespreek, ook wat sy regte op toegang betref.

Ingevolge artikel 18(4)(d) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 word slegs die moeder van 'n buite-egtelike kind se toestemming benodig vir aanneming, en die vader s'n is oorbodig. Dit plaas die vader in 'n onbenydenswaardige posisie indien

⁹¹ *Wille's Principles of SA Law* 213 en die regspraak daar aangehaal

⁹² Van der Vyver en Joubert *supra* 220

⁹³ artikel 10 van die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992

⁹⁴ *Edwards v Flemming* 1909 TH 232 234-5.

⁹⁵ Van der Vyver en Joubert *supra* 221

⁹⁶ *Docrat v Bayat* 1932 TPD 125

⁹⁷ Van der Vyver en Joubert *supra* 221

die moeder sou besluit om haar ongebore kind te laat aanneem. Ingevolge die Wet het die vader van die kind geen eis met betrekking tot 'n mening in die aanneming nie. Waar daar egter 'n emosionele band tussen die vader en die kind is, sal die omstandighede wel noukeurig ondersoek word, aangesien die Wet uitdruklik in artikel 18(4)(c) bepaal dat aanneming in die beste belang van die kind moet wees. Die vader van 'n buite-egtelike kind is ingevolge artikel 17, soos gewysig deur artikel 7 van die Wysigingswet op Kindersorg 86 van 1991, wel bevoeg om self die kind aan te neem.

Die ongehude vader se regte by voorgenome aanneming van sy kind het juis onlangs opslae gemaak deurdat die Pretoriase Hooggeregshof in die Fraser-aangeleentheid 'n aannemingsbevel op aansoek van die biologiese vader tersyde gestel het. Alhoewel Regter Preiss sy beslissing gemaak het op grond van 'n prosedurele ongerymdheid, word die beslissing allerweë beskou as 'n oorwinning vir die stryd wat ongehude vaders voer. Artikel 18(4)(d) is vervolgens deur die hof na die Konstitusionele Hof verwys ten einde die bepaalde artikel grondwetlik te toets.⁹⁸

'n Kind se eis om onderhoud geld teenoor beide ouers. Die moeder van 'n buite-egtelike kind moet die vaderskap van die vader bewys voordat die hof 'n onderhoudsbevel sal toeken.⁹⁹ 'n Buite-egtelike kind is op sy beurt vir sy moeder sy onderhoud verantwoordelik in toepaslike omstandighede.¹⁰⁰ Onsekerheid bestaan of hy ook sy vader sal moet onderhou, maar dit sal waarskynlik die korrekte posisie wees. 'n Voorstel dat die buite-egtelike kind vir sy vader se onderhoud verantwoordelik is in dieselfde mate as wat hy moet bydra tot sy moeder se onderhoud, was in die Wetsontwerp op Status van Kinders 30 van 1987 vervat, maar het die wetgewer dit nie in die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 ingesluit nie.

Die moeder van 'n buite-egtelike kind is verantwoordelik vir die kind se onderhoud,¹⁰¹ en so ook die vader.¹⁰² Of die buite-egtelike kind egter kan

⁹⁸ *Die Burger* 25 Mei 1996

⁹⁹ L van Zyl in IT Schäffer (ed) *Family Law Service* Artikel C 6

¹⁰⁰ Voet 25.3.8; Boberg *supra* 341; Lee & Honore *Family Things and Succession* 1983 160; Spiro *supra* 404; Van der Vyver en Joubert *supra* 218

¹⁰¹ Grotius 3.35.8, Van Leeuwen 1.13.7

¹⁰² *Carelse v Estate De Vries* 23 SC 532; *De Klerk's Estate v Rowan* 1922 EDL 334

kompeteer met wettige kinders vir onderhoud uit die boedel van die buite-egtelike vader, as die boedel nie oor voldoende fondse beskik om die wettige kinders te onderhou nie, moet nog deur ons howe in oorweging geneem word.¹⁰³ In die beslissing van *Carelse v Estate De Vries* 23 SC 532 is onderhoud gelas vir die buite-egtelike kinders, maar hierdie boedel het oor genoeg bates beskik om onderhoud aan die wettige kinders ook te betaal. Meyerowitz is van mening dat daar deesdae geen rede bestaan om die wettige kind ten koste van die buite-egtelike kind te bevoordeel nie, en behoort alle kinders gelyk te deel in dit wat beskikbaar is.¹⁰⁴

Aanvanklik kon die buite-egtelike kind nie intestaat van sy vader of sy vader se familie erf nie, en omgekeerd.¹⁰⁵ Vir die doel van die intestate erfreg was dit dus aanvaar dat die kind geen vader het nie.¹⁰⁶ Hierdie posisie het egter verander deur die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987. Artikel 1(2) van die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987 bepaal dat buite-egtelikheid nie die vermoë van een bloedverwant om van 'n ander te erf by intestate erfopvolging verhoed nie, ongeag of dit aan die vader of moeder se kant, voorkom, nie.¹⁰⁷

Die reg met betrekking tot testate erfopvolging bevat geen beperkings ten opsigte van die buite-egtelike kind se vermoë om te erf nie.¹⁰⁸ Die beginsel van testeervryheid het tot gevolg dat selfs bloedskendige buite-egtelike kinders van albei hulle biologiese ouers kan erf. Artikel 4 van die Wysigingswet op Erfopvolging 43 van 1992 het artikel 2D tot die Wet op Testamente bygevoeg en bepaal onder andere dat die feit dat 'n persoon buite die huwelik gebore is, geïgnoreer kan word tensy die konteks van die testament anders aantoon.

Die moeder van die buite-egtelike kind kan alleen, sonder bystand van die buite-egtelike vader, 'n tutor of kurator nomineer om aangestel te word artikel 72(1) van die Boedelwet 66 van 1965.

Die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 bepaal dat buite-egtelike kinders van

¹⁰³ Meyerowitz, D *The Law and Practice of Administration of Estates and Estate Duty* 1989 21-25

¹⁰⁴ *Ibid*

¹⁰⁵ Voet 38.17.19

¹⁰⁶ Olivier *supra* 331

¹⁰⁷ Voet 18.2.14; Van der Linden 130; *Green v Fitzgerald* 1914 AD 104

¹⁰⁸ *Green v Fitzgerald supra*

wie die ouers later in die huwelik tree, vanaf die datum van hulle huwelik gewettig word.

Die vraag ontstaan of die partye wat reeds lank in 'n *de facto* verhouding staan, en doelbewus 'n gesin beplan, reeds voor of by geboorte by ooreenkoms toegangs- en ander regte na vervreemding sou kon beding. Na my mening sou dit gedoen kon word, maar dan sou sodanige ooreenkoms in ieder geval onderhewig, en in die hof toetsbaar wees, aan die beginsel dat die beste belang van die kind altyd vooropgestel moet wees.

4.2 DIE BUIITE-EGTELIKE VADER SE REGTE

4.2.1 Die huidige Suid-Afrikaanse regsposisie

Ingevolge die huidige Suid-Afrikaanse reg het die biologiese vader van 'n kind wat uit 'n buite-egtelike verhouding gebore is, min tot geen regte ten aansien van die kind. Die voogdy, beheer en toesig van die kind berus by die moeder. Voorts het die vader volgens Suid-Afrikaanse regspraak geen inherente reg op toegang tot die kind nie.

Volledigheidshalwe kan die ander bestaande regstelsels in Suid-Afrika en hulle hantering van die vader van die buite-egtelike kind se regte in oënskou geneem word.

4.2.1.1 Inheemse reg

Die huweliksvorm wat tradisioneel tussen die inheemse mense in Suid-Afrika aangegaan word, word nie beskou as 'n geldige huwelik in Suid-Afrikaanse reg nie en omdat buite-egtelikheid tradisioneel gedefinieer is ingevolge die bestaan of afwesigheid van 'n geldige huwelik, was die gevolg dat kinders uit sodanige verhoudings, bekend as inheemse huwelike, in die oë van die Suid-Afrikaanse reg, buite-egtelik sou wees. Hierdie posisie het egter verander met die inwerkingtreding van die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996. Indien die Minister ingevolge die bepalings van artikel 1 van die Wet die inheemse

verbintenis of huwelik erken, sal die kinders daaruit gebore, binne-egtelik wees.

In gevalle waar 'n inheemse huwelik nie voltrek is nie, het buite-egtelikheid totaal verskillende regsgevolge in die inheemse reg as in die Suid-Afrikaanse reg. Ingevolge die inheemse reg behoort 'n persoon altyd aan 'n spesifieke familiegroep, en aan die hoof van die groep is daar 'n manlike persoon wat die hoof van die familie is. Die inheemse huwelik het die effek dat 'n vrou van een familiegroep na 'n ander kan beweeg. Enige kind wat gebore word, behoort aan die familiegroep waaraan sy moeder behoort, ongeag of sy getroud is al dan nie. Indien sy ongetroud is, behoort die kinders aan haar vader se familie groep of die ander manlike hoof van haar familiegroep. Indien sy getroud is, is haar eggenoot die hoof van die familie en die kinders val onder sy outoriteit.¹⁰⁹

In die inheemse reg het die vader van 'n buite-egtelike kind, met ander woorde die kind gebore buite 'n inheemse huwelik, geen regte met betrekking tot die kind nie. So 'n vader kan voorts gedwing word om 'n boete aan die moeder se voog te betaal omdat hy die moeder onteer het. Die vader kan slegs regte ten opsigte van die kind bekom indien hy 'n lobola-ooreenkoms met die hoof van die familie van die kind se moeder aangaan.¹¹⁰

In die inheemse reg is daar dus geen onsekerheid met betrekking tot die vader se regte of gebrek aan regte nie. Onsekerheid ontstaan wel wanneer bepaal moet word in watter gevalle die inheemse reg en wanneer die Suid-Afrikaanse van toepassing is. Met betrekking tot buite-egtelikheid is die werklike probleem dat die inheemse vorm van die huwelik nie gesien word as 'n huwelik nie.

Die Regskommisie het voorheen aanbeveel dat die gewoontehuwelik se status gelik word tot die status van 'n huwelik en dat kinders uit sodanige huwelik dieselfde status verkry as kinders gebore uit die huwelike wat tans as wettig erken word.¹¹¹ Op daardie tydstip het die Kommissie wetgewing in hierdie verband aanbeveel, maar die voorstelle van die Kommissie is nooit geïmplementeer nie. Die Grondwet van Suid-Afrika bepaal uitdruklik dat die tradisionele outoriteit en

¹⁰⁹ Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommisie " 'n Vader se regte met betrekking tot sy buite-egtelike kind (Projek 79) Julie 1994 28

¹¹⁰ *Ibid*

¹¹¹ Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommisie "Marriages and Customary Unions of Black Persons" (Projek 51) Oktober 1986

inheemse reg erken moet word. Klousule 211 van Hoofstuk 12 van die 1996-Wet ('n soortgelyke klousule is in paragraaf XIII van Skedule 4 van die 1993-Grondwet vervat) lees soos volg:

"Recognition

211. (1) The institution, status and role of traditional leadership, according to customary law, are recognized, subject to the Constitution.

...

(3) The courts must apply customary law when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law."

Wanneer ons howe 'n dispuut met betrekking tot 'n vader se regte tot 'n kind deur hom verwek, waarin beweer word dat die reëls van die inheemse reg toepaslik is, ondersoek, moet die hof sodanige reëls van die inheemse reg in aanmerking neem, mits dit nie bots met ander bepalings van die Grondwet, en veral die Menseregtehandves, nie. Die beste belang van die kind sal egter altyd voor-op gestel word.

4.2.1.2 Moslemreg

Volgens die navolgers van die Islam is hulle geloofsoortuigings absoluut bindend en onveranderlik. Buite-egtelike gemeenskap is sonde en moet gestraf en uitgeroei word. Die vader van 'n buite-egtelike kind het geen regte of eise ten opsigte van sy kind nie en die kind het geen eise teenoor sy vader nie.¹¹²

Die Moslemhuwelik word nie erken as 'n wettige huwelik in die Suid-Afrikaanse reg nie. Navolgens van die Islam gaan selde huwelike aan in terme van die Suid-Afrikaanse reg en gevolglik is die meeste van Moslemkinders buite-egtelik in die oë van die Suid-Afrikaanse reg. Dieselfde geld ook vir tradisionele Hindoe-huwelike. Die bepalings artikel 1 van die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996 kan egter nou toepassing vind en indien die Minister

¹¹² Pearl D *Textbook on Muslim law* 1979, en soos bevestig deur Maulana C Seema in die Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Projek 79) Julie 1994 32

ingevolge die Wet die bepaalde verbintenis of huwelik erken, sal die kinders daaruit gebore, binne-egtelik wees.

Die Suid Afrikaanse Regskommissie ondersoek tans die posisie of Moslemhuwelike in die toekoms beskou moet word as geldige huwelike.

Met betrekking tot Hindoe- en Moslemhuwelike is dit belangrik om daarop te let dat die Grondwet van Suid-Afrika 200 van 1993 geloofsvryheid as 'n fundamentele reg erken in artikel 14 van Hoofstuk 3, en so ook in artikel 15 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet.

4.2.2 Onlangse regsontwikkeling

Alhoewel in die beslissing van *Van Erk v Holmer 1992 2 SA 636 (W)* bepleit is dat die vader se inherente toegangsregte erken word, gebaseer op die grondslag van redelikheid en billikheid, is in *S v S 1993 2 SA 200 (W)* duidelik beslis dat die vader geen inherente toegangsreg het nie, geen ouerlike gesag, en hy kan slegs soos 'n derde party by die Hof aansoek doen vir 'n bevel om toesig.

Die beslissing in die *Van Erk*-saak het wye en gemengde reaksie ontlok. Sonnekus en Van Westing¹¹³ is van mening dat die regter te veel klem lê op die *boni mores* van die gemeenskap en daardeur tred verloor met die beste belang van die kind wat as primêre oorweging moet dien by enige aansoek om 'n reg van toegang deur 'n vader tot sy buite-egtelike kind. Church¹¹⁴ ondersteun die uitspraak maar wys op die inherente gevare vir die moeder.

Horak¹¹⁵ sien die uitspraak as 'n pleidooi om die gelykstelling van die saamleefverhouding aan die huwelik, welke benadering die belangrikheid van 'n gesonde gesinslewe as kern vir 'n gesonde samelewing ondermyn. Hutchings¹¹⁶ wys daarop dat die effek van die benadering in die *Van Erk*-beslissing 'n

¹¹³ Sonnekus, J C en Van Westing, A "Faktore vir die erkenning van 'n sogenaamde reg van toegang vir die vader van 'n buite-egtelike kind" *TSAR* 1992 255

¹¹⁴ Church "Secundum ius et aequitatem naturalem: a note on the recent decision in *Van Erk v Holmer*" 1992 *Codicillus* 36

¹¹⁵ Horak "Om te trou of nie te trou nie - besluit in *Van Erk v Holmer* aangeval" 1992 *De Rebus* 515

¹¹⁶ Hutchings, S "Reg van toegang vir die vader van die buite-egtelike kind - outomatiese toegangsregte - sal die beste belang van die kind altyd seëvier? *Van Erk v Holmer 1992 2 SA 636 (W)*" *THRHR* 1993 (56) 313 - 314

beklemtoning van die toegangsreg van die vader is, eerder as van die beste belang van die kind. Hierdeur kan die indruk geskep word dat die ontkenning van so 'n reg onregverdig en onbillik teenoor die vader is. Volgens haar, en ook heeltemal tereg, behoort die uitgangspunt egter nie die vader se belange te wees nie aangesien so 'n benadering indruis teen bestaande gesag.

