BEWYS VAN 'N GEBRUIKLIKE HUWELIK KRAGTENS ARTIKEL 3(1)(B) VAN DIE WET OP ERKENNING VAN GEBRUIKLIKE HUWELIKE 120 VAN 1998

Southon v Moropane [2012] ZAGPJHC 146

1 Inleiding

Alle gebruiklike huwelike gesluit na die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 op 15 November 2000 moet voldoen aan die geldigheidsvereistes in artikel 3 van hierdie wet. Gebruiklike huwelike gesluit voor 15 November 2000 word erken as aan die tradisionele gewoonteregtelike vereistes vir 'n gebruiklike huwelik voldoen word (a 2). Om 'n geldige gebruiklike huwelike na 15 November 2000 te sluit moet die partye ouer as 18 jaar wees, beide moet toestem tot die sluiting van 'n gebruiklike huwelik en die huwelik moet "ooreenkomstig die gewoontereg beding en gesluit of voltrek word" (a 3(1)). As 'n minderjarige party 'n gebruiklike huwelik wil sluit, moet die party addisionele toestemming van sy of haar voog(de) of die Minister van Binnelandse Sake, afhangende van die geval, verkry (a 3(3)–(5)). Die wet laat poliginie toe en 'n man mag in 'n tweede of verdere gebruiklike huwelik tree as hy reeds 'n party tot 'n gebruiklike huwelik is. Artikel 7(6) vereis dat hy 'n geskrewe kontrak wat sy huweliksgoedere-bedeling vir sy bestaande en toekomstige gebruiklike huwelike reguleer aan die hof vir goedkeuring voorlê. Nie-nakoming van artikel 7(6) affekteer egter nie die geldigheid van die tweede of verdere huwelik nie (*MN v MM* 2012 (4) SA 527 (HHA); en *MM v MN* 2013 (4) SA 415 (GH)).

Van al die vereistes vir 'n geldige gebruiklike huwelik na 15 November 2000 gesluit, verskaf artikel 3(1)(b) die meeste probleme (*Motsoatso v Roro* [2011] 2 All SA 324 (GSJ) par [10]; en Bekker en West "Possible Consequences of Declaring Civil and Customary Marriages Void" 2012 *Obiter* 351 354). Dit is dan ook hierdie vereiste waarop die huweliks-ontkenner staatmaak wanneer hy die gevolge van sy huwelik of egskeiding wil ontduik. In die lig hiervan word die beslissing van die Suid-Gauteng-hoë hof, *Southon v Moropane* ([2012] ZAGPJHC 146) bespreek.

2 Feite

Die eiseres, me Southon, het 'n eis teen mnr Moropane, die verweerder, ingestel vir 'n bevel om te bevestig dat sy getroud is met die verweerder ooreenkomstig die gewoontereg asook vir onderhoud en bykomstige hulp. Die eiseres beweer dat haar huwelik op 17 April 2002 tot stand gekom het. Haar gebruiklike huwelik moet dus voldoen aan die geldigheidsvereistes vervat in

artikel 3 van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998. Die verweerder ontken dat daar enigsins 'n huwelik tussen hom en die eiseres bestaan.

Beide partye het deskundige getuies gebruik om hulle weergawes van die gebeure te staaf. Beide deskundige getuies was met hulle eens dat die essensiële vereistes vir 'n gebruiklike huwelik ooreenkomstig die gewoontereg die volgende moet insluit (par [6]):

> "i. There would be a messenger, traditionally known as the 'mmaditsela' appointed by the groom's family;
> ii. On an agreed date, the family of the groom will visit the family of the bride;
> iii. The two families will negotiate the lobola to be paid;
> iv. The family of the groom will pay the lobola or part of it;
> v. After the receipt of the lobola, a 'beast' will be slaughtered 'to seal the deal', and a portion thereof will be given to the groom's delegation;
> vi. On the same day the family of the bride will select a group to accompany the bride to the groom's family and that will conclude the marriage."

Die deskundiges stem ooreen dat die gebruiklike huwelik tot stand kom as die bruid deur haar familie aan die man se familie oorhandiging word (par [6]):

> "The experts were agreed that this 'crucial element of handing over the bride' by her family to her new family,' is the 'most important and final step in the chain of events and happens in the presence of both the bride's and groom's families and in the absence of which no customary union can be seen to have been concluded'."

