

TOEPASSING VAN ISLAMITIESE REG IN SUID-AFRIKA

Hassam v Jacobs [2008] 4 All SA 350 (C)

1 Inleiding

Suid-Afrika bestaan uit 'n heterogene samelewing wat verskeie kultuur- en geloofsgemeenskappe insluit wat van dag tot dag volgens hulle eie persoonlike reg leef, ongeag of dit amptelik deur die staat erken word of nie. Een van hierdie gemeenskappe is die Moslems wat volgens Islamitiese reg leef. Hulle persoonlike reg geniet tans beperkte erkenning. Bepaalde gevolge van Moslemhuwelike word deur regspraak en wetgewing erken, alhoewel die huwelik as instelling nie erken word nie (soortgelyk aan die posisie van die inheemse huwelik voor die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998). Islamitiese reg maak voorsiening vir poligene huwelike. Die howe was aanvanklik nie bereid om die gevolge van *de facto* poligene huwelike te erken nie of het eerder versuim om die gevolge na poligene huwelike uit te brei aangesien die huwelik voor die hof *de facto* monogaam van aard was. Onlangs is daar egter 'n paar sake beslis waarin bepaalde gevolge van *de facto* poligene Moslemhuwelike erken word. Een van hierdie sake is *Hassam v Jacobs* ([2008] 4 All SA 350 (C)). Die uitspraak is een van vele wat erkenning gee aan die gevolge van Moslemhuwelike (*Ryland v Edros* 1997 1 BCLR 77 (K); *Amod v Multilateral Vehicle Accidents Fund* 1999 4 SA 1319 (HHA); en *Daniels v Campbell* 2004 5 SA 331 (GH)). Die *Hassam*-uitspraak gaan 'n stap verder en erken die status van 'n langsliewende gade in 'n poligene Moslemhuwelik. Daar was onlangs ook ander sake wat bepaalde gevolge van *de facto* poligene Moslemhuwelike erken het (*Khan v Khan* 2005 2 SA 272 (T); en *Ismail v Ismail* 2007 4 SA 557 (OK)).

Die bespreking fokus nie op die beginsels van die intestate erfreg nie, maar eerder op die toepassing van Islamitiese reg deur die hof. Aangesien Islamitiese reg nie uitdruklik erken word nie, moet bepaal word hoe Islamitiese reg deur die hof toegepas word. Word Islamitiese reg as deel van ons landsreg beskou of word dit as vreemde reg toegepas? Verder word die hof se toepassing van Islamitiese reg op die feite van die saak krities bespreek.

2 Feite

Ebrahim Hassam (in die titel van die saak word "Hassam" gebruik, maar in die res van die vonnis is dit "Hassan"), die oorledene, het op 3 Desember 1972 met die applikant, Fatima Hassam, in 'n Moslemhuwelik getree. Kinders

is gebore uit die huwelik, maar was almal meerderjarig ten tyde van die aansoek. Op 16 Junie 1998 het die applikant 'n *faskh* verkry. 'n Moslemhuwelik word ontbind waar *faskh* aan 'n vrou toegeken word. Sy kan egter nie weer trou totdat haar wagperiode (*iddah*) verloop het nie. Die applikant beweer egter dat haar huwelik nie ontbind het nie, aangesien die oordelede die *faskh* verwerp het deur die dokument stukkend te skeur tydens haar wagperiode en haar met vakansie na Indië te neem. Die partye het dus tot versoening gekom tydens haar wagperiode en daarom het die huwelik nie ontbind nie (of hierdie argument meriete het in die Islamitiese reg, kyk par 4 3). Die applikant en die oordelede het as man en vrou bly saamwoon tot die oordelede se dood op 22 Augustus 2001. Die oordelede het wel in 2000 met die derde respondent, Miriam Hassam, in die huwelik getree ooreenkomstig die Islamitiese reg. Die oordelede het drie kinders by sy tweede vrou gehad. Twee van hulle is gebore voor hulle huwelik en een daarna. Die kinders was almal nog minderjarig ten tyde van die aansoek (par [2]).

Weens 'n geskil tussen Miriam Hassam (die tweede vrou) en die oordelede se familie oor die verdeling van die oordelede se boedel is mnr Jacobs (die eerste respondent) as eksekuteur van die boedel aangestel. Die applikant het twee eise ooreenkomstig die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987 en die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 by die eksekuteur ingedien. Die eksekuteur weier egter om gevolg te gee aan die eise. Hy beweer dat selfs al kan dit aanvaar word dat die applikant se huwelik met die oordelede nie ontbind is nie, kan sy nie kwalifiseer as "gade" of "langslewende" ooreenkomstig die twee wette nie (par [3]).