Volgens Church¹¹⁷ is dit jammer dat regter van Zyl hom net tot die Anglo-Amerikaanse stelsels beperk en nalaat om 'n vergelyking te trek met die inheemse reg waar die term "buite-egtelikheid" onbekend is - veral dan in die lig van die beklemtoning van die beginsels van redelikheid, billikheid en die openbare beleid. Sonnekus en Van Westing¹¹⁸ merk verder op dat daar geen verwysing na Vastelandse gesag, onder andere uit Nederland of Duitsland is nie en dat dit moontlik op 'n leemte in die uitspraak dui.

Ten spyte van die sterk aandrang op 'n bevestiging van die vader se regte en die pleit daarvoor op oorwegings van geregtigheid en billikheid, het die hof daarna in *S v S 1993 2 SA 200 (W)* die *Van Erk*-saak teengegaan en die voorafbestaande regsposisie bevestig, synde dat die vader van die buite-egtelike kind geen inherente toegangsregte tot sy kind het nie. Die Appélhofbeslissing onlangs in *B v S*¹¹⁹ het die regsposisie weer eens bevestig, ook na ondersoek van die gemene reg, en het beslis dat die buite-egtelike vader geen inherente toegangsregte tot sy kind het. Toegangsregte is gebaseer op ouerlike gesag, wat slegs by die moeder van 'n buite-egtelike kind berus. Die vader kan egter soos enige ander derde party 'n aansoek na die hof rig om voogdy, toesig of toegang te bekom; en sal hy die hof moet oortuig dat in die beste belang van die kind is. Die hof kan selfs sover gaan om die moeder van die buite-egtelike kind haar regte op voogdy en bewaring ten gunste van 'n derde te ontnem, sou die omstandighede aandui dat dit in belang van die kind sal wees.¹²⁰

Die hof moes voorts in *B v S 1995 3 SA 571 (A)* ook oorweeg tot watter mate die huidige regsposisie onbillik teen die vader van die buite-egtelike kind diskrimineer. Die hof neem Engelse beslissings in ag, en beslis dat die belang van die kind die

¹¹⁷ Church *supra* 35 - 36

¹¹⁸ *supra* 239 vn 41

¹¹⁹ 1995 3 SA 571 (A)

¹²⁰ *Edwards v Flemming* 1909 TH 232; *September v Karriem* 1959 (3) SA 687 (C)

sentrale faktor is, en dat toegang daarvan afhang. Toegang is dus die inherente reg van die kind en is dit verkeerd om te verwys na 'n inherente reg aan die kant van die vader.

Kruger, J M, Blackbeard, M en De Jong gee 'n duidelike samevatting van die argumente teen en ten gunste van die verlening van 'n inherente toegangsreg vir die vader van die buite-egtelike kind.¹²¹ Die vernaamste argumente om die verlening van toegangsregte aan vaders van buite-egtelike kinders te regverdig is as volg:

- (a) Elke kind het 'n moeder en vader nodig vir die ontwikkeling van 'n eie persoonlikheid en identiteit. Kinders wat sonder hulle vaders grootword, openbaar ook die een of ander tyd 'n behoefte om te weet wie hulle vaders is.¹²²
- (b) Vaders wat toegang tot hulle buite-egtelike kinders wil hê, sal hierdie reg meestal nie misbruik nie.¹²³ Die siening dat alle vaders van buite-egtelike kinders sleg of onbelangstellend is, is 'n verouderde stereotipe siening wat nie met hedendaagse realiteite rekening hou nie.¹²⁴
- (c) Die klassifisering van kinders as buite-egtelik was die gevolg van die destydse strewe om die Christelike huwelik aan te moedig en buite-egtelike status was 'n straf wat gevolg het wanneer geen huwelik gesluit is nie.¹²⁵ Die moontlikheid dat hulle kinders buite-egtelike status sal hê as hulle nie trou nie, oorreed vandag relatief min mense om in die huwelik te tree.
- (d) Burgerlike huwelike in ooreenstemming met Christelike waardes is nie meer die enigste blywende verbintenis tussen man en vrou in Suid-Afrika nie. Die feit dat kinders wat gebore word uit Moslem, Hindoe of Swart inheemsregtelike huwelike steeds as buite-egtelik geklassifiseer word en

¹²¹ Kruger, J M, Blackbeard, M en De Jong, M "Die vader van die buite-egtelike kind se toegangsreg : S v S" 1993 2 SA 200 (W) *THRHR* 1993 (56)

¹²² Eckhard B "Toegangsregte tot buite-egtelike kinders - Behoort die wetgewer in te gryp?" 1992 *TSAR* 125

¹²³ Ohannesian en Steyn "To see or not to see? - that is the question (The right of access of a natural father to his minor illegitimate child)" 1991 *THRHR* 258

¹²⁴ Eckard *supra* 125

¹²⁵ Eckard *supra* 124

sodanige kinders se vaders gevolglik geen toegangsregte het nie, hou nie rekening met hierdie werklikheid nie.¹²⁶ Sedertdien is hierdie posisie inderdaad gewysig deur die inwerkingtreding van die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996.

Die vernaamste argumente teen die verlening van 'n inherente toegangsreg aan vaders daarenteen sluit die volgende in:

- (a) Daar is in Suid-Afrika ernstige risiko's verbonde aan die toeken van outomatiese toegangsregte aan vaders, aangesien die moeder dit moeilik kan vind om toegang te verkry tot 'n hof waar sy sal kan bewys dat die vader 'n bedreiging vir die kind inhou.¹²⁷ Die stelling verwys waarskynlik na finansiële probleme in hierdie verband.
- (b) Die verlening van outomatiese toegangsregte aan vaders sal daartoe lei dat die vader wat niks met sy kind te doen wil hê nie, periodiek sy regte kan uitoefen as dit tot sy eie voordeel strek en die gier hom beetpak¹²⁸.

Hierdie probleem kan sekerlik nie heeltemal ontken word nie, maar daar kan tog aanvaar word dat dit eerder in uitsonderingsgevalle as in die reël sal opduik en dat vaders meestal nie hulle toegangsregte sal misbruik nie.

Die Regskommissie se jongste verslag ten opsigte van die vader se regte met betrekking tot sy buite-egtelike kind bevestig dat die bestaande regsposisie is dat die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind geen regte met betrekking tot daardie kind het bloot vanweë sy vaderskap nie.¹²⁹ Die Kommissie is voorts nie ten gunste daarvan dat die bestaande regsposisie verander word om die natuurlike vader van gevestigde reg tot toegang te verleen nie, welke reg dan opgeskort kan word deur die hof met lewering van gegronde redes. Sodanige regsposisie sal die moeder van 'n kind in 'n onhoudbare posisie plaas indien die natuurlike vader dan

¹²⁶ *Van Erk v Holmer* supra 648; Ohannesian en Steyn supra 259

¹²⁷ Clarke, B en Van Heerden, B " The legal position of children born out of wedlock: A comparative and predictive analysis" in Burman, S and Preston-Whyte *Questionable Issue? Illegitimacy in South Africa* Cape Town: Oxford University Press 1992 57

¹²⁸ Sonnekus en Van Westing supra 1992 TSAR 240

¹²⁹ Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie "'n Vader se regte met betrekking tot sy buite-egtelike kind" (*Projek 79*) Julie 1994 80

sy regte uitoefen tot benadeling van haar en die kind. Die onus sal dan op haar rus om die hof te nader en 'n saak uit te maak vir die opskorting van die vader se natuurlike regte, en sy sal die koste van die aansoek moet betaal.

Die regsposisie soos dit tans staan het deur eeue ontwikkel met inagneming van die realiteit van die gemeenskap. Die Regskommissie is van mening dat geen sodanige verandering plaasgevind het wat 'n drastiese verandering in die bestaande regsposisie regverdig nie en stel voor dat die natuurlike vader van die buite-egtelike kind uitdruklik en ondubbelsinnig gemagtig word om die hof te nader vir regshulp met betrekking tot toegang, voogdy, beheer en toesig. Hierdie aanbeveling het hoofsaaklik ten doel om regsekerheid daar te stel, aangesien teenstrydige hofbeslisings met betekking tot toegang onsekerheid laat ontstaan het. Wetgewing in hierdie verband sal 'n verdere verspil van tyd en regskostes verhoed.

Klousule 1(3) van die voorgestelde konsepwetgewing lys sekere faktore wat die hof in aanmerking mag neem. Die breë formulering soos vervat in paragraaf 1(3)(e) naamlik dat enige ander feit wat relevant mag wees in die opinie van die hof in aanmerking geneem mag word, skep die moontlikheid dat ander faktore ook in ag geneem mag word, byvoorbeeld die reeds bestaande verhouding tussen die kind en sy vader. Hierdie klousule dui daarop dat elke aangeleentheid op sy eie meriete oorweeg sal word met inagneming van al die relevante feite. Die hof moet dan bepaal of die aangevraagde bevel in die beste belang is van die kind.

Klousule 1(4) bepaal uitdruklik dat die reg na verwys in klousule 1 nie van toepassing sal wees op die natuurlike vader van die buite-egtelike kind uit verkragting gebore nie. Die byvoeging van die woorde "tensy 'n hof andersins bepaal" word aanbeveel. Die Regskommissie is van mening dat dit onnodig is om voorsiening te maak vir verkragting en bloedskending, aangesien die hof in ieder geval bevoeg sal wees om in sodanige gevalle 'n bevel te maak indien dit in belang van die kind is.

Die Kommissie is voorts van mening dat ouers nie die reg gegee moet word om aangeleenthede met betrekking tot die regte voogdy en beheer en toesig by ooreenkoms te reël nie. Sodanige gesamentlike ooreenkoms hou risiko's in, aangesien die werking daarvan sal afhang van die partye se houding teenoor

mekaar selfs indien dit formeel aangegaan word by wyse van 'n ooreenkoms in die vorm van 'n notariële kontrak, sou die belange van die kind steeds aangetas kon word indien 'n dispuut ontstaan. Die hof sou dus in ieder geval genader moet word om 'n beslissing ongeag die terme van die ooreenkoms, al bepaal die kontrak andersins, en sal die vader steeds toegangsregte geweier word indien dit in belang van die kind is. Daar word bevestig dat die gesinshof jurisdiksie sal hê om aangeleenthede verbandhoudend met die regte van 'n kind, te beslis.

Die posisie is dus tans dat wanneer 'n *de facto* verhouding beëindig word, die vader se enigste remedie ten einde toegangsregte te bekom, is om 'n aansoek na die hof te bring om sy toegangsregte te bepaal, en die hof sal die beste belang van die kind as die belangrikste faktor oorweeg. 'n *De facto* vader sal waarskynlik kan bewys dat sy toegangsregte in die beste belang van die kind is as die *de facto* verhouding vir 'n geruime tyd bestaan het, en ook as daar reeds 'n sterk band tussen die vader en kind opgebou is. Die vraag is egter of dit nie onbillik teen die vader werk dat hy die verdere tyd en koste moet aangaan om 'n regsposisie deur die hof te laat bevestig waarop hy geregtig behoort te wees nie.

Die huidige Suid-Afrikaanse posisie is duidelik geslagsdiskriminerend gesien teen die fundamentele reg op gelykheid vervat in artikel 8 van die Menseregtehandves in die Grondwet van Suid-Afrika 1993 (artikel 9 van die 1996-Grondwet) en sal dit, myns insiens, wanneer dit getoets word in die Konstitusionele Hof as ongrondwetlik verklaar word.

4.2.3 'n Regsvergelykende perspektief

Die Suid-Afrikaanse posisie kan kortliks vergelyk word met die regsposisie in Engeland waar artikel 3(1) van die *Children Act 1989*, ouerlike verantwoordelike as volg definieer:

"In this act parental reponsibility means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property."

Die Engelse Regskommissie het bevind dat dit 'n onmoontlike taak is om 'n

volledige lys van al die regte, verpligtinge, magte en verantwoordelikhede van 'n ouer ten opsigte van sy kind vas te stel, aangesien gemelde regte sou moes verander soos wat die omstandighede en die volwassenheid van die kind verander.¹³⁰

Ingevolge die *Children Act 1989* het die moeder van 'n buite-egtelike kind die ouerlike verantwoordelikheid. Die vader kan dit egter ook aanneem òf deur 'n hofbevel òf deur 'n formele ooreenkoms. Artikel 4(1) van die Wet bepaal as volg:

"Where a child's father and mother were not married to each other at the time of his birth, the court may on application of the father, order that he shall have parental responsibility for the child..."

Die vader van 'n buite-egtelike kind ontvang ook outomaties ouerlike verantwoordelikhede met betrekking tot daardie kind indien 'n verblyfbevel in sy guns verleen word, ingevolge artikel 12(1) van dieselfde wet.

Voorts bepaal artikel 4 van die *Children Act 1989* dat waar 'n kind se vader en moeder nie getroud was op die stadium van sy geboorte nie, mag die vader en moeder by ooreenkoms ('n "parental responsibility agreement") bepaal dat die vader ook ouerlike verantwoordelikheid ten opsigte van die kind sal hê mits dit op die voorgeskrewe wyse aangegaan en aangeteken is.

¹³⁰ Cretney, S M en Masson, J M *Principles of Family Law* 1990 486

HOOFSTUK 5**HOMOSEKSUELE HUWELIKE****5.1 DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPOSISIE**

In teenstelling met die regsposisie in Europa waar reeds wyd erkenning verleen word aan die regte van partye tot 'n homoseksuele of lesbiese verhouding, aanvaar die Suid-Afrikaanse gemeenskap vir die huidige nog nie werklik hierdie verhoudings nie en redelik min academici het hulle tot dusver oor die onderwerp uitgespreek. Gesien in die lig van die Grondwet, soos ook weer na verwys in Hoofstuk 6 hierna, kan ons waarskynlik binnekort heelwat regsontwikkeling op hierdie gebied verwag.

In 'n onlangse artikel het P J Visser¹³¹ sterk te velde getrek teen die erkenning van sodanige verhoudings as huweliksverhoudings, gesien in die lig van klousule 8 van Hoofstuk 3 van die 1993-Grondwet (klousule 9 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet). Die uitdruklike bepaling in die Menseregtehandves dat daar nie onbillik teen mense op grond van hulle seksuele georiënteerdheid gediskrimineer word nie,¹³² plaas volgens Visser Suid-Afrika internasionaal op die voorpunt in die juridiese erkenning en beskerming van abnormale seksuele oriëntasies.¹³³ Hy neem egter nie kennis van die regsposisie in etlike Europese lande nie, soos byvoorbeeld Swede, Denemarke, Noorweë en Nederland waar homoseksuele verhoudings reeds 'n geruime tyd in die reg erken en beskerm word, nie.