Hierdie standpunt is egter nie heeltemal korrek nie. Beide families hoef nie teenwoordig te wees of hulle samewerking te gee nie. 'n Man kan sonder die samewerking van sy familie 'n gebruiklike huwelik sluit (*Mabena v Letsoalo* 1998 (2) SA 1068 (T) 1073A-C). Daar is ook gevalle waar die bruid nie oorhandig (geïntegreer) word nie (*Sila v Masuku* 1937 NAC 121 (N&T) 123; *Sibiya v Mtembu* 1946 NAC 90 (N&T) 90; *Memami v Makaba* 1950 NAC 178 (S) 180; *Ngcongolo v Parkies* 1953 NAC 103 (S) 105; Simons *African Women* (1968) 118; Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaal-sprekendes* (1989) 53; en Bekker *Seymour's Customary Law in Southern Africa* (1989) 108). Hier moet verder in gedagte gehou word die eiseres beweer dat die gebruiklike huwelik na 15 November 2000 gesluit is en daar dus aan die vereistes van artikel 3 van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 voldoen moet word; daarom is dit nie nodig om die aanwesigheid van al die essensiële gewoonteregtelike vereistes te bewys nie (hierop word uitgebrei in par 4 hieronder).

Beide partye aanvaar dat mnr Moropane se broer op 17 April 2002 die familiehuis van me Southon besoek het om *lobolo*-onderhandelinge te begin. R6 000 is aan me Southon se familie betaal. 'n Skaap is kort daarna geslag en foto's wys me Southon gedrapeer in 'n kombers met mense wat om haar dans en sing (par [3]). Verteenwoordigers van beide families was teenwoordig (par [10]). Dieselfde aand is me Southon deur haar tante en 'n suster van die verweerder na die verweerder se ouerhuis geneem (par [3]). Die betekenis van hierdie gebeure is in dispuut.

Die eiseres beweer dat R6 000 betaal is vir *lobolo* en dat sy deur haar tante aan die verweerder oorhandig is; sodoende het 'n gebruiklike huwelik tot

stand gekom. Die verweerder beweer dat R6 000 bloot betaal is om *lobolo*-onderhandelinge aan die gang te sit en dat geen gebruiklike huwelik tot stand gekom het nie. Die saak handel dus uitsluitlik oor die vraag of die gebruiklike huwelik "ooreenkomstig die gewoontereg beding en gesluit of voltrek" is.

Die deskundige getuies het egter nie saamgestem oor bepaalde tradisies wat gepaard gaan met die proses van huweliksluiting in die gewoontereg nie (par [7]). Volgens die verweerder se deskundige getuie was die huweliksproses nie voltooi nie, aangesien daar aan bepaalde rituele nie voldoen is nie (par [42]). Daar is byvoorbeeld nie 'n gedeelte van die geslagte dier aan die stamhoof gegee as heffing nie (*lekhlahore*). Die eiseres se deskundige getuie beweer dat hierdie gebruik nie moontlik is in stedelike gebiede nie, omdat munisipale regulasies die slag van 'n bees verbied en daar dus gebruiklik 'n skaap of bok geslag word wat nie genoeg vleis het om ook 'n deel aan die stamhoof te gee nie (par [7]). Stedelinge is verder nie meer gebonde aan 'n bepaalde stamhoof nie (par [25]). Die verweerder se getuie het verbasend verder daarop aangedring dat *lobolo* slegs met lewende hawe betaal kan word en nie met geld nie. Terwyl die eiseres se getuie korrek aangedui het dat die moderne gebruik is om *lobolo* geheel of gedeeltelik met geld te betaal (par [7]). Ander gebruike is ook nie aan voldoen nie alhoewel die eiseres se getuie beweer dat hierdie gebruike nie meer in die stedelike gebiede bestaan nie (par [26]). Dit was dus in dispuut of *lobolo* betaal is en of bepaalde seremonies, insluitende die oorhandiging van die bruid, onlosmaaklik deel van 'n gebruiklike huweliksluiting is. Vir duidelikheid word die twee onderskeie weergawes hieronder uiteengesit.

2 1 Die eiseres se weergawe

Me Monica Malaza het die eiseres se familie (die "Mamobolo's") tydens *lobolo*-onderhandelinge in die eiseres se ouerhuis in Seshego verteenwoordig. Die Moropanes (familie van die verweerder) het R50 betaal om onderhandelinge te begin. Die Mamobolo's het aanvanklik op R10 000 *lobolo* aangedring, maar het later ooreengekom op R6 000. Die bedrag is aan die Mamobolo's deur me Malaza oorbetaal en 'n kwitansie is uitgereik (par [12]). Die eiseres is daarna as bruid aan die Moropanes uitgewys. Die Mamabolo's het 'n kombers oor die eiseres se skouers gedrapeer wat simboliseer dat sy trou met die verweerder en aangekondig dat hulle 'n skaap het wat geslag moet word. Die Maropanes het nie 'n mes gehad om die skaap mee te slag nie en een is by die Mamabolo's geleen. Dele van die skaap is tussen die twee families verdeel om te simboliseer dat die twee families nou een word (par [14]). Daarna is feesgevier. Na die feesvieringe reis die eiseres saam met 'n familielid van die verweerder (wat aangewys is om die Moropanes te verteenwoordig by die *lobolo*-onderhandelinge) en die verweerder is na die verweerder se ouerhuis in Atteridgeville. Die eiseres is dieselfde aand aan die verweerder by sy ouerhuis oorhandig (par [17]). Hulle is deur heelwat mense ingewag en die eiseres is in die verweerder se huis ingelei terwyl hulle haar lof toegesing het. Daar is verder feesgevier (par [22]). Hierna is die eiser, verweerder en dieselfde familielid wat die eiseres oorhandig het, terug na die verweerder se huis in Sandton. Hierdie familielid kuier vir drie dae by die eiser en verweerder. Die verweerder oorhandig 'n persent aan haar tydens haar vertrek om haar te bedank daarvoor dat sy sy bruid gebring het (par [23]). Die

