HOOFSTUK 2
DIE REGSPOSISIE VOOR DIE INWERKINGTREDING VAN DIE WET OP BEMIDDELING IN SEKERE EGSKEIDINGSAANGELEENTHEDE 24 VAN 1987

1 Inleiding

'n Mens hoor dikwels dat geskeide mense met gevoelens van bitterheid en gekrenktheid uit ons skeihowe stap.[1] Dit is byna asof die indruk geskep word dat die egskeidingsprosedure 'n straf is vir diegene wat in 'n egskeiding betrokke raak. Na 'n egskeiding is daar gewoonlik ook nie meer sprake van enige sinvolle kommunikasie tussen die gewese gades nie, die partye verkeer al twee in 'n finansiële dilemma en hulle het gewoonlik minder respek vir die regstelsel.

In hierdie hoofstuk word die onderliggende redes vir die algemene publiek se ontevredenheid met die egskeidingsreg ontleed deur 'n oorsigtelike ondersoek in te stel na die onlangse geskiedenis van die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg tot voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987.[2]

2 Die periode voor die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 – die ou egskeidingsreg

2.1 Egskeidingsgronde gebaseer op die skuldbeginsel

Voor die Wet op Egskeiding 70 van 1979 op 1 Julie 1979 in werking getree het, is die

---

1 Brown 1994 *De Rebus* 64; Bosman 1996 *Career Success* 21.

2 Alhoewel elemente van die regshistoriese navorsingsmetode in hierdie hoofstuk gebruik word, word daar nie voorgegee dat die navorsing wat hier gedoen word, regshistoriese navorsing in die eng en teoretiese sin van die woord is nie. Sien ook hfst 1 par 2.

egskeidingsreg hoofsaaklik deur ons gemenereg gereël.[3] Ingevolge ons gemenereg kon ‘n egskeiding op grond van owerspel[4] en kwaadwillige verlating[5] verkry word. Hierdie gemeenregtelike egskeidingsgronde het geheel en al op die skuldbeginsel berus in die sin dat aanvaar is dat daar in alle egskeidingsgedinge 'n skuldige en 'n onskuldige gade betrokke is.[6] Egskeiding is slegs aan 'n onskuldige gade toegestaan mits hy of sy kon bewys dat die skuldige gade owerspel of kwaadwillige verlating gepleeg het. Owerspel en kwaadwillige verlating is as sogenaamde huweliksoortredings beskou.[7]

Benewens die twee gemeenregtelike egskeidingsgronde het artikel 1 van die Egskeidingswette Wysigingswet 32 van 1935 vir twee verdere egskeidingsgronde voorsiening gemaak, naamlik ongeneeslike kranksinnigheid wat vir meer as sewe jaar voortgeduur het[8] en gevangenisstraf vir ten minste vyf jaar nadat die skuldige gade tot 'n gewoontemisdadiger verklaar is.[9] Laasgemelde statutêre egskeidingsgrond het ook, soos die twee gemeenregtelike egskeidingsgronde, op die veronderstelling berus dat een van die gades, die skuldige gade, 'n huweliksoortreding teen die onskuldige gade gepleeg het.[10] Hierdie egskeidingsgrond het dus ook op die skuldbeginsel berus. Slegs

---

3 Hahlo *1975 Husband and Wife* 361.

4 Hahlo *Husband and Wife* 330 wys daarop dat owerspel dmv ekstensiewe interpretasie nie net buite-egtelike heteroseksuele geslagsverkeer ingesluit het nie, maar ook sodomie en bestialiteit.

5 Hahlo *Husband and Wife* 330 wys daarop dat kwaadwillige verlating dmv ekstensiewe interpretasie sowel daadwerklike as konstruktiewe verlating ingesluit het. Daadwerklike verlating het plaasgevind wanneer 'n gade die gemeenskaplike woning verlaat het met die bedoeling om nie met die huweliksverhouding voort te gaan nie. Konstruktiewe verlating het plaasgevind wanneer die onskuldige party die gemeenskaplike woning verlaat het omdat die agterblywende gade dit onhoudbaar gemaak het om langer daar te bly.

6 Cronjé & Heaton *SA Familiereg* 141.

7 Barnard *Nuwe Egskeidingsreg* 1.

8 A 1(1)(a).

9 A 1(1)(b).

10 Barnard *Nuwe Egskeidingsreg* 1.

die statutêre egskeidingsgrond van ongeneeslike kranksinnigheid was nie op 'n huweliksoortreding gebaseer nie, maar op die feit dat die huwelik in der waarheid nie meer bestaan het nie en gevolglik ontbind kon word.[11] Drie uit die vier egskeidingsgronde van die ou egskeidingsreg het dus op die skuldbeginsel berus.

2.2 Die skuldbeginsel by die gevolge van egskeiding

Die skuldbeginsel het nie alleen 'n deurslaggewende rol by die verlening van 'n egskeiding gespeel nie, maar ook by die gevolge van die egskeiding.[12] Slegs die onskuldige gade kon byvoorbeeld op onderhoud aanspraak maak.[13] Verder het die skuldige gade altyd alle finansiële voordele van die huwelik verbeur indien die onskuldige gade 'n verbeuringsbevel teen hom of haar versoek het.[14] Hierbenewens het die skuld van die ouers ten aansien van die egskeiding soms ook ‘n rol gespeel by die toekenning van die bewaring van en toegang tot kinders.[15]

2.3 Die skuldbeginsel in die praktyk

In die praktyk was die skuldbeginsel volgens Hahlo "little more than a polite fiction".[16] Aangesien dit selde gebeur het dat een gade uitsluitlik vir die verbrokkeling van 'n huwelik verantwoordelik was, was dit baie moeilik vir die eiser om die hof te oortuig dat die huwelik uitsluitlik deur die verweerder se wangedrag verongeluk is. Owerspel en kwaadwillige verlating was gewoonlik eerder die gevolg van 'n verbrokkelde huwelik en nie die oorsaak daarvan nie. Maar om watter rede die partye ook al wou skei, die eiser moes nogtans bewys dat die verweerder 'n huweliksoortreding gepleeg het alvorens die

---

11 *Ibid*.

12 Cronjé & Heaton *SA Familiereg* 141.

13 Ig die herroepe a 10 van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953. Sien verder Barnard *Nuwe Egskeidingsreg* 7.

14 Barnard *Nuwe Egskeidingsreg* 7; Cronjé & Heaton *SA Familiereg* 141.

15 *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A).

16 *Husband and Wife* 330.

hof 'n egskeidingsbevel sou verleen. Omdat dit egter in baie gevalle amper onmoontlik was om een van die egskeidingsgronde te bewys, was gades wat wou skei dikwels genoodsaak om getuienis te fabriseer of andersins saam te span ten einde 'n egskeidingsbevel te verkry.[17] Regter-president Beyers het by geleentheid beweer dat vyf-en-sewentig persent van alle egskeidings in Suid-Afrika op grond van valse getuienis verkry is.[18] 'n Mens hoef dus nie eers te wonder hoekom die algemene publiek hulle respek vir die egskeidingsreg verloor het nie.

Die feit dat die reg vereis het dat daar by egskeiding altyd 'n skuldige gade aangewys moes word, het in die praktyk verder dikwels tot bitterheid tussen die partye aanleiding gegee, veral waar die **eiser** eintlik die skuldige party was wat die verweerder deur sy of haar optrede gedwing het om hom of haar te verlaat en die eiser dan 'n egskeiding op grond van kwaadwillige verlating probeer verkry het.

Verder het die feit dat die onskuldige gade die skuldige gade onbepaald gebonde kon hou aan 'n huwelik wat totaal verbrokkel het,[19] aanleiding gegee tot verdere bitterheid, ontevredenheid en 'n aansienlike aantal buite-egtelike saamblyverhoudings.[20] Die probleme rondom die erkenning en regsgevolge van saamblyverhoudings was op sigself 'n verdere rede vir ontevredenheid onder die algemene publiek.

Enersyds is die skuldbeginsel dus in die praktyk geïgnoreer en omseil deur partye wat

---

17 Barnard *Nuwe Egskeidingsreg* 5. Trengove 1984 *De Rebus* 353 maak in hierdie verband melding van "... collusively fabricated evidence of a matrimonial offence ...", terwyl Sinclair 1983 *Acta Juridica* 75-95 opmerk dat "... by the 1960's consent divorce disguised as fault divorce was a routine legal procedure in many countries with perjured testimony often used to satisfy the legal requirements".

18 Volgens 'n berig in die *Sunday Times* van 7 Julie 1974.

19 So 'n situasie kon ontstaan omdat slegs die onskuldige gade 'n aksie om egskeiding kon instel. Uit nydigheid, kwaadwilligheid of vermakerigheid kon so 'n onskuldige gade dan doodeenvoudig weier om 'n egskeidingsaksie teen die skuldige gade in te stel en sodoende die skuldige gade bv verhoed om 'n ander huwelik te sluit. Sien verder Barnard *Nuwe Egskeidingsreg* 5 in hierdie verband.

20 Sien bv *Harris v Harris* 1949 1 SA 254 (A).

ooreengekom het om van mekaar te skei, en andersyds het die skuldbeginsel in bestrede egskeidingsake aanleiding gegee tot aansienlike bitterheid en ontevredenheid by almal wat deur die egskeidingsproses geraak is.

2.4 Die adversatiewe aard van die ou egskeidingsreg

Ingevolge die ou egskeidingsreg moes egskeidings, soos alle ander geskille tussen partye, volgens die adversatiewe stelsel van litigasie beslis word.[21] Volgens hierdie stelsel moet geskille tussen partye deur die hof opgelos word nadat elke party 'n kans gekry het om sy of haar saak aan die hof te stel. Die voorsittende beampte, synde 'n onpartydige derde, moet dan op grond van die konfronterende getuienis van elke party 'n beslissing ten aansien van die geskil maak. Daardie beslissing word volgens die adversatiewe stelsel as die beste oplossing van die geskil beskou.[22]

As gevolg van die werking van die adversatiewe stelsel van litigasie was elke egskeidingsparty dus gedwing om sy of haar kant van die saak so goed moontlik te laat klink en om die ander party se argumente af te kraak en aan te val. Vir sover die ou egskeidingsreg ook op die skuldbeginsel gebaseer was en beskuldigings oor en weer geslinger moes word, is die kloof wat die adversatiewe stelsel van litigasie tussen die partye geskep het, verder verdiep. Freeman[23] stel dit soos volg:

> The naive assumption was that only one spouse, the “innocent” one, wanted a divorce. The guilty one was to be punished for his “quasi-criminal behaviour”. The law did nothing to foster a faltering relationship. It expected the parties to be hostile. Like medieval dancers they had to perform a ritual. The fault theory and adversary techniques aggravated interpersonal tensions and had dangerous repercussions on children ...

---

[21] Dit was so omdat die Suid-Afrikaanse siviele prosesreg op die adversatiewe stelsel van litigasie gegrond is.

[22] Le Roux in Steyn (red) *Marriage and Family Life in South Africa: Research Priorities* 622.

[23] 1978 *Current Legal Problems* vol 31 111.