Hy beweer voorts dat die Grondwet ook die deur vir homoseksuele en lesbiërs open om onder andere te eis dat hulle verhoudings as "huwelike" erken word ingevolge 'n nuwe huweliksregstelsel.¹³⁴ Volgens hom is die hele regstelsel geskoei op die uitgangspunt dat net die duursame verhouding tussen persone van die teenoorgestelde geslag die status van 'n huwelik kan geniet. Hy is daarvan oortuig dat vir die meeste redelike mense dit steeds werklikheidsvreemd is om

¹³¹ Visser, P J "Enkele gedagtes oor fundamentele regte en die familiereg" 1995 *THRHR* 702

¹³² artikel 9(3) en (4) van die 1996-Grondwet

¹³³ Visser *supra* 702

¹³⁴ *Ibid*

homoseksualiteit, lesbianisme en bi-seksualiteit as "normaal" te aanvaar, tesame met al die gevolge wat sodanige erkenning van abnormaliteit inhou. In hierdie konteks spreek hy dan die hoop uit dat

"gesonde verstand ook regtens sal seëvier sodat die grondwetlike verbod op onbillike diskriminasie teen mense op grond van hul seksuele georiënteerdheid so uitgelê en toegepas sal word dat dit nie die wese van die bestaande huweliksreg aantast nie." (705)

Pierre de Vos¹³⁵ lewer egter vervolgens skerp reaksie op P J Visser se artikel en sê dat Visser ongesubstansieerde en hoogs aanvegbare stellings oor die grondwetlike beskerming van mense op grond van hul seksuele georiënteerdheid maak. Hy betwis Visser se uitgangspunt dat 'n onderskeid gemaak kan word tussen "normale" seksuele oriëntasie, wat in Visser se oë altyd 'n heteroseksuele oriëntasie behels, en "abnormale" seksuele oriëntasie, wat alle gevalle van "homoseksuele" oriëntasie insluit.

Volgens De Vos blyk dit dat die siening aangaande "normale" en "abnormale" seksualiteit gevorm is deur die godsdienstige en morele denkraamwerk waarbinne Visser beweeg, maar hy wys dan daarop dat hierdie siening lynreg in stryd is met die algemeen aanvaarde opvattinge op wetenskaplike en regsgebied. Reeds in 1973 het die American Psychological Association 'n mosie aangeneem waarin erken word dat homoseksualiteit 'n natuurlike seksuele variant is wat nie aan enige patologie gekoppel kan word nie.¹³⁶ In 1993 het die Kaapse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof tot dieselfde gevolgtrekking gekom in *S v H 1993 2 SACR 545 (K)* waar regter Ackermann kommentaar gelewer het op vorige hofuitsprake wat na "normale" heteroseksuele verhoudings verwys het deur te sê:

"In my respectful view the use of the word 'normal' in this context is unfortunate, as it might suggest a prejudgment of much current psychological and sociological opinion which is critical of various conventions and assumptions regarding human sexuality." (548A)

¹³⁵ De Vos, P "Seksuele georiënteerdheid en die familiereg : Reaksie op P J Visser" 1996 (59) *THRHR* 304 - 305

¹³⁶ Cameron "Sexual orientation and the Constitution: A test case for human rights" 1993 *SALJ* 58

De Vos wys voorts daarop dat die gronde soos uiteengesit as fundamentele regte in die Grondwet, insluitende seksuele georiënteerdheid, juis ingesluit is om te verhoed dat vooroordele in die samelewing teenoor 'n spesifieke groep gebruik word om diskriminasie teen daardie groep te regverdig.¹³⁷

Hy verwys na die beslissing in die VSA waar die Hooggeregshof in *Palmore v Sidoti 46 US 429 (1984)* in die konteks van rassediskriminasie dit duidelik gestel dat persoonlike vooroordele in die gemeenskap nooit diskriminasie kan regverdig nie en sê dat die insluiting van seksuele georiënteerdheid in die lys waarvolgens diskriminasie verbied word, beteken dat die Grondwet uitdruklik erken dat homoseksualiteit nie abnormaal is nie en dat "gay" mans en lesbiërs in die toekoms op grondwetlike beskerming teen die vooroordele en homofobie van hul landgenote kan aanspraak maak. Volgens De Vos is die familiereg juis een van die gebiede in ons reg waar diskriminasie op grond van seksuele georiënteerdheid, en ook geslag en geslagtelikheid, die meeste effek gehad het en steeds het.¹³⁸

De Vos wys daarop dat indien ons die Grondwet se belofte van gelykheid ernstig opneem, sal ons moet erken dat die "wese" van die familiereg soos dit deur Visser verstaan word, in die slag sal moet bly. Dit is 'n radikale breuk met die verlede waarin die staat sonder byna sonder beperkings teen lede van die gemeenskap kon diskrimineer op grond van hul ras, geslag of seksuele georiënteerdheid.¹³⁹

Daar word algemeen aanvaar dat 'n persoon se seksuele georiënteerdheid in 'n menseregte-konteks, 'n diep persoonlike karaktertrek is wat óf onveranderbaar is, óf slegs verander kan word teen onaanvaarbare hoë persoonlike koste.¹⁴⁰

In die beslissing van *Van Rooyen v Van Rooyen 1994 2 SA 325 (W)* het die hof aan 'n lesbiese moeder 'n toegangsreg tot haar kind toegestaan.

¹³⁷ De Vos *supra* 306

¹³⁸ *supra* 308

¹³⁹ *Ibid*

¹⁴⁰ *Egan v Canada* 1224 DLR 4th 609 414; *S v H* 1993 2 SACR 545 (K); Die redakteurs van *Sexual orientation and the law Harvard Law Review* 1990 7, soos aangehaal deur De Vos *supra* 305

5.2 REGSVERGELYKING TEN OPSIGTE VAN DIE ERKENNING VAN HOMOSEKSUELE HUWELIKE

Artikel 14 van die Europese Konvensie oor Menseregte (ECHR) lees as volg:

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

Die tersaaklike Europese regspraak het tot dusver nie baie lig op die spesifieke omvang en interpretasie van die hierdie artikel met betrekking tot homoseksuele huwelike gewerp nie. In *S vs UK*¹⁴¹ het die Kommissie bevind dat:

"...a difference in treatment in the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention is not to be regarded as discrimination for the purposes of Article 14 if that difference has objective and reasonable justification provided that the means employed are reasonably proportional to the aim sought to be realised."

Die Kommissie het erken dat daar 'n verskil in handeling is en het bevind dat dit geregverdig is om gesinne te beskerm, maar om nie dieselfde beskerming aan ander stabiele verhoudings te gee nie. Die verskil in die behandeling van die applikant en iemand in dieselfde posisie wie se metgesel van die teenoorgestelde geslag is, kan objektief en redelik verdedig word.¹⁴²

AIRE (Action for Individuals' Rights in Europe) glo dat die interpretasie van Artikel 8 en 14 van die ECHR nie staties is nie. Dit sonder die progressiewe ontwikkeling in die gevalle van beide kriminalisering en die ouderdom van toestemming as voorbeelde uit wat dui op die veranderde houding ten opsigte van dieselfde-geslag verhoudings.¹⁴³ AIRE verwys ook spesifiek na die definisie van gesinslewe wat geleidelik verbreed word om ongetroude heteroseksuele paartjies,¹⁴⁴ broers en

¹⁴¹ Application 11716/85

¹⁴² *S vs UK* (Application 11716/85)

¹⁴³ AIRE, Report on Case Law, February 1994.

¹⁴⁴ Applications 7289/75 and 7349/76.

susters en ander familie,¹⁴⁵ asook ouers en kinders gebore buite die huwelik of na egskeiding¹⁴⁶, te erken. Dit blyk voorts dat die regering van die Verenigde Koningryk in 'n positiewe rigting beweeg, soos gesien word uit 'n brief na die "International Lesbian and Gay Association", gedateer 18 September 1991, waarin 'n beampte van die Buitelandse en Statebondskantoor geskryf het:

"The United Kingdom would look favourably on proposals dealing with the freedom of the individual to live in accordance with his or her sexual orientation. We see this freedom as flowing from the individual's right to respect for his private and family life as laid down for example in Article 8 of the European Convention on Human Rights.

Since homosexual men and woman are entitled to the same rights as any other person under international human rights instruments, we would also support, not necessarily just within the CSCE context, the right of lesbians and gays to live without any legal or social discrimination, in the same way as we would in the case of any other person."

Die Europese Kommissie op Menseregte wil nie homoseksuele verhoudings as gesinslewe klassifiseer nie, maar het gesê dat dieselfde geslag paartjies die reg behoort te hê tot respek vir hulle private lewe.¹⁴⁷

Die posisie in die Europese Unie (EU) ten opsigte van die vrye beweging tussen lande behoort ook hier vermeld te word, en kan 'n invloed hê op die hantering van homoseksuele paartjies. Nederland, Denemarke, Swede en Spanje het almal 'n beleid waarvolgens 'n buitelandse burger toegelaat word om sy/haar EU nasionale deelgenoot by hom/haar te laat aansluit. 'n Burger van die Europese Unie kan, indien hy/sy in een van hierdie lande tuisgaan, aansoek doen vir 'n residensiële permit vir sy/haar maat. Sekere lande, soos die Verenigde Koningryk, aanvaar egter nie soortgelyke beleid nie en dit kan 'n probleem veroorsaak. In Nederland verwys die saamwoonkontrak en die verblyfspermit, wat gegee word aan 'n paartjie, daarop dat die Nederlandse reg die buitelandse maat beskou as 'n lid van

¹⁴⁵ Marckx (13 June 1979).

¹⁴⁶ *Ibid*

¹⁴⁷ *European Law* "Article 14 of European convention on human rights" Tyger Internet 1995 (<http://www.tyger.co.uk/sig/law.html>)

die familie. Die argument van vrye beweging kan baie oortuigend wees en die regerings van lande soos Denemarke, Swede en Nederland mag beswaar opper indien van hulle burgers vrye beweging ontken word weens hulle seksuele voorkeur.¹⁴⁸

In Spanje het nuwe wetgewing op 1 Januarie 1996 in werking getree ingevolge waarvan persone wat saamwoon vir 'n periode van ten minste twee jaar in 'n affektiewe verhouding, ongeag seksuele oriëntasie, geag word in 'n blywende verhouding, soortgelyk aan 'n huwelik te wees vir doeleindes van stedelike huur.¹⁴⁹

In Nederland is verdere wetgewing wat erkenning verleen aan homoseksuele verhoudings en gebasseer op die reg op gelyke behandeling, ook gedurende 1995 uitgevaardig, ingevolge waarvan regsbeskerming verleen word teen diskriminasie. Hierdie wetgewing verbied direkte en indirekte diskriminasie op grond van godsdiens, politiese oriëntasie, ras, geslag, nasionaliteit, heteroseksuele of homoseksuele neiging of huwelikstatus, en die areas wat deur die wetgewing gedek word sluit werk ingevolge 'n dienskontrak; intrede tot en bevordering in, 'n vrye professie; die handel in goedere en dienste; asook die verskaf van inligting met betrekking tot die keuse van skole en beroepe; in.¹⁵⁰

In Swede is die bepalings van die *Cohabitees (Joint Homes) Act) 1987*, wat die regsgevolge van partye tot 'n saamwoonverhouding reël, kragtens die *Homosexual Cohabitees Act 1987* uitgebrei om ook toepassing te vind op partye in 'n homoseksuele saamwoonverhouding. Laasgenoemde wet bepaal nie uitdruklik, soos eersgenoemde, dat die homoseksuele verhouding soortgelyk aan 'n huwelik moet wees nie, maar behoort hierdie kriteria, soos by heteroseksuele saamwoonverhoudings, te geld.¹⁵¹ Voorts moet albei partye ongetroud wees by sodanige homoseksuele saamwoonverhouding.¹⁵²

¹⁴⁸ *Ibid*

¹⁴⁹ Jensen, S e.a. (ed) *ILGA Newsletter* 30 January 1995 LBL Copenhagen

¹⁵⁰ *Ilga Euroletter* 30 January 1995
(<http://fglb.qrd.org.8080/home/delmas/fqrd/assocs/ilga/euroletter/30.html>)

¹⁵¹ Agell 1990 "Die Schwedisch Gesetzgebung über nichtelich Lebensgemeinshafden" 1990 *Familien Recht* 28

¹⁵² Schwellnus, T "The value of Swedish law on cohabitation as basis for legal reform in South Africa" *Obiter* 1995 229 - 248

INVLOED VAN DIE GRONDWET VAN SUID-AFRIKA 1993 EN DIE 1996-GRONDWET**6.1 ALGEMEEN**

Die interim Grondwet van Suid-Afrika 200 van 1993 is sedert 27 April 1994 in werking. Die Grondwetlike Vergadering het egter nou die Grondwet van Suid-Afrika 1996 beskikbaar gestel en dit is reeds deur die Parlement goedgekeur in Mei 1996. Hierdie Wetsontwerp is weer vir goedkeuring na die Konstitusionele Hof verwys, nadat dit die eerste keer na die Grondwetlike Vergadering terugverwys is met betrekking tot sekere bepalings. Die 1996-Wetsontwerp is op 4 Desember 1996 finaal deur die Konstitusionele Hof goedgekeur, en op 10 Desember 1996 deur die President onderteken. Dit sal na verwagting stuksgewys vanaf Januarie 1997 in werking tree. In hierdie werk word telkens verwys na die tersaaklike artikels soos dit voorkom in beide die Grondwet 1993 (hierna na verwys as die 1993-Wet) en die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 (hierna na verwys as die 1996-Wet).

Hoofstuk 2 van die 1996-Wet bevat die Menseregtehandves en lê sekere fundamentele regte van die individu neer. Die bepalings van artikel 9(3) en (4) van die 1996-Wet (soortgelyk as dié vervat in artikel 8 van Hoofstuk 3 van die 1993-Wet) lees soos volg:

"Equality

9. ...

- (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.
- (4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection

(3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination."

Hierdie artikel lê die basis van die individuele fundamentele regte en daar word bepaal dat daar nie onbillik gediskrimineer mag word teen 'n persoon op grond van onder andere sy/haar geslag, geslagtelikheid, seksuele oriëntasie, geloof, oortuiging, gewete en kultuur nie. Die neergelegde lys van beskermende gronde wat in die Grondwet ingesluit is, verteenwoordig tradisionele vorme van diskriminasie wat in die apartheidsera algemeen in die land toegepas en aanvaar is en elke grond het 'n eie nalatenskap van uitsluiting, vooroordeel en ongeregtheid - met ras en geslag aan die voerpunt.¹⁵³

Ons Grondwet verleen tans nie 'n algemene beskerming van die "privaatheid van die huis", wat wyd geïnterpreteer sou kon word om die huweliksverhouding in te sluit, nie. Slegs persoonlike privaathed word in artikel 13 van Hoofstuk 3 van die 1993-Wet (artikel 12 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet) beskerm. Die Europese Konvensie van Menseregte verleen huweliksbeskerming in artikel 8:

"Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence."

Die "African Charter on Human and People's Rights" erken die gesin as natuurlike eenheid en basis van die gemeenskap, en ook die stel van tradisionele waardes en norme wat deur die gemeenskap aangehang word. Die "African Charter on Human and Peoples' Rights" is in 1981 aangeneem en bevat ook bepalings met betrekking tot die reg om in die huwelik te tree en die beskerming van die familie, wat gedefinieer word as die natuurlike eenheid en basis van die gemeenskap.¹⁵⁴ Artikel 18(1) en (2) verplig die staat om die gesin te beskerm en by te staan.