eiseres beweer dus dat aan al die gewoonteregtelike vereistes voldoen is en dat sy met die verweerder ooreenkomstig die gewoontereg getroud is.

2 2 Die verweerder se weergawe

Die betaling van *pula molomo* gee die man die geleentheid om met onderhandeling te begin en ander belangstellendes uit te sluit (par [43] en [61]). Die verweerder beweer dat die eiseres se familie 'n koei geëis het om die *lobolo*-onderhandelinge te begin en die waarde daarvan was R6 000 (par [52]). Dit is betaal en daar moes deur die man se familie op 'n dag waarop *lobolo*-onderhandelinge kan begin, besluit word. Hierdie bedrag word later as deel van die *lobolo* beskou indien die onderhandelinge suksesvol is. Die verweerder beweer dus dat slegs *pula molomo* betaal is en nie die *lobolo* nie.

Die verweerder beweer verder dat die volgende onreëlmatighede teenwoordig was en daarom is daar nie 'n geldige gebruiklike huwelik gesluit nie:

- Daar was nie tuisgemaakte bier nie (par 45).
- Die *lehlakore* gebruik is nie gevolg nie (par 45).
- Die seun van die verweerder was teenwoordig tydens die onderhandelinge (par 45).
- Die eiseres en die verweerder het onderling op R6000 ooreengekom wat ongewoon is in die geval van *lobolo* (par 45).
- Die partye moes 'n bees geslag het aangesien dit deel van die *lobolo* simboliseer en nie 'n skaap nie (par 48).
- Die huwelikseremonie is in een dag afgehandel wat ongewoon is (par 45).
- Dit was ongewoon dat die verweerder se suster die eiseres ontmoet het by die verweerder se huis en nie die ouer familielede nie (par 45).

3 Die uitspraak

Om te bepaal wat die vereistes kragtens artikel 3(1)(b) is, verwys regter Saldulker na *Matsoaso v Roro* (*supra* par [17]), waar die hof met goedkeuring na Maithufi en Bekker ("Recognition of Customary Marriages Act 1998 and its Impact on Family Law in South Africa" 2002 *CILSA* 182) verwys. Hier word beklemtoon dat die sluiting van 'n gebruiklike huwelik 'n proses is en nie bloot 'n gebeurtenis nie. 'n Gebruiklike huwelik betrek ook twee familiegroepe en nie alleen die bruid en die bruidegom nie. (Hierdie stelling is egter nie ongekwalifiseerd waar nie – sien par 2 hierbo). In *Motsoatso v Roro* (*supra*) beskryf regter Matlapeng die tradisionele formaliteite vir 'n gebruiklike huwelik (par [17]):

> "emissaries are sent by the man's family to the woman's family to indicate interest in the possible marriage (this of course presupposes that the two parties i.e. the man and the woman have agreed to marry each other); a meeting of the parties' relatives will be convened where lobolo is negotiated and the negotiated lobolo or part thereof is handed over to the woman's family and the two families will agree on the formalities and date on which the woman will then be handed over to the man's family which handing over may include but not necessarily be accompanied by celebration (wedding)."

Die uitgangspunt van regter Matlapeng is afkomstig van hofuitsprake voor die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 (sien oa *Mabena v Letsoalo supra*). Hierdie benadering is slaafs deur regter Matlapeng nagevolg na die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 sonder om te oorweeg of artikel 3 nie moontlik 'n nuwe benadering vereis vir gebruiklike huwelike gesluit na 15 November 2000 nie (sien ook *Mrapukana v Master of the High Court* [2008] ZAWCHC 113; *Matsoaso v Roro supra*; en *Maloba v Dube* [2008] ZAGPHC 434). Die hof aanvaar verkeerdelik dat die werking van artikel 3(1)(b) die gewoonteregtelike geldigheidsvereistes vir 'n gebruiklike huwelik verhef tot die geldigheidsvereistes vir 'n gebruiklike huwelik gesluit na 15 November 2000 (hierdie standpunt word ook gehandhaaf deur Maithufi en Bekker 2002 *CILSA* 185–186; en hierteenoor sien par 4 hierna). Dit is dan ook hierdie benadering wat deur regter Saldulker gevolg word. Ongelukkig is hierdie benadering na regter Saldulker se uitspraak ook gevolg deur die Grondwethof in *MM v MN* (*supra* par [32]).

