

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1 Probleemstelling

Egskeiding, oftewel gesinsverbrokkeling, is ‘n verskynsel wat jare lank reeds al as ‘n netelige probleem beskou word.¹ Egskeiding is egter nie alleen ‘n regsprobleem nie, maar ook ‘n maatskaplike probleem waarby talle nieregskwessies ter sprake kom. McEwen, Mather & Maiman² wys op die volgende in hierdie verband:

Such nonlegal issues include, for example, making future household arrangements, dividing up personal property, and arranging the details of child visitation schedules. The issues also include coping with the client's emotional distress over the broken relationship or fear of an insecure and uncertain future.

Aangesien regsgelerdes en -praktisys dikwels in die strik trap om egskeiding uitsluitlik as ‘n regsgbeurtenis te sien en om al hierdie nieregskwessies doodeenvoudig te ignoreer,³ het die probleem van egskeiding oor die jare heen aansienlik verskerp.

Hierbenewens blyk dit duidelik dat ons adversatiewe stelsel van litigasie, wat in die meeste ander velde van die reg goed werk, glad nie ontwerp of ontwikkel is om die belangrike intieme, emosionele en psigiese aspekte van egskeiding of gesinsverbrokkeling te hanteer nie. In stede daarvan om die gemeenskaplike belang van ‘n gesin by egskeiding te beklemtoon en om gemoedere te kalmeer sodat rasionele en konstruktiewe besluite

¹ Schäfer *Family Courts in SA* 4.

² 1994 *Law and Society Review* 169.

³ Lind 1989 *Businessman's Law* 152; Grobler 1990 *Consultus* 133.

geneem kan word, veral vir sover dit die belang van kinders betref, is ons regstelsel helaas daartoe geneig om die verskillende en soms teenstrydige belang van individuele gesinslede te verskerp en te polariseer.⁴ Dit is dus nie vreemd dat die familieregstruktuur wemel van opmerkings soos die volgende nie:

The moment of most extreme conflict in a family occurs when the family breaks apart.⁵

There can be little doubt that for most parties divorce is a traumatic and agonizing experience, particularly if they have young children.⁶

The system often makes things worse for children. It is mostly the conflict and not the separation as such, that causes the trauma.⁷

Weens die aard van die menslike natuur, was, is en sal egskeiding na alle waarskynlikheid altyd deel van die samelewing wees.⁸ Egskeiding as maatskaplike verskynsel kan dus nie opgelos of uitgeskakel word nie en derhalwe is dit noodsaaklik dat daar na maniere gesoek moet word waarop die talle probleme wat by egskeiding ontstaan, versag en verminder kan word. In 'n poging om dit te doen, het mense wêreldwyd in die vroeë tagtigerjare spontaan na nuwe of alternatiewe maniere begin soek om al die kwessies wat by egskeiding ter sprake kom, op 'n effektiewe en kreatiewe wyse op te los. Van al die verskillende alternatiewe dispuutbeslegtingsmetodes wat ontwikkel is of op die proef gestel is, was dit

⁴ McCurdie 1994 *SA Journal of Child and Adolescent Psychiatry* 12.

⁵ Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 73.

⁶ Trengove 1984 *De Rebus* 355.

⁷ Van Zyl in CLE-kongresbundel *Child in Divorce Practice* 7.

⁸ Schäfer *Family Courts in SA* 4; Burman & McLennan 1996 *Acta Juridica* 81.

egter bemiddeling wat onmiddellik veld gewen het.⁹ Vir sover dit die Suid-Afrikaanse konteks betref, blyk dit verder dat bemiddeling nog altyd 'n baie prominente rol by die beslegting van egskeidings- en gesinsgeskille in inheemsregtelike gemeenskappe gespeel het.¹⁰ Egskeidingsbemiddeling is dus vandag beslis 'n feit waarvan daar ook in Suid-Afrika deeglik kennis geneem moet word.

Alhoewel verskeie stukke wetgewing in Suid-Afrika¹¹ al gepoog het om aan die probleem van egskeiding aandag te gee, is dit tot dusver slegs die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 wat uitdruklik in die kort titel van die Wet te kenne gee dat bemiddeling wel deel van die formele egskeidingsproses moet vorm. Uit 'n kritiese analyse van sowel die inhoud van die Wet as die aard en toepassing van hedendaagse egskeidings- en gesinsbemiddeling in Suid-Afrika en elders blyk dit egter dat die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede ook nog nie werklik vir die behoorlike integrasie of inkorporasie van bemiddeling in die egskeidingsproses voorsiening maak nie.¹²

Aangesien egskeidings- en gesinsbemiddeling, weens sekere oorweldigende voordele wat dit vir sowel die gemeenskap as die regspiegeling inhou,¹³ die grootste potensiaal het om die probleem van egskeiding te ondervang, is dit die doel van hierdie proefskrif om moontlike weë te ondersoek waارlangs egskeidings- en gesinsbemiddeling as 'n verpligte eerste stap

⁹ Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 137; Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 314-320; Cohen 1993 *De Rebus* 642; Altobelli 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 67; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 886.

¹⁰ Mowatt 1988 *SALJ* 318; SA Regskomm *ADR* 5-6. Sien ook hfst 4 par 4.1.

¹¹ Bv die Wet op Egskeiding 70 van 1979 en die Wysigingswet op Landdroshewe 120 van 1993.

¹² Mowatt 1988 *TSAR* 53; SA Regskomm *ADR* 21.

¹³ McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 161, 170-172, 178-179; Goldberg 1995 *THRHR* 284 en 1996 *TSAR* 370.

in die familieregsproses geïntegreer kan word.

2 Metodiek

Ten einde werklik relevant te wees, is dit myns insiens baie belangrik dat enige regstudie of -navorsing omtrent 'n bepaalde probleem of verskynsel rekening moet hou met die werklikhede van menslike gedrag en optrede. Venter en ander¹⁴ wys daarop dat daar in studies van die reg 'n lewende wisselwerking tussen die praktyk en die teorie moet bestaan. In hierdie proefskrif val die klem gevvolglik nie alleen op akademiese navorsing wat slegs op 'n baie beperkte groep kundiges gerig word nie, maar ook op toegepaste oftewel nutsnavorsing wat op die opheldering, verklaring en oplossing van praktiese kwessies gerig word en derhalwe ook vir die algemene publiek relevant en van nut kan wees.¹⁵

Alhoewel bemiddeling al duisende jare lank 'n belangrike rol in Oosterse, Westerse en spesifiek inheemsregtelike gemeenskappe in Afrika speel, is die insluiting daarvan in die formele familieregsproses 'n moderne fenomeen. Regshistoriese navorsing in die eng en teoretiese sin van die woord¹⁶ is derhalwe nie 'n gepaste navorsingsmetode vir hierdie proefskrif nie. Waar daar wel na die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg verwys word,¹⁷ word daar slegs op die onlangse voortgang en groei van die egskeidingsreg in Suid-Afrika gekonsentreer en word daar glad nie na die Romeins-Hollandse en/of Romeinse grondslae van die egskeidingsreg gekyk nie.

Vir sover hierdie proefskrif op die waarnemings van kennis en die sistematiese verwerking

¹⁴ *Regsnavorsing* 18.

¹⁵ Venter ea *Regsnavorsing* 12-16.

¹⁶ Venter ea *Regsnavorsing* 70, 161-205.

¹⁷ Sien hfst 2.

daarvan konsentreer, word daar wel van die regpositivistiese navorsingsmetode gebruik gemaak.¹⁸ Relevante wetgewing, kommissieverslae en regeringsinitiatiewe word deurgaans geanalyseer en gekritiseer. Hoewel daar aan die een kant op foute, onhoudbaarhede en tekortkominge gewys word, word daar aan die ander kant ook op sterk punte gewys waarop daar in 'n hervormde familieregstelsel sinvol voortgebou en uitgebrei kan word.

Aangesien die regsvergelykende navorsingsmetode denke oor regshervorming stimuleer en tot nuwe insigte en nuwe, betekenisvolle kennis kan lei,¹⁹ speel hierdie navorsingsmetode 'n kernrol in hierdie proefskrif. Hoewel daar in die breë aan algemene tendense in buitelandse jurisdiksies aandag geskenk word, word daar as gevolg van sekere aanbevelings van regeringskant af,²⁰ en as gevolg van die besonder gevorderde stadium waarin egskeidingsbemiddeling in hierdie jurisdiksies verkeer, hoofsaaklik gekonsentreer op die wyse waarop egskeidingsbemiddeling onderskeidelik in spesifieker Australië en Nieu-Seeland toegepas word. In hierdie sin ressorteer die navorsing wat hieronder volg,²¹ verder onder die modernistiese stroming van die Suid-Afrikaanse regswetenskapstradisie wat op Anglo-Amerikaanse regstelsels konsentreer, in teenstelling met die puristiese stroming wat uitsluitlik op Romeins-Hollandse en Europese of Kontinentale regstelsels ag slaan.²²

In hierdie proefskrif word daar dus van 'n verskeidenheid navorsingsmetodes gebruik gemaak sodat daar ten slotte sekere praktiese en werkbare oplossings vir die huidige probleme in Suid-Afrika aanbeveel kan word wat terselfdertyd ook aan die tyds- en omstandigheidseise van die moderne Suid-Afrikaanse gemeenskap voldoen.

¹⁸ Sien Venter ea *Regsnavorsing* 63-66.

¹⁹ Venter ea *Regsnavorsing* 71, 208-209.

²⁰ Sien par 3 hieronder.

²¹ In hfst 5.

²² Sien Venter ea *Regsnavorsing* 81-82.

3 Werkswyse

Ten einde die doel en die beoogde navorsingsresultaat van hierdie proefskrif te bereik,²³ word die hedendaagse geskiedenis van die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg tot voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 ten aanvang in hoofstuk 2 ondersoek en ontleed. Daar word veral gekonsentreer op die hoofsaaklik negatiewe invloed van die adversatiewe stelsel van litigasie op die familieregsproses, en op die Wet op Egskeiding 70 van 1979, wat twee nuwe skuldlose egskeidingsgronde geskep het en daardeur aan die partye groter seggenskap oor die beëindiging van hulle huwelik verleen het. Die Hoexterkommissie²⁴ se bevindings en aanbevelings oor die stand van sake na die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding geniet ook aandag in hoofstuk 2.

In hoofstuk 3 word die regsposisie na die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede indringend ondersoek. Die hoofstuk skop gevvolglik af met 'n kritiese analyse van die Wet, wat op 1 Oktober 1990 in werking getree het. Hierdie belangrike Wet word planmatig ontleed en elke artikel daarvan en die regulasies daarby word een-een ondersoek. Hierbenewens word sekere regeringsinisiatiewe wat sedert die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede van stapel gestuur is en insgelyks poog om die probleem van egskeiding te versag,²⁵ ook in hoofstuk 3 bespreek.

Alternatiewe dispuitbeslegting en, in die besonder, egskeidingsbemiddeling as die

²³ Sien paragrawe 1 en 2 hierbo.

²⁴ RP78/1983.

²⁵ Bv die Wysigingswet op Landdroshowe 120 van 1993, die Hoexterkommissie se verdere verslag aangaande die skepping van spesialishowe binne die struktuur van die Hoë Howe en die instelling van gesinshofloodsprojekte.

belangrikste vorm daarvan vir sover dit die familiereg betref, kom in hoofstuk 4 onder die soeklig. Terwyl daar slegs oorhoofs na die betekenis, die aard en die verskillende vorme van alternatiewe dispuitbeslegting in die algemeen verwys word, word hierdie aspekte asook die voor- en nadele van egskeidingsbemiddeling spesifiek soos dit vandag in die meeste jurisdiksies toegepas word, intringend ondersoek. Die hoofstuk sluit af met 'n kritiese analise van spesifiek die ontwikkeling en toepassing van egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika.

In 1997 het die Hoexterkommissie, ná 'n verdere ondersoek na die struktuur en funksionering van die Hoë Howe, aanbeveel dat daar op die model van die Australiese en die Nieu-Seelandse gesinshowe 'n gesinshof met 'n maatskaplike komponent vir Suid-Afrika ingestel word.²⁶ Aangesien egskeidings- en gesinsbemiddeling 'n integrale deel van die maatskaplike komponente by die gesinshowe in Australië en Nieu-Seeland vorm, word die wyse waarop egskeidings- en gesinsbemiddeling in hierdie twee lande toegepas word, in hoofstuk 5 uiteengesit.

Ten slotte word daar in hoofstuk 6, met inagneming van die huidige struikelblokke en tekortkominge in die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg asook die toepassing van egskeidings- en gesinsbemiddeling in buitelandse jurisdiksies soos veral Australië en Nieu-Seeland, sekere aanbevelings vir die hervorming van die Suid-Afrikaanse familieregsproses gemaak. Die kerngedagte van hierdie aanbevelings is dat die staat bestaande private en gemeenskapsgebaseerde bemiddelingsdienste deur middel van sekere uitgebreide funksies van die kantoor van die gesinsadvokaat moet akkrediteer en reguleer om verpligte bemiddelingsdienste aan die publiek te lewer. Ten einde die aanbevelings vir 'n hervormde Suid-Afrikaanse familieregsproses op die mees praktiese wyse te operasionaliseer, word spesifieke wysigings aan die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede uiteindelik voorgestel.

²⁶ RP200/1997 Vol II Deel 2 par 1.5.