Dit is voorts van belang dat hierdie verklaring uit Afrika geledere ook die belangrikheid van die gesin erken en voorsiening maak vir die beskerming van die gesinseenheid. Die beskerming van die gesin impliseer die erkenning van die huwelik wat die gesin tot stand gebring het, ongeag die regsisteem wat die

¹⁵³ De Vos, P "Seksuele georiënteerdheid en die familiereg : Reaksie op P J Visser" 1996 (59) *THRHR* 306

¹⁵⁴ Artikel 18

vereistes van sodanige huwelik beheer.¹⁵⁵

Artikel 14(4) van die Namibiese Grondwet erken die gesin as die natuurlike en fundamentele groepseenheid van die gemeenskap.¹⁵⁶

Die Universele Verklaring van Menseregte bevat etlike bepalings wat verband hou met die beskerming van die gesin en die huwelik as instelling en artikel 16 bepaal as volg:

- "1. Men and woman of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and after marriage....

3. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State."

Die woorde "huwelik" en "gesin" word nie in die Verklaring gedefinieer nie en dui daarop dat erkenning verleen word aan die feit dat verskillende vorms of tipes van huwelike langs mekaar kan bestaan in 'n bepaalde land. 'n Manier is dus geskep om lidlande toe te laat om, waar omstandighede dit verlang, huwelike wat nie streng monogaam is nie, te erken.

Nie die 1993-Grondwet òf die 1996-Wet bevat enige uitdruklike bepalings wat spesiaal geskep is vir die beskerming van die gesin nie, en bepaal ook nie dat die persoon die reg sal hê om in die huwelik te tree nie. Tog is Maithufu van mening dat dit die posisie van die inheemsregtelike huwelik in die Suid-Afrikaanse regsisteem fundamenteel sal verander. Die Grondwet bevat sekere bepalings vir die volgehoue bestaan en toepassing van inheemse reg, onderhewig aan die bepalings soos vervat in hoofstuk 3 (Fundamentele Regte). Dit beteken dat wanneer ookal 'n hof besluit om die inheemse reg toe te pas, wanneer 'n hof 'n probleem met betrekking tot die erkenning of nie-erkenning van 'n instelling van inheemsregtelike oorsprong moet oplos, sodanige toepassing of erkenning bepaal moet word in die

¹⁵⁵ *Maithufu, I P "Customary Law of Marriage and a Bill of Rights in South Africa: Quo Vadis" THRHR 1996 301 302*

¹⁵⁶ *Schwellnus, T "Marriage and fundamental rights" Obiter 1995 321 - 322*

lig van die fundamentele regte soos verskans in die Grondwet.

As ons die huwelik sien as die hoeksteen van ons gemeenskap, waarom beskerm ons dit nie in ons Grondwet nie? Daar is wel erkenning vir byvoorbeeld 'n kind se reg op versorging,¹⁵⁷ die reg van 'n individu vir 'n aanspraak op welsyn vir onderhoud aan hulself en hul afhanklikes,¹⁵⁸ en die reg van aangehoudenenes om besoek te word deur sy eggenoot, maat of familie.¹⁵⁹ Ongelukkig blyk dit dat daar nie voldoende gehoor gegee is aan Teresa Schwellnus se pleit¹⁶⁰ dat daar behoorlik aandag gegee word aan die beskerming van die huwelik as instelling in die finale Grondwet.

Die invloed van die Grondwet op die regsposisie van *de facto* huwelike, en verbandhoudende regte, kan ondersoek word aan die hand van 'n onderskeid tussen die verskillende vorme van die *de facto* verbintenisse:

6.2 DIE POTENSIEEL POLIGINIESE HUWELIK: DIE INHEEMSREGTELIKE HUWELIK VAN SWARTES EN HUWELIKE INGEVOLGE MOSLEM- EN HINDOEGEBRUIK.

In artikel 14 van Hoofstuk 3 van die 1993-Wet (artikel 15(1) van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet) word bepaal dat 'n persoon vryheid van geloof, oortuiging en opinie oortuiging sal hê. Artikel 14(3) (artikel 15(3)(a) van die 1996-Wet) verbied nie wetgewing met betrekking tot huwelike aangegeen ingevolge 'n sekere tradisie, sisteem van godsdienste, persoonlike- of familiereg; of sisteme van persoonlike- of familiereg onder tradisies of soos nagekom deur persone wat 'n spesifieke geloof aanhang, nie. Sinclair is van mening, met verwysing na die 1993-Grondwet, dat as byvoorbeeld die Moslem huweliksreg erken sou word, dit deur die Grondwet beskerm sou word, selfs al sou sekere aspekte daarvan die fundamentele regte aantast, soos om onbillik te diskrimineer op grond van geslag.¹⁶¹ 'n Voorbehoudsbepaling word egter in artikel 15(3)(b) van die 1996-Wet vervat, wat nie in die 1993-Wet ingesluit was nie, dat sodanige erkenning van spesifieke

¹⁵⁷ art 27(1)(b) van Wet 200 van 1993

¹⁵⁸ artikel 26(1)(c) van Wet 200 van 1993

¹⁵⁹ artikel 34(2)(f) van Wet 200 van 1993

¹⁶⁰ Schwellnus *supra* 322

¹⁶¹ Sinclair J *The law of Marriage* 1996 160

wetgewing versoenbaar moet wees met die bepalings van die res van die Grondwet en Handves. Volgens P J Visser skep hierdie artikel die moontlikheid dat die wetgewer in die toekoms in effek poligame huwelike, wat volgens 'n stelsel van godsdienereg gesluit word, kan erken, mits dit volgens 'n gespesifiseerde prosedure aangegaan is.¹⁶² Dit is belangrik dat die Konstitusionele Hof hierdie bepalings so spoedig moontlik moet interpreteer, ten einde regsekerheid te verkry. Op hierdie stadium is die vraag egter slegs akademies van aard, aangesien geen sodanige wetgewing tans bestaan nie.

Deelgenote in Moslem en Hindoehuwelike hulle ook beroep op die fundamentele reg van godsdienereg, soos vervat in artikel 14 van Hoofstuk 3 van die 1993-Wet (artikel 15 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet), en die gelykheidsklousule wat onbillike diskriminasie op grond van geloof verbied in artikel 9(2). Hierdie huwelike is egter ook potensieel poliginies van aard en dus moontlik diskriminerend wees teen vroue. Die Konstitusionele Hof se spoedige interpretasie van hierdie bepalings word verwelkom.

Die Swart gewoontereg is egter nie 'n sisteem wat deur 'n individu gevolg word wat 'n spesifieke geloof navolg nie. Dit sal dus nie deur die Grondwet beskerm word teen 'n aanval nie, selfs al word dit deur wetgewing erken. Die vraag ontstaan nou of Moslemvroue dan die reg ontken moet word wat Swart vroue sal hê om hulle tot die Grondwet te wend vir beskerming. Dit kan egter moontlik geïnterpreteer word dat die Swart tradisies so gevestig is in die Swart kultuur dat dit die karakter aanneem van 'n geloof, en kan Swart huwelike op grond van hierdie argument hanteer word soos Moslem-huwelike. Indien die Konstitusionele Hof wel volgens artikel 15(3) van die 1996-Wet hierdie huwelike ingevolge wetgewing sou erken, sal beide Moslem en Swart huwelike regsgeldig wees, mits die Konstitusionele Hof nie bevind dat poliginie diskriminerend teen vroue, en dus in strud met die ander bepalings van die Grondwet, is nie.

Deelgenote in gebruiklike huwelike sou hulle ook kon beroep op die fundamentele reg dat daar nie teen 'n persoon op grond van kultuur gediskrimineer mag word nie. Die potensieel poligene gewoonteregtelike huwelike tussen Swartes is onomwonde deel van die tradisionele swart gemeenskappe se kultuur. Daar kan egter

¹⁶² Visser, P J "Enkele gedagtes oor fundamentele regte en die familiereg" *THRHR* 1995 706

geargumenteer word dat die erkenning van 'n potensieel poliginiese huwelik, diskriminerend is op grond van geslag, want 'n man mag meer as een vrou hê, maar 'n vrou mag nie meer as een man hê nie. Die vrou staan voorts in die ondergeskikte rol weens die patriargale gemeenskappe waarin verhoudings voorkom. Heelwat skrywers is egter van mening dat poliginie nie noodwendig as diskriminerend teen vroue beskou moet word nie.¹⁶³

Die toekoms van die inheemse reg is onseker. As gevolg van die wysigings tot artikel 126 en Skedule 6 van die 1993-Grondwet deur die bepalings van Wet 2 van 1994, word die kwessies van inheemse en gewoontereg binne die bevoegdheid van die provinsiale wetgewer geplaas. Die Grondwet laat blyk ook die bedoeling om die instelling van tradisionele leiers te beskerm,¹⁶⁴ ahoewel die provinsiale wetgewer of die Parlement aan die tradisionele leier se opinies gebonde sal wees nie. Die gewoontereg is dus nie imuun teen 'n Konstitusionele aanval nie.

'n Knelvraag tans onder bespreking is of poligamie deur artikel 15(3)(a) gewettig word. Die feministiese siening is dat dit nie die geval is nie, maar die tradisionaliste sien die klousule wel as 'n erkenning van poligame huwelike. Cathy Albertyn, hoof van die Gender Research Project van die Wits Sentrum vir Toegepaste Regstudies is van mening dat die nuwe Grondwet geensins poligamie wettig nie. Dit hang egter af van hoe die Konstitusionele Hof die begrip van gelykheid sal interpreteer. Volgens haar is poliginiese huwelike inherent ongelyk. Die regters van die Konstitusionele Hof sal die reg om jou eie kultuur te beoefen teenoor die reg op gelykheid moet balanseer op 'n aanvaarbare wyse. Sy erken egter dat 'n beperkte erkenning vir poligamie wel vervat mag wees.¹⁶⁵ Die Rural Women's Movement staan by hulle kreet van "one husband, one wife" wat duidelik teen poligamie gekant is. Lydia Kompe, spreekbuis van hierdie beweging sê dat vroue in hierdie beweging hulle seuns en dogters sal aanmoedig om nie onder die instelling van poligamie te lewe nie. Sy is egter van mening dat hulle die konstitusionele stryd verloor het. Die tradisionaliste sal waarskynlik in die howe wen, maar die beweging konsentreer nou daarop om die gemeenskapsopvatting te wysig.¹⁶⁶

¹⁶³ Dlamini C M R " The role of customary law in meeting societal needs" in Bennett et al *African Customary Law* 77 -78; Kaganas, F en Murray, C in Bennett et al *African Customary Law* 132

¹⁶⁴ Sinclair *supra* 161

¹⁶⁵ Haffajee, F "Men with Multiple Wives" *Elle South Africa* August 1996 69

¹⁶⁶ *Ibid*

In die Suid-Afrikaanse reg word daar tot 'n mate erkenning verleen aan sekere gevolge van die gebruikelike huwelik tussen Swartes, maar dit word steeds nie as 'n geldige huwelik erken nie omdat dit potensieel poliginies van aard is. In bestaande huwelikswetgewing word 'n duidelike onderskeid gemaak tussen 'n inheemsregtelike huwelik en 'n siviele huwelik. 'n Inheemsregtelike huwelik word in artikel 35 van die Swart Administrasie Wet 38 van 1927 gedefinieer as 'n assosiasie tussen 'n man en 'n vrou in 'n saamwoonverhouding ooreenkomstig swart reg en gewoonte, waar nie die man of die vrou 'n party is tot 'n bestaande huwelik nie. Die Transkeise Huwelikswet 21 van 1978 het volle erkenning aan sodanige inheemsregtelike huwelike verleen, mits nie een van die eggenote 'n party is tot 'n geldige siviele huwelik nie, en is dit gedefinieer as 'n inheemsregtelike verbintenis.

'n Inheemsregtelike huwelik kom tot stand wanneer 'n inheemsregtelike verbintenis geregistreer word in gevolge Artikel 21 van Wet 21 van 1978. Die registrasie van sodanige verbintenis bring 'n transformasie mee tot 'n inheemsregtelike huwelik wat dan op dieselfde beoordeel sou word as 'n siviele huwelik. 'n Siviele huwelike word in ons gemene reg gedefinieer as die vrywillige verbintenis van een man en een vrou tot die uitsluiting van andere. Artikel 35 van Wet 38 van 1927 onderskei duidelik inheemsregtelike huwelike van wettige huwelike. Dit blyk dat die basis vir die nie-erkenning van 'n inheemsregtelike huwelik is dat dit potensieel poliginies is. As gevolg van hierdie bepaling het ons howe aanvanklik beslis dat 'n inheemsregtelike huwelik ontbind word deur 'n daaropvolgende siviele huwelik, of as dit voorafgegaan word deur 'n bestaande siviele huwelik van een van die partye.¹⁶⁷ Die posisie is gewysig deur die Wysigingswet Huweliks- en Huweliksgoederereg 3 van 1988 wat bepaal dat 'n man en vrou wat in 'n inheemsregtelike huwelik staan met mekaar mag trou, maar slegs as die man nie ook 'n party is in 'n inheemsregtelike huwelik met 'n ander vrou nie.¹⁶⁸

Dit is duidelik dat voor die werking van die 1993-Grondwet, inheemsregtelike huwelike nie erken is as geldige huwelike vir alle doeleindes nie. Hulle was slegs erken vir die doeleindes van die gemene reg deur uitdruklike wetgewende maatreëls en vir alle doeleindes waar die erkenning van die gewoontereg nie in konflik sou

¹⁶⁷ *Nkambula v Linde* 1951 1 SA 377 (A); *Malaza v Mndaweni* 1974 BAC (C) 45; Maithufi, I P *supra* 301

¹⁶⁸ Maithufi *supra* 301

wees met die gemene reg nie.¹⁶⁹

Dit is 'n uitgemaakte saak dat daar volgehoue erkenning van die inheemsregtelike huwelike van swartes in die nuwe bedeling moet wees, veral omdat volgens koerantberigte daar ongeveer 13 miljoen mense by sodanige huweliksverhoudings betrokke is.¹⁷⁰ Die inheemse huwelik is in die algemeen nie versoenbaar met 'n handves van regte wat grootliks in Westerse regsideses en -waardes gewortel is nie, maar die voortsetting van 'n afsonderlike regstelsel wat hoofsaaklik op ras gebaseer is, skep 'n verleentheid in die post-apartheid Suid-Afrika. Visser is van mening dat die enigste praktiese oplossing mag wees om die inheemsregtelike huwelik steeds as geldig te beskou ondanks die bepalings van die die Handves, ingevolge die reg op vrye assosiasie soos vervat in artikel 17 van die 1993-Wet (artikel 18 van die 1996-Wet), en dan hierdie anomolie te wyte aan die unieke omstandighede en kulturele verskeidenheid in Suid-Afrika.¹⁷¹

Maithufi¹⁷² wys daarop dat die korrekte interpretasie van die bepalings van die Grondwet wat handel met die huwelike as instelling, inaggenome die bepalings van Hoofstuk 3 van die 1993-Grondwet (Hoofstuk 2 van die 1996-Wet), sal bepaal of die nie-erkenning van inheemsregtelike huwelike in die Suid-Afrikaanse reg sal kan voortbestaan. Die reg bemoei hom nie daarmee en dwing nie die verpligtings af wat die deelgenote in so 'n verbinding op hulle geneem het nie. Hierdie stand van sake kom neer op diskriminasie teen 'n groot deel van die Suid Afrikaanse gemeenskap. 'n Toepaslike gunstige interpretasie van die Menseregtehandves kan vir die deelgenote in hierdie verbindings verligting bring.