Wat *lobolo* as geldigheidsvereiste vir 'n gebruiklike huwelik betref, dui regter Saldulker daarop dat, alhoewel *lobolo* nie uitdruklik as geldigheidsvereiste in die wet vermeld word nie, vorm dit intrinsiek deel van 'n gebruiklike huwelik en moet 'n gedeelte van die *lobolo* oorhandig word of ten minste 'n ooreenkoms vir die lewering van *lobolo* bestaan (par [82]). Dit is belangrik om daarop te let dat die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie (SARHK) *lobolo* nie wou verbied nie, maar dit ook nie as noodsaaklik vir die sluiting van 'n geldige gebruiklike huwelik beskou nie (sien *Project 90 The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Report on Customary Marriages* (Augustus 1998) par 4.3.2.8 en 4.3.3.14; sien ook *Memorandum on the Objects of the Recognition of Customary Marriages Bill, 1998* par 3.3; Prinsloo, Van Niekerk en Vorster "Perceptions of the Law Regarding, and Attitudes Towards, *Lobolo* in Mamelodi and Attridgeville" 1998 *De Jure* 72 72–73). Alhoewel *lobolo* as integrale deel van die gebruiklike huwelik beskou word deur die meerderheid van die inheemse gemeenskappe (Prinsloo, Van Niekerk en Vorster 1998 *De Jure* 92), beteken dit egter nie dat *lobolo* (die ooreenkoms en die lewering daarvan) 'n geldigheidsvereiste vir 'n gebruiklike huwelik kragtens die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 is nie (hierteenoor sien Bekker "Proof of Existence of a Customary Marriage" 2009 *THRHR* 684 685–686; en Jansen "Family Law" in Rautenbach, Bekker en Goolam (reds) *Introduction to Legal Pluralism in South Africa* (2006) 39–41).

Regter Saldulker erken dat akkulturasie in Suid-Afrika met sy uiteenlopende kulture, gelowe en gebruike plaasvind (par [85]). Sy dui daarop dat dit gebruiklik is om 'n gebruiklike en siviele huwelik te sluit. Die sluiting van die gebruiklike huwelik gebeur gewoonlik eerste waarna die partye dan ook 'n siviele huwelik sluit (dit vind plaas weens verskeie redes (sien Bakker "'n Paar Opmerkings oor die Kompleksiteit van Familiereg in 'n Diverse Samelewing." 2012 *THRHR* 151 155–156). Die proses kan ook verstrengel raak waar partye 'n gebruiklike en Christelike seremonie kombineer. Dit moet egter uitgewys word dat, indien die partye eerste 'n gebruiklike huwelik sluit en daarna 'n siviele huwelik, hulle huwelik in 'n siviele huwelik omgeskakel word (a 10 van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998). So 'n huwelik is streng monogaam van aard (sien uitsondering in Bakker en Heaton "The

Co-existence of Customary and Civil Marriages under the Black Administration Act 38 of 1927 and the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998 – The Supreme Court of Appeal Introduces Polygyny into Some Civil Marriages: *Netshituka v Netshituka* 2011 5 SA 453 (SCA)" 2012 *TSAR* 586 593). Indien 'n gebruiklike huwelik na die siviele huwelik gesluit word, sal die gebruiklike huwelik weens die monogame aard van die siviele huwelik nietig wees (a 10(4) Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998).

Regter Saldulker wys tereg uit dat dit nie 'n maklike taak is om te bepaal of 'n huwelik ooreenkomstig die gewoontereg onderhandel, gesluit of gevier is nie. Die rede hiervoor is dat die gewoontereg dinamies is en voortdurend ontwikkel (par [86]). Regter Saldulker verwys na Bennett wat aandui dat die gewoontereg nog altyd aanpasbaar en prakties is en dat daar nie streng aan rituele formules voldoen hoef te word nie (Bennett *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa* (1991) 194–195). Vir praktiese redes kan 'n huwelikseremonie verkort word, indien die partye nie 'n uitgebreide seremonie kan bekostig nie of net die aangeleentheid vinnig wil afhandel (par [76]; *Mabuza v Mbatha* 2003 (4) SA 218 (K) par [25] en [26]; en Bennett *A Sourcebook* 194). Regter Saldulker verwys ook na *Mabuza v Mbatha* (*supra*) waar die hof beslis dat daar, ongeag die verontagsaming van die *ukumekeza* gebruik (oorhandiging of integrasie van die bruid) van die Swazi's, 'n geldige gebruiklike huwelik tot stand gekom het. Sy bied as oplossing dat daar gekyk moet word na wat die partye se werklike bedoeling was (par [86]). Dit is ook hierdie benadering wat Bennett verkondig (*A Sourcebook* 195). Ongelukkig na die bespreking oor hoe moeilik dit is om die "lewende" gewoontereg te bepaal, gaan sy verder en lys essensiële vereistes kragtens die gewoontereg vir 'n geldige gebruiklike huwelik (par [92]):

> "the appointment of a messenger, the visit by the groom's family of the bride's family, the negotiation on the lobola to be paid, the payment of lobola or part of it, the slaughtering of an animal, and the 'crucial element of the handing over of the bride', the absence of which no customary marriage came into existence".