Die applikant het die Hoë Hof genader om te verklaar dat sy wel die oordelede se gade is en te beveel dat die Wet op Intestate Erfopvolging en die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades so uitgelê moet word dat die bepalings van die onderskeie wette ook op poligene huwelike van toepassing is. Derhalwe sal vroue in poligene Moslemhuwelike dieselfde beskerming geniet as vroue in *de facto* monogame Moslemhuwelike. Alternatiewelik moet die bepalings van hierdie twee wette as ongrondwetlik verklaar en deur die wetgewer reggestel word (par [4]).

3 Uitspraak

Die regspraak was tweeledig. Die hof moes vasstel of daar wel 'n huwelik tussen die applikant en die oordelede ten tyde van sy dood bestaan het. Tweedens moes vasgestel word of 'n langslewende gade wat 'n poligene Moslemhuwelik aangegaan het geregtig is op beskerming ooreenkomstig die Wet op Intestate Erfopvolging en die Wet op Onderhoud van die Langslewende Gade.

Alhoewel die eksekuteur aangedui het dat hy twyfel of die huwelik tussen die applikant en die oordelede nog bestaan het, het hy geen bewyse tot die teendeel verskaf nie. Die applikant se bewering is met versigtigheid benader weens die ontoeganklikheid tot die onderliggende feite wat die applikant se bewering kan weêrlê en die feit dat die hof te make het met 'n bestorwe

boedel. Die applikant se weergawe het geen weersprekings bevat nie en daar was niks wat daarop dui dat die beweerde gebeure onwaarskynlik was nie. Verder het die applikant haar oorspronklike eis so aangepas dat die minderjarige kinders nie benadeel word nie. Die hof bevind dat die laasgenoemde geloof in die egtheid van die applikant se bewerings vestig (par [7]). Daar word bevind dat die huwelik tussen die applikant en die oorledene bestaan het ten tyde van die oorledene se dood (par [8]; en kyk egter par 4 3 hieronder).

Die hof dui daarop dat dit hier te make het met 'n *de facto* poligene huwelik wat die aangeleentheid onderskei van *Daniels v Campbell* (*supra* par [8]). In die *Daniels*-saak het die hof die toepassing van die bogenoemde wette uitgebrei tot langsliewende gades in *de facto* monogame Moslem-huwelike, maar het nie die toepassing uitgebrei tot *de facto* poligene Moslemhuwelike nie.

Die hof verwys na die meerderheidsuitspraak in *Daniels* wat aangedui het dat die Wet op Intestate Erfopvolging en die Wet op Onderhoud van die Langsliewende Gade ten doel het om hoofsaaklik die las wat op weduwees lê te verlig. Die hof in *Daniels* het dan ook tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie doel nie gedien sal word as "gade" of "langsliewende" nie so uitgelê word dat dit ook weduwees uit Moslemhuwelike insluit nie (par [12]).

Van Reenen R dui aan dat dit 'n aanvaarde beginsel van die uitleg van wette is om wetgewing ooreenkomstig die grondbeginsels van menswaardigheid, gelykheid en vryheid uit te lê (par[14]). Die vraag word gevra of weduwees beskerming deur hierdie wette ontnem moet word bloot omdat hulle mans die keuse uitgeoefen het om meer as een vrou te trou uit hoofde van die bevoegdheid aan hom verleen deur die beginsels van 'n prominente geloof. Hierdie uitgangspunt sal die weduwee se reg op gelykheid op grond van huwelikstatus, geloof en kultuur, asook haar reg op menswaardigheid skend (par [16]). Sodanige diskriminasie is onbillik tensy 'n regverdigingsgrond ooreenkomstig artikel 36 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika teenwoordig is. Geen regverdigingsgrond is in die stukke geopper nie. Die hof bevind dat daar geen grond bestaan vir die uitsluiting van weduwees in poligene Moslemhuwelike uit die bepaling van die Wet op Intestate Erfopvolging en die Wet op Onderhoud van die Langsliewende Gade nie (par [17]). Die hof dui verder daarop dat poliginie al meer juridiese en wetgewende erkenning in Suid-Afrika begin geniet, nie net in die konteks van die Islamitiese reg nie, maar ook inheemse reg (par [17]). Die hof verwys weer eens na die *Daniels*-saak wat die reg op menswaardigheid, gelykheid en vryheid as die bron van 'n "new ethos of tolerance, pluralism and religious freedom" beskou aan die hand waarvan die nuwe heersende post-grondwetlike *boni mores* van die gemeenskap gemeet moet word (344G). Dit staan in sterk kontras met die rigiede benadering van die pre-grondwetlike era wat beperk was tot die opinie van 'n beperkte groep mense in die samelewing (par [17]).