Ook artikel 30 van Hoofstuk 3 van die 1993-Wet (artikel 31 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet) handel met kulturele-, geloofs- of taalgemeenskappe, en bepaal dat persone wat daaraan behoort nie die reg misken mag word om hulle voorkeure uit te oefen nie, onderhewig daaraan dat die uitoefening versoenbaar moet wees met die bepalings van die Handves.

¹⁶⁹ *Ibid*

¹⁷⁰ Visser *supra* 706

¹⁷¹ *Ibid*

¹⁷² Maithufi *supra* 304

6.3 BUIE-EGTELIKE VERHOUDINGS EN BUIE-EGTELIKE OUERSKAP

Daar sal in die toekoms sekerlik toenemende eise wees van diegene wat in 'n buite-egtelike saamwoonverhouding betrokke is, dat hulle verhouding vir bepaalde doeleindes, onder andere ook pensioenbetalings en mediese voordele, as huwelik erken moet word. 'n Teenoorgestelde beskouing bring duidelik onbillike diskriminasie mee en artikel 8(3) en (4) van die 1993-Wet (artikel 9(3) en (4) van die 1996-Wet) bevat die uitdruklike verbod op diskriminasie weens huwelikstatus. Sodanige moontlike diskriminasie kan moontlik ook gebaseer word op artikel 17 van Hoofstuk 3 van die 1993-Wet (artikel 18 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet) wat 'n reg op vrye assosiasie skep. Voorts blyk uit artikel 35(2)(f)(i) dat vir die besondere doel van daardie subartikel (besoek van 'n aangehoudene) 'n "gade" en 'n "lewensmaat" gelyk behandel word, wat dui op 'n verdere beweging in die rigting van die erkenning van hierdie tipe verhouding.

Alhoewel 'n gedeelte van die gemeenskap sou verkies dat die algemene beginsel steeds is dat persone wat die voordele van 'n huwelik wil geniet, 'n regtens erkende huwelik moet aangaan, is dit seker realisties om te verwag dat verdere toegewings aan partye tot 'n saamwoonverbintenis gemaak sal moet word op sterkte van sekere fundamentele regte, soos wat daar reeds 'n hele aantal voorbeelde bestaan waar die reg vir sekere doeleindes reeds buite-egtelike verhoudings met 'n huweliksverhouding gelykstel.

'n Vraag in hierdie verband is of sogenaamde "oop" huwelike regtens erken behoort te word en of dit *contra bonos mores* is. Daar kan moontlik in die toekoms bevind word dat die "gees, strekking en oogmerke" van die Menseregtehandves ook "oop huwelike omtower tot iets *secundus bonos mores*.

'n Verdere terrein wat met buite-egtelike verhoudings verband hou en waar hervorming gaan plaasvind of verder gevoer gaan word, is die toegangsreg van die vader tot sy buite-egtelike kind. Volgehoue afwysing van so 'n reg sal nie slegs onbillik teen sekere ouers en kinders diskrimineer nie, maar dit is boonop totaal uit pas met 'n stelsel waar die Handves sover kan gaan om as gesag te dien vir eise om die erkenning van homoseksuele "hewelike", toegang tot kinders deur homoseksuele ouers, of selfs die aanneming van kinders deur persone met 'n

homoseksuele oriëntasie. 'n Konserwatiewe houding ten opsigte van die toegangsreg, reg op toesig en beheer, die reg op voogdy van 'n buite-egtelike vader sal in die nuwe bedeling onvanpas wees.

Artikel 28(2) van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet bevestig die bestaande regsbeginsel dat die beste belang van die kind altyd as die vernaamste faktor oorweeg word wanneer regte van 'n kind ter sprake is. Die Handves bepaal voorts uitdruklik dat daar ten opsigte van kinders nieonbillik teenoor mense of kinders gediskrimineer mag word op grond van geboorte nie.¹⁷³

Volgens Goldberg¹⁷⁴ bevind ons ons aan die begin van die era van Konstitusionele beskerming van, onder andere, gelykheid. Die Menseregtehandves soos vervat in Hoofstuk 3 van die Grondwet 200 van 1993, en meer spesifiek artikels 8, 13 en 30 daarvan (artikels 9, 14 en 31 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet), waarborg beskerming teen onbillike diskriminasie, en verskans gelykheid tussen mans en vroue, die gelyke beskerming van die reg, privaatheid en die beskerming van kinders.

In 'n bespiegelende poging om te bepaal wat die Konstitusionele Hof sal beslis, moet die bepalings van artikel 8(1) en (2) van die Handves in die 1993-Wet (artikels 9(1) en (2) van die Handves in die 1996-Wet), wat beskerming teen onbillike diskriminasie verleen, primêr in oorweging geneem word. Die beperkingsklousule vervat in artikel 33 van Hoofstuk 2 van die 1993-Grondwet bepaal egter voorts dat die regte verskans in Hoofstuk 3 deur die reg beperk mag word indien sodanige beperking redelik en geregverdig is in 'n oop en demokratiese samelewing gebasseer op vryheid en gelykheid, en wat nie die essensiële element van die reg onder bespreking negeer nie.

Teen hierdie agtergrond sal die vaders van buite-egtelike kinders wat beweer dat hulle fundamentele reg op gelykheid deur die huidige regsposisie aangetas is, die onus hê om te bewys dat hulle reg om op 'n gelyke voet met die moeder van die buite-egtelike kind geplaas te word, binne die raamwerk van Hoofstuk 3 se beskerming val, en dat die miskenning van sodanige reg neerkom op die miskenning

¹⁷³ artikel 8(3) en (4) van die 1993-Wet; artikel 9(3) en (4) van die 1996-Wet

¹⁷⁴ Goldberg, V "The right of access of a father of an illegitimate child: further reflections" *THRHR* 1996 291

van sodanige reg. Indien hulle hul van hierdie bewyslas kwyt, is die onus op die moeders om te bewys dat die beperking van sodanige reg op gelykheid geregverdig is ooreenkomstig artikel 33.¹⁷⁵

Die Konstitusionele Hof sal die beslissende antwoord moet gee. Indien die moeders korrek is, sal die *status quo* van die reg bevestig word, en sal dit die einde van die dispuut vir buite-egtelike vaders wees.

Goldberg¹⁷⁶ is egter tereg van mening dat, gesien in die lig van die huidige atmosfeer in ons land en die strewe na gelykheid wat geïmplementeer moet word, dit waarskynlik is dat die Konstitusionele Hof in die guns van die vader sal bevind, veral as hy 'n sekere emosionele verhouding met sy kind geïnisieer het, en sy finansiële verpligtinge teenoor die kind nakom. Verhoudings wat suiwer op die biologiese verbintenis gebasseer word, behoort egter nie beskerm te word nie.¹⁷⁷

6.4 HOMOSEKSUELE EN LESBIESE HUWELIKE

Hierdie huwelike is reeds indringend bespreek in Hoofstuk 5, ook met verwysing na die moontlike invloed wat die Grondwet met betrekking daartoe kan hê. Volledigheidshalwe volg egter enkele verdere opmerkings:

Die Handves bepaal uitdruklik dat daar nie onbillik teen mense op grond van hulle seksuele georiënteerdheid gediskrimineer mag word nie.¹⁷⁸ Volgens Visser skep dit in die praktyk die geleentheid vir homoseksuele en lesbiërs om onder andere te eis dat hulle verhoudings as "huwelike" erken word ingevolge 'n nuwe huweliksregstelsel wat die gees, strekking en oogmerke van die handves beter weerspieël as wat die familiereg tans doen.¹⁷⁹

Visser bevestig voorts dat dit waarskynlik is dat die verbod op onbillike diskriminasie teen mense op grond van seksuele georiënteerdheid saamgelees met die reg op assosiasie ingevolge artikel 17 van Hoofstuk 3 van die 1993-Wet (artikel

¹⁷⁵ Goldberg, V *supra* 292

¹⁷⁶ *supra* 294

¹⁷⁷ *ibid* 294

¹⁷⁸ artikel 8(3) en (4) van die 1993-Wet; artikel 9(3) en (4) van die 1996-Wet

¹⁷⁹ Visser *supra* 705

18 van Hoofstuk 2 van die 1996-Wet) deur aktivistiese groepe aangewend sal word in hulle betoog dat die bestaande huweliksreg wat slegs voorsiening maak vir huwelike tussen persone van die teenoorgestelde geslag, onbillik werk teen homoseksuele en lesbiërs diskrimineer.¹⁸⁰ Hy lewer egter skerp kritiek op hierdie bepalinge in die Grondwet aangesien dit indruis teen sy opvattinge dat die normale huwelik 'n unieke element in die samelewing is, en as instelling beskerm behoort te word.

De Vos¹⁸¹ lewer op sy beurt weer sterk kritiek op Visser se kommentaar rakende die grondwetlikheid al dan nie van selfde-geslag-huwelike wat op argumente rakende die "abnormaliteit" van homoseksualiteit gebaseer is en verklaar dat sodanige argumente nie sin maak in ons nuwe grondwetlike regsorde nie. Die insluiting van "seksuele georiënteerdheid" in artikel 8(2) van die 1993-Wet (artikel 9(2) van die 1996-Wet) verteenwoordig dan juis 'n erkenning dat die staat nie 'n onderskeid maak tussen verskillende seksuele voorkeure nie. Volgens die Grondwet is homoseksualiteit net so normaal soos heteroseksualiteit.

Die Amerikaanse Hooggeregshof moes in *Loving v Virginia 388 US 1 (1966)* beslis of 'n verbod op 'n huwelik tussen lede van verskillende rasse ongrondwetlik is. Die hof het beslis dat die redes wat vir die verbod aangevoer is, op rassistiese vooroordele gebaseer is en dat die gelykheidsklousule in die Amerikaanse Grondwet juis nodig is om minderhede teen sulke vorme van rassisme te beskerm. Dieselfde argument kan gebruik word om argumente teen selfde-geslag huwelike aan te veg en dit is onlangs suksesvol gedoen in Hawaii.¹⁸² Dit blyk dus dat die beskerming op grond van seksuele georiënteerdheid juis in die Grondwet ingevoeg is om te verhoed dat die "redelike" mense wat homoseksualiteit as "werklikheidsvreemd" ervaar, toegelaat word om teen homoseksuele te diskrimineer.¹⁸³

Die wese van 'n grondwetlike staat waarin 'n afdwingbare Handves van Menseregte in 'n Grondwet verskans is, behels onder andere dat minderhede, ook onpopulêre minderhede wat die meerderheid van die bevolking geminag word,

¹⁸⁰ Visser en Potgieter *Introduction to Family Law* 1994 264

¹⁸¹ De Vos *supra* 305

¹⁸² *Baehr v Lewin* 852 P2d 44 (Hawaii 1993)

¹⁸³ Botha en Cameron "Sexual orientation" in Louw (red) *South African Human Rights Yearbook* 1994 (1995) 288 ###

dieselfde behandeling as die meerderheid verdien. Mense wat hierteen gekant is, is gekant teen die idee van gelykheid voor die reg en ondersteun in wese 'n bestel waar die staat moet kant kies vir sekere belangegroepe terwyl diskriminasie teen ander belangegroepe aanvaarbaar is. So 'n benadering was juis die wese van apartheid en is dus onversoenbaar met ons nuwe staatsbestel.¹⁸⁴

6.5 ANDER

Die Handves kan moontlik die bestaande beginsels in die familiereg ook beïnvloed in die gevalle waar die verbod op huwelike tussen aanverwante te staan kom teenoor die reg op vrye assosiasie; en ook by die oorweging van 'n vereenvoudiging van die formaliteite om 'n geldige huwelik tot stand te bring.¹⁸⁵

Die kwessie van aborsie word ook nie onaangeraak gelaat nie en die regte van die ongebore kind se vader kom ter sprake. Veral die vader van die buite-egtelike ongebore kind mag hom in 'n onbenydenswaardige posisie ten opsigte van aborsie bevind. Ingevolge artikel 12 van die 1993-Grondwet word die vryheid en sekuriteit van elke persoon as 'n fundamentele reg vervat. Artikel 12(2)(a) bepaal dat elke persoon die reg het op liggaamlike en psigiologiese integriteit, welke bepaling die reg op besluitneming met betrekking tot voortplanting, insluit. 'n Breë interpretasie van hierdie artikel sou lei tot 'n erkenning van die reg van die vrou om te besluit of sy 'n aborsie wil ondergaan in die geval van 'n ongewenste swangerskap (alhoewel sodanige reg moontlik teenstrydig kan wees met artikel 11 waarin die reg op lewe uiteengesit word). Indien dit aanvaar word dat 'n vrou wel die reg het om haar swangerskap te beëindig, ontstaan die vraag noodgedwonge of die vader van die ongebore kind, en meer spesifiek die vader van die buite-egtelike ongebore kind, die reg sal hê om so 'n voorgename aborsie teen te staan. Onlangs is die Wet op Keuse met betrekking tot die beëindiging van Swangerskap 92 van 1996 wat aborsie op aanvraag op sekere voorwaardes, magtig, egter deur die parlement goedgekeur, en sal dit na verwagting gedurende 1997 in werking tree.

¹⁸⁴ De Vos *supra* 307

¹⁸⁵ Visser *supra* 707

HOOFSTUK 7DIE MORELE ARGUMENT

In die Christelike raamwerk is die oorsprong van die huwelik deur God, wat die huwelik by die skepping ingestel het as die enigste fisiese wyse waarop sy koningryk van nuwe burgers voorsien word en moet dit daarom as goddelike skeppingsordinansie beskou word.¹⁸⁶ Volgens hierdie standpunt is die huwelik dus nie deur die mens uitgevind, of deur die samelewing ingestel, of deur die kerk opgelê en die Staat ingevoer nie. Die huwelik word vervolgens gedefinieer as "'n vrywillige lewensgemeenskap op die grondslag van 'n blywende liefdesverbintenis tussen twee bymekaar passende en mekaar aanvullende geestelik-volwasse persone van die teenoorgestelde geslag."¹⁸⁷

Gesien in die lig van bogemelde definisie, saamgelees met die Christelike beginsel dat die gesag van die Staat erken moet word, sal *de facto* huwelike se bestaansreg nie geregverdig kan word uit die Christelike oogpunt nie.

Deur die loop van die eeue het die samelewing egter ook uit 'n humanistiese oogpunt die huwelik as 'n belangrike instelling van die samelewing gegradeer. So verklaar regter Field in die beslissing van *Maynard v Hill 125 US (1887) 211-212*:

"...[M]arraige is an institution, in the maintenance of which its purity the public is deeply interested, for it is the foundation of the family and of society, without which there would be neither civilization, nor progress...In strictness, although formed by contract, it signifies the relation of husband and wife, deriving both its rights and duties from a source higher than any contract of which the parties are capable, and as to these uncontrollable by any contract which they can make."