Hierdie vereistes kan egter nie as absolute essensiële vereistes gestel word nie, aangesien al hierdie elemente nie noodwendig teenwoordig hoef te wees nie (*Ngcongolo v Parkies supra*; Bennett *A Sourcebook* 194–195; en Bekker *Seymour's Customary Law* 108; Simons *African Women* (1968) 118). In hierdie verband verklaar Nhlapo (*Marriage and Divorce in Swazi Law and Custom* (1992) 63):

> "The open texture of customary law makes it inappropriate to set the discussion in the context of a prior list of requirements on which hangs the question of validity or invalidity."

Regter Saldulker beklemtoon dat 'n gebruiklike huwelik nie voltooi word tot die bruid aan die bruidegom se familie oorhandig (geïntegreer) word nie (par [106]). Soos reeds hierbo aangedui, is dit nie noodwendig die geval nie. Sy bevind egter met verwysing na *Mabuza v Mbatha* (*supra*) dat dit nie saak maak as 'n gebruik net gedeeltelik nagekom word nie. Dit is daarom irrelevant wie die eiseres oorhandig solank sy wel oorhandig word (par [106]). So ook was daar nie ooreenstemming oor wie die boodskapper was nie, maar beide partye het wel erken dat daar 'n boodskapper teenwoordig was (par [107]).

Die feit dat die regte messe nie gebruik is om die skaap te slag nie is ook irrelevant, aangesien die simboliese slagting wel plaasgevind het (par [109]). Die hof beklemtoon dat die afwesigheid van rituele nie die geldigheid van die gebruiklike huwelik affekteer as al die essensiële vereistes nagekom word nie (par [111]). Die essensiële vereistes soos deur die hof bepaal, moet egter teenwoordig wees. Hierdie benadering strook met die benadering voor die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998. Dit is egter jammer dat regter Saldulker, nadat sy die onsekerheid wat heers oor wat die werklike gewoontereg behels, uitgewys het en klem op die bedoeling van die partye geplaas het, tog aandring dat aan die essensiële vereistes vir 'n gebruiklike huwelik ooreenkomstig die gewoontereg voldoen moet word.

Alhoewel die Grondwethof in *MM v MN* (*supra*) aandui dat artikel 3(1)(b) die gewoonteregtelike vereistes verhef tot geldigheidsvereistes ooreenkomstig die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 dui die Grondwethof nie aan wat hierdie vereistes behels nie. Ten opsigte van hierdie uitgangspunt handel die uitspraak slegs met die vraag of die eerste vrou se toestemming benodig word voor 'n tweede gebruiklike huwelik gesluit mag word onder die Tsonga.

Regter Saldulker steun op die getuienis van die eiseres en haar getuies (par [116]) teenoor dié van die verweerder wat as onbetroubaar bestempel is (par [117]). Sy beslis dat die betaling van R 6000 deel van die *lobolo* uitmaak (par [93]). Sy dui verder daarop dat die verweerder die feite probeer verdraai het om aanspreeklikheid te ontduik (par [94]). Die verweerder het beweer dat hy niks van die gewoontereg weet nie omdat hy 'n stedeling is en dat hy die *lobolo*-tradisie as 'n tradisie sonder werklike gevolge beskou (par [64]). Nogtans het hy probeer argumenteer dat die betaling van R6000 bloot was om *lobolo*-onderhandelinge aan die gang te sit en ander belangstellendes weg te hou (par [97]–[101]). Hier is dus 'n duidelik voorbeeld van waar die huweliksontkenner probeer om die gebeure te verdraai en sodoende die gevolge van sy gebruiklike huwelik ontduik.

Regter Saldulker plaas tereg klem op die vraag of die verweerder wel bedoel het om met die eiseres in 'n gebruiklike huwelik te tree (par [95]; sien in hierdie verband Bennett *A Sourcebook* 195). Sy dui aan dat al die essensiële vereistes teenwoordig is en dit duidelik is dat die partye bedoel het om 'n gebruiklike huwelik te sluit (par [118]). Regter Saldulker bevind dat daar wel 'n gebruiklike huwelik tot stand gekom het (par [119]). Haar standpunt is dat, as al die tradisionele essensiële vereistes vir 'n gebruiklike huwelik teenwoordig is, daar 'n geldige gebruiklike huwelik tot stand kom al word bepaalde rituele nie gevolg nie.