Die hof noem die wyses waarin die wetgewende en regsprekende beleid as uitdrukking van die openbare beleid verander het ten opsigte van poliginie (par [18]):

-
- (i) Erkenning word aan poligene huwelike ooreenkomstig die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 verleen.
 - (ii) Die wetgewer het in verskeie wette Moslemhewelike ingesluit sonder enige kwalifikasie.
 - (iii) Die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie het die *Report on Islamic Marriages and Related Matters* opgestel wat erkenning aan poligene Moslemhewelike beoog.
 - (iv) Inheemse reg, wat poliginie erken, is 'n integrale deel van die Suid-Afrikaanse reg sover die beginsels versoenbaar is met die Grondwet en die Handves van Menseregte;
 - (v) Dit is ook beleid van die hof om erkenning te verleen aan poligene huwelike en regsgevolge daarvan.

Die hof bevind dat die uitsluiting van weduwees van poligene Moslemhewelike neerkom op onbillike diskriminasie, in stryd met artikel 9 van die Grondwet (par [19]). Die hof bevind dat 'n "langslewende" ooreenkomstig die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades ook 'n langslewende gade ooreenkomstig 'n poligene Moslemhewelik insluit (par [23.1.1]). Die woord "gade" in die Wet op Intestate Erfopvolging sluit ook 'n langslewende gade tot 'n poligene Moslemhewelik in (par [23.1.4]). Die hof bevind dat artikel 1(4)(f) van die Wet op Intestate Erfopvolging ongrondwetlik is vir sover dit net voorsiening maak vir een gade in 'n poligene Moslemhewelik (par [23.2]). Die hof vervang die geheel van artikel 1(4)(f) tot dien effek dat die berekening van 'n kindsdeel voorsiening maak vir meer as een gade (par [23.3]). Die laasgenoemde bevel word verwys na die Grondwethof vir bevestiging (par [23.4]).

4 Bespreking

4.1 *Uitgangspunt*

Islamitiese reg geniet nie uitdruklike erkenning in Suid-Afrika nie. Die toepassing van Islamitiese reg verskil van die toepassing van inheemse reg (of gebruiklike reg, soos dit omskryf word in a 1 van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998). Inheemse reg word op gelyke vlak met die gemenerereg erken (aa 39(2)-(3) en 211(3) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996; Himonga en Bosch "The Application of African Customary Law under the Constitution of South Africa" 2000 *SALJ* 306; Pieterse "Killing it Softly: Customary Law in the New Constitutional Order" 2000 *De Jure* 36; en Bekker "Inheemse Reg – 'n Pleidooi vir die Ontwikkeling van 'n Nuwe Jurisprudensie" 2006 *THRHR* 530), alhoewel daar aanduidings is dat die gemenerereg steeds voorkeur bo die inheemse reg geniet (Olivier "To Develop or Not to Develop the Customary Law: That is the Question in *Bhe*" 2005 *Obiter* 130; en Himonga "The Advancement of African Women's Rights in the First Decade of Democracy in South Africa: The Reform of the Customary Law of Marriage and Succession" 2005 *AJ* 97-105). Geen sodanige erkenning word aan Islamitiese reg verleen nie

(Bakker "Towards Diversity: Recognition of Muslim Marriages in South Africa" 2008 (8) *International Journal of Diversity in Organisations Committes & Nations* 6-7 beskikbaar op www.Diversity-Journal.com). Die vraag is dus: hoe benader die howe Islamitiese reg? Howe moes al by verskeie geleenthede Islamitiese reg toepas, maar die uitsprake swyg oor die grondslag waarop Islamitiese reg toegepas word (*Carim v Omar* 2001 4 SA 691 (W), asook regspraak hierbo). Daar word dan ook nie 'n duidelike onderskeid getref tussen die toepassing van Islamitiese reg en gemenerereg nie en word albei stelsels gelyktydig toegepas (*Carrim v Omar supra*; en sien Scott en Dirix "To Have Your Cake and Eat It" 2004 *Stell LR* 333 vir 'n bespreking van hierdie saak).

Twee wyses bestaan waarop Islamitiese reg in ons howe toegepas kan word. Islamitiese reg kan as deel van ons landsreg erken word of as vreemde reg. As Islamitiese as vreemde reg beskou word, kan die hof ooreenkomstig artikel 1(1) van die Wysigingswet op Bewysreg 45 van 1988 geregtelik kennis neem daarvan of bewys daarvan kan gelewer word waar nie aan die vereistes van artikel 1(1) voldoen word nie (*Schlesinger v Commissioner of Inland Revenue* 1964 3 SA 389 (A) 369G; *Atlantic Harvesters of Namibia v Unterweser Rederei GmbH of Bremen* 1986 4 SA 865 (K) 874F).

Artikel 15(3) van die Grondwet maak voorsiening vir die erkenning van persoonlike regstelsels gebaseer op geloof en kultuur sover dit nie in stryd met die Grondwet is nie. Sodanige erkenning moet geskied deur wetgewing. Daar rus egter geen verpligting op die staat om wel ander persoonlike regstelsels te erken nie. Geen wetgewing bestaan tans wat Islamitiese reg uitdruklik erken nie. In bepaalde gevalle word Moslemhuwelike deur wetgewing erken vir bepaalde doeleindes, maar dit kom egter nie neer op die erkenning van Islamitiese reg nie (vir 'n lys van sodanige wetgewing kyk Bakker 2008 (8) *International Journal of Diversity in Organisations Communities & Nations* 3).

Islamitiese reg kan moontlik wel deel van ons reg wees deur indirekte erkenning daarvan deur die howe en wetgewer. In *Ismail v Ismail* (1983 1 SA 1006 (A)) bevind die hof dat die huwelikskontrak (*nikah*) en Moslemhuwelik intiem aan mekaar verbonde is en verklaar Trengove AR "[i]t follows from this that, if a polygamous relationship is regarded as void on the ground of public policy, the custom or contract which flows from such a relationship is also vitiated" (1025D-E). Dit was dan ook die rede waarom die hof nie erkenning wou gee aan bepaalde gevolge van die Moslemhuwelik nie aangesien die hof dan indirek erkenning gee aan die huwelik wat op daardie stadium as *contra bonos mores* beskou was. As dit die geval is, moet die teenoorgestelde ook waar wees. Indien die gebruike of kontrak wat voortvloei uit 'n verhouding erken word en nie as strydig met die openbare beleid beskou word nie, word die verhouding waaruit dit voortspruit ook erken. Sodoende word die persoonlike regstelsel waaruit die verhouding voortspruit ook erken. Verskeie gevolge van die Moslemhuwelik word deur regspraak en wetgewing erken wat sal beteken dat die Moslemhuwelik by

implikasie erken word. Die Moslemhuwelik kan nie in 'n vakuum erken word nie en daarom sal Islamitiese reg ook erken word.

Aangesien Islamitiese reg nie uitdruklik deur wetgewing erken word nie, word vir doeleindes van hierdie bespreking aanvaar dat Islamitiese reg as vreemde reg beskou word.

4.2 Die Wysigings op Bewysreg 45 van 1988

Artikel 1(1) van die Wysigingswet op Bewysreg 45 van 1988 bepaal dat die hof geregteik kennis kan neem van die reg van 'n vreemde staat en van die inheemse reg vir sover dit "geredelik en met voldoende sekerheid" vasgestel kan word.

Die praktiese toepassing van die vereistes in artikel 1(1) kom daarop neer dat reg geredelik en met voldoende sekerheid vasstelbaar is as dit in gesaghebbende tekste wat toeganklik is vanuit Suid-Afrika aangeteken is. (Bennett *Customary Law in South Africa* (2004) 48). Niks verhinder egter die partye om ook getuienis te lewer aangaande die inhoud van 'n regsreël van die inheemse reg of vreemde regstelsel nie (a 1(2)). Die uitwerking hiervan is dus dat die hof op gesaghebbende tekste sal steun en as een van die partye nie daarmee saamstem nie, rus daar 'n bewyslas op sodanige party om op 'n oorwig van waarskynlikheid die teendeel te bewys (Bennett 48-49).