'n Onlangse beslissing in Zimbabwe bevestig:

¹⁸⁶ Heyns, J A *Teologiese Eetik : Sosiale Eetik* 1986 133

¹⁸⁷ *Ibid.* 135

"The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State."¹⁸⁸

P J Visser¹⁸⁹ is duidelik 'n groot voorstander van die behoud van die huwelik as instelling en kritiseer die Suid-Afrikaanse politieke onderhandelaars en hulle adviseurs wat nie die fundamentele reg op 'n normale huwelik grondwetlik wou erken nie, baie sterk. Hy wys daarop dat dit boekdele spreek oor hulle siening van wat regtig in die Suid-Afrikaanse samelewing van belang is. Hy gaan sover om te beweer dat in 'n sin kan die Suid-Afrikaanse handves as anti die tradisionele en beproefde gesinswaardes beskou kan word en waarsku dat die gemeenskap mettertyd die rekening vir hierdie uitgangspunt sal moet betaal. Vivienne Goldberg deel sy standpunt.¹⁹⁰

Die morele argument word in Suid-Afrika meesal geopper deur die tradisioneel konserwatiewe blanke Afrikaner-gemeenskap, wie se oortuigings gebaseer is op die Calvinistiese en Westerse opvattinge van waardes in die gemeenskap. Hierdie opvattinge is soortgelyk aan dié van ander Westerse lande, soos Amerika. Die Amerikaner, Fagan,¹⁹¹ byvoorbeeld, is ook 'n groot voorstander van die behoud van die huwelik in die samelewing en propageer hy die beoefening van godsdienste as middel om die behoud van die huwelik as instelling, te verseker. Hy is van mening dat alle beskikbare bewyse duidelik daarop dui dat gereelde godsdienstige praktyk, beide vir die individu en die gemeenskap, net positiewe resultate sal hê. Dit is 'n kragtige antwoord tot baie ernstige sosiale probleme, insluitende geboortes buite die huwelik wat katastrofiese afmetings aangeneem het. Buitendien is godsdienstebeoefening gratis beskikbaar aan almal. Volgens hom is Amerika by 'n kruispad. Politieke leiers so uiteenlopend soos president Clinton, die meerderheidsleier van die senaat Robert Dole en die speaker, Newt Gingrich, het reeds hulle bekommernisse en vrese oor die graad van die afbreek van die Amerikaanse gemeenskap gelug. Omtrent terselfdertyd het die Amerikaners bewus geword van die fundamentele bydrae wat die getroude gesinslewe en gereelde godsdienstige beoefening kan maak ten einde die waardes in die gemeenskap te

¹⁸⁸ *Rattigan v Chief Immigration Officer, Zimbabwe* 1995 2 SA 182 (ZSC) 188

¹⁸⁹ Visser, P J "Enkele gedagtes oor fundamentele regte en die familiereg" *THRHR* 1995 703

¹⁹⁰ Goldberg, V "The right of access of a father of an illegitimate child: further reflections" *THRHR* 1996 291

¹⁹¹ Fagan, Patrick F "Why religion matters: the impact of religious practice on social stability" *The Heritage Foundation, Background No. 1064* 25 January 1996

behou. Hy bepleit dat ter wille van die nasie se toekomstige gesondheid, dit tyd geword het om die publieke beleid te verander sodat hierdie twee belangrike aspekte, in plaas van om verder verswak te word, aangemoedig kan word om te herleef. Baie van die doelwitte van die sosiale beleid en sosiale werk kan bereik word indirek en kragtig deur die beoefening van godsdiens.¹⁹²

Hy beklemtoon voorts dat wanneer beleidmakers Amerika se ernstige sosiale probleme ondersoek, insluitende geweldsmisdade en die stygende buite-egtelikheid, misbruik van dwelmmiddels en afhanklikheid van welsyn, behoort hulle die bevindings in die professionele literatuur van die sosiale wetenskap in oorweging te neem ten einde die positiewe gevolge wat voortvloei uit die beoefening van godsdiens, in ag te neem. Daar is byvoorbeeld heelwat bewyse dat die sterkte van die gesinseenheid verweef is met die beoefening van godsdiens. Kerkgangers is meer geneig om in die huwelik te tree en minder geneig om te skei of om alleen te bly, Hulle toon boonop 'n groter geneigdheid om hoë vlakke van satisfaksie in hulle huwelik te bereik. Kerklike bywoning is die belangrikste faktor in huwelikstabieleit en geluk. Godsdiens- en geloofspraktyk dra substansieël by tot die vorming van persoonlik morele kriteria en goeie morele oordeel.

Vandat Aristoteles¹⁹³ die doelwit van 'n gesonde sosiale orde uiteengesit het, het sosiale en politiese wetenskaplikes en sosioloë ondersoek na die faktore wat die menslike wese gelukkig maak.¹⁹⁴ Gelukkige mense is produktief en wetsgehoorsaam. Dit blyk dat die beoefening van godsdiens 'n sterk invloed het op geluk. Kennisname van hierdie bewerings lei tot 'n nog groter bewustheid dat 'n staat as 'n noodsaaklikheid sekere beleid moet implementeer en nastreef om die familie te versterk. Die voordelige effek van godsdienstige praktyk op gesinstabieleit sal sekerlik help om hierdie doelwit te bereik.

Gereelde kerkbywoning is die kritiese faktor by huwelikstabieleit dwarsdeur verskillende denominasies en oorkom die moontlikheid van egskeidings.¹⁹⁵ Dit is duidelik dat saamwoon voor die huwelik 'n groter risiko meebring vir latere

¹⁹² *Ibid* 15 en 16

¹⁹³ *The Politics of Aristotle* vertaling deur Ernest Barker 1958 Boek VIII "Political Ideal and Educational Principles"

¹⁹⁴ Beit-Hallami, B "Psychology of Religion 1880-1939: The Rise and Fall of a Psychological Movement" *The Journal of History of the Behavioral Sciences* 1974 84-90

¹⁹⁵ Larson, David B "Religious Involvement" *Family Building*, ed. G.E. Rekers 1985 121-147

huwelikstabyliteit¹⁹⁶ en navorsing het gevind dat voorhuwelikse saamwoon minder voorkom onder gelowige persone. Dit is 'n feit dat te veel sosiale wetenskaplikes die belangrikheid van navorsing met betrekking tot die positiewe verhouding tussen die behoud van die familie en godsdienstebeoefening misken.

Fagan¹⁹⁷ is daarvan oortuig dat 'n sentraal belangrike stabiele getroude gesinslewe essensieel is ten einde probleme soos misdaad, buite-egtelikheid en welsyn te voorkom. Indien sodanige stabiele familielewe nou gekoppel word met 'n lewendige godsdienstige lewe, soos wat die studies wys, dan sal die vrede en geluk van die volk sterk ahang van 'n hernuwing van godsdienstige praktyk en geloof. Die praktyk van geloofsbeoefening het 'n voordelige effek op gedrag en sosiale verhoudings: op buite-egtelikheid, misdaad en jeugmisdaad, welsynsafhanklikheid, alkohol- en dwelmmisbruik, selfmoord, depressie en algemene eie waarde. Die gebrek aan godsdienstige praktyk gaan gepaard met seksuele permissiwiteit en voorhuwelikse seks.¹⁹⁸

George Washington het die belangrikheid van geloof as volg opgesom:

"Of all the dispositions and habits which lead to political prosperity, religion and morality are indispensable supports. In vain would that man claim the tribute of patriotism who should labor to subvert these great pillars of human happiness - these firmest props of the duties of men and citizens. The mere politician, equally with the pious man ought to respect and to cherish them. A volume could not trace all their connections with private and public felicity. Let it simply be asked, Where is the security for property, for reputation, for life, if in courts of justice? And let us with caution indulge the supposition that morality can be maintained without religion. Whatever may be conceded to the influence of refined education on minds of peculiar structure, reason and experience both forbid us to expect that national morality can prevail in exclusion of religious principle. 'Tis substantially true that virtue or morality is a necessary spring of popular

¹⁹⁶ National Institute of Healthcare Research May 1993 opsomming van: A. Thorton, W. Axxinn, and D. Hill "Reciprocal Effects of Religiosity, Cohabitation, and Marriage" *American Journal of Sociology*, 1992 628-651

¹⁹⁷ Fagan *supra* 6

¹⁹⁸ *Ibid*

government."¹⁹⁹

Ten spyte daarvan dat dieselfde oorwegings ook direk op die Suid-Afrikaanse situasie toepassing vind omdat 'n deel van die Suid-Afrikaanse bevolking dieselfde opinies handhaaf, is dit myns insiens noodsaaklik om 'n breër ondersoek te loods as bloot net die beskouing van 'n bepaalde opvatting ten opsigte van normes, sedes en waardes. Of die Suid-Afrikaanse regsposisie ten opsigte van die *de facto* huwelik verander moet word, kan nie slegs gemeet word aan 'n morele argument nie. Dit is die staat se taak die gemeenskap te dien en sy burgers te beskerm, en nie noodwendig om die norme, waardes en sedes van individue te beskerm nie. Hierdie taak sal op die sosiale instellings in die gemeenskap en die kerk, val. Veral in 'n gediversifiseerde samelewing, soos in Suid-Afrika se geval, kan daar nie voorkeur gegee word aan een sosiale groep se opvattinge nie. Alle burgers moet op 'n gelyke voet behandel en beskerm word. Indien die gemeenskap 'n behoefte het daaraan dat die regstelsel gewysig word om aan die heersende behoeftes te voldoen, kan die wetgewer hom nie teen eensydige morele argumente vasstaar ten koste van sy staatlike pligte nie.

¹⁹⁹ soos aangehaal deur Fagan *supra* 13

HOOFSTUK 8**VOORSTELLE VIR WYSIGINGS IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG**

Artikel 9 van Hoofstuk 2 van die Grondwet van Suid-Afrika 1996 bepaal soos volg:

"National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination."

Uit hierdie bepaling kan die afleiding gemaak word dat wetswysiging met betrekking tot die regsposisie van aangeleenthede voortspruitend uit *de facto* huwelike onafwendbaar is, alhoewel argumente daarteen geopper word. Die primêre teenargument is natuurlik dat die wetgewer se ingryp die stabiliteit en heiligheid van die huwelik sal ondermyn. En omdat die huwelik die basis van 'n gesonde gemeenskap vorm, sal die afbreek daarvan tot ons ondergang lei.²⁰⁰ Hierdie argument dat die huwelik die hoeksteen is van die gemeenskap, en bedreig sal word deur enige erkenning, hoe gering ookal, van die saamwoonverhouding, word gekontrasteer deur die bestaan van wette ten opsigte van egskending, owerspel, buite-egtelike kinders, en andere, wat almal as nadelig vir die huwelik beskou kan word.²⁰¹

Die keuse-argument word telkens deur akademiese skrywers aangehaal en hulle opper die vraag of die reg behoort in te meng om regte en verpligtinge te skep in verhoudings waar die partye duidelik uit eie keuse verkies om die regsgevolge van die huwelik te vermy.²⁰² Hutchings en Delport²⁰³ wys op die gesegde: "the law ignores those who ignore the law". Die persone wat verkies om nie in 'n huwelik betrokke te raak nie, se vryheid van keuse en outonomie word ondermyn as die wetgewer bloot sou ingryp. Freeman en Lyon²⁰⁴ spreek hulle sterk ten gunste van vryheid van keuse en behoud van outonomie uit en pleit dat die wetgewer nie die saamwoonverhouding met die huwelik gelykstel nie.

²⁰⁰ Sinclair J *The law of marriage* 1996 272-291

²⁰¹ Hutchings, S en Delport, E "Cohabitation: a responsible approach" *De Rebus* 1992 124

²⁰² Sinclair *supra* 291

²⁰³ Hutchings en Delport *supra* 124

²⁰⁴ Freeman and Lyon *Cohabitation without Marriage* 207

'n Argument ten gunste van ingryping deur die wetgewer, is dat die elemente van 'n saamwoonverhouding dikwels identies is aan dié van die huweliksverhouding: uit albei verhoudings word kinders gebore, in die praktyk is dit gewoonlik die vrou wat die finansiële risiko ervaar sou die verhouding beëindig word, dieselfde emosionele verbintnisse kom tot stand, en dieselfde afhanklikhede en ingewikkelde kwessies rakende verdeling van eiendom en finansies is ter sprake.²⁰⁵ Wanneer dus bepaal word of 'n ingryping deur die reg nodig is by saamwoonverhoudings, moet nie slegs gekyk word na die saamwoonverhouding as sulks nie, maar ook na die slagsoffers by die ontbinding daarvan.²⁰⁶

Voorgestelde wetgewing, soos byvoorbeeld wetgewing met betrekking tot die regte van die buite-egtelike vader het reeds voor die Parlement gedien. Die gemeenskapsopvatting is van primêre belang by die oorweging van die wenslikheid al dan nie van moontlike wysigings, en ook om die graad van sodanige wysigings te bepaal. Indien die gemeenskap erkenning aan 'n bepaalde verhouding verleen, behoort die staat sodanige erkenning te aanvaar en regsreëls te skep ten einde die partye te beskerm.

Die reg is daar om die gemeenskap te dien en die wetgewer het 'n verantwoordelikheid om al die burgers in die staat op gelyke voet te behandel en te beskerm. Die huidige regsposisie met betrekking tot *de facto* huwelike beskerm egter nie alle burgers nie, en dit is dus die staat se plig om die bestaande posisie te wysig deur middel van wetgewing. Daar is ook 'n groot verantwoordelikheid op ons houe om die meer liberale denkwysse soos blyk uit die bepalings van die Grondwet en wat eintlik maar 'n weerspieëling is van die totale gemeenskap se ingesteldheid en wense, tot uitvoer te bring.

Die probleme van die saamwoonverhouding sal nie verdwyn deur dit bloot te ignoreer nie. In Engeland, die Verenigde State van Amerika en Duitsland word die regte van die saamwoonpartye bepaal deur die judisiële diskresie op ontbinding van die verhouding. In Swede reël wetgewing die posisie. Dit is Hutchings se opinie dat 'n sekere mate van leiding deur die wetgewer wel nodig is om die regsposisie met betrekking tot saamwoon in Suid-Afrika uit te klaar.²⁰⁷

²⁰⁵ Sinclair *supra* 292

²⁰⁶ *Ibid*

²⁰⁷ Hutchings en Delport *supra* 124

Fineman²⁰⁸ doen aan die hand dat die staat 'n formele prosedure daarstel, wat, as die partye dit sou volg, hulle beskerming sal verkry. Indien nie, is dit hulle keuse dat die saamwoonverhouding nie aan die huwelik gelykgestel word nie.

Sinclair²⁰⁹ is van mening dat saamwoon behou moet word as alternatief tot die huwelik en dat dit nie net 'n ander vorm van die huwelik moet word in die oë van die reg nie.

Ons gediversifiseerde Suid-Afrikaanse samelewing met verskillende huweliksverhoudings, sommige daarvan potensieel poliginies, wat almal deur verskillende sosiale groepe en kulture in die land onderskeidelik erken word, is 'n unieke verskynsel en maak ons situasie moeilik vergelykbaar met meeste ander Westerse lande se regstelsels. 'n Unieke oplossing is dus nodig vir die vrae wat hier ontstaan.