Die waarde van hierdie beslissing lê daarin dat die bedoeling van die partye ondersoek moet word om te bepaal of 'n geldige gebruiklike huwelik gesluit is. Dit is egter jammer dat die essensiële vereistes, soos wat bepaal is deur die howe voor die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998, volgens regter Saldulker teenwoordig moet wees voor 'n geldige gebruiklike huwelik tot stand kom.

4 Artikel 3(1)(b) 'n nuwe (ou) perspektief

Geen uitspraak wat handel met die geldigheidsvereistes van 'n gebruiklike huwelik kragtens die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 slaan ag op wat die doel van artikel 3(1)(b) is nie. Voor die inwerkingtreding van die Wet op Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 het die howe bepaalde essensiële vereistes vir gebruiklike huwelike geïdentifiseer. Hierdie vereistes is bloot slaafs deur die howe na gevolg in gevalle waar 'n gebruiklike huwelik na 15 November 2000 gesluit is (sien *Southon v Moropane supra*; *Mrapukana v Master of the High Court supra*; *Fanti v Boto supra*; *Matsoaso v Roro supra*; en *Maloba v Dube supra*). Met inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 het die howe asook skrywers verkeerdelik aangeneem dat artikel 3(1)(b) die gebruiklike onderhandelinge en seremonies nou as geldigheidsvereistes vir die gebruiklike huwelik daar stel (sien oa Jansen in Rautenbach *et al* (reds) *Introduction to Legal Pluralism in South Africa* 55; en Bekker "Requirements for the Validity of a Customary Marriage: *Mabuza v Mbatha*" 2004 *THRHR* 146 146). As uiteinde hiervan is hierdie verkeerde benadering nou ook deur die Grondwethof bevestig (*MM v MN* (*supra*)). As die *lobolo*-onderhandelinge ontbreek of die vrou nie geïntegreer is in die man se familie nie, kom daar nie 'n geldige gebruiklike huwelik tot stand nie, ongeag die ware bedoeling van die partye tydens die proses van huweliksluiting. Dit is dan ook hierdie benadering wat lei tot onnodige litigasie ten opsigte van die bestaan van 'n geldige gebruiklike huwelik. Vervolgens word gekyk na die doel van artikel 3(1)(b) soos uiteengesit deur die SARHK.

Die SARHK het slaggate van die tradisionele benadering tot die geldigheid van gebruiklike huwelike reeds in hulle verslag van 1998 uitgewys (*Project 90 The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Report on Customary Marriages* (Augustus 1998)). Die SARHK se benadering was "the spouses' consent should be the sole requirement for determining a customary marriage and that features typical of customary marriages – lobolo, wedding rituals and parental approval – should be optional" (par 4.1.5). Die vraag het egter onstaan hoe word so 'n huwelik dan onderskei van enige ander vorm van huwelik? As oplossing stel die SARHK voor om so min moontlik geldigheidsvereistes vir 'n gebruiklike huwelik neer te lê en die gebruiklike aard van die huwelik uit sekere kenmerkende rituele af te lei, soos die aanwesigheid van 'n *lobolo*-ooreenkoms, die huweliksviering en die betrokkenheid van die onderskeie families (par 4.1.13). Volgens hierdie verslag is die mees fundamentele geldigheidsvereiste vir 'n gebruiklike huwelik die toestemming van die partye (par 4.4.5). Aangesien toestemming egter 'n abstrakte konsep is, is dit uiteraard nodig om uit die optrede van die partye hulle bedoeling te bepaal. Aanvanklik het die SARHK veronderstel dat die partye se bedoeling afgelei kan word uit die oorhandiging (integrasie) van die bruid aan die man se familie. Hulle moes egter erken dat daar verskeie uitsonderings is waar die oorhandiging (integrasie) van die bruid nie vereis word nie (par 4.4.6). Die belangrikste hiervan is dat die gebruik nie noodwendig nagekom word nie weens verstedeliking (par 4.4.6). Aangesien die gewoontereg aanpasbaar en pragmaties is, het die SARHK besef dat bepaalde seremonies nie as geldigheidsvereistes gebruik kan word nie (par 4.4.7). Die tradisionele seremonies kan gewysig of verkort of selfs geïgnoreer word. Die SARHK erken

ook dat daar selfs nie eers in een gemeenskap oor die belangrike rituele konsensus is nie. Tradisionele rituele word ook gekombineer of selfs vervang met Christelike seremonies (par 4.4.7). Die kerkseremonie word verder as onontbeerlik in Christelike inheemse gemeenskappe geag. Rituele en seremonies kan dus nie gebruik word om te bepaal of ’n gebruiklike huwelik geldig is nie; daarom word die tradisionele huwelikseremonie en die oorhandiging van die bruid nie deur die SARHK as essensiële geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik beskou nie (par 4.4.9 en 4.4.10). Hierdie faktore moet bloot as opsioneel beskou word om die bedoeling van die partye vas te stel en sodoende die aard van die huwelik te bepaal.

Wat *lobolo* as geldigheidsvereiste vir ’n gebruiklike huwelik betref, het die SARHK erken dat *lobolo* ’n belangrike komponent in ’n gebruiklike huwelik is (par 4.3.3.1), maar is van mening dat dit nie ’n geldigheidsvereiste moet wees nie (par 4.4.10). Dit is wel ’n aanduiding van die partye se bedoeling om ooreenkomstig die gewoontereg te trou (par 4.3.3.6). *Lobolo* word analoog aan geloofsrituele by die sluiting van ’n siviele huwelik beskou. Soortgelyk aan die KwaZulu-Natal Wetboeke (a 38(1) van die Kwa-Zulu Wet op die Wetboek van Zoeloereg 16 van 1985; en die Natalse Wetboek van Zoeloereg Prokl R151 van 1987) gaan die SARHK van die standpunt uit dat nie alleen die betaling van *lobolo* nie, maar ook die *lobolo*-ooreenkoms nie ’n essensiële geldigheidsvereiste vir ’n gebruiklike huwelik is nie (par 4.3.3.14). Oorhandiging (integrasie) van die bruid, die huwelikseremonie en die bestaan van ’n *lobolo*-ooreenkoms kan dus, volgens die SARHK, nie as essensiële geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik beskou word nie (par 4.4.10). Hierdie tradisies dui bloot op die bedoeling van die partye om ’n gebruiklike huwelik te sluit. Die afwesigheid van een van hierdie elemente kan dus nie tot die ongeldigheid van ’n gebruiklike huwelik lei indien die partye se bedoeling was om ’n gebruiklike huwelik te sluit nie. Die SARHK beweeg dus weg van die benadering dat al hierdie elemente aanwesig moet wees alvorens ’n gebruiklike huwelik tot stand kom.

Die SARHK het dus artikel 3(1)(b) in die wetsvoorstel ingesluit om te verseker dat die partye bedoel om in ’n gebruiklike huwelik te tree en sodoende hulle huwelik te onderskei van ander huweliksvorme. Die onderliggende doel was nie om die tradisionele geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik te verhef tot geldigheidsvereistes kragtens die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 nie. Die rituele en seremonies van die partye moet dus slegs gewoonteregtelik van aard wees en al die tradisionele geldigheidsvereistes hoef nie teenwoordig te wees vir ’n gebruiklike huwelik om kragtens die wet tot stand te kom nie. Uit die bespreking hierbo blyk dit in elk geval onseker te wees wat hierdie tradisionele vereistes in die moderne gewoontereg is.

Klousule 3(1)(b) in die wetsvoorstel, wat ’n aanhangsel tot die SARHK verslag is, is dan ook *verbatum* vervat in die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998. Paragraaf 3.3 van die *Memorandum on the Objects of the Recognition of Customary Marriages Act, 1998* handel oor die geldigheidsvereistes in die konsepwet. Dit swyg egter oor artikel 3(1)(b) en lys slegs die vereistes in artikel 3(1)(a). Dit was uiters nalatig om die bogenoemde uiteensetting ten opsigte van 3(1)(b) uit te laat. Dit is waarskynlik waar die misverstand in die toepassing vandaan kom. Hieruit kan egter ook

afgelei word dat die wetgewer slegs die vereistes in artikel 3(1)(a) as geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik oorweeg het. Hoe dit ook al sy die doel van artikel 3(1)(b) is nie om addisionele geldigheidsvereistes daar te stel nie, maar bloot om ’n manier te bewerkstellig om die ware bedoeling van die partye te bepaal (par 4.4.10). Waar die bedoeling van die partye duidelik blyk, sal ’n gebruiklike huwelik tot stand kom ongeag die gebreke in die huwelikseremonie of selfs die afwesigheid van die oorhandiging (integrasie) van die bruid of die versuim om ’n *lobolo*-ooreenkoms te sluit. Die verontagsaming van ’n gebruik behoort nie die geldigheid van ’n gebruiklike huwelik te beïnvloed nie (par 4.4.9). Hierdie uitgangspunt is dan ook analoog vir die benadering van die ou “Naturelle Appèlhof”-beslissings, waar die nakoming van gebruiklike rituele as opsioneel beskou is en nie as absolute geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik nie (*Ntenza v Ntsolo* 1930 NAC (C&O) 41; *Sila v Masuku supra* 123; en *Sibiya v Mtembu supra* 90). As die bedoeling van die partye uit hulle optrede blyk, is dit nie nodig om op deskundige getuienis staat te maak om te bepaal of elke seremonie of ritueel behoorlik nagekom is nie. Dit is dan ook nie waar dat daar bepaalde essensiële geldigheidsvereistes is wat nagekom moet word kragtens artikel 3(1)(b) nie.