Artikel 1(1) bevat 'n verdere vereiste voor geregtelike kennis geneem kan word van die inheemse reg. Inheemse reg mag nie in stryd met die "beginsels van die staatsgedragslyn of natuurlike geregtigheid" wees nie. Sommige skrywers is van mening dat hierdie teenstrydigheidsklousule in artikel 1(1) op nie alleen inheemse reg van toepassing is nie, maar ook vreemde reg (Rautenbach, Goolam en Moosa "Constitutional Analysis" in Bekker, Rautenbach en Goolam (reds) *Introduction to Legal Pluralism in South Africa* (2006) 152). Die relevante deel van artikel 1(1) lui egter as volg:

"Met dien verstande dat inheemse reg nie in stryd mag wees ... met die beginsels van staatsgedragslyn of natuurlike geregtigheid [nie]".

Die subartikel handel dan verder met die aangeleentheid dat *lobolo* nie teen die openbare beleid is nie. Die tweede deel van die artikel begin ook na 'n dubbelpunt wat dit sintakties van die eerste deel van die subartikel skei. Die tweede deel van artikel 1(1) handel uitsluitlik met die vereistes rakende die inheemse reg en nie ook met vreemde reg nie. Die teenstrydigheidsklousule van artikel 1(1) is dus slegs van toepassing op inheemse reg. Vreemde reg moet slegs geredelik en met voldoende sekerheid vasgestel kan word alvorens die hof daarvan geregtelik kennis kan neem. Ingevolge die gemenerereg kan vreemde reg egter nie toegepas word waar dit in stryd met die openbare beleid is nie (*Seedat's Executors v The Master* 1917 AD 302 307-308; *Sperling v Sperling* 1975 3 SA 707 (A) 722; *Hassan v Hassan* 1998 2 SA 589 (D) 593H; en *Ryland v Edros supra* 96G). Vreemde reg moet dus nog steeds aan die openbare beleid getoets word uit hoofde van die gemenerereg, maar nie uit hoofde van artikel 1(1) van die Wysigingswet op Bewysreg nie.

Daar heers onsekerheid of Islamitiese reg onderhewig is aan die Grondwet (kyk Rautenbach "Work in Progress: Some Comments on the Status of Religious Legal Systems in Relation to the Bill of Rights" 2003 *Fundamina* 135-138). Die dilemma sentreer om die betekenis van "reg" in artikel 8 van die Grondwet. "Reg" word so uitgelê dat dit inheemse reg, gemenerereg en wetgewing insluit en nie Islamitiese reg of ander persoonlike regstelsels nie (Friedman "Islamic Marriages, the Duty to Support and the Application of the Bill of Rights" 1988 *THRHR* 536). As sodanige persoonlike regstelsels egter as vreemde reg beskou word, kan dit slegs erken word as dit nie strydig met die openbare beleid is nie. Die openbare beleid is geskoei op die beginsels van die Grondwet (*Ryland v Edros supra* 705C) en derhalwe behoort die bepalinge van die Grondwet indirekte toepassing op vreemde reg te vind (kyk Rautenbach 2003 *Fundamina* 135-138 vir redes waarom "reg" in a 8 van die Grondwet wel Islamitiese reg moet insluit).

Artikel 211(3) van die Grondwet plaas die inheemse reg nou in dieselfde posisie as die gemenerereg en die houe is verplig om inheemse reg toe te pas as dit op 'n aangeleentheid van toepassing is. Die toepassing daarvan is egter afhanklik van twee voorwaardes. Inheemse reg kan slegs toegepas word as dit versoenbaar met die Grondwet is en nie deur wetgewing gewysig is nie. Die Wysigingswet op Bewysreg is dus steeds op die inheemse reg van toepassing. Die teenstrydigheidsklousule in artikel 1(1) is daarom nog steeds van toepassing op die inheemse reg (Bennett "The Conflict of Laws" in Bekker, Rautenbach en Goolam (reds) *Introduction to Legal Pluralism in South Africa* (2006) 18).