By ondersoek na die vraag of erkenning verleen moet word aan die *de facto* huwelik as 'n wettige huwelik, is dit nodig om onderskeid te tref tussen die onderskeie vorme daarvan:

8.1 DIE INHEEMSREGTELIKE HUWELIK VAN SWARTES EN HUWELIKE INGEVOLGE MOSLEM- EN HINDOEGEBRUIK

Volgens die Suid-Afrikaanse reg is 'n huwelik monogamies en hoewe sal nie 'n huwelik erken wat 'n persoon toelaat om meer as een vrou of man te hê, al was die huwelik elders voltrek en dit daar wettig is ooreenkomstig die *lex loci celebrationis* of *lex domicilii* van daardie land. Die inheemsregtelike huwelik van Swartes en huwelike ingevolge Moslem- en Hindoegebruik is potensieel poligamies en die argument is al geopper dat hierdie huwelike nie as wettig erken kan word nie omdat dit op diskriminasie teen die vrou neerkom. Die Konstitusionele Hof se interpretasie van die Grondwet in hierdie verband word afgewag en sal verwelkom. In Zimbabwe is die hoewe bereid om 'n meer liberale siening te volg en word 'n

²⁰⁸ Fineman, M L *Law and changing patterns of behaviour: sanctions on non-marital co-habitation* 1981 *Wisconsin LR* 275 vn 1

²⁰⁹ Sinclair *supra* 293

poligamiese huwelik wel as wettig aanvaar.²¹⁰

Die 1993-Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika bevat nie uitdruklike bepalings wat spesiaal geskep is vir die beskerming van die gesin nie, en bepaal ook nie dat die persoon die reg sal hê om in die huwelik te tree nie. Tog is Maithufu²¹¹ van mening dat dit die posisie van die gewoonteregtelike huwelik in die Suid-Afrikaanse regsisteem fundamenteel sal verander. Die Grondwet bevat sekere bepalings vir die volgehoue bestaan en toepassing van gewoontereg, onderhewig aan die bepalings soos vervat in Hoofstuk 3 daarvan, wat betrekking het op fundamentele regte. Dit beteken dat wanneer ookal 'n hof besluit om die inheemse reg toe te pas, as dit 'n probleem met betrekking tot die erkenning of nie-erkenning van 'n instelling van inheemsregtelike oorsprong moet oplos, sodanige toepassing of erkenning gedoen moet word in die lig van die fundamentele regte soos verskans in die Grondwet.

Dit is nie slegs die inheemse reg wat toegepas en interpreteer moet word onderhewig aan die hoofstuk op fundamentele regte nie, maar ook die gemenerereg. Ons howe sal dalk verplig wees om die billikheid en nie-diskriminerende bepalings in ag te neem wanneer die geldigheid al dan nie vir enige instelling van inheemse reg oorweeg word. Inheemsregtelike huwelike wat in sekere opsigte regsgeldigheid ontnem is, behoort dus erkenning te verkry. Hierdie stelling is gebaseer op die aanname dat ons howe sal bevind dat die fundamentele regte beide vertikaal en horisontaal toegepas moet word.²¹²

'n Soortgelyke ontwikkeling kan gesien word by die Zimbabwiese beslissing van *Zimnat Insurance Company Ltd v Chawanda*.²¹³ Hierdie beslissing het regsgeldigheid aan inheemsregtelike huwelike in Zimbabwe toegeken deur sodanige huwelik op dieselfde grondslag te plaas as siviele huwelike. Die hof se opmerkings van die interpretasie van die reg in die lig van sosio-ekonomiese verandering, is insiggewend:

²¹⁰ *Estate Metha v Acting Master, High Court* 1958 (4) SA 252 (FC); *Kader v Kader* 1972 (3) SA 203 (R)

²¹¹ Maithufi, I P "Customary Law of Marriage and a Bill of Rights in South Africa: Quo Vadis" *THRHR* 1996 302

²¹² *Mandela v Falati* 1995 1 SA 251 (V); *De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 41 (T)

²¹³ 1991 2 SA 831 (ZS)

"Law in a developing country cannot afford to be static. It must undoubtedly be stable, for otherwise reliance upon it would be rendered impossible. But at the same time if the law is to be a living force it must be dynamic and accommodating to change. It must adapt itself to fluent economic and social norms and values and to altering views of Justice. If it fails to respond to these needs and is not based on human necessities and experience of the actual affairs of men rather than the philosophical notions, it will one day be cast off by the people because it will cease to serve any useful purpose. Therefore the law must be constantly on the move, vigilant and flexible to current economic and social problems." (832C-E)

Wetgewing speel ook 'n belangrike rol om billikheid ten opsigte van gewoonteregtelike huwelike daar te stel. Wanneer dit nie vir die howe moontlik is om erkenning aan 'n gewoonteregtelike huwelik te verleen nie, is dit die plig van die wetgewer om maatreëls in te stel gemik op die uiteindelijke erkenning van sodanige huwelike. Maithufi²¹⁴ is van mening dat die Suid-Afrikaanse Regskommisie, in opvolging van hulle Verslag op Huwelike en Inheemsregtelike Verbintenisse van Swart Persone (1985), aktief moet begin met 'n volskaalse ondersoek na die erkenning van inheemsregtelike huwelike. Dit is egter nie slegs die posisie van inheemsregtelike huwelike wat ondersoek nodig het nie, maar ook die moontlike erkenning van alle huweliksverhoudings wat nie deur ons reg erken word nie. Die uiteindelijke moontlikheid vir erkenning word voorsien indien artikel 14(3) van die Grondwet in ag geneem word.

Die reg moet geïnterpreteer word op sodanige wyse dat die resultaat die spesifieke behoeftes van die gemeenskap dien. Daar is geen twyfel dat inheemsregtelike huwelike nog steeds aangegaan sal word in ons reg nie, en ons reg kan nie voortgaan om hulle slegs vir sekere gespesifiseerde doeleindes as geldige huwelike te erken nie. Inheemsregtelike huwelike en ook alle ander huwelike wat nog nie ten volle erken word op dieselfde grondslag as siviele huwelike nie, kan in die lig van die bepalings van die Grondwet nie slegs gedeeltelik erken word nie. Regsprobleme wat deur die partye en kinders uit sodanige huwelike ondervind word, kan slegs opgelos deur die erkenning van hierdie huwelike op dieselfde grondslag as siviele huwelike.

²¹⁴ Maithufi *supra* 303

Die Suid-Afrikaanse Regskommisie het reeds voorgestel dat inheemsregtelike huwelike verdien om erken te word; aanvanklik in 1985, en nou weer in 'n 1994-verslag.²¹⁵ Hierin is ook aanbeveel dat wetgewing in die lewe geroep moet word wat, inter alia, as volg bepaal:

"A customary marriage, whether entered into before or after the commencement of this act, shall be recognised as a form of marriage which in law has a status equal to that of a common law marriage and in the case of such customary marriage, any child who is born of that marriage or who in terms of customary law is deemed to be a child of that marriage, shall have the status of a legitimate child and any statutory rule of law relating to marriage privilege or the competency or compellability of witnesses shall apply to a spouse of that marriage: provided that subject to the provisions of this Act the coming into existence of a customary marriage, its legal consequences and its termination shall be governed by customary law."²¹⁶

In onlangse wetgewing blyk dit dat die wetgewer wel poog om die posisie van die gebruikelike huwelik te verlig. So word daar ingevolge artikel 1 van die Wysigingswet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 40 van 1996, wat gedurende September 1996 in werking getree het, bepaal dat by die toepassing van die Wet op Registrasie van Geboortes en Sterftes 'n huwelik ook 'n gebruikelike verbintenis wat ooreenkomstig inheemse reg of gebruike aangegaan is, en 'n wat huwelik voltrek en aangegaan is ooreenkomstig die leerstellinge van enige godsdienste, wat deur die Minister erken is, sal insluit. Die Minister sal die verbintenis erken as hy/sy by die voorlegging van sekere inligting oortuig is dat sodanige verbintenis of huwelik inderdaad voltrek of aangegaan is.

Die algehele erkenning van inheemsregtelike huwelike en huwelike aangegaan ingevolge 'n godsdiensttradisie, word in Suid-Afrika bepleit. Myns insiens sal die erkenning van 'n poliginiese huwelik nie diskriminerend wees ten opsigte van die individu se regte nie. Die individu het steeds die keuse of hy/sy 'n potensieel poliginiese huwelik wil aangaan, en het boonop 'n reg op vrye assosiasie soos vervat in artikel 17 van Hoofstuk 3 van die 1993-Grondwet, en artikel 18 van

²¹⁵ Verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommisie "'n Vader se regte met betrekking tot sy buite-egtelike kind (*Projek 79*) Julie 1994

²¹⁶ *Ibid* 29

Hoofstuk 2 van die 1996-Wet. Indien hierdie huwelike gewettig word, sal die gevolge met betrekking tot die status van die partye ooreenstem met dié van eggenote in die huidige wettige huwelike. Die vermoënsregtelike posisie word egter ingevolge die inheemse reg anders gereël en moet hierdie reg op die partye van toepassing wees. Dit kan bepleit word dat 'n kodifikasie van die inheemse reg nuttig sal wees om regsekerheid te bewerkstellig.

8.2 SAAMWOONVERHOUDINGS

In 'n onlangse beslissing in Zimbabwe het die hof hom as volg uitgespreek:

"The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State".²¹⁷

Dieselfde hof erken egter ook die poligamiese huwelik en kan dan afgelei word dat 'n poligamiese huwelik moontlik ingesluit word by die begrip van "family". Daar bestaan geen rede waarom 'n stabiele saamwoonverhouding nie ook as 'n "family" beskou kan word nie.

Wat die Amerikaanse posisie betref beweer Andrea Martin²¹⁸ dat omtrent 3.5 miljoen ongetroude heteroseksuele paartjies tans saamleef in Amerika. Baie paartjies doen dit weens finansiële oorwegings, soos die moontlikheid dat 'n huwelik sal faal en dat egskeiding duur is; minder welsynsbeskikbaarheid vir getroudes; en ook dat belastingwetgewing en ander regeringsbeleid, in 'n land wat vir sterk gesinne vra, ontmoedigend vir die huwelik is.²¹⁹ Behalwe belastingwetgewing wat onlangs verander is in Suid-Afrika en dus nie meer so beswarend op partye binne 'n huwelik is nie, kan dieselfde redes vir die groei van saamwoonverhoudings hier geopper word.

Hutchings en Delpont²²⁰ wys in hulle voorstelle vir die hantering van die probleme rondom saamwoonverhoudings daarop dat onderskei moet word tussen dit wat

²¹⁷ *Rattigan v Chief Immigration Officer*, Zimbabwe 1995 2 SA 182 (ZSC) 188

²¹⁸ Martin, A "Why get married? More couples find 'living in sin' a good family value" *The Utne Lens* 1995 - A Publication of Utne Reader (webkeeper@utne.com)

²¹⁹ *Ibid*

²²⁰ Hutchings en Delpont *supra* 124

wetgewer kan doen en dit wat partye self onderling moet reël.

Die wetgewer het drie moontlike opsies: Hy kan begin deur 'n duidelike definisie vir 'n saamwoonverhouding te skep, en om dan sistematies alle bestaande wetgewing, op elke regsgebied, te ondersoek en die bepalinge wat potensieel 'n invloed kan hê op die saamwoonverhouding, te wysig. Daarmee saam kan die regsverskille tussen die huwelik en saamwoonverhouding getabuleer word. Andersins kan sekere verskyningsvorme van saamwoon gelykgestel word aan die huwelik indien dit aan sekere vereistes voldoen. In Suid-Australië, byvoorbeeld, kan die partye tot 'n saamwoonverhouding wat reeds langer as 5 jaar duur, 'n aansoek aan die hof rig vir 'n verklarende bevel dat die verhouding alle regsgevolge van die huwelik sal hê. Die derde opsie is om die saamwoonverhouding in alle aspekte met die huwelik gelyk te stel.

Die partye self het ook 'n rol te speel deurdat hulle die verhouding se gevolge kontraktueel kan reël. In hierdie ooreenkoms kan hulle onder andere 'n staat van inkomste en uitgawes vervat, asook besonderhede van eiendom wat deur die onderskeie partye tydens die begin van die verhouding besit is. Hulle behoort ook riglyne neer te lê wat bepaal hoe die verdeling van bates, pensioenbelang en onderhoud hanteer sal word by ontbinding van die verhouding, asook die wyses waarop dispute besleg sal word.²²¹

Hutchings en Delpont beveel aan dat die Suid-Afrikaanse wetgewer nie die saamwoonverhouding direk aanspreek nie, maar dat die partye groter mag gegee sal word om hulle eie verhouding te reguleer en die verantwoordelikheid vir die gevolge daarvan te dra.²²²

Sinclair bepleit die uitbreiding van judisiële diskresionêre magte om beskermende, aanpassende en ondersteunende maatreëls vir partye tot saamwoonverhoudings, beide hetero- en homoseksueel, te skep.²²³ Sy wys voorts daarop dat die situasie in Suid-Afrika nie identies is aan Europa of Amerika nie, alhoewel daar raakpunte is. In Suid-Afrika is armoede en werkloosheid onder veral Swartes 'n groot probleem, en volgens statistiek kom saamwoonverhoudings juis die meeste

²²¹ Hutchings en Delpont *supra* 125

²²² *Ibid* 124

²²³ Sinclair *supra* 300

onder Swartes voor.²²⁴ Gevolglik is dit veral Swart vroue in hierdie verhoudings wat weerloos is.

Bogemelde probleme moet dus nie uit die oog verloor word wanneer judisiële inmenging in saamwoonverhoudings oorweeg word nie en moet die argumente teen en vir regsregulering van saamwoonverhoudings teen hierdie agtergrond gesien word. Dit is byvoorbeeld onrealisties om van persone wat geen basiese opleiding het, te verwag om 'n ingewikkelde samewoningskontrak te onderhandel en aan te gaan.

Suid-Afrika moet daarna streef om die basiese lewensnoodsaaklikhede, soos behuising, skoon water, basiese opleiding en behoorlike gesondheidsorg, aan sy inwoners te verskaf. Dit is egter te betwyfel of deur die welsyn ooit behoorlik voorsiening gemaak sal kan word vir al die mense se nood. Die oplossing vir 'n vooruitstrewende toekoms lê eerder in ekonomiese groei, wat werk sal genereer en werkloosheid verminder. As hierdie doel bereik is, sal dit nie meer moontlik wees om die feit dat sekere mense in en uit onderhouds-produiserende verhoudings beweeg sonder om verantwoordelikheid vir die finansiële implikasies te aanvaar, te regverdig nie, en sal judisiële ingryping genoodsaak wees.²²⁵

Die instelling van herverdeling van eiendom op billikheidsgronde en 'n wederkerige onderhoudspilig tussen partye tot 'n saamwoonverhouding in die privaatreg, deur die skepping van 'n diskresionêre judisiële mag, blyk die mees belowende, mins arbitrêre oplossing te wees vir die meerderheid van die Suid-Afrikaanse bevolking. Indien enige toegewing gemaak word vir die persone wat daarop aandring dat hulle outonomie om die gevolge van hulle intieme verhoudings te besluit, beskerm moet word, kan dit die vorm aanneem dat hulle dit kontraktueel kan reël. Hierdie uitsondering kan moontlik ooreenkomstig die Sweedse model gedoen word.²²⁶

Theresa Schwellnus²²⁷ gebruik die regsisteem van Swede as basis vir regsvergelyking met die posisie van saambly as 'n instelling in Suid-Afrika,

²²⁴ Sentrale Statistiekdiens Bevolkings Sensusverslag No 02-80-12(1980), Verslag No 02-85-06 (1985) en Verslag No 03-01-22 (1991)

²²⁵ Sinclair *supra* 302

²²⁶ *Ibid*

²²⁷ Schwellnus, T "The value of Swedish law on cohabitation as basis for legal reform in South Africa" *Obiter* 1995 248

aangesien dit 'n regserkende sosiale instelling in Swede is. In Swede het saamwoon 'n erkende sosiale status en mense identifiseer hulself as getroud, ongetroud of "sammanboende". Sy kom tot die gevolgtrekking dat die sisteem soos toegepas in Swede billik is, en die minimum gewaarborgde eiendomsregte kan baie waardevol wees as 'n basis vir wetgewing in Suid-Afrika. Sy wys egter daarop dat die kriteria gegee vir die relevante saamwoonverhoudings niks nuuts in Suid-Afrika is nie en dat dit moontlik bewysregtelike probleme hier kan lewer.²²⁸

Sinclair wys ten slotte daarop dat dit nie moet vergeet word dat daar geen maklike oplossing vir armoede, wat groot afmetings in Suid-Afrika aanneem, is nie. As die reg nie inmeng nie, kan dit lei tot die volgehoue substansiële lyding van partye tot 'n saamwoonverhouding. Hierdie keuse van die reg sou daartoe lei dat die sterkes sterk bly en die swakkeres verwyder word uit die gewete van die reg onder die dekmantel van respek vir individuele outonomie.²²⁹

Dit word aanbeveel dat die saamwoonverhouding nie absoluut gelykgestel word aan die huwelik nie, maar dat sommige wette wat beskerming verleen aan die swakker party in 'n intieme verhouding, in hul woordomskrywings ook partye in gebruikelike verhoudings sal insluit as "partye tot die huwelik". 'n Gepaste voorbeeld sal die Wet op Onderhoud van die Langlewende Gade wees. Die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 en die Wet op Egskeiding 70 van 1979 behoort onveranderd te bly.

Sekere kriteria kan neergelê word ten einde die howe se taak te vergemaklik om die permanente aard al dan nie van 'n saamwoonverhouding te bepaal, en in hierdie verband sal die bedoeling van die partye wesenlik wees. Daar behoort afstand gedoen te word van streng formele vereistes, maar 'n minimum periode, soos in meeste lande waar die saamwoonverhouding erken word, byvoorbeeld van twee jaar se saamwoon, kan vereis word. Die omringende omstandighede by elke bepaalde geval behoort in ag geneem te word ter bepaling of 'n spesifieke saamwoonverhouding wel met 'n langtermynbedoeling aangegaan is. In die geval van 'n saamwoonverhouding waar daar 'n band tussen die vader en kind bestaan, behoort die vader toegangsregte te hê sonder om aansoek te doen daarvoor by die

²²⁸ *Ibid*

²²⁹ Sinclair *supra* 302

hof. Wat betref die kinders gebore uit 'n saamwoonverhouding, word voorgestel dat alle beperkende bepalings verwyder word.

Die partye behoort ook self meer aandag te skenk aan onderlinge ooreenkomste om hulle vermoënsreg *inter partes* te reël en sal die kontraktuele remedies toepassing vind. Sodanige kontrak behoort te handel met die finansiële aspekte verbandhoudend met die partye se eienaarskap en besit van die gesamentlike woning, die partye se verpligtinge om by te dra tot die huishouding en lewensuitgawes, die onderlinge onderhoudsplig en ook die wyse en gevolge van die beëindiging van die verhouding.²³⁰ Dit is ook nodig om daarop te let dat die kontrak veranderbaar moet wees in geval van veranderende omstandighede, byvoorbeeld die toevoeging van kinders tot die gesin.

8.3 HOMOSEKSUELE HUWELIKE

Visser²³¹ se pleit om behoud van die huwelikswaardes, synde tot voordeel en behoud van die gemeenskap, is duidelik daarop gemik om die erkenning van homoseksuele huwelike in Suid-Afrika te verdraag. De Vos²³² is egter van mening dat sodanige huwelike nie meer werklikheidsvreemd is nie. Hy verklaar dat 'n pleidooi vir die behoud van die wese van die Suid-Afrikaanse huweliksreg onlogies is, tensy uitdruklik gepleit word vir 'n bestel waarin die huweliksreg nie aan die gelykheidsklousule in die Grondwet onderworpe is nie, soortgelyk aan die pleidooi dat die inheemse reg van grondwetlike jurisdiksie uitgesluit moet word.

Dit blyk dat die Suid-Afrikaanse gemeenskap nog nie gereed is om huwelike tussen persone van dieselfde geslag te erken nie en word voorgestel dat regsontwikkeling op hierdie gebied oorstaan tot 'n later stadium. Sekerlik is daar genoeg ander dringende sake wat eers die aandag van die wetgewer moet ontvang.

²³⁰ *Ibid* 281

²³¹ P J Visser "Enkele gedagtes oor fundamentele regte en die familiereg" *THRHR* 1995 702

²³² De Vos, P "Seksuele georiënteerdheid en die familiereg : Reaksie op P J Visser" 1996 (59) *THRHR* 307

8.4 STATUS VAN KINDERS

Onlangse wetgewing het reeds die posisie van die buite-egtelike kind baie verlig, maar daar word voorgestel dat alle wetgewing wat steeds 'n verwysing maak na 'n onderskeid tussen die status van 'n wettige en buite-egtelike kind, gewysig word. Die Regskommissie se verslag²³³ wys tereg daarop dat die Suid-Afrikaanse Regering die Internasionale Konvensie op die Regte van Kinders op 29 Januarie 1993 geratifiseer het en dat verdere wetgewing nodig sal wees om die huidige Suid-Afrikaanse posisie in ooreenstemming te bring met die bepalings van die gemelde konvensie. In hierdie verband is artikel 231(3) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 ook toepaslik.

8.5 REGTE VAN DIE VADER VAN DIE BUIE-EGTELIKE KIND

Myns insiens behoort die primêre oorweging ten opsigte van die vader se regte te wees dat die behoeftes van die te kind en die kind se beste belang altyd voorkeur sal geniet. Eckhard beveel aan dat hierdie behoeftes aan die hand van die heersende maatskaplike waardes betreffende kindersorg binne die gemeenskap bepaal moet word. Sodanige navorsing behoort 'n empiriese ondersoek na die gemeenskap se gevoel oor die hele aangeleentheid te behels en ook die mening van gedragswetenskaplikes en ander persone wat gemoeid is met die kwessie van toegang tot buite-egtelike kinders te bevat. Indien 'n diepgaande ondersoek na die kind se behoeftes sou laat blyk dat toegang tot hulle ook in die buite-egtelike kinders se belang is, moet die regsproses waardeur toegang tans verkry word, krities ondersoek word om te bepaal of dit aan sy doel beantwoord.²³⁴

Daarmee saam geld die volgende:

"Propelled by changing societal attitudes, courts are recognising that some fathers of children born outside of marriage play a beneficial role in the child's life."²³⁵

²³³ Projek 79 Julie 1994

²³⁴ Eckhard B "Toegangsregte tot buite-egtelike kinders - Behoort die wetgewer in te gryp?" 1992 *TSAR* 122-123

²³⁵ *Status of Children: Revised Report* 1991 3

Eckhard het reeds in 1992 gemerk dat die bestaande proses om toegang te bekom nie in alle opsigte bevredigend is nie, en dat gekyk moet word na die moontlikheid dat die howe tot 'n bevredigende oplossing kan kom. Die howe het egter sedertdien laat blyk dat hulle nie hul weg oopsien om, in stryd met die gemenereg, inherente toegangsregte ten gunste van die vader te erken nie. In *B v S 1995 3 SA 571 (A)* is namens die appellant aangevoer dat die tyd aangebreek het om so 'n reg te erken op die oorwegings van geregtigheid en billikheid. Die hof moet toesien dat die vader van 'n buite-egtelike kind se posisie nie minderwaardig is aan dié van die vader van 'n binne-egtelike kind nie. Hierdie argument is egter nie deur die hof aanvaar nie. Gevolglik sal dit vir die wetgewer nodig wees om toegangsregte *ex lege* aan die vader toe te staan.

Die Regskommissie se aanbevelings vir gewysigde wetgewing ten opsigte van die vader se regte met betrekking tot sy buite-egtelike kind²³⁶ sal na alle waarskynlikheid deur die Wetgewer aanvaar word en kan ons binnekort wetgewing in hierdie verband verwag. Die regsposisie sal dan wees dat die natuurlike vader van die buite-egtelike kind uitdruklik en ondubbelsinnig gemagtig word om die hof te nader vir regshulp met betrekking tot toegang tot, en voogdy, beheer en toesig oor die kind, en los dit dus die regsonsekerheid in hierdie verband op. Voorts sal die moeder van die kind, indien sy die kind wil opgee vir aanneming, die natuurlike vader so ver as moontlik in kennis moet stel van haar voorneme en moet hy die geleentheid gegun word om self 'n aansoek na die bevoegde liggaam te rig om die kind aan te neem.

Toegangsregte tot sy buite-egtelike kind sal selfs na die inwerkingtreding van die onlangse voorgestelde wetgewing nie onvoorwaardelik aan 'n vader toegeken word nie. Eckhard het reeds voorheen voorgestel dat in sodanige omstandighede oorweging geskenk behoort te word aan die beskerming van die kind se aanspraak op toegang deur 'n vermoede dat dit in belang van die buite-egtelike kind is dat sy biologiese vader toegang tot hom moet hê, te gebruik. Sodoende sal die moontlikheid van toegangsregte in die afwesigheid van 'n reeds bestaande ouer-kind verhouding nie uit die staanspoor gedoem wees nie. Die voortsetting van die verhouding sal steeds aan die kind se teenswoordige en toekomstige

²³⁶ Verslag 79 Julie 1994

omstandighede getoets word.²³⁷ Dit is betreurenswaardig dat sodanige voorstelle nie in die wetsontwerp geïnkorporeer is nie.

In die Regskommissie se voorstelle word ook voorsiening gemaak vir 'n wysiging op die Wet van Geboortes en Sterftes 51 van 1992 sodat die vader van 'n buite-egtelike kind se toestemming benodig word indien die kind se van gewysig moet word, indien sodanige kind geregistreer is onder die vader se van.

Ongelukkig gebruik die wetgewer nie die huidige geleentheid om wetgewing met betrekking tot die vader van die buite-egtelike kind verder te voer nie. Na my mening sou dit veel beter wees om wel sekere inherente regte aan die vader toe te ken, as voldoen word aan sekere voorwaardes en met toepassing van sekere vermoedens.

Wat aanneming betref bepleit Prof Heaton reeds sedert 1989²³⁸ dat die huidige posisie ten opsigte van die toestemming tot aanneming deur die vader van die buite-egtelike kind hervorm word. Sy wys daarop dat in Engeland, byvoorbeeld, die vader se toestemming nie benodig word nie, maar hy geregtig is op kennisgewing van die voorgenome aanneming van sy buite-egtelike kind. In Duitsland word die vader se toestemming ook nie benodig nie, maar het hy 'n voorkeurreg om sy buite-egtelike kind aan te neem.

In sommige gevalle, waar die vader 'n graad van vaderlike verantwoordelikheid teenoor die kind getoon het wat neerkom op meer as bloot net 'n erkenning van sy vaderskap of belang in die kind, word die vader se toestemming vir aanneming wel benodig. So moet kennis gegee word aan die vaders van buite-egtelike kinders in Australië (Victoria) in gevalle waar die kind geregistreer is in die naam van die vader, waar vaderskap deur die hof bepaal is, waar onderhoud betaal word vir die kind, wanneer die vader vaderskap erken het en sy erkenning geregistreer is, en in die geval waar die vader kennis gegee het aan 'n aannemingsinstelling dat die gesinshof in Australië hom toegang, voogdy, of beheer en toesig toegeken het. In Nieu-Seeland het die hof 'n diskresie of die vader se toestemming vereis sal word.

²³⁷ Eckhard B "Toegangsregte tot buite-egtelike kinders - Behoort die wetgewer in te gryp?" 1992 *TSAR* 122-123

²³⁸ J Heaton "Should the consent of the father of an illegitimate child be required for the child's adoption? A suggestion for the reform of the South African law" 1989 *CILSA* 346 - 353

Etlike probleme mag voorkom in aangeleenthede waar die moeder verkies om nie die vader se identiteit bekend te maak nie en die skrywer beveel aan dat kennis slegs gegee word aan geïdentifiseerde vaders. In die gevalle waar die naam en die adres van die vader bekend is, behoort die normale sivielregtelike prosedure vir kennisgewing gevolg te word, en indien hierdie inligting nie bekend is nie, kan kennis by wyse van sitasie gegee word.²³⁹

Prof Heaton beklemtoon dat daar 'n balans moet wees tussen kennisgewing en die bekom van toestemming van sodanige pa enersyds, en die spoedige afhandeling van die voorgenome aanneming, andersyds. Dit kan bereik word deur kennis te gee slegs aan bekende vaders. Voorts behoort die hof in gevalle waar die vader nie reageer op sodanige kennisgewing binne die voorgeskrewe tyd nie, voort te gaan sonder sy toestemming; en die hof behoort magtiging te ontvang om afstand te doen van die kennisgewingvereiste indien hy dit ag in belang van die kind te wees.

Bogemelde is sinvolle voorstelle en kan daar met reg gevra word dat dit so spoedig moontlik deur die wetgewer aanvaar en geïmplementeer word.

Miskien moet ons by die kwessie van die vader se regte tot sy buite-egtelike kinders die volgende woorde van die Amerikaanse juris Krause²⁴⁰ in gedagte hou:

"With the family at the base of our social structure, full equality will be prevented - simply because the legitimate usually is born into a family and the illegitimate is not. However, the factual impossibility of perfect equality is no excuse for failing to provide the degree of equality which the law can effectively furnish."²⁴¹

²³⁹ Heaton *supra* 352

²⁴⁰ Soos aangehaal deur Eckard *supra* 133

²⁴¹ Krause "Equal protection for the illegitimate" 1965 *Michigan Law Review* 505

HOOFSTUK 9**GEVOLGTREKKING**

Die regsposisie van *de facto* huwelike in Suid-Afrika is tans baie onbevredigend en weerspieël nie die Suid-Afrikaanse samelewing se wense en behoeftes nie. Die tyd vir 'n nuwe benadering met betrekking tot *de facto* huwelike het reeds 'n geruime tyd gelede aangebreek.

Dit is van uiterste belang dat die unieke kenmerke van die Suid-Afrikaanse situasie altyd in ag geneem moet word in die vorming van die nuwe benadering. Dit is nie vir ons moontlik om bloot net beginsels uit Afrika, of 'n bestaande Westerse model, oor te neem vir die hantering van die *de facto* huwelik, en by ons situasie toe te pas nie. Daarvoor is ons samelewing te gediversifiseerd, elke groepering met sy eie behoeftes. Dit is noodsaaklik dat ons posisie buigbaar en soepel moet wees om alle partye te akkomodeer, maar dit moet terselfdertyd ook regsekerheid bevorder. Voorts is dit nodig dat ons 'n oplossing vind wat gelyktydig die individu se vryheid van keuse respekteer en ook maatreëls skep vir die beskerming van die swakker party in 'n intieme verhouding.

Die Suid-Afrikaanse regslui moet die uitdaging aangryp en met innoverende denke 'n nuwe bestel vir die Suid-Afrikaanse reg skep.