Voor die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding is egskeiding dus uitsluitlik as 'n **regs**gebeurtenis gesien wat deur die skuldige gedrag van een van die partye veroorsaak is. Die geskilpunte tussen die partye het as't ware aan die hof behoort en die partye het geen sê in die oplossing daarvan gehad nie. Die partye se toekomstige regte en verpligtinge is verder uitsluitlik deur die regsproses uitgespel en gereguleer. Die gevolg van sulke gereguleerde regspraak was noodwendig dat daar in elke geding ‘n wenner en ‘n verloorder was.[24]

2.5 Hervorming van die ou egskeidingsreg

As gevolg van die feit dat die skuldbeginsel enersyds geïgnoreer en omseil is en andersyds aanleiding gegee het tot heelwat bitterheid en ontevredenheid by almal wat deur die egskeidingsproses geraak is,[25] het verskeie stemme opgegaan vir die hervorming van die ou egskeidingsreg. Regsgeleerdes,[26] geestelikes[27] en sosioloë[28] was dit almal eens dat egskeiding 'n ernstige sosiale probleem was en dat iets drasties daaraan gedoen moes word. Benewens die besware teen die skuldbeginsel wat die ou egskeidingsreg ten grondslag gelê het, het dit verder geblyk dat die ou egskeidingsreg nie voldoende voorsiening vir die beskerming van die belange van die kinders gemaak het nie.

Die hervorming van die egskeidingsreg het amptelik 'n aanvang geneem met die

---

24 Mowatt 1988 *SALJ* 316.

25 Sien par 2.3 hierbo.

26 Hahlo 1954 *SALJ* 391 en 1963 *SALJ* 27; Hiemstra 1970 *THRHR* 277; Trengove 1975 *De Rebus* 259.

27 In 1951 is die Kommissie van Ondersoek insake die Gesinslewe deur die Federale Armesorgraad van die Nederduitse Gereformeerde Kerke, met medewerking van die Nederduitsch Hervormde Kerk en die Gereformeerde Kerk benoem om ondersoek in te stel na en verslag te doen oor onder andere die vraagstukke van die gesinslewe van die blankes in Suid-Afrika.

28 Collins 25 April 1968 *Personality* 17.

aanstelling van die Kommissie vir die Gesinslewe in 1968,[29] wat 'n aantal voorlopige ondersoeke geloods het en later 'n verslag aan die Minister van Justisie voorgelê het. Daarna het die Suid-Afrikaanse Regskommissie (Kommissie van Ondersoek na die Egskeidingsreg en Aangeleenthede wat daarmee verband hou) in 1974[30] die voorstel ondersoek dat daar deur wetgewing bepaal moes word dat egskeiding op grond van kwaadwillige verlating slegs verleen moes word indien die partye vir 'n ononderbroke tydperk van ses maande voor die uitreiking van die dagvaarding in afsonderlike huishoudings gewoon het. Die Regskommissie het egter hierdie voorstel verwerp en besluit om 'n volledige ondersoek na die gebreke in die egskeidingsreg in te stel.

Hierdie volledige ondersoek na die gebreke en moontlike hervorming van die ou egskeidingsreg is daarna aan die begin van 1975 van stapel gestuur.[31] Die Regskommissie het gepoog om die hervorming van die egskeidingsreg te laat plaasvind binne die behoeftes en moontlikhede van die feitelike werklikheid soos dit in daardie stadium in Suid-Afrika bestaan het. Die Regskommissie het gevolglik begin deur onder andere die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg met die regstelsels van verskeie ander Westerse lande te vergelyk[32] en om vraelyste op te stel en te sirkuleer onder regsgeleerdes en ander vakkundiges wat 'n sinvolle bydrae oor die onderwerp kon lewer. Daarna het die Regskommissie 'n voorlopige wetsontwerp opgestel wat weer eens vir kommentaar onder vakkundiges en die algemene publiek gesirkuleer is.[33] In 1979 het die Regskommissie 'n finale wetsontwerp opgestel en aan die parlement voorgelê. Hierdie finale wetsontwerp is kort daarna op die wetboek geplaas as die Wet op Egskeiding 70 van 1979.

---

29 Soos afgekondig in die *Staatskoerant* van 16 Februarie 1968.

30 Projek No 3 van 1974 op die Kommissie se destydse goedgekeurde program.

31 Sien Barnard *Nuwe Egskeidingsreg* 10.

32 *Verslag oor Egskeidingsreg* 1978 Deel II. Daar is na oa die Engelse, Skotse, Sweedse, Nieu-Seelandse, Australiese, Duitse, Franse, Kanadese en Amerikaanse egskeidingsreg gekyk.

33 Dmv persverklarings.

3 Die Wet op Egskeiding 70 van 1979

3.1 Substantiewe verandering aan die materiële reg

3.1.1 Skuldlose egskeiding

In die Wet op Egskeiding 70 van 1979, wat op 1 Julie 1979 in werking getree het, het die wetgewer die ou egskeidingsgronde wat op die skuldbeginsel berus het, afgeskaf. Die Wet het twee nuwe egskeidingsgronde geskep,[34] naamlik die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik as hoofgrond en die ongeneeslike geestesongesteldheid of voortdurende bewusteloosheid van 'n huweliksparty as sekondêre grond.

Ingevolge artikel 4(1) van die Wet kan ‘n hof ‘n egskeidingsbevel op grond van die onherstelbare verbrokkeling van die huwelik verleen slegs “... indien hy oortuig is dat die huweliksverhouding tussen die partye by die huwelik so ‘n toestand van verbrokkeling bereik het dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van ‘n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie”. As voorbeelde van omstandighede waarin die waarskynlikheid groot is dat ‘n huwelik onherstelbaar verbrokkel het, word die volgende drie gevalle in artikel 4(2) van die Wet gelys:

(i) waar die partye vir ‘n ononderbroke tydperk van minstens een jaar voor die uitreiking van die egskeidingsdagvaarding nie as man en vrou saamgeleef het nie;
(ii) waar die verweerder owerspel gepleeg het en dit vir die eiser onbestaanbaar met ‘n voortgesette huweliksverhouding is; en
(iii) waar die verweerder kragtens ‘n vonnis van ‘n geregshof tot ‘n gewoontemisdadiger verklaar is en ingevolge daardie vonnis gevangenisstraf uitdien.

Hierdie gevalle is egter nie die enigste bewys van onherstelbare huweliksverbrokkeling

---

[34] A 3.

nie en dit is ook nie noodwendig afdoende bewys daarvan nie.[35] Die hof kan dus onherstelbare huweliksverbrokkeling op grond van geheel ander feite bevind. Alhoewel sommige van die voorbeelde van onherstelbare huweliksverbrokkeling wat in die Wet gelys word tog sekere elemente van skuld bevat, het daar met die inwerkingtreding van die Wet 'n verskuiwing in die breë plaasgevind vanaf egskeiding gebaseer op skuld na egskeiding gebaseer op huweliksverbrokkeling, oftewel skuldlose egskeiding. Dit is nie net meer die onskuldige party wat 'n egskeidingsaksie teen die skuldige party kan instel nie. Enigeen van die partye kan 'n egskeidingsaksie teen die ander party instel indien die huwelik onherstelbaar verbrokkel het.

Om te bepaal of 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het, moet daar volgens Cronjé en Heaton[36] gekyk word of een van of albei die gades sodanig opgetree het dat die *consortium omnis vitae* wat deur die sluiting van die huwelik tussen hulle tot stand gekom het,[37] daardeur beëindig of ernstig geskend is. Om hierdie laaste aspek vas te stel word daar weer gekyk na onder andere die geskiedenis van die huweliksverhouding tot en met die verhoordatum van die egskeiding (die objektiewe toets) en na die partye se gevoelens oor die huweliksverhouding (die subjektiewe toets).[38] As dit subjektief blyk dat een van die partye nie meer met die ander party getroud wil wees nie en dit is verder objektief duidelik dat die huweliksverhouding wel verbrokkel het, moet die hof 'n egskeidingsbevel verleen.[39] Die partye, of dan ten minste een van die partye, kan as't

---

35 Cronjé & Heaton *SA Familiereg* 143.

36 *SA Familiereg* 142.

37 In *Grobbelaar v Havenga* 1964 3 SA 522 (N) word die begrip '*consortium omnis vitae*' omskryf as "... an abstraction comprising the totality of a number of rights, duties and advantages accruing to the spouses of a marriage"; en in *Peter v Minister of Law and Order* 1990 4 SA 6 (OK) word verder gesê dat die woord '*consortium*' gebruik word as "... an umbrella word for all the legal rights of one spouse to the company, affection, services and support of the other".

38 *Swart v Swart* 1980 4 SA 364 (O) 368; *Schwartz v Schwartz* 1984 4 SA 467 (A) 475; *Naidoo v Naidoo* 1985 1 SA 366 (T) 366. Sien ook Barnard & Van Aswegen 1981 *THRHR* 201.

39 *Swart v Swart supra* 368; *Schwartz v Schwartz supra* 473-474. Sien verder ook *Levy v Levy* 1991 3 SA 614 (A) 625E-G waarin die destydse Appèlhof beslis het dat die hof

ware self besluit wanneer die huwelik tot 'n einde kom.[40] Anders as gedurende die periode voor die inwerkingtreding van die Wet[41] is egskeiding tans nie meer slegs 'n regsgebeurtenis waarin die partye geen seggenskap in die dispuut tussen hulle het nie. In hierdie sin het die Wet dus sommige elemente van die adversatiewe stelsel van litigasie uitgeskakel.[42]

Alhoewel daar sedert die inwerkingtreding van die Wet gepraat word van skuldlose egskeiding, speel die skuldbeginsel desnieteenstaande nog steeds 'n rol by die bepaling van die finansiële gevolge van 'n egskeiding[43] en in geringe mate ook nog by die verlening van 'n egskeiding.[44]

Wat die finansiële gevolge van egskeiding betref, bepaal artikel 7(2) van die Wet uitdruklik dat die gedrag van die partye een van die faktore is wat deur die hof in ag geneem moet word ten einde te bepaal of, en indien wel, vir welke bedrag, 'n onderhoudsbevel ten gunste van een van die gades by egskeiding verleen behoort te word. Die destydse Appèlhof[45] het verder beslis dat die gedrag van die gades wel 'n relevante oorweging by die verlening van herverdelingsbevele ingevolge artikel 7(3) tot

---

geen diskresie in hierdie verband het nie. As die nodige bewyse voorgelê word dat die huwelik onherstelbaar verbrokkel het, moet die hof 'n egskeidingsbevel verleen.

40 Trengove 1984 *De Rebus* 355 sê bv: "As a result of the no-fault principle, the decision whether a marriage should be dissolved now rests largely in the hands of the parties themselves ..."

41 Sien par 2.4 hierbo.

42 Mowatt 1988 *TSAR* 55.

43 Mowatt 1988 *TSAR* 55 en 1991 *TSAR* 289. Sien verder Hahlo & Sinclair *Law of Divorce* 1 vn 2; Cronjé & Heaton *SA Familiereg* 151.

44 Dmv 'n moontlike kostebevel teen die 'skuldige' party.

45 *Beaumont v Beaumont* 1987 1 SA 967 (A) 994-995. Sien ook *Archer v Archer* 1989 2 SA 885 (OK) waarin die hof wel die appellant se gedrag (owerspelige verhouding) in ag geneem het by die verlening van 'n herverdelingsbevel tgv die respondent.

(6) van die Wet kan wees.[46] Verder is "enige wesenlike wangedrag aan die kant van enige van die partye" ook 'n faktor wat ingevolge artikel 9(1) van die Wet deur die hof in ag geneem moet word wanneer die verbeuring van vermoënsregtelike voordele teen een party gelas word.[47] Laastens bepaal artikel 10 van die Wet dat die hof in 'n egskeidingsgeding 'n kostebevel kan maak met inagneming van onder andere die gedrag van die partye vir sover dit ter sake is.

Die Wet het dus nie die skuldbeginsel geheel en al van die wetboek geskrap nie. Alhoewel die skuldbeginsel nie meer 'n deurslaggewende rol in die materiële egskeidingsreg speel nie, blyk dit duidelik uit die Wet en ons regspraak dat die benaming skuldlose egskeiding streng gesproke 'n *contradictio in terminis* is. Skuld speel steeds 'n rol en in dié opsig word die adversatiewe stelsel van litigasie steeds onderskraag.

3.1.2 Beskerming van die belange van kinders – artikel 6 van die Wet

Voor die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding het die reël gegeld dat die skuld van die ouers ten aansien van die egskeiding wel by die toekenning van bewaring van en toegang tot kinders in ag geneem kon word wanneer die hof nie andersins kon besluit wat in belang van die kind sou wees nie.[48] Dit blyk egter nou duidelik uit artikel 6 van die Wet dat die beste belang van die kinders die enigste oorweging is wat die hof by die toekenning van bewaring en toegang in ag moet neem. Die skuld van die ouers

---

46 Ig a 7(3) -(6) van die Wet op Egskeiding het howe die bevoegdheid om in bepaalde omstandighede by egskeiding te gelas dat die bates, of die gedeelte van die bates wat die hof billik ag, van die een party (gewoonlik die ryker party) aan die ander een (gewoonlik die armer party) oorgedra moet word.

47 Verbeuring van vermoënsregtelike voordele ingevolge a 9(1) van die Wet op Egskeiding beteken dat een van die partye onder sekere omstandighede die vermoënsregtelike eise kan verloor wat hy of sy uit hoofde van die huwelik teen die ander party verkry het.

48 *Fletcher v Fletcher* 1948 1 SA 130 (A). In hierdie saak het die destydse Appèlhof verder beklemtoon dat die toekenning van bewaring aan een van die ouers nie gedoen word om die ander ouer te straf nie, maar om die belange van die kind te dien. Sien ook par 2.2 hierbo.

ten aansien van die egskeiding speel dus hoegenaamd nie meer 'n rol by die toekenning van bewaring van en toegang tot hulle kinders nie.

Artikel 6(1) bepaal uitdruklik dat 'n egskeiding nie verleen mag word nie tensy die hof tevrede is dat die voorsiening wat vir die welsyn van die kinders gemaak is, bevredigend is of die beste is wat in die omstandighede bewerkstellig kan word. Ingevolge artikel 6(2) het die hof die bevoegdheid om uit eie beweging 'n ondersoek in te stel ten einde te bepaal of die beste reëlings vir die kinders getref is. Indien nodig, kan die hof gebruik maak van verslae en getuienis van deskundiges en van ander persone wat bekend is met die omstandighede van die ouers en kinders. Artikel 6(3) verleen verder aan die hof die bevoegdheid om enige bevel te maak wat die hof goedvind ten aansien van die onderhoud van die kinders asook die voogdy oor, toegang tot en bewaring van die kinders. Laastens bepaal artikel 6(4) dat die hof die bevoegdheid het om op koste van een van die of albei ouers 'n regsverteenwoordiger vir die kinders aan te stel om hulle by die verrigtinge te verteenwoordig.

Op die oog af lyk dit of die bepalings van artikel 6 van die Wet 'n groot verbetering op die bepalings van die ou egskeidingsreg is. As 'n mens hierdie bepalings egter noukeuriger ontleed, blyk hulle nie in alle opsigte bo kritiek verhewe te wees nie.

Die bepalings van artikel 6 het tot gevolg dat ouers wat besig is om te skei aan 'n vernederende proses van ondervraging en evaluering blootgestel kan word, en dat die besluitnemingsproses oor aspekte rakende hulle eie kinders uit hulle hande geneem kan word.[49] Dit dra weer by tot die gevoel van verlies en wanhopigheid wat dikwels deur geskeide persone ervaar word.[50] Alhoewel die partye ingevolge die Wet vir alle praktiese doeleindes self kan besluit wanneer hulle huwelik beëindig moet word, kan hulle nie altyd self besluit wat met hulle kinders na die egskeiding gaan gebeur nie. Die bepaling van wat in die beste belang van die kinders is, berus in groot mate by die hof en partye word gedwing om hulle eie aansprake op die kinders op ‘n adversatiewe wyse te

---

[49] Mowatt 1987 *De Rebus* 611.

[50] Neumann *Divorce Mediation* 38-39.

verdedig. In hierdie opsig is die bepalings van artikel 6 dus steeds in die adversatiewe stelsel van litigasie geanker.

Verder kan die vraag gevra word of die bepalings van artikel 6 werklik die beste belange van die kinders beskerm. Is die hof regtig in staat om aan die hand van die partye se getuienis en enkele verslae van maatskaplike werkers reëls vir die herorganisasie van die ouer-kindverhouding te maak?[51] Verder vind die bepalings van sowel artikel 6(2) ten aansien van die instel van 'n ondersoek deur die hof uit eie beweging, as artikel 6(4) ten aansien van die aanstel van 'n regsverteenwoordiger vir die kind, ook selde, indien ooit, aanwending in die praktyk.[52]

3.2 Die egskeidingsprosedure ná 1979

3.2.1 Behoud van die adversatiewe egskeidingsprosedure

Ten spyte van die substantiewe veranderings aan die materiële egskeidingsreg het die Wet op Egskeiding geen verandering aan die gelding van die adversatiewe egskeidingsprosedure teweeg gebring nie.[53] Die Wet het weliswaar sommige van die elemente van die adversatiewe stelsel verwyder deur die daarstelling van die sogenaamde skuldlose egskeidingsgronde.[54] Alhoewel dit nie meer nodig is om ten aansien van die verlening van 'n egskeiding beskuldigings oor en weer te slinger nie, vorm die tradisionele adversatiewe stelsel van litigasie vandag steeds die basis van die

---

51 Hierdie vraag word indringend in par 3.2.4 hieronder ondersoek.

52 Lind 1989 *Businessman's Law* 150; Palmer in Keightley R (red) *Children's Rights* 98.

53 Schäfer 1984 *De Rebus* 17 en 1988 *THRHR* 297 sê onderskeidelik in hierdie verband "[a]lthough the Divorce Act has gone a long way towards mitigating the conflict and emotion with which divorce proceedings are fraught by the introduction of irretrievable breakdown of marriage as basis for divorce, it has left intact the adversary procedure" en "... inasmuch as significant changes in recent years have been effected to substantive law of divorce, very little has been done to overhaul the court structure and the divorce procedures that govern it."

54 In par 3.1.1 hierbo word verduidelik in watter mate en op welke wyse die Wet op Egskeiding sommige elemente van die adversatiewe stelsel van litigasie verwyder het.

egskeidingsproses en speel skuld steeds ‘n rol ten opsigte van die finansiële gevolge van egskeiding – en hiervolgens word elke party steeds gedwing om sy of haar kant van die saak so goed moontlik te laat klink en die ander party se argumente aan te val en af te kraak.

By die egskeidingsproses is die beëindiging van die huwelik as sodanig gewoonlik nie meer in geskil tussen die partye nie. Die werklike geskilpunte tussen die partye het gewoonlik te doen met die bykomstige verwante aangeleenthede soos die verdeling van die huweliksbates, onderhoud vir die vrou en kinders en die bewaring van minderjarige kinders.[55] Hierdie geskilpunte moet dan deur gebruikmaking van die adversatiewe stelsel van litigasie opgelos word. Soos hierbo aangedui,[56] berus hierdie stelsel op die veronderstelling dat die voorlegging van die opponerende belange van twee partye aan 'n regter die beste moontlike oplossing tot gevolg sal hê. Die vraag is egter of die adversatiewe stelsel hoegenaamd geskik is om hierdie tipe geskilpunte tussen die partye op te los. Mowatt[57] sê gevolglik tereg “... the legal system is a rather crude instrument with which to fashion post-divorce family arrangements”. Dit is dus nie so seker of ons regstelsel geskik is om so baie nieregskwessies op te los nie.[58]

3.2.2 Die rol van die partye in die adversatiewe egskeidingsprosedure

Hier moet tussen bestrede en onbestrede egskeidingsake onderskei word. By onbestrede egskeidingsake gee die verweerder nie kennis van sy of haar voorneme om die egskeidingseis en/of bykomstige verwante eise te verdedig nie en kan die eiser ongeveer twee weke na die betekening van die egskeidingsdagvaarding op die verweerder voortgaan om die saak vir verhoor op die onbestrede egskeidingsrol te plaas. By bestrede egskeidingsake gee die verweerder wel kennis van sy of haar voorneme om die egskeidingseis en/of bykomstige eise te verdedig en moet die

---

55 Bosman 1996 *Career Success* 21.

56 Sien par 2.4 hierbo.

57 1991 *TSAR* 287-288.

58 McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 168-170.

uitruiling van pleitstukke eers plaasvind alvorens die saak vir verhoor op die bestrede egskeidingsrol geplaas kan word. Maar met watter een van die twee – bestrede of onbestrede egskeidingsake – 'n mens ook al te doen kry, word die partye in 'n konfrontasie met mekaar gedwing sodra die eiser 'n prokureur gaan spreek om egskeidingsverrigtinge aanhangig te maak.

As die egskeidingsaak onbestrede is,[59] word dit blitsvinnig binne 'n paar weke afgehandel. In hierdie gevalle kan daar nouliks sprake wees van enige besinning deur die partye oor die belangrike besluite wat by die beëindiging van die huwelik gemaak moet word. Oorhaastige besluite lei gewoonlik tot onbevredigende skikkings-ooreenkomste, wat weer tot ontevredenheid en bitterheid onder die betrokke partye en ander belanghebbendes aanleiding gee. Selfs by onbestrede egskeidingsverrigtinge staan die partye gewoonlik as opponente teenoor mekaar by moontlike skikkings-onderhandelinge tussen enersyds die eiser en sy of haar regspan, en andersyds die verweerder en sy of haar regspan. By die verhoor van 'n onbestrede egskeidingsaak verskyn slegs die eiser in die hof en moet die hof uitspraak lewer op grond van die eensydige getuienis wat die eiser voor hom plaas. 'n Onbestrede egskeidingsaak word in die hof gewoonlik in minder as vyf minute afgehandel.[60] Daar is dus by onbestrede egskeidingsake ook nie sprake van enige besinning aan die kant van die voorsittende

---

59 Die meeste egskeidingsake in Suid-Afrika is onbestrede. Volgens mnr GTM Prinsloo, die hoofgriffier van die Transvaalse Provinsiale Afdeling van die Hoë Hof, het die hof gedurende die tydperk 1 Julie 2000 tot 20 Junie 2001 7 196 onbestrede egskeidings teenoor net 677 bestrede egskeidings aangehoor. Dit word aanvaar dat die statistieke in ander afdelings van die Hoë Hof soortgelyk aan dié van die Transvaalse Provinsiale Afdeling is. Sien ook die *1997-Hoexterverslag* Vol I Deel 2 par 7.2.1 waar die volgende statistieke verskaf word: "During the year 1995, for example, 31 683 divorce actions were heard in the High Court. Of this number no less than 30 001 were heard as undefended cases." (Die *1997-Hoexterverslag* word in hfst 3 par 4 bespreek.)

60 Vgl die *1997-Hoexterverslag* Vol I Deel 2 par 7.2.2 waar vermeld word dat "... the actual hearing in the High Court is disposed of swiftly and abruptly, often in a matter of no more than three minutes". (Die *1997-Hoexterverslag* word in hfst 3 par 4 bespreek.)

regter nie en die uitsprake wat gelewer word, is baie oppervlakkig.[61] Die hele prosedure na die uitreiking van die dagvaarding is eintlik maar net 'n rubberstempelhandeling wat so spoedig moontlik afgehandel moet word.

In 'n bestrede egskeidingsaak, daarenteen, veroorsaak die prosedure dat die saak gewoonlik vir langer as 'n jaar uitgerek word.[62] Soos hierbo aangedui,[63] is dit gewoonlik die bykomstige verwante aangeleenthede soos die verdeling van die huweliksbates, onderhoud vir die vrou en kinders en die bewaring van minderjarige kinders wat by bestrede egskeidingsake in geskil is. Nadat die verweerder kennis gegee het van sy of haar voorneme om die aksie te verdedig[64] en sy of haar pleit[65] en moontlike teeneise[66] aan die teenkant beteken het, begin die stryd tussen die partye in alle erns. Elke party stry verwoed vir dit wat hy of sy graag wil hê en selde, indien ooit, word daar in vrede na 'n wedersyds aanvaarbare oplossing gesoek. Nadat die pleitstukke tussen die partye gesluit het,[67] moet een van die partye aansoek doen om 'n verhoordatum. As gevolg van die oorvol hofrol is die datum wat toegeken word gewoonlik eers 'n jaar later. In hierdie wagperiode duur die stryd tussen die partye onverpoos voort. Tussentydse aansoeke

---

61 Goldberg 1995 *THRHR* 277. In dié artikel word verder gesê dat die oorhaastige afhandeling van onbestrede egskeidingsake "... damages the image of the administration of justice and the institution of marriage". Sien verder Blades *Cooperative Divorce Settlement* 26-27.

62 In die *1997-Hoexterverslag* Vol I Deel 4 par 10.1.2 word bv die volgende in hierdie verband gesê: "The progress of defended actions through the High Court in South Africa is too sluggish and too expensive because of unnecessary delays. The delays supervene because the court supinely allows the parties to dictate the pace of litigation." (Die *1997-Hoexterverslag* word in hfst 3 par 4 bespreek.)

63 Sien par 3.2.1 hierbo.

64 R 19 van die Reëls waarby die verrigtinge van die verskillende provinsiale en plaaslike afdelings van die Hooggeregshof van SA gereël word (Eenvormige Hofreëls).

65 R 22 van die Eenvormige Hofreëls.

66 R 24 van die Eenvormige Hofreëls.

67 Die sluiting van pleitstukke word ingevolge R 29 van die Eenvormige Hofreëls gereël.

ingevolge reël 43 van die Eenvormige Hofreëls is gewoonlik aan die orde van die dag.[68] Teen die tyd dat die verhoordatum aanbreek, beloop elke party se gedingskoste al etlike duisende rand, is die partye emosioneel afgetakel en uitgeput en is daar geen sprake meer van enige sinvolle kommunikasie tussen hulle nie.

By die verhoor van die saak verskyn elke party met sy of haar getuies in die hof en moet die hof 'n uitspraak lewer op grond van die getuienis wat elke party lewer. Die uiters moeilike en byna onmoontlike taak wat in hierdie verband op die voorsittende regter se skouers rus, word hieronder bespreek.[69] 'n Algemene tendens onder regters is verder om bestrede egskeidingsake op die verhoordatums vir 'n tyd lank uit te stel en om die partye te beveel om 'n laaste poging aan te wend om die saak te skik.[70] Hierdie skikkingsonderhandelinge wat ter elfder ure in die voorportale van die Hoë Hof plaasvind, word gewoonlik gekenmerk deur gevoelens van vyandigheid, bitterheid, onversoenlikheid, neerslagtigheid, moedeloosheid en gekrenktheid. Dit spreek vanself dat dit bykans onmoontlik is om in sulke omstandighede ‘n skikking te bereik. Skikkings wat wel op hierdie traumatiese tydstip bereik word, is gewoonlik nie die papier werd waarop dit geskryf is nie en verdere litigasie is as't ware gewaarborg.[71]

3.2.3 Die rol van prokureurs in die adversatiewe egskeidingsproses

Net soos wat die geval voor die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding was, speel die partye se onderskeie prokureurs ná 1979 nog steeds die belangrikste rol in die

---

68 R 43 geld wanneer 'n getroude persoon een of meer van die volgende vorme van regshulp by die hof aanvra:
(a) onderhoud *pendente lite*;
(b) 'n bydrae tot die koste van 'n hangende huweliksgeding;
(c) tussentydse bewaring van 'n kind;
(d) tussentydse toegang tot 'n kind.

69 Sien par 3.2.4 hieronder.

70 Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 268; Winks 1980-81 *Journal of Family Law* 624.

71 Sien verder Neumann *Divorce Mediation* 36-37.

egskeidingsproses.[72] Die prokureur is van die begin tot die end by die proses betrokke en soms selfs ook daarna. Gewoonlik is 'n prokureur nie alleen sy of haar kliënt se regsverteenwoordiger nie, maar ook die kliënt se vertroueling, persoonlike raadgewer en onderhandelaar.[73] As gevolg van hierdie noue en deurlopende kontak met die kliënt het die prokureur gewoonlik 'n intieme kennis van die geskiedenis en agtergrond van die huweliksverbrokkeling en die probleme in verband daarmee. Die prokureur is derhalwe in groot mate in die posisie om die wyse waarop die egskeidingsproses gaan verloop, voor te skryf. Dit is uiteraard 'n baie groot verantwoordelikheid. Die manier waarop en die gees waarin die prokureur die egskeidingsverrigtinge voer, kan bepaal of die huwelik op 'n harmonieuse wyse ontbind gaan word wat goeie verhoudings tussen die gewese gades onderling en tussen hulle en hulle kinders tot gevolg kan hê.

Die inherente aard van die egskeidingsproses en die nuwe skuldlose egskeidings-gronde veroorsaak egter probleme. Enersyds word daar van prokureurs verwag om die verrigtinge op so 'n wyse te voer dat dit harmonieuse verhoudings tussen die partye en hulle kinders bewerkstellig.[74] Daar moet dus gesoek word na 'n oplossing vir die probleme rondom egskeiding wat die goedkeuring van al die belanghebbende partye wegdra. Andersyds kan die vraag egter gevra word of daar van 'n prokureur, wat in die adversatiewe stelsel van litigasie geskool is en die stelsel moet toepas, verwag kan word om op hierdie wyse op te tree.

Schäfer wys daarop dat die adversatiewe stelsel vereis dat 'n prokureur 'n partydige benadering moet volg. Hy sê:[75]

> The choice of an attorney is very often dictated by that attorney's reputation of partisanship. This is essentially what the attorney is paid for and if he is not

---

72 Trengove 1984 *De Rebus* 357; Schäfer 1984 *De Rebus* 17; Scott-MacNab 1988 *SALJ* 717.

73 Trengove1984 *De Rebus* 357; Schäfer 1984 *De Rebus* 17.

74 Schäfer 1984 *De Rebus* 17.

75 Schäfer 1984 *De Rebus* 18.

> partisan enough he runs the risk of having a client who is very often filled with bitterness and resentment. This is particularly true of the plaintiff in a divorce action.

Dit is dus ingevolge die adversatiewe stelsel van litigasie prokureurs se primêre plig om slegs hulle kliënte se beste belange te verteenwoordig, te verdedig en te propageer, selfs tot uitsluiting van die kinders se belange. Om hierdie rede verloor 'n prokureur maklik sy of haar objektiwiteit en sien hy of sy byvoorbeeld die beste belang van die kinders deur die oë van die kliënt. As die kliënt graag die bewaring van die kinders wil hê, sal die prokureur alles moontlik doen om te sorg dat die bewaring van die kinders aan die kliënt toegeken word. As prokureurs derhalwe 'n ongunstige deskundige verslag van 'n sielkundige omtrent 'n kliënt ontvang, voel hulle gewoonlik dat die sielkundige hulle in die steek gelaat het en versoek hulle onmiddellik 'n deskundige verslag deur 'n ander sielkundige in die hoop dat dit in die kliënt se guns sal wees.[76]

In ‘n adversatiewe stelsel versterk prokureurs verder die konflik en konfrontasie tussen die partye deur hulle kliënte te ontmoedig om direk met die teenparty te kommunikeer. Alle kommunikasie tussen die partye geskied gevolglik deur die partye se onderskeie prokureurs. Dit kan daartoe lei dat inligting maklik verdraai word as dit van een party aan sy of haar prokureur gekommunikeer word en dan aan die ander party se prokureur oorgedra word wat dit weer aan sy of haar kliënt moet meedeel. Hierdie werkswyse is ook 'n onnodige vermorsing van tyd en geld vir partye wat direk met mekaar kan kommunikeer.[77]

3.2.4 Die hantering van dispute oor bewaring en toegang

Indien die partye by onbestrede egskeidingsake 'n skikking oor die bewaring van en toegang tot hulle kinders bereik het, is sodanige skikking tussen die partye amper deur die bank 'n bevel van die hof gemaak. As gevolg van die groot aantal onbestrede

---

[76] Sien verder par 3.2.4 hieronder.

[77] Schäfer 1984 *De Rebus* 20.

egskeidingsake wat elke Vrydag in die verskillende afdelings van die destydse Hooggeregshof aangehoor is en die spoed waarmee hierdie sake afgehandel is, het die voorsittende regters feitlik nooit enige ondersoeke ingestel na wat in die beste belang van die kinders sou wees nie. Die meeste skikkingsooreenkomste het gewoonlik standaardklousules oor die bewaring van en toegang tot kinders bevat. Die klousule oor bewaring het gebruiklikerwys bepaal dat die moeder (hetsy as eiser of as verweerder) die bewaring van die kinders sou hê, terwyl die klousule oor toegang bepaal het dat die vader (hetsy as eiser of as verweerder) 'n reg van redelike toegang tot die kinders sou hê, wat ingehou het dat die kinders elke tweede naweek en alternatiewe skoolvakansies by hom kon deurbring. Sulke klousules kon tog nie deur die bank in die beste belang van die kinders gewees het nie, maar dit lyk nie asof die destydse Hooggeregshof as oppervoog van alle minderjarige kinders hom daaraan gesteur het in gevalle waar die ouers so ooreengekom het nie.

Indien die partye nie 'n skikking oor die bewaring van en toegang tot hulle kinders kon bereik nie, was die posisie tot voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987 uiters onbevredigend.[78] Blades[79] stel dit soos volg:

> No-fault divorce statutes have been of little benefit to children whose parents choose to fight over them. Once custody of a child is in question, the character assassinations and blaming behavior of contested divorce rears its head. Typically, each parent attempts to denigrate the other in order to prove him- or herself the more appropriate custodian of the child or children.