In terme van artikel 1(1) van die Wysigingswet op Bewysreg het die hof 'n diskresie om te besluit of vreemde reg van toepassing is. As die hof egter vasgestel het dat vreemde reg wel van toepassing is, moet die vreemde reg toegepas word tensy dit nie voldoen aan die vereistes van artikel 1(1) nie of teen die openbare beleid is (Kerr "Judicial Notice of Foreign Law and of Customary Law" 1994 *SALJ* 580). Die partye sal ook 'n duidelike keuse moet uitoefen en vasstel of die vreemde reg op hulle van toepassing is. Indien so 'n keuse deur die partye uitgeoefen is, moet die hof dit verkieslik toepas (Knoetze "The Discretion to Apply Customary Law" 1996 *Obiter* 151). Waar onsekerheid bestaan of vreemde reg van toepassing is, kan onder andere na die bedoeling van die partye, aard van die transaksie en die lewenstyl van die partye gekyk word (Knoetze 1996 *Obiter* 151-152). Wat die huweliksreg betref, is dit vanselfsprekend dat, indien die partye ooreenkomstig die Islamitiese reg in die huwelik tree en nie ook 'n siviele huwelik sluit nie, hulle die bedoeling het om Islamitiese reg op hulle van toepassing te maak. Dit was dan ook die geval in hierdie saak. Dit kan egter problematies wees om te bepaal watter stelsel van toepassing moet wees waar die partye 'n Moslemhuwelik en 'n siviele huwelik gesluit het. Ons interne aanwysingsreg is wel voldoende om hierdie probleme te oorkom (kyk Knoetze 1996 *Obiter* 150-152 vir 'n bespreking van hierdie beginsels). Hier sal die bedoeling van die partye ten tyde van die sluiting van die onderskeie huwelike vasgestel moet word.

Waar gesaghebbende bronne in Suid-Afrika beskikbaar is rakende die vreemde reg is die vreemde reg geredelik verkrygbaar (Kerr 1994 *SALJ* 582). Islamitiese reg is in verskeie gesaghebbende bronne opgeteken wat in Suid-Afrika verkrygbaar is, dit is dus geredelik verkrygbaar (kyk onder andere die verwysings in par 4 3 hieronder). Die Islamitiese reg kan ook met voldoende sekerheid uit hierdie bronne vasgestel word. Indien Islamitiese reg nie met voldoende sekerheid vasgestel kan word nie, verhoed niks die partye om bewys te lewer rakende die inhoud van die vreemde reg nie (*Schlesinger v Commissioner of Inland Revenue supra* 396G; *Hlophe v Mahlalela* 1998 1 SA 449 (T) 457E-F; *Skilya Property Investments v Lloyds of London* 2002 3 SA 765 (T); Kerr 1994 *SALJ* 587; en Knoetze 1996 *Obiter* 149).

Dit is egter tyd om erkenning te verleen aan Islamitiese reg as deel van die Suid-Afrikaanse reg. Indien wetgewing uitgevaardig word om Moslemhuwelike te erken sal voorsiening gemaak moet word vir die erkenning van Islamitiese reg (kyk Moosa "Muslim Personal Law – To Be or Not to Be?" 1995 *Stell LR* 417; en Rautenbach "Some Comments on the Current and Future Status of Muslim Personal Law in South Africa" 2004(2) *PER* <http://www.puk.ac.za/fakulteite/regte/per/issue04v2.html> besoek op 2008-09-03).

Daar is geen aanduiding in *Hassam* hoe die hof Islamitiese reg toepas nie. Geen getuienis aangaande die inhoud van die Islamitiese reg is gelewer nie en daar kan dus aanvaar word dat die hof geregtelike kennis neem van die Islamitiese reg.

4 3 Toepassing van Islamitiese reg op die feite

Die hof het in die *Hassam*-saak bloot op grond van die applikant se getuienis besluit dat die huwelik tussen haar en die oorledene nog bestaan sonder om te gaan kyk na die gevolge van *faskh* (par [8]). *Faskh* is 'n geregtelike tersydestelling van die huwelik deur die hof, wat neerkom op die vernietiging van die huwelikskontrak of *nikah* (Vesey-Fitzgerald *Muhammadan Law* (1931) 80; en Qureshi *Muslim Law of Marriage, Divorce and Maintenance* (1995) 250). *Faskh* beteken letterlik "nietigverklaring" (Esposito *Women in Muslim Family Law* (1982) 35; Qureshi 250; en Rahim *The Principles of Islamic Jurisprudence* (2006) 380). Dit is 'n term wat ook in die Islamitiese kontrakte reg gebruik word waar 'n kontrak vernietig word (Schacht *Introduction to Islamic Law* (1964) 148). Aangesien die huwelik in Islamitiese reg as 'n kontrak beskou word (Schacht 161; en Rahim 311), word hierdie term ook vir die nietigverklaring van die huwelik gebruik (Vesey-Fitzgerald 80). *Faskh* kan deur enige gade versoek word (Hussain *Islam* (2004) 108). Mans wend hulle gewoonlik nie tot *faskh* nie aangesien dit makliker vir hulle is om die huwelik op grond van *talaq* te beëindig (Hussain 108). *Faskh* word slegs op bepaalde gronde toegeken (Vesey-Fitzgerald 80; Esposito 35; en Hussain 108). As die hof 'n bevel van *faskh* toestaan, ontbind die huwelik onmiddellik (Vesey-Fitzgerald 80). Die vrou is verplig om haar *iddah* (wagperiode) na die uitspraak van *faskh* te handhaaf (Vesey-Fitzgerald 52; Schacht 166; en Rahim 324). Die vrou is in dieselfde posisie as waar 'n

onherroepbare *talaq* deur haar man geuite word (Schacht 164; Esposito 32; Qureshi 206; en Rahim 320). In die geval van onherroepbare *talaq* en *faskh* ontbind die huwelik onmiddellik na onderskeidelik die uitspraak en toekenning daarvan. Die partye kan egter nie versoen word in die wagperiode daarna nie.

Hierteenoor ontbind die huwelik in die geval van 'n herroepbare *talaq* eers na die verloop van die wagperiode (Schacht 164; Esposito 31; Qureshi 205; en Rahim 320). Die *talaq* kan tydens die wagperiode herroep word en die partye se huwelik kan bly voortbestaan. Daar word dus voorsiening gemaak vir versoening tussen die partye. As die partye vrede maak voor die verloop van die wagperiode bly die huwelik bloot voortbestaan.

Die doel van die wagperiode in die geval van *faskh* of onherroepbare *talaq* is bloot om enige dispuut van vaderskap uit te sluit en maak nie voorsiening vir versoening soos in die geval van 'n herroepbare *talaq* nie (Vesey-Fitzgerald 52; Hussain 112; en Rahim 324). Die hof het dus die gevolge van die herroepbare *talaq* met dié van *faskh* verwar.

Hierdie verwarring het 'n wesenlike effek op die uitspraak. Die applikant het haar huwelik deur *faskh* ontbind. Die huwelik is beëindig op die oomblik toe *faskh* toegestaan is en versoening tussen die partye is nie moontlik nie. Die oorledene het ook nie die bevoegdheid gehad om die *faskh* te verwerp nie. Die oorledene en applikant was dus nie getroud ten tyde van sy dood nie. Die applikant kan nie kwalifiseer as "gade" of "langsewende" ooreenkomstig die Wet op Intestate Erfopvolging en die Wet op Onderhoud van die Langsewende Gade nie.

5 Gevolgtrekking

Die Grondwet beskerm kulturele en religieuse diversiteit. Die howe moet dus sover moontlik uiting gee aan die partye se bedoeling om gebonde te wees aan hulle eie persoonlike regstelsel. Alvorens sodanige persoonlike regstelsel toegepas kan word, sal die grondslag waarop dit toegepas word, uiteengesit moet word. Uit die bespreekte beslissing ontstaan die vraag of Islamitiese reg deel van ons landsreg is. Weens die erkenning van kulturele en religieuse diversiteit in die Grondwet word gehoop dat Islamitiese reg wel as deel van ons landsreg beskou word en dat dit juis die rede is waarom daar nie getuienis aangaande die Islamitiese reg in *Hassam* voorgelê is nie. Dit is egter meer waarskynlik dat die howe Islamitiese reg as vreemde reg beskou en bloot in terme van artikel 1(1) van die Wysigingswet op Bewysreg geregte kennis daarvan neem. Ongeag die basis waarop die Islamitiese reg of ander persoonlike regstelsel deur die howe toegepas word, sal die reg onderhewig wees aan die Grondwet en die Menseregtehandves daarin vervat. In die toepassing van Islamitiese reg of enige ander persoonlike regstelsel sal die howe ook versigtig moet wees om die bepaalde reg korrek toe te pas.

Pieter Bakker
Universiteit van Suid-Afrika (UNISA)