5 Samevatting

Die geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik kragtens die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 is dat beide partye 18 jaar of ouer moet wees (alhoewel minderjariges met die nodige toestemming kan trou) en instem om ’n huwelik kragtens die gewoontereg te sluit. Die bedoeling van die partye om ’n gebruiklike huwelik te sluit word aan die hand van die bepaalde rituele en gebruike wat teenwoordig is, bepaal. Waar een van die partye dus die geldigheid van ’n gebruiklike huwelik ontken, sal die hof moet bepaal of die partye die bedoeling gehad het om ’n gebruiklike huwelik te sluit, so dan nie. So merk Simons (*African Women* 114) op:

> “[A] valid [customary] marriage involves a subjective factor, the state of mind of the parties before their relationships reached a breaking point.”

Daar moet na die daadwerklike optrede van die partye gekyk word om te bepaal of die partye bedoel het om ’n gebruiklike huwelik te sluit. Dit beteken die hof sal moet kyk na die aanwesigheid van *lobolo*-onderhandelinge of die betaling van *lobolo*, die aard van die seremonie, asook of die bruid oorhandig is of geïntegreer is in die man se familie. Die afwesigheid van een van hierdie elemente of die versuim om ’n bepaalde ritueel te volg beteken egter nie dat die partye nie die bedoeling gehad het om ooreenkomstig die gewoontereg te trou nie. Die sogenaamde essensiële vereistes wat deur die howe neergelê is, is in werklikheid nie vereistes nie, maar bloot faktore wat in aanmerking geneem kan word om die partye se ware bedoeling te bepaal.

Die howe is hedendaags in ’n moeilike posisie. Daar word van hulle verwag om te bepaal of aan al die tradisionele geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik voldoen is, terwyl niemand seker is wat die moderne gewoontereg behels nie. Die howe is in hierdie verband van deskundige getuienis afhanklik. Weens die buigbare en pragmatiese aard van die gewoontereg is selfs die deskundiges nie seker oor wat hierdie gebruike behels nie. So erken die verweerder se deskundige dat hy nie werklik weet wat in stedelike gebiede

gebeur nie (par [46]). Weens verstedeliking en die verbrokkeling van stambande het elke persoon sy eie idee oor wat moet plaasvind voor ’n geldige gebruiklike huwelik tot stand kom. In *Mabena v Letsoalo* antwoord die respondent onder kruisondervraging op die vraag hoekom van die Pedi rituele afgewyk is (*supra* 1070J–1071A):

> “[C]ustoms differ, it depends on an individual, how does he or she want to do it.”

Soos uit die bespreekte saak blyk, is heelwat gebruiklike rituele moeilik om in stedelike gebiede na te volg en word dit gewysig om aan te pas in stedelike omstandighede. Verder kan ’n misverstand oor wat ’n gebruik werklik inhou of die verkeerde optrede deur een van die families weens onkunde dus later teen ’n bruid of bruidegom gehou word waar die ander party die gevolge van hulle gebruiklike huwelik wil ontduik. Die partye word gewoonlik deur die gemeenskap as getroud beskou tot een van die partye die gevolge van die huwelik wil ontduik, waarna met die hulp van ’n deskundige bepaalde onreëlmatighede gesoek word om aan te dui dat ’n geldige gebruiklike huwelik nie tot stand gekom het nie.

Southon v Moropane (*supra*) is ’n goeie voorbeeld van ’n geval waar die huweliksontkenner, alhoewel hy beweer hy niks van die gewoontereg weet nie, met die hulp van ’n deskundige probeer om die gevolge van sy gebruiklike huwelik te ontduik. Die hof gaan verkeerdelik van die veronderstelling uit dat artikel 3(1)(b) van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 addisionele geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik daarstel. Die hof beskou met ander woorde verkeerdelik die bestaan van ’n *lobolo*-ooreenkoms, die oorhandiging (integrasie) van die bruid en die huwelikseremonie as essensiële vereistes vir ’n geldige gebruiklike huwelik. Artikel 3(1)(b) is aanvullend tot die vereiste in artikel 3(1)(a) dat die partye moet instem tot die sluiting van ’n gebruiklike huwelik. Die doel van artikel 3(1)(b) is om te bepaal of die bedoeling van die partye was om wel ’n gebruiklike huwelik te sluit. Hierdie subartikel verhef nie die tradisionele vereistes vir ’n gebruiklike huwelik tot geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik gesluit na die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 nie.

Dit is jammer dat die Grondwethof in *MM v MN* (*supra*) van mening is dat artikel 3(1)(b) die tradisionele vereistes vir ’n gebruiklike huwelik verhef tot geldigheidsvereistes vir ’n gebruiklike huwelik ooreenkomstig die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998. Die Grondwethof is egter gelei deur publikasies en uitsprake wat die beslissing voorafgegaan het wat nie ag geslaan het op die ware doel van artikel 3(1)(b) nie. Dit is hoog tyd dat die wetgewer die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 wysig om hierdie en ander onduidelikhede uit die weg te ruim.

Pieter Bakker
University of South Africa (UNISA)