Die gevolge van die partye se twis oor die bewaring van en toegang tot hulle kinders was gewoonlik, en is vandag nog steeds, verpletterend. In die hitte van die stryd is die partye meestal nie bewus van die emosionele skade wat hulle kinders in die proses opdoen nie. Hulle besef dit gewoonlik eers nadat hulle optrede die kinders se psiges

---

[78] Die posisie na die inwerkingtreding van Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede word breedvoerig in hfst 4 bespreek.

[79] *Cooperative Divorce Settlement* 28.

onherstelbaar beskadig het.[80] Die partye gebruik dikwels ook die kinders as speelbal in die onderhandelinge oor die finansiële gevolge van die egskeiding.[81] In die onderhandelinge stem die mans dikwels toe dat die bewaring van die kinders aan die vrouens toegeken word mits die vrouens hulle eise om onderhoud vir hulleself laat vaar; of die vrouens is weer bereid om hulle eise om die bewaring van die kinders te laat vaar indien die mans 'n groter finansiële skikkingsaanbod aan hulle maak. Dit blyk dus duidelik dat geskille oor bewaring en toegang vanweë die adversatiewe egskeidingsproses ontstellende gevolge kan hê.

By die verhoor van die geskille oor bewaring en toegang voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede was elkeen van die partye gewoonlik gewapen met 'n deskundige verslag deur 'n sielkundige of maatskaplike werker wat aandui waarom hy of sy die geskikte ouer is om die bewaring van die kinders te verkry.[82] Ten einde hierdie dilemma te oorkom, het die voorsittende regter gewoonlik die dienste van die staatswelsynsdepartement ingeroep. Professionele lede van hierdie departement is dan versoek om 'n evaluasie oor die bewaring van die kinders in 'n betrokke geval te maak en om die hof van 'n verslag daaroor te voorsien. Deur gebruikmaking van die dienste van die staatswelsynsdepartement het die howe te kenne gegee dat die bewaring van kinders by egskeiding 'n delikate, emosioneel gelaaide en baie belangrike aangeleentheid is wat nie alleen deur regslui hanteer kan word nie. Die belangrike rol wat lede van professies in die sosiale wetenskappe in die

---

80 Blades *Cooperative Divorce Settlement* 27-31. Sien verder Lind 1989 *Businessman's Law* 149-150; Bosman 1996 *Career Success* 21.

81 In *Richies v Richies* 1981 1 PH B4 (K) verwys Van den Heever R bv na die feit dat "regrettably often parents wounded by the marital conflict lose their objectivity and use, as very effective clubs with which to beat the foe, the objects both profess to love more than life itself: their children, who suffer further trauma in the process".

82 Hierdie probleem kom ondanks die bepalings van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede ongelukkig vandag steeds voor. In *Jackson v Jackson* 2002 2 SA 303 (HHA) waar die toesighoudende ouer saam met sy twee dogtertjies na Australië wou emigreer, is die Hoogste Hof van Appèl bv met nie minder as vyf deskundige standpunte gekonfronteer nie. Naas die deskundige verslag van die kantoor van die gesinsadvokaat het albei die partye ook twee deskundige verslae deur sielkundiges en/of maatskaplike werkers wat hulle onderskeie standpunte steun aan die hof voorgelê.

egskeidingsproses kan speel, is informeel op hierdie wyse erken.

Die professionele lede van die staatswelsynsdepartement het dan gewoonlik 'n dieptestudie van die betrokke familie gemaak. Aanvanklik is daar soms gesamentlike onderhoude met die ouers gevoer, maar die algemene praktyk was om aparte onderhoude met elkeen van die partye te voer. Huisbesoeke en die ondervraging van alle belanghebbendes het 'n belangrike rol in hierdie evalueringsproses gespeel.[83] Die kinders is ook in die teenwoordigheid van elkeen van die ouers by hulle onderskeie wonings besoek en waar moontlik ondervra.[84] Na 'n waardebepaling van die kind en sy of haar behoeftes het die maatskaplike werker dan 'n aanbeveling oor die toekenning van bewaring gemaak.

Hoffmann[85] wys egter daarop dat die hele evalueringsproses in die adversatiewe stelsel van litigasie gegrond was. Die evalueringsproses het dus eintlik deel van die litigasie tussen die partye gevorm. 'n Derde party het voorstelle gemaak aan die hof aangaande die kinders en die partye self het nie eintlik 'n sê daaroor gehad nie.[86] Gedurende die evaluasie het die partye steeds as opponente teenoor mekaar gestaan en het elkeen net vir sy of haar eie regte geveg. Die waarde van hierdie evaluasies en aanbevelings is dus met reg bevraagteken.

Op grond van die evaluasie en aanbeveling van die staat se maatskaplike werker en die meestal karige getuienis wat die partye voor die hof gelê het, moes die regter dan 'n billike beslissing oor die bewaring van en toegang tot die kinders maak. Hier moes die

---

83 Die prosedure wat by die evaluasie oor die bewaring van kinders gevolg is, word volledig in Hoffmann 1989 *Social Work* 107-110 en Cigler *Mediation – Its Significance, Technology and Feasibility* 382-385 uiteengesit.

84 Onderhoude is gewoonlik slegs met die ouer kinders gevoer.

85 1989 *Social Work* 109.

86 In hfst 3 par 2.5.3.7 word aangedui dat ‘n soortgelyke evalueringsproses helaas ook deel van die gesinsadvokaat se funksies is en dat die posisie vandag nie regtig van die posisie voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangleenthede verskil nie.

hof – en moet die hof vandag natuurlik ook – veral die medium- en langtermyngevolge van 'n spesifieke bevel in ag neem om te verhoed dat die partye nie kort daarna weer aansoek moet doen om die wysiging van die bevel nie.[87] Aangesien die posisie by aangeleenthede soos bewaring nie staties bly nie, is dit 'n byna onmoontlike taak wat op regters se skouers rus.[88] Regters se uitsprake in hierdie verband is gevolglik grootliks vaag en spekulatief.[89]

3.2.5 Die verhouding tussen regslui en lede van professies in die gedragswetenskappe

Soos hierbo[90] aangetoon word, het egskeiding nie slegs juridiese gevolge nie. Dit het ook ingrypende implikasies op die gebied van onder andere die sosiologie en die sielkunde.[91] Van die laasgenoemde twee vakgebiede dra die gemiddelde prokureur geen kennis nie. Ten spyte hiervan het dit egter dikwels in die periode voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangleenthede gebeur dat prokureurs die hele egskeidingsproses afgehandel het sonder dat beroepslui uit die sosiale en gedragswetenskappe tussenbeide getree het. Aangesien 'n egskeidingsbevel slegs die regsverhouding tussen die partye beëindig en die persoonlike, sielkundige en emosionele verhoudings tussen die partye onderling en tussen die partye en hulle kinders na egskeiding voortduur, is dit begryplik dat baie partye se probleme eers na die afhandeling van die egskeidingsproses begin het.[92] Aangesien prokureurs meestal die hele egskeidingsproses sonder enige inspraak deur

---

87 Heaton 1990 *THRHR* 95-99.

88 Die regter bevind hom of haar natuurlik in dieselfde onbenydenswaardige posisie mbt 'n beslissing oor die finansiële gevolge van 'n egskeiding.

89 Lind 1989 *Businessman's Law* 150. Die feit dat partye dikwels na egskeiding gedwing word om verdere aansoeke ten aansien van die bewaring van of toegang tot hulle kinders aanhangig te maak, getuig hiervan.

90 Sien hfst 1 par 1.

91 Schäfer 1984 *De Rebus* 16-17, 21; McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 168-170.

92 Schäfer 1984 *De Rebus* 17.

lede van professies in die sosiale en gedragswetenskappe afgehandel het, lyk dit asof prokureurs in hierdie periode voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede nie die waardevolle bydrae erken het wat beroepslui uit hierdie vakgebiede ter voorkoming van die pasvermelde probleme kon maak nie. Dit is dus ook begryplik dat sosiale probleme, bitterheid en ontevredenheid onder mense wat in hierdie periode geskei is, steeds aan die orde van die dag is.

Lind[93] maak die volgende opmerking ten aansien van die verhouding tussen regslui en lede van professies in die sosiale en gedragswetenskappe in die periode voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede:

> It is no secret that strain and conflict are characteristic of the relationship between lawyers and social workers. Lawyers are perceived to have no interest at all in the welfare of children or, for that matter, of their clients. They appear only to concern themselves with the pecuniary interests of their paying clients. Psychological and emotional needs seem to be completely disregarded. The courts, in turn, frustrate social workers by their apparent disregard for the latter's reports on particular family diputes which are before the court for consideration. Furthermore, social workers become impatient with the legal requirement of proof, and feel that cross-examination by lawyers is aimed at humiliating them.

Dit lyk asof die onenigheid tussen regslui en lede van professies in die sosiale en gedragswetenskappe wat in hierdie periode bestaan het, gebaseer was op ‘n wanbegrip van die verskillende rolle wat hierdie twee professies in die egskeidingsproses behoort te speel. Dit blyk duidelik dat die lede van hierdie twee professies die houding aangeneem het dat hulle in die egskeidingsproses teenoor mekaar gestaan het, terwyl hulle oënskynlik nie besef het dat hulle eintlik komplementêre rolle in die verloop van die egskeidingsproses behoort te vervul het nie. Die onenigheid was miskien ook te wyte aan bepaalde voorveronderstellings wat lede van die twee professies van mekaar gehad het en wat nie noodwendig in die waarheid gegrond was nie. Hierdie onenigheid tussen

---

[93] 1989 *Businessman’s Law* 152. Sien verder Grobler 1990 *Consultus* 133.

regslui en lede van professies in die sosiale en gedragswetenskappe het egter die adversatiewe atmosfeer versterk waarin die egskeidingsproses hom in hierdie periode afgespeel het en het onnodige spanning vir reeds oorspanne litigante veroorsaak.

3.3 Probleme met die adversatiewe stelsel van litigasie

Uit die bespreking van die substansiële verandering aan die materiële egskeidingsreg[94] en die egskeidingsprosedure na 1979[95] blyk dit duidelik dat die adversatiewe stelsel van litigasie die grootste oorsaak van die algemene publiek se ontevredenheid met ons egskeidingsreg is.[96]

Die stelsel gee in die eerste plek nie gevolg aan die oogmerke van die wetgewer in die Wet op Egskeiding nie. Met die daarstelling van die skuldlose egskeidingsgronde het die wetgewer vir die eerste maal erkenning gegee aan die feit dat geskille by egskeiding in 'n minder offensiewe atmosfeer besleg moet word, en ook dat die partye groter seggenskap in die dispuut tussen hulle moet hê. Die idee het posgevat dat die adversatiewe stelsel van litigasie nie meer gepas is vir die beslegting van egskeidingsgeskille nie en 'n toenemende behoefte het ontstaan aan die daarstelling van 'n meer inkwisitoriese en minder formele stelsel waarin die partye groter seggenskap het. Tog, in stryd met die gees van die tyd en die bedoeling van die wetgewer soos blyk uit die algemene strekking van die Wet, is die formele adversatiewe stelsel in die egskeidingsproses behou.

Die adversatiewe stelsel verskaf in die tweede plek nie behoorlike veiligheidsmaatreëls vir die beskerming van die belange van die kinders en hulle ouers by egskeiding nie. Dit is gedeeltelik toe te skryf aan die feit dat die stelsel, veral vir sover dit die posisie voor die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede

---

94 Sien par 3.1 hierbo.

95 Sien par 3.2 hierbo.

96 SA Regskommissie *Verslag oor Egskeidingsreg* 6-8; Mowatt 1988 *SALJ* 315; Scott-MacNab 1989 *De Rebus* 211.

betref, nie die waardevolle bydrae erken wat lede van professies in die sosiale en gedragswetenskappe in die egskeidingsproses kan maak nie. Die probleme inherent in die lewe na egskeiding word nie behoorlik aangespreek nie en voortgesette vyandige konfrontasie in en buite die hof is dus algemeen.[97]

Derdens is die adversatiewe stelsel daartoe geneig om die emosionele spanning en konflik wat gewoonlik met egskeiding gepaardgaan, te vererger. Die adversatiewe proses strem verder sinvolle onderhandelingspogings en die bereiking van wedersyds aanvaarbare skikkingsooreenkomste tussen die partye. Die uitrekking van die egskeidingsproses en die hoë regskoste is ook direkte gevolge van die adversatiewe stelsel.[98] Verder is die uitstel van verrigtinge dikwels ‘n taktiese stap in die adversatiewe proses.

Dit blyk dus duidelik dat die adversatiewe stelsel van litigasie nie geskik is om die normale probleme wat by en na egskeiding ontstaan, uit die weg te ruim nie. Scott-MacNab stel dit soos volg:[99]

> In an age when the elimination of conflict and the pursuit of peace and harmony in society are the ideals of every reasonable person, the whole adversarial edifice of our legal system stands like an ancient ruin to some bygone warrior in a busy modern street.

Dit was as gevolg van hierdie onbevredigende situasie dat 'n kommissie van ondersoek onder leiding van appèlregter Hoexter vier-en-twintig jaar gelede ingestel is om die verdere regshervorming van die egskeidingsreg te ondersoek.

---

97 Schäfer 1984 *De Rebus* 17.

98 Mowatt 1988 *SALJ* 315-317; Goldberg 1995 *THRHR* 277 sê die adversatiewe stelsel “was quite correctly regarded as, *inter alia*, too formal, costly and traumatic”.

99 1989 *De Rebus* 211.

4 Die Hoexterkommissie[100]

4.1 Inleiding

Die Kommissie van Ondersoek na die Struktuur en Funksionering van die Howe onder leiding van appèlregter Hoexter (hierna die 'Hoexterkommissie' genoem) is op 29 November 1979 deur die Staatspresident aangestel met die volgende opdrag:[101]

> Om ondersoek in te stel na die struktuur en funksionering van die geregshowe in die Republiek van Suid-Afrika en om verslag en aanbevelings te doen oor die doelmatigheid van daardie struktuur en funksionering en oor die wenslikheid van veranderings wat tot doeltreffender en spoediger regspleging en 'n vermindering in die koste van gedingvoering kan lei ...

By hierdie ondersoek moes die Hoexterkommissie in die besonder aandag skenk aan onder andere die instelling van 'n gesinshof.[102]

Die Hoexterkommissie se bevindinge en aanbevelings is in 1983 in die vyfde en finale verslag (RP 78/1983) gepubliseer (hierna die '*Hoexterverslag*' genoem).

4.2 Die Hoexterkommissie se bevindinge oor die stand van sake ná die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding 70 van 1979

Die Kommissie het in die eerste plek bevind dat by die oorgrote meerderheid van onbestrede egskeidingsaksies (a) die feitevraag of die huwelik onherstelbaar verbrokkel

---

[100] Die Kommissie van Ondersoek na die Struktuur en Funksionering van die Howe in Suid-Afrika *SK* 6761 GK 286 van 1979.

[101] Die vyfde en finale verslag van die Hoexterkommissie (RP78/1983) Vol I Deel 1 par 1.1.1.

[102] Die vyfde en finale verslag van die Hoexterkommissie Vol I Deel 1 par 1.1.1 (b).

het nie aan die hand van genoegsame en betroubare getuienis beoordeel word nie en (b) die geskikte voorsiening vir minderjarige of afhanklike kinders nie behoorlik ondersoek word nie.[103] Die Kommissie het ook daarop gewys dat die oppervlakkige en vinnige wyse waarop onbestrede egskeidingsaksies in die destydse Hooggeregshof afgehandel word die beeld van sowel ons regspraak as die huweliksband skaad.[104]

Die Hoexterkommissie het verder bevind dat die adversatiewe stelsel van litigasie nie bevorderlik is vir die bereiking van bevredigende skikkings wat met die veranderende eise na egskeiding tred hou nie.[105] Die Kommissie sê in hierdie verband dat onbevredigende skikkings by egskeidings- en verwante gedinge dikwels beteken dat maatskaplike instansies vroeër of later weer eens aan 'n voortslepende gesinsprobleem aandag moet skenk en dat dit op sy beurt weer 'n onekonomiese aanwending van skaars mannekrag beteken.[106]

Verder het die Kommissie daarop gewys dat die akkusatoriese stelsel ook die spanning en gebrek aan kommunikasie tussen die partye vererger[107] en dat dit belemmerend op die beregtingsproses by egskeiding inwerk.[108]

Voorts is in die *Hoexterverslag* bevind dat die meeste egskeidings waarby die bewaring van minderjarige kinders, onderhoud of die verdeling van bates ter sprake kom, nog steeds deur verbittering en onversoenlikheid aan die kant van die partye gekenmerk word ten spyte van die feit dat die Wet op Egskeiding skuldlose egskeiding aanvaar het.[109]

---

[103] *Hoexterverslag* Vol III Deel 7 par 7.3.1.3.

[104] Vol III Deel 7 par 7.3.1.5.

[105] Vol III Deel 7 par 7.3.1.6. Sien ook par 3.2.2 hierbo.

[106] Vol III Deel 7 par 7.3.1.8.

[107] Vol III Deel 7 par 8.9.4.

[108] Vol III Deel 7 par 8.9.5. Sien ook par 3.3 hierbo.

[109] Vol III Deel 7 par 7.3.1.7. Sien ook par 3.3 hierbo.

Laastens het die Hoexterkommissie daarop gewys dat die gedingkoste van 'n onbestrede egskeidingsaak so hoog is dat 'n egskeiding deur middel van regsverteenwoordiging buite die bereik van die meeste nievermoënde mense is.[110] Verder is die gedingkoste van 'n bestrede egskeidingsaak so hoog dat dit selfs vir vermoënde mense dikwels verpletterende finansiële implikasies inhou.[111]

4.3 Die Hoexterkommissie se aanbevelings

As gevolg van die negatiewe bevindinge oor die stand van sake na die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding het die Hoexterkommissie ‘n aantal aanbevelings gemaak. Die belangrikste aanbevelings van die Hoexterkommissie vir doeleindes van hierdie proefskrif is die volgende:

4.3.1 Die instelling van 'n gesinshof

Die Hoexterkommissie het aanbeveel dat daar vir alle inwoners van die Republiek een hof met omvattende jurisdiksie ten opsigte van gesinsaangeleenthede ingestel word. Die Kommissie het verder aanbeveel dat die nuwe hof 'n laer hof moet wees wat op die vlak van die streekhof funksioneer en dat dit as die ‘gesinshof’ bekend moet staan.[112] Volgens die Kommissie moet alle regsprekendes in die gesinshof oor 'n LLB-graad as minimum kwalifikasie beskik[113] en onafhanklik van die staatsdiens wees.[114] Verder moet gesinshowe sover moontlik afsonderlik van ander howe gehuisves word en behoort besondere aandag aan die uitleg en binnenshuise toerusting en fasiliteite van die howe geskenk te word. Kindersorggeriewe is natuurlik noodsaaklik.[115]

---

[110] Vol III Deel 7 par 7.3.1.9. Sien ook hfst 6 par 2.4.

[111] Vol III Deel 7 par 7.3.1.10.

[112] Vol III Deel 7 par 9.1.

[113] Vol III Deel 7 par 8.4.

[114] Vol III Deel 7 par 8.5.

[115] Vol III Deel 7 par 8.13.

Die Kommissie het verder aanbeveel dat die gesinshof ten opsigte van egskeidings- en verwante gedinge 'n konkurrente jurisdiksie met dié van die destydse Hooggeregshof moet hê.[116]

Wat die struktuur van die gesinshof betref, het die Hoexterkommissie aanbeveel dat dit uit twee onderafdelings moet bestaan, naamlik:

(a) 'n maatskaplike komponent bekend as "die raadgewende diens van die gesinshof" (*family court counselling service*); en

(b) 'n hofkomponent.[117]

Die raadgewende diens van die gesinshof moet daarop ingestel wees om waar moontlik gesinsprobleme sonder verhoor op te los.[118] Hierdie diens moet dan die volgende drie funksies vervul:[119]

(a) Alle gesinsprobleme moet by die gesinshof se aanmeldingsentrum gesif en gekategoriseer word. Daar moet sowel regsadvies as maatskaplike berading beskikbaar wees, en gades wie se huwelike nog gered kan word, moet na huweliksberaders verwys word. Hierdie verrigtinge staan as die aanmeldings-funksie van die raadgewende diens bekend.

(b) Die diens moet verder vir bemiddeling voorsiening maak wat daarop gemik is om by gevalle van onherstelbare huweliksverbrokkeling die vervreemde gades te help om sinvol met mekaar te kommunikeer om sodoende die skeiding vir sowel die partye as hul minderjarige kinders minder traumaties te maak, en om twispunte waar moontlik deur ooreenkoms op te los. Hierdie verrigtinge word die

---

[116] Vol III Deel 7 par 9.7.2.

[117] Vol III Deel 7 par 9.4.1.

[118] Vol III Deel 7 par 8.6.2.

[119] Vol III Deel 7 par 9.4.2.

bemiddelingsfunksie van die raadgewende diens genoem.

(c) Die raadgewende diens moet ook 'n ondersteunende diens aan die hof lewer. Waar 'n gesinsaangeleentheid deur die hof bereg moet word, moet die raadgewende diens toesien dat enige verdere maatskaplike ondersoek of optrede wat die hof benodig, onderneem word deur die raadgewende diens se eie personeel of deur die personeel van een of ander goedgekeurde maatskaplike instansie.

Volgens die Hoexterkommissie moet die hofkomponent eers in ‘n bepaalde geval in werking tree wanneer die partye, in samewerking met die maatskaplike komponent, nie daarin kon slaag om 'n besondere gesinsprobleem op te los nie.[120] Die hofkomponent moet 'n geregshof en 'n notulerende hof wees waarby 'n regsgeleerde moet voorsit en waarin reëls van prosedure en bewysleer moet geld.[121]

Alhoewel die gesinshof se maatskaplike komponent en hofkomponent verskillende funksies het, is dit noodsaaklik dat die twee komponente aanvullend tot mekaar moet funksioneer.[122]

Wat die instelling van die gesinshof betref, het die Hoexterkommissie ten slotte aanbeveel dat die gesinshof by wyse van gekontroleerde loodsprojekte in Suid-Afrika ingestel moet word in die vier metropolitaanse gebiede waarin die grootste bevolkingskonsentrasie voorkom, naamlik Gauteng, Kaapstad, Durban en Port Elizabeth.[123]

4.3.2 'n Klemverskuiwing in die rigting van 'n meer inkwisitoriese prosedure

---

[120] Vol III Deel 7 par 8.6.2.

[121] Vol III Deel 7 par 9.4.3.

[122] Vol III Deel 7 par 8.6.1.

[123] Vol III Deel 7 par 9.14.2.

Sonder om 'n algehele verwerping van die akkusatoriese stelsel by die beregting van gesinsaangeleenthede voor te staan, was die Hoexterkommissie wel van oordeel dat 'n verdere klemverskuiwing in die rigting van 'n meer inkwisitoriese prosedure by die beregting van gesinsaangeleenthede bevorderlik vir die regspleging sal wees.[124] Die regter moet dus reg van die begin af ‘n aktiewer rol by die beslegting van gesinsdispute speel in die sin dat hy of sy ‘n meer ondervragende en ondersoekende rol moet speel, terwyl prokureurs ‘n meer ondergeskikte rol behoort te vervul.[125] In hoofstuk 6 van hierdie proefskrif[126] word verder aangedui dat daar in ‘n meer inkwisitoriese stelsel ook van streng bewysregtelike reëls afgesien moet word sodat die werklike of materiële waarheid, in stede van die formele waarheid, vasgestel kan word.

4.3.3 Die wysiging van die Wet op Egskeiding

Die Hoexterkommissie het aanbeveel dat die Wet op Egskeiding sodanig gewysig word[127] –

(a) dat waar daar minderjarige kinders uit 'n huwelik is, 'n egskeidingsgeding nie ingestel kan word nie alvorens 'n goedgekeurde maatskaplike instansie ondersoek ingestel het na die omstandighede van sowel die kinders as die betrokke partye;

(b) dat die hof slegs 'n egskeidingsbevel kan uitreik nadat beide die partye in die hof getuig het;

(c) dat waar daar minderjarige kinders uit 'n huwelik is, 'n egskeidingsbevel slegs uitgereik kan word indien die hof aan die hand van sowel die getuienis van beide die partye as die verslag deur die goedgekeurde maatskaplike instansie oortuig

---

[124] Vol III Deel 7 par 8.9.3.

[125] Williams 1987 *Civil Justice Quarterly* 145-146.

[126] Sien hfst 6 par 3.1.

[127] Vol III Deel 7 par 9.7.1 asook par 9.8.1.

is dat die voorsiening wat vir die kinders voorgestel word, bevredigend is;

(d) dat wanneer 'n hof by egskeiding *mero motu* 'n regsverteenwoordiger vir minderjarige kinders aanstel, die koste van sodanige regsverteenwoordiging deur die staat gedra moet word tensy die hof anders gelas.

4.3.4 Die skepping van 'n amp van ‘kindervriend’

Die Hoexterkommissie het ook aanbeveel dat daar gelyktydig met die instelling van die gesinshof ook 'n amp van ‘kindervriend’ vir die Republiek geskep word.[128] Die kindervriend moet regsgekwalifiseerd wees en by die verrigtinge van die gesinshof na die belange van minderjarige en afhanklike kinders omsien. Waar 'n kind se belange in die gedrang kom en die kindervriend van oordeel is dat behoorlike beskerming van die kind se belange dit verg, moet die kindervriend bevoeg wees om regsverteenwoordiging op koste van die staat vir die betrokke kind te reël.[129]

4.4 Kritiek teen die Hoexterkommissie se aanbevelings

Die publikasie van die *Hoexterverslag* het heelwat negatiewe maar ook positiewe kritiek ontlok.

4.4.1 Negatiewe kritiek

Die negatiewe kritiek teen die Hoexterkommissie se aanbevelings is hoofsaaklik gerig teen die daarstelling van 'n gesinshof.

Burman en Rudolph[130] kritiseer byvoorbeeld die aanmeldingsfunksie wat deur die raadgewende diens van die gesinshof verrig moet word. Hulle wys op die gevaar dat

---

[128] Vol III Deel 7 par 9.8.2.

[129] Vol III Deel 7 par 9.8.3.

[130] 1990 *SALJ* 270-272.

> ... if every divorcing couple must be examined at the beginning of the process to see if reconciliation is possible, they will in fact face yet another formality and probably a lengthy delay.[131]

Die skrywers is van mening dat versoeningspogings nie van regsweë op die partye afgedwing moet word nie aangesien sodanige pogings nie deel van die egskeidingsproses uitmaak nie. Hulle sê die egskeidingshof se rol en funksie is bloot

> ... to provide the most accessible, the most efficient, and the least painful system by which the parties may part company.[132]

Scott-MacNab en Mowatt[133] kritiseer verder die gebruik van die begrip *conciliation* in die Engelse teks van die *Hoexterverslag* waar die bemiddelingsfunksie van die gesinshof se raadgewende diens uiteengesit word. Die onderskeid tussen die begrippe 'bemiddeling' en 'konsiliasie' was egter nog nie so duidelik uitgekristalliseer in die tyd toe die *Hoexterverslag* opgestel is nie. Bemiddeling (*mediation*) en konsiliasie (*conciliation*) is dikwels in daardie periode as sinonieme gebruik. Vandag is dit egter duidelik dat die bemiddelingsproses wat die Hoexterkommissie in die vooruitsig gestel het sowel konsiliasie as bemiddeling insluit. Volgens die Kommissie moet die partye eers gehelp word om direk met mekaar te kommunikeer en om hulle emosies uit te pluis – hierdie deel van die proses staan vandag bekend as konsiliasie.[134] Daarna moet die partye gehelp word om geskilpunte deur middel van ooreenkoms op te los – hierdie deel staan weer bekend as bemiddeling.[135]

---

131 Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 270.

132 Burman & Rudolph *op cit* 271. Sien egter hierteenoor die uiteensetting in hfst 6 van die posisie in onderskeidelik Australië en Nieu-Seeland waaruit duidelik blyk dat versoeningspogings wel deel van die regsproses behoort te vorm.

133 1987 *De Jure* 49-51. Sien verder Scott-MacNab 1988 *SALJ* 714-715; Mowatt 1991 *TSAR* 290-294.

134 Sien hfst 4 par 2.3.2.

135 Sien hfst 4 par 2.3.3.

Mowatt[136] wys verder daarop dat die formele struktuur van die gesinshof die belangrikheid van buitegeregtelike bedinging misken. Alhoewel die maatskaplike werkers van die gesinshof hul funksies in 'n gemoedeliker atmosfeer as die Hooggeregshof[137] sal verrig, bly hulle steeds amptenare van die hof en is die bemiddeling wat daar plaasvind hofgebonde.[138] Dit is duidelik dat daar reeds in hierdie periode 'n behoefte aan private[139] en gemeenskapsbemiddeling[140] bestaan het.[141]

Mowatt[142] wys ook op die praktiese probleem van koste. Hy sê:

> ... the cost of purchase, lease or construction of buildings to house such courts as well as the furnishing of them must be taken into account, as must the costs of employing the skilled personnel to staff such courts.

Dit is te betwyfel of Suid-Afrika met sy Derdewêreldstatus hierdie koste sal kan dra.[143] Scott-MacNab en Mowatt[144] spreek verder twyfel uit oor die beskikbaarheid van die groot getal gekwalifiseerde maatskaplike werkers wat diens sal moet verrig by die maatskaplike komponent van die gesinshof. Indien daar wel genoeg gekwalifiseerde maatskaplike werkers sou wees om by hierdie komponent van die gesinshof te dien, is

---

136 1991 *TSAR* 296.

137 Soos die Hoë Hof toe bekend gestaan het.

138 Sien ook hfst 4 par 3.3.3 en hfst 6 par 4.2.

139 Dit is bemiddeling wat gewoonlik nie hofgebonde is nie en wat deur private individue of instansies verrig word. Sien ook hfst 4 par 3.3.4 hieronder.

140 Dit is ook bemiddeling wat gewoonlik nie hofgebonde is nie en wat deur gemeenskapsgebaseerde organisasies verrig word. Sien ook hfst 4 par 3.3.5 hieronder.

141 Sien ook par 6 hieronder.

142 1991 *TSAR* 295-296.

143 Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 274; Van Heerden & Clark 1995 *SALJ* 150. Sien verder hfst 6 par 3.1.

144 1988 *TSAR* 46.

dit te betwyfel, meen hulle, of net hierdie geslote groep maatskaplike werkers bevoeg sal wees om die verskeidenheid probleme van Suid-Afrika se heterogene bevolking te hanteer. Die moontlikheid van *ad hoc*-aanstellings in besondere gevalle behoort egter hierdie probleem die hoof te bied.

Verder wys Mowatt[145] daarop dat die skepping van 'n gesinshof op 'n verdere vermenigvuldiging van spesialishowe in Suid-Afrika neerkom. Die daarstelling van nog 'n spesialishof sê hy

> ... creates any number of systems of jurisdiction, sets of procedures, ranges of remedies and, most importantly, different kinds of justice.

Dit blyk egter dat die Hoexterkommissie wel die moontlike nadelige gevolge van verskillende spesialishowe oorweeg het,[146] en desnieteenstaande besluit het dat die voordele verbonde aan die skepping van 'n verdere spesialishof vir die beregting van gesinsaangeleenthede swaarder weeg as die nadele waarop Mowatt wys.

4.4.2 Positiewe kritiek

Die *Hoexterverslag* verleen in die eerste plek erkenning aan die belangrike rol wat lede van professies in die sosiale en gedragswetenskappe in die egskeidingproses te speel het. Lind[147] stel dit soos volg:

> They [social workers] would have been the backbone of the social component and an indispensible part of the court component.

---

145 1991 *TSAR* 296.

146 *Hoexterverslag* Vol I Deel 2.

147 1989 *Businessman's Law* 152.

Hoffmann[148] wys verder daarop dat die Hoexterkommissie se aanbevelings in verband met die daarstelling van 'n gesinshof heelwat nadenke en bespreking onder beroepslui in die regswetenskap en lede van professies in die sosiale gedragswetenskappe voortgebring het. Gesien in die lig van die swak verhouding wat na die inwerkingtreding van die Wet op Egskeiding tussen lede van hierdie twee groepe bestaan het,[149] is hierdie gevolg van die Hoexterkommissie se aanbevelings van onskatbare waarde.[150]

Scott-MacNab[151] wys ook daarop dat die *Hoexterverslag* die soeklig in Suid-Afrika op egskeidingsbemiddeling geplaas het. Baie prokureurs, advokate, regters, sielkundiges en maatskaplike werkers is vir die eerste maal bewus gemaak van die bestaan van bemiddeling as 'n sosio-regsinstelling.[152]

Al het ons wetgewer tot dusver slegs in baie beperkte mate erkenning aan die Hoexterkommissie se aanbevelings[153] verleen, het die *Hoexterverslag* tog 'n belangrike rol in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg gespeel. Die nadelige gevolge van die adversatiewe stelsel van litigasie is amptelik aan die kaak gestel en egskeidingsbemiddeling is as alternatief daarvoor bekend gestel.

5 Die wetgewer se reaksie op die Hoexterkommissie se aanbevelings

---

148 1989 *Social Work* 105.

149 Sien par 3.2.5 hierbo.

150 Die beter verhouding tussen regslui en lede van professies in die sosiale en gedragswetenskappe behoort sommige van die nadelige gevolge van die adversatiewe stelsel van litigasie uit te skakel.

151 1988 *SALJ* 726.

152 ‘n Mens moet egter daarop wys dat die idee en beginsels van bemiddeling reeds in daardie stadium toegepas is deur 'n groot aantal organisasies wat huweliksleiding en -berading verskaf het. Sien par 6 hieronder hieroor.

153 Die mate waarin die wetgewer tot dusver erkenning verleen het aan die Hoexterkommissie se aanbevelings word in par 5.1 hieronder uiteengesit.

5.1 Algemeen

In antwoord op die Hoexterkommissie se aanbevelings oor die daarstelling van 'n gesinshof en oor die wysiging van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 het die Departement van Justisie aanvanklik twee wetsontwerpe gepubliseer, naamlik die Wetsontwerp op Gesinshowe 62 van 1985 en die Wysigingswetsontwerp op Egskeiding 63 van 1985. Nie een van hierdie wetsontwerpe is egter op die wetboek geplaas nie. Daar sal later in hierdie afdeling kortliks aandag gegee word aan die bepalings van hierdie twee wetsontwerpe en die redes vir die verwerping daarvan.

Daarna het die wetgewer die Hoexterkommissie se aanbevelings oor die skepping van die amp van 'n 'kindervriend' wesenlik vervat in die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987. Hierdie Wet het op 1 Oktober 1990 in werking getree en word breedvoerig ontleed en bespreek in hoofstuk 3 waar die regsposisie ná die inwerkingtreding van die Wet uiteengesit word.

Verdere wetsontwerpe en wette wat na die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede in reaksie op die Hoexterkommissie se aanbevelings gepubliseer is, is die Wysigingswetsontwerp op Egskeiding 40 van 1992,[154] die Wysigingswet op Landdroshowe 120 van 1993 en die Wysigingswet op Egskeidingshowe 65 van 1997. Hierdie wetsontwerpe en wette word ook kortliks bespreek in hoofstuk 3 waar die regsposisie na die inwerkingtreding van die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede uiteengesit word.

5.2 Die Wetsontwerp op Gesinshowe 62 van 1985

Die Hoexterkommissie se aanbevelings oor die daarstelling van 'n gesinshof met omvattende jurisdiksie ten opsigte van alle gesinsaangeleenthede[155] is wesenlik in die Wetsontwerp op Gesinshowe aanvaar. Hierdie Wetsontwerp het gevolglik voorsiening

---

[154] Gepubliseer vir kommentaar in GK 513 *SK 13297* op 14 Junie 1991.

[155] Die Hoexterkommissie se aanbevelings oor die daarstelling van 'n gesinshof word in par 4.3.1 hierbo uiteengesit.

gemaak vir die instelling van 'n bemiddelingsdiens wat deur die maatskaplike komponent van die gesinshof gelewer sou word. Die Wetsontwerp is egter deur 'n parlementêre subkomitee verwerp omdat die komitee van mening was dat die infrastruktuur wat deur die Wetsontwerp in die vooruitsig gestel is te hoë eise ten aansien van werkkrag en koste gestel het.

5.3 Die Wysigingswetsontwerp op Egskeiding 63 van 1985

Die meeste van die Hoexterkommissie se aanbevelings oor die wysiging van die Wet op Egskeiding[156] is in die Wysigingswetsontwerp op Egskeiding aanvaar. Hierdie Wysigingswetsontwerp het onder andere daarvoor voorsiening gemaak dat 'n egskeidingsbevel op grond van die onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik slegs verleen kan word nadat al twee die partye in die hof getuig het. Verder moes daar in elke egskeidingsaak waar minderjarige of afhanklike kinders betrokke is 'n verslag van 'n geregistreerde maatskaplike werker voor die hof gelê word oor die voorsiening wat vir die welsyn van sodanige kinders gemaak is. Die Wysigingswetsontwerp op Egskeiding 63 van 1985 is egter ook deur 'n parlementêre subkomitee verwerp as gevolg van die feit dat die verskillende afdelings van ons huidige Hoë Hof doodeenvoudig nie die tyd sou hê om by elke egskeidingsaak na die getuienis van sowel die eiser as die verweerder te luister nie.[157] 'n Verdere rede vir die verwerping van die Wysigingswetsontwerp is ook 'n tekort aan professionele en administratiewe personeel.[158] Schäfer[159] wys verder daarop dat dit alombekend is dat die voorbereiding van welsynsverslae baie lank kan duur

> ... so that a potentially or actually adverse situation might continue to operate to

---

[156] Die Hoexterkommissie se aanbevelings oor die wysiging van die Wet op Egskeiding word in par 4.3.3 hierbo uiteengesit.

[157] Loots 1985 *De Rebus* 572.

[158] Loots 1985 *De Rebus* 572 vra gevolglik die vraag of daar genoeg maatskaplike werkers sal wees om die groot aantal verslae wat vereis word, voor te berei.

[159] 1988 *THRHR* 299.

> the disadvantage of the children for longer than is desirable.

Hy sê ook:[160]

> In addition, one is also mindful of the limited welfare staff resources and the commonly voiced complaint about the lack of experience of welfare officers.

Hahlo noem hierdie Wysigingswetsontwerp 'n "bad bill" en sê:[161]

> All it will achieve is to make divorce more complicated, longer drawn-out, clogging the courts, and more expensive, both for the state and the parties.

Dit is dus duidelik dat daar na ander alternatiewe gesoek moes word om die besware teen die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg uit die weg te ruim.

6 Sprake van buitegeregtelike bemiddeling ná 1979

Scott-MacNab en Mowatt[162] wys daarop dat egskeidingsbemiddeling 'n natuurlike gevolg van die invoering van skuldlose egskeiding is. As mense self oor die beëindiging van hulle huwelik kan besluit, wil hulle ook self oor die gevolge van sodanige beëindiging besluit.[163] Hulle is trouens ook weens hulle intieme kennis van die omstandighede die beste toegerus om regtig sinvolle besluite oor hierdie aangeleenthede te maak. Dit is waarskynlik om hierdie rede dat gesinsbemiddeling alreeds 'n geruime tyd voor die publikasie van die *Hoexterverslag* deur gesinsberadingsorganisasies soos FAMSA

---

160 *Ibid*.

161 1984 *SALJ* 706, 707.

162 1987 *De Jure* 42.

163 Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 322.

(*Family and Marriage Society of South Africa*)[164] beoefen word. Hierdie organisasies het in der waarheid die baanbrekerswerk vir egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika gedoen.[165]

Burman en Rudolph[166] argumenteer verder dat bemiddeling in die een of ander vorm ook reeds in ons formele egskeidingsproses teenwoordig was voor die amptelike bekendstelling van egskeidingsbemiddeling in die *Hoexterverslag*. Dit is net nie as sodanig erken nie. Hulle beweer onder andere dat bemiddeling in hierdie periode deur onderhoudsbeamptes in die onderhoudshowe, deur klerke in die swart egskeidingshowe, deur beamptes van die plaaslike behuisingsrade en ook deur die partye se onderskeie prokureurs beoefen is. Burman en Rudolph se argument onderskraag dus die gedagte dat egskeidingsbemiddeling 'n natuurlike gevolg van die invoering van skuldlose egskeidings is.

7 Gevolgtrekking

Uit bostaande is dit dus duidelik dat die groter vryheid wat skuldlose egskeiding vir die egskeidingspartye meegebring het 'n ernstige behoefte aan 'n nuwe stelsel van dispuutbeslegting by egskeiding in Suid-Afrika laat ontstaan het. Mense is doodeenvoudig nie meer tevrede met die wyse waarop die adversatiewe stelsel van litigasie die egskeidingsproses laat verloop nie. Hulle wil self oor die beëindiging van hulle huwelik en oor die gevolge van sodanige beëindiging kan besluit.[167] Scott-MacNab en Mowatt kom tot die volgende gevolgtrekking in hierdie verband:[168]

---

164 Scott-MacNab 1988 *SALJ* 709, 713.

165 Sien verder hfst 4 par 4.2.3.

166 1990 *SALJ* 253-268.

167 Sien par 6 hierbo.

168 1987 *De Jure* 42-43.

> It seems therefore, that with greater freedom, a substitute has to be found to replace judicial control and ordering.

Dit is verder ook duidelik dat die adversatiewe stelsel nie daarin slaag om die onderliggende probleme van egskeiding op te los nie.[169] Die regsproses beëindig net die huweliksband tussen die partye, maar ondervang nie al die probleme wat die ontbinding van die huwelik tot gevolg kan hê nie. Baie van die gewese gades, die kinders en moontlike ander belanghebbendes se probleme ontstaan juis eers by die verlening van die egskeidingsbevel.

Trengove[170] sê gevolglik:

> To sum up. If we want to mitigate "the conflict and emotion with which divorce proceedings are fraught", it is not sufficient to merely eliminate the guilt principle, we must also restructure our system of procedure.

Uit die ervaring in ander lande[171] wil dit voorkom of egskeidingsbemiddeling die enigste wyse is waarop verligting in hierdie verband gebring kan word.[172] In hierdie hoofstuk is ook daarop gewys dat egskeidingsbemiddeling in die praktyk 'n natuurlike gevolg van die invoering van skuldlose egskeiding was.[173] Verder is egskeidingsbemiddeling reeds in geringe mate ná 1979 informeel gebruik om die ongunstige gevolge van die

---

169 Sien par 3.3 hierbo.

170 1984 *De Rebus* 356. Sien verder Winks 1980-81 *Journal of Family Law* 620-621.

171 Sien veral hfst 5.

172 Cohen 1993 *De Rebus* 642 ondersoek ook die moontlikheid om arbitrasie by die beslegting van geskille rondom egskeiding in te span. Sien ook Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 320-322 en die Amerikaanse gesag aldaar aangehaal. Aangesien die arbiter by arbitrasieverrigtinge 'n bevinding oor die tersaaklike geskille maak en die partye self nie die geleentheid het om oplossings vir hulle probleme te vind nie, voldoen arbitrasie myns insiens nie aan die eise van ons moderne samelewing nie. Sien verder hfst 4 par 2.4 in hierdie verband.

173 Sien par 6 hierbo.

adversatiewe stelsel van litigasie te versag. Dit was egter veral die Hoexterkommissie wat die waarde van egskeidingsbemiddeling as metode om die probleme van egskeiding op te los, amptelik erken het.[174] ‘n Mens kan dus met veiligheid sê dat egskeidingsbemiddeling vandag 'n feit is waaraan ons reg erkenning moet verleen om met die werklikheid tred te hou.

Die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg vereis derhalwe dat daar 'n weg gevind moet word om alle aspekte van egskeidingsbemiddeling in 'n sosio-regstelsel te akkommodeer.[175] In die hoofstukke wat volg, word die moontlike weë waarop dit bewerkstellig kan word verder ondersoek.

---

[174] Sien par 4 hierbo. Sien verder Scott-MacNab 1988 *SALJ* 710.

[175] Mowatt 1988 *TSAR* 55 sê bv: "What is needed is a process which is in sympathy with the current and future societal expectations which have been created by the enactment of the Divorce Act of 1979."