

## **HOOFSTUK 4**

### **DIE AARD EN TOEPASSING VAN HEDENDAAGSE**

### **EGSKEIDINGSBEMIDDELING**

#### **1 Inleiding**

In die vorige twee hoofstukke is die tekortkominge van die Suid-Afrikaanse egskeidingsreg en meer spesifiek die nadelige gevolge van die adversatiewe stelsel van litigasie uiteengesit. Die afgelope drie dekades het die ontevredenheid van die publiek met die adversatiewe stelsel van litigasie in die algemeen ook toenemend na vore gekom. Dit blyk in die eerste plek dat die reg vir die meeste mense in Suid-Afrika ontoeganklik en onbekostigbaar is.<sup>1</sup> Die dominante Westerse regstelsel word steeds deur 'n groot deel van die bevolking as 'n onderdrukkingsmeganisme beskou.<sup>2</sup> Daar is ook getuienis dat die deursneemers die prosedure wat in die Howe gevolg word as misleidend en onverstaanbaar beskou.<sup>3</sup> Verdere klagtes wat hofprosedure betref, is dat dit te formeel, te uitgerek, te konfronterend en te traumatis is<sup>4</sup> – veral vir mense wat deur huweliks- of gesinsverbrokkeling in die gesig gestaar word.<sup>5</sup> Daarbenewens vereis die moderne man en vrou groter vryheid en outonomie – hulle wil self die besluite neem oor aangeleenthede wat hulle direk raak.<sup>6</sup> Mense is doodeenvoudig nie meer tevrede met paternalistiese uitsprake wat deur die Howe op hulle afgedwing word nie. In die

<sup>1</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 44; Cohen 1992 *De Rebus* 126; SA Regskomm *ADR* 3-4; Brand in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 2.

<sup>2</sup> SA Regskomm *ADR* 4.

<sup>3</sup> Brand in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 6.

<sup>4</sup> Mowatt 1988 *SALJ* 315-317; Scott-MacNab 1989 *De Rebus* 211; Brown 1994 *De Rebus* 64; Goldberg 1995 *THRHR* 277; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 873; Brand in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 6-8.

<sup>5</sup> Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 73.

<sup>6</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 322, 324; Mowatt 1988 *SALJ* 317; Cohen 1992 *De Rebus* 126; Moodley 1994 *CILSA* 44.

regsliteratuur word hierdie moderne tendens ‘*private ordering*’ genoem.<sup>7</sup>

‘n Verdere argument ten gunste van ‘*private ordering*’ by spesifieke egskeiding is dat die partye weens hulle intieme kennis van die betrokke omstandighede die beste toegerus is om die belangrike besluite te neem wat by egskeiding geneem moet word.<sup>8</sup>

Dit is gevvolglik duidelik dat die tyd vir ‘n nuwe of alternatiewe benadering tot die beslegting van geskille binne die familieregtelike konteks aangebreek het.<sup>9</sup> In hierdie hoofstuk val die soeklig eerstens, in die breë, op alternatiewe dispootbeslegting en tweedens, in besonderhede, op egskeidingsbemiddeling. Laastens word aangetoon hoe egskeidingsbemiddeling tans in Suid-Afrika toegepas word.

## **2 Alternatiewe dispootbeslegting**

### **2.1 Betekenis van die begrip ‘alternatiewe dispootbeslegting’**

Die begrip ‘alternatiewe dispootbeslegting’ (in Engels beter bekend as ‘*alternative dispute resolution*’ of net afgekort tot ‘ADR’) omvat basies alle vorme van dispootbeslegting wat nie op litigasie of beregting deur die howe neerkom nie.<sup>10</sup> Dit sluit ‘n wye verskeidenheid meganismes en prosesse in wat ontwerp of ontwikkel is om partye behulpsaam te wees met die effektiewe en kreatiewe oplossing van geskille, hetsy binne of buite die regstelsel. Die aard van ‘n geskil sal egter bepaal watter een van

<sup>7</sup> Mnookin & Kornhauser 1979 *Yale Law Journal* 952-958; Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 43; Mowatt 1987 *De Rebus* 612; Bridge 1997 *New Zealand Universities Law Review* 231.

<sup>8</sup> Mnookin & Kornhauser 1979 *Yale Law Journal* 958; Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 650; Hoffmann 1989 *Social Work* 107; Dorf, Hendler & Alion 1995 *Maryland Bar Journal* 22. Sien ook parr 3.2.1 en 3.5.2 hieronder.

<sup>9</sup> Mowatt 1987 *De Rebus* 612; Scott-MacNab 1989 *De Rebus* 213.

<sup>10</sup> SA Regskomm *ADR* 3.

hierdie meganismes of prosesse aangewend behoort te word vir die oplossing daarvan.<sup>11</sup> In alternatiewe dispootbeslegting moet daar dus telkens eers bepaal word watter meganisme of proses die gesikste sal wees vir die oplossing van 'n spesifieke geskil. Sommige praktisyns wat alternatiewe dispootbeslegting beoefen, verkies gevvolglik die Engelse begrip '*appropriate dispute resolution*' bo die begrip '*alternative dispute resolution*'.<sup>12</sup> 'n Direkte vertaling hiervoor is seker 'gesikte' dispootbeslegting'.

Dit blyk verder dat alternatiewe dispootbeslegting nie ontwerp of ontwikkel is om beregting deur die howe geheel en al uit te skakel nie, maar eerder om dit aan te vul.<sup>13</sup> 'Addisionele dispootbeslegting' is dus ook 'n term wat gebruik kan word om die verskeidenheid meganismes en prosesse wat as alternatiewe dispootbeslegting bekend staan, te omskryf. Die begrip 'alternatiewe dispootbeslegting', en veral die Engelse ekwivalent daarvan, is egter reeds geykte terme wat as sodanig in die sosio-regskultuur in Suid-Afrika aanvaar is. In teenstelling hiermee is die begrip 'alternatiewe dispootbeslegting' die afgelope paar jaar in Australië in wetgewing deur die term '*primary dispute resolution*' vervang.<sup>14</sup> Partye word dus in Australië aangemoedig om nie voor die voet hulle geskille na die howe te neem nie, maar om eerstens van alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes gebruik te maak om hulle geskille op te los.<sup>15</sup>

## 2.2 Die doelwitte en aard van alternatiewe dispootbeslegting

Die belangrikste doelwit van alternatiewe dispootbeslegting is om geskille op 'n

<sup>11</sup> In par 2.3 hieronder word die verskillende meganismes en procedures wat as alternatiewe dispootbeslegting bekend staan, bespreek.

<sup>12</sup> Faris 1994 *De Jure* 338-339 en *Theory and Principles of ADR* 26-27; SA Regskomm *ADR* 3.

<sup>13</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 135; SA Regskomm *ADR* 3.

<sup>14</sup> Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 55. Sien ook hfst 5 par 2.3.1.

<sup>15</sup> Sien hfst 5 par 2.3.1.1.

effektiewer wyse as deur middel van litigasie op te los.<sup>16</sup> Anders as by litigasie val die klem in alternatiewe dispootbeslegting nie op die reg of die regte van die betrokke partye nie, maar eerder op die bereiking van 'n skikkingsooreenkoms wat deur die betrokke partye as die regverdigste oplossing van die dispoot tussen hulle beskou word.<sup>17</sup> Hierdie vernaamste aspek van alternatiewe dispootbeslegting word treffend deur die volgende analogie geïllustreer:<sup>18</sup>

Two parties walk into a room where there is an orange on the table. Both parties want the orange. One course of resolution would be to give only one party the orange, creating a win/lose situation, and resentment on the part of the loser. Another course to take would be for neither party to take the orange, creating a lose/lose situation. The third course – and the most common among lawyers – would be compromise. In other words, cutting the orange in half – which is a part-win/lose situation for each party. You could [however] discover that there are more creative solutions than cutting the orange in half – which give both clients a win/win solution. For example, one party may have wanted the peel to make marmalade, while the other wanted the flesh to eat. By cutting the orange in half, neither party really got what they wanted, which they could have had had their motives been determined.

Ander belangrike doelwitte van alternatiewe dispootbeslegting is om die oorlading van die howe te verlig, om die reg meer toeganklik vir die gewone mens te maak en om die gemeenskap by dispootbeslegtingsprosedures te betrek.<sup>19</sup> Ten einde hierdie doelwitte te bereik, sluit alternatiewe dispootbeslegting minder formele, minder uitgerekte, meer buigsame en goedkoper prosedures in waarin die partye self en die gemeenskap die

<sup>16</sup> SA Regskomm *ADR* 7-8.

<sup>17</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 55-56.

<sup>18</sup> David 1990 *Law Institute Journal* 68.

<sup>19</sup> SA Regskomm *ADR* 7-8.

belangrikste rolspelers is.<sup>20</sup> By alternatiewe dispootbeslegting word dus groter klem op menseverhoudings en op persoonlike waardes geplaas.<sup>21</sup>

### 2.3 Vorme van alternatiewe dispootbeslegting

Die algemeenste vorme van alternatiewe dispootbeslegting is onderhandeling, konsiliarie, bemiddeling en arbitrasie. Pretorius<sup>22</sup> noem hierdie prosesse die primêre alternatiewe dispootbeslegtingsprosesse.<sup>23</sup> Ander minder bekende vorme van alternatiewe dispootbeslegting wat Pretorius as hibridiese vorme tipeer,<sup>24</sup> sluit in aangepaste skikkingskonferensies, miniverhore, neutrale evaluasies, summiere jurieverhore, huur-'n-regter-prosedures en bemid-arb of arb-bemid. Al hierdie vorme van dispootbeslegting is in mindere of meerder mate minder formeel en meer privaat as beregting deur die howe. Hieronder word die belangrikste eienskappe van elkeen van hierdie dispootbeslegtingsmetodes baie kortlik uiteengesit.

#### 2.3.1 Onderhandeling (*negotiation*)

Buite die veld van die arbeidsreg, waar die proses bindend en formeel is, is onderhandeling in die algemeen 'n informele, niebindende proses waarin twee of meer partye, met of sonder hulleregsverteenvoordigers, probeer om deur direkte kommunikasie 'n gesamentlike, wedersyds aanvaarbare besluit te neem oor aangeleenthede wat hulle direk raak en waaroor hulle op die oomblik nie saamstem

<sup>20</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 51.

<sup>21</sup> Mowatt 1988 *SALJ* 716.

<sup>22</sup> In *CLE*-kongresbundel *ADR* (vol 2) Bylae ("ADR roadmap").

<sup>23</sup> Sien ook Faris *Theory and Principles of ADR* 49 wat slegs onderhandeling, bemiddeling en arbitrasie as primêre alternatiewe dispootbeslegtingsprosesse tipeer en nie ook konsiliarie nie.

<sup>24</sup> Pretorius in *CLE*-kongresbundel *ADR* (vol 2) Bylae ("ADR roadmap"). Sien ook Faris *Theory and Principles of ADR* 233, 236-239.

nie.<sup>25</sup> Dit is verder 'n baie private, 'n vrywillige en 'n konsensuele proses waarin die partye self die gang van die proses bepaal en waarin geen sprake van fasilitering deur 'n derde party is nie.<sup>26</sup> Faris<sup>27</sup> meld gevolglik dat onderhandeling geheel en al 'n subjektiewe proses is waarin die partye nie noodwendig gelyke bedingingsmagte het nie.

### 2.3.2 Konsiliasie en berading

Die begrippe 'konsiliasie' en 'bemiddeling' word dikwels in die regsliteratuur as sinonieme gebruik.<sup>28</sup> Daar is egter 'n verskil tussen die twee begrippe.<sup>29</sup> Bemiddeling is 'n tweeledige proses waarvan konsiliasie 'n integrale deel uitmaak.<sup>30</sup> Konsiliasie is dus deel van bemiddeling, maar dit kan nie aan bemiddeling gelyk gestel word soos dikwels wel gedoen word nie.

Die woord '*conciliation*' word in die *Oxford English Dictionary* omskryf as "... a conversion from a state of hostility or distrust; the promotion of goodwill by kind and considerate measures; the exhibition of a spirit of amity, practice of conciliatory measures".

Konsiliasie is dus 'n terapeutiese, sosiologiese proses.<sup>31</sup> Dit vind plaas wanneer 'n onpartydige derde persoon, wat deur die partye ingeroep is om skikkings-

<sup>25</sup> Gifford *Legal Negotiation Theory and Application* 3; Pretorius in CLE-kongresbundel *ADR* (vol 2) Bylae ("ADR roadmap").

<sup>26</sup> Pretorius in CLE-kongresbundel *ADR* (vol 1) 7; Faris 1994 *De Jure* 336.

<sup>27</sup> 1994 *De Jure* 336.

<sup>28</sup> Sien bv die vyfde en finale verslag van die Hoexterkommissie (RP78/1983) Vol III Deel IV wat in hfst 2 par 5 bespreek word.

<sup>29</sup> Mowatt 1988 *SALJ* 715-716.

<sup>30</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 50-51. Sien verder par 2.3.3 hieronder.

<sup>31</sup> Mowatt 1991 *TSAR* 291.

onderhandelinge tussen hulle te fasiliteer, afsonderlik met die partye gesprek voer om hulle emosioneel voor te berei om weer direk met mekaar te kommunikeer.<sup>32</sup> Dit is ‘n informele proses wat voor en tydens die bemiddelingsproses aangewend word om opponerende partye se persepsies te korrigaat, om onredelike vrese uit die weg te ruim en om sinvolle kommunikasie op te bou.<sup>33</sup>

Konsiliاسie moet egter van rekonsiliاسie in familieregtelike konteks onderskei word.<sup>34</sup> In teenstelling met rekonsiliاسie sluit konsiliاسie gewoonlik nie pogings in om partye met mekaar te versoen nie. Konsiliاسie behels gewoonlik dus slegs pogings om die bitterheid en vyandigheid wat tussen partye mag bestaan, te temper sodat onderhandelinge in ‘n minder offensiewe en meer gemoedelike atmosfeer kan plaasvind.<sup>35</sup> Dit kan egter seker wel gebeur dat die konsiliاسieproses tot die versoening van strydende gades lei.

Die begrippe ‘konsiliاسie’ en ‘berading’ (*‘counselling’*) word ook dikwels in die regsliteratuur as sinonieme gebruik. Berading stem in baie opsigte met konsiliاسie ooreen en word trouens in sommige jurisdiksies aan konsiliاسie gelyk gestel.<sup>36</sup> Berading is ook ‘n terapeutiese, sosiologiese proses wat mense op emosionelevlak help en/of verander om probleme, spanning of krisisse in hulle lewens te hanteer en te verwerk.<sup>37</sup> Aangesien mense probleme, spanning of krisisse in alle aspekte van hulle lewens kan ervaar, bestaan daar uiteraard baie verskillende vorme van berading. Wat die familiereg betref, is daar byvoorbeeld huweliksberading wat daarop gerig is om individue of

<sup>32</sup> SA Regskomm *ADR* 12; Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 50.

<sup>33</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 50-51.

<sup>34</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 716.

<sup>35</sup> Stewart *A-Z of Counselling* 81; Mowatt 1991 *TSAR* 290.

<sup>36</sup> In hfst 5 par 3.2.1 word aangetoon dat beradingsdienste wat deur die Nieu-Seelandse gesinshof aangebied word as ‘n uitbreiding van die idee van konsiliاسie beskou word. Met verwysing na die begrippe ‘*conciliation*’ en ‘*counselling*’ sê Adams ea *Family Law Service* par 2.1 bv dat “[t]hose terms are not mutually exclusive”. Volgens hulle sluit die een begrip dus nie die ander een uit nie.

<sup>37</sup> Street *Counselling for Family Problems* 26-37, 107.

paartjies vir die huwelik voor te berei of om hulle te help om gedurende die huwelik aanpassings te maak ten einde hulle verhouding in stand te hou of te verbeter;<sup>38</sup> gesinsberading wat daarop gerig is om die verhoudings tussen gesinslede in stand te hou of te verbeter; kinder- en adolescентberading wat spesifiek toegespits is op die oplossing van die probleme wat kinders en adolescентe in krisistye ervaar; en berading vir gades wat huweliks- en gesinsverbrokkeling in die gesig staar ten einde hulle en hulle kinders te help om by die gevolge van huweliks- en gesinsverbrokkeling aan te pas. Berading is dus eintlik 'n wyer begrip as konsiliاسie en sluit ook pogings tot rekonsiliاسie in. Uit 'n regsoogpunt bestaan daar egter geen ernstige besware teen die gebruik van die begrippe 'konsiliاسie' en 'berading' as uitruilbare terme nie.

Vir sover konsiliاسie en/of berading die oplossing van geskille tot gevolg het, kan hierdie prosesse as 'n afgeleide vorm van alternatiewe dispootbeslegting beskou word. Daar moet egter in gedagte gehou word dat hierdie prosesse nie altyd die oplossing van geskille ten doel het nie, maar soms bloot die aanvaarding en/of die verwerking van geskille en ander probleme.

### 2.3.3 Bemiddeling (*mediation*)

Soos reeds hierbo aangedui,<sup>39</sup> is bemiddeling 'n tweeledige proses waarvan konsiliاسie 'n baie belangrike deel uitmaak. Sodra die betrokke partye deur middel van die konsiliاسieproses georiënteer is om objektief en rasioneel met mekaar te kommunikeer, kan bespreking van die spesifieke geskille tussen hulle begin of hervat word.<sup>40</sup> Partye beland egter in die bemiddelingsproses omdat hulle eie pogings om die geskille tussen hulle op te los, misluk het. Die partye is dus van mening dat hulle nie die konflik tussen hulle op hulle eie kan hanteer nie en dat hulle die bystand van 'n onpartydigde derde persoon, 'n bemiddelaar, nodig het om skikkingsonderhandelinge tussen hulle te

<sup>38</sup> Johnson *Marriage Counselling* 2-3.

<sup>39</sup> Sien par 2.3.2 hierbo.

<sup>40</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 50.

fasiliteer.<sup>41</sup> Deur die gebruikmaking van spesifieke tegnieke en strategieë<sup>42</sup> help die bemiddelaar dan die partye om die geskilpunte tussen hulle op 'n sistematiese wyse te isoleer, om verskillende opsies vir die oplossing van die geskilpunte te ontwikkel, om alternatiewe te oorweeg en om uiteindelik 'n skikkingssooreenkoms te bereik wat aan die partye se eie unieke behoeftes voldoen.<sup>43</sup> Bemiddeling is egter steeds 'n konsensuele proses waarin die betrokke partye self die besluite oor die oplossing van hulle geskille neem en waarin die bemiddelaar slegs die onderhandelinge tussen hulle fasiliteer.<sup>44</sup>

Bemiddeling is dus 'n private, informele proses<sup>45</sup> wat erkenning verleen aan die feit dat die gevoelens van die partye net so 'n belangrike aspek as die regssaspekte van die geskilpunte tussen hulle is.<sup>46</sup> Vir sover die bemiddelaar die partye help om alle opsies en alternatiewe te ondersoek, laat die bemiddelingsproses ook baie meer ruimte vir buigsaamheid en kreatiwiteit toe.<sup>47</sup>

### 2.3.4 Arbitrasie

Arbitrasie is 'n meer formele proses waarin die partye hulle geskilpunte vir beslegting

<sup>41</sup> Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 65; Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 8.

<sup>42</sup> Sien par 3.4 hieronder.

<sup>43</sup> Goldberg 1998 *TSAR* 748.

<sup>44</sup> Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 8; Scott-MacNab 1988 *SALJ* 715; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1319, Greatbatch & Dingwall 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 174.

<sup>45</sup> Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 2) Bylae ("ADR roadmap"); Goldberg 1996 *TSAR* 367.

<sup>46</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 315.

<sup>47</sup> Cohen 1992 *De Rebus* 126; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 893. Sien ook par 3.2.6 hieronder.

na 'n onpartydige, kundige derde persoon verwys.<sup>48</sup> In teenstelling met onderhandeling, konsiliasie en bemiddeling is arbitrasie dus nie 'n konsensuele proses nie, maar eerder 'n opdragproses. In arbitrasie neem die partye gevvolglik nie self die besluite oor die oplossing van die geskilpunte tussen hulle nie. Die partye kan egter wel kies wie hulle as arbiter of arbiters wil aanstel, watter arbitrasiereëls die arbiter moet toepas, watter geskilpunte hul aan arbitrasie wil onderwerp, asook waar en wanneer die arbitrasieverrigtinge moet plaasvind. In hierdie sin het die partye tog in 'n mate beheer oor die besluitnemingsproses.<sup>49</sup> Die arbiter(s) se beslissing van die geskilpunte, wat soos in litigasie gemaak word op grond van die getuenis en argumente wat die onderskeie partye aanbied, is gewoonlik bindend,<sup>50</sup> tensy die partye vooraf ooreengekom het dat die arbiter(s) se beslissing slegs adviserend sal wees.<sup>51</sup> Arbitrasie is dikwels 'n aantreklike alternatief vir partye wat hulle nie tot die streng, formele howe wil wend nie, maar wat eerder hulle geskilpunte vinniger, goedkoper en privaat wil laat besleg.<sup>52</sup>

### 2.3.5 Aangepaste skikkingskonferensies (*moderated settlement conferences*)

Volgens hierdie hibridiese vorm van alternatiewe dispootbeslewing kry elke party, met of sonder regstervanteenwoordigers, die geleentheid om sy of haar saak voor 'n paneel van

<sup>48</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 137; Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 9.

<sup>49</sup> Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 2) Bylae ("ADR roadmap"). Daar bestaan verder ook verskeie afgeleide vorme van arbitrasie, soos versnelde arbitrasie (*fast track arbitration*) en arbitrasie slegs op grond van dokumente (*documents-only arbitration*) wat die partye kan aanwend om die verrigtinge in groter mate by hulle eie, unieke, wedersydse behoeftes aan te pas.

<sup>50</sup> Ig a 31 van die Wet op Arbitrasie 42 van 1965 kan 'n arbitrasietoekenning soos 'n hofbevel afgedwing word.

<sup>51</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 49; Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 9. Sien verder Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 899 wat meld dat niebindende arbitrasie analoog is aan "... gambling with match sticks".

<sup>52</sup> Cohen 1993 *De Rebus* 642; Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 9.

drie of meer kundige, onafhanklike derde partye te stel.<sup>53</sup> Die paneel word aangestel met die doel om die betrokke dispuit te evaluateer en om 'n kundige opinie oor die moontlikheid van realistiese skikkingsonderhandelinge tussen die partye uit te spreek. Aangepaste skikkingsonderhandeling is dus 'n niebindende proses, wat in die praktyk dikwels deur onderhandeling of bemiddeling gevolg word.<sup>54</sup>

### 2.3.6 Miniverhore of neutrale evaluasie (*mini-trials*)

Die begrip 'miniverhoor' is 'n misleidende begrip aangesien daar by 'n miniverhoor nie eintlik van 'n verhoor sprake is nie.<sup>55</sup> Die begrip 'neutrale evaluasie' word derhalwe verkies.<sup>56</sup> Ingevolge hierdie proses wat gewoonlik slegs in die korporatiewe wêreld aangewend word, kry elke party die geleentheid om sy of haar saak voor 'n onpartydige, ervare derde persoon te stel. Die onpartydige derde persoon bepaal dan wat die geskilpunte tussen die partye is en poog om vir elke party 'n aanduiding te gee van sy of haar kanse op sukses indien die saak deur die howe bereg sou word. Die doel van 'n miniverhoor is dus om die posisie van die teenkant te beoordeel en om die risiko's van voortgesette litigasie teen 'n moontlike redelike skikking op te weeg.<sup>57</sup> Dit is 'n informele, niebindende proses, maar die onpartydige derde party se bevindinge kan as getuienis in latere litigasie gebruik word.<sup>58</sup>

### 2.3.7 Summiere jurieverhore (*summary jury trials*)

'n Summiere jurieverhoor is 'n meer gestructureerde en formele proses waarin elke party, gewoonlik met hulleregsverteenwoordigers, die geleentheid kry om in 'n redelik

<sup>53</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 48; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 895, 898.

<sup>54</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 48; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 899.

<sup>55</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 48.

<sup>56</sup> Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 58.

<sup>57</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 48.

<sup>58</sup> Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 2) Bylae ("ADR roadmap").

gevorderde stadium van litigasie<sup>59</sup> sy of haar saak opsommenderwys te stel voor ‘n juriepaneel wat deur die griffier van die hof aangewys word.<sup>60</sup> Soos die paneel in aangepaste skikkingskonferensies<sup>61</sup> word die jurie in ‘n summiere jurieverhoor aangestel met die doel om die dispuut tussen die partye te evalueer. Die jurie spreek egter ‘n leke-opinie oor die moontlikheid van realistiese skikkingsonderhandelinge tussen die partye uit.<sup>62</sup> ‘n Summiere jurieverhoor is dus ‘n niebindende proses, wat net voor die verhoor van ‘n saak ingestel word as ‘n laaste poging om onderhandeling of bemiddeling tussen die partye te inisieer.

### 2.3.8 Huur-‘n-regter-prosedures

Huur-‘n-regter prosedures staan ook as private beregting bekend. Dit vind plaas wanneer die partye ‘n onpartydige derde party, wat ‘n voormalige regter of ‘n regspraktisyne moet wees,<sup>63</sup> aanwys om geskilpunte tussen hulle te beslis. Dit is ‘n bindende en formele proses wat ooreenkomsdig statutêre hofreëls afgehandel word. Die proses is darem minder formeel as litigasie, aangesien dit meer buigsaam is ten aansien van aspekte soos tyd, plek en prosedures.<sup>64</sup>

### 2.3.9 Bemid-arb en arb-bemid (*med-arb* en *arb-med*)

<sup>59</sup> Volgens Rogers & Palmer 2000 *St Mary’s Law Journal* 896 word summiere jurieverhore eers ingestel nadat formele blootleggingsprosedures afgehandel is en die saak gereed is vir verhoor deur die howe.

<sup>60</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 49; Rogers & Palmer 2000 *St Mary’s Law Journal* 895-896.

<sup>61</sup> Sien par 2.3.5 hierbo.

<sup>62</sup> Rogers & Palmer 2000 *St Mary’s Law Journal* 896.

<sup>63</sup> Pretorius in *CLE*-kongresbundel *ADR* (vol 2) Bylae (“ADR roadmap”). In hierdie opsig verskil huur-‘n-regter-prosedures van bindende arbitrasieverrigtinge wat deur enige kundige derde aangehoor kan word. In teenstelling met arbitrasieverrigtinge is huur-‘n-regter-prosedures verder altyd bindend en vatbaar vir appèl of moontlike hersiening deur ‘n verhoorhof.

<sup>64</sup> Pretorius in *CLE*-kongresbundel *ADR* (vol 2) Bylae (“ADR roadmap”).

'n Kombinasie van bemiddeling en arbitrasie wat as 'bemid-arb' bekend staan, het ook tot 'n hibridiese vorm van alternatiewe dispootbeslegting ontwikkel.<sup>65</sup> Bemid-arb is 'n bindende, deurlopende proses waarin die aangestelde bemiddelaar eerstens poog om die partye met die oplossing van hulle geskille by te staan. As die bemiddelingsproses egter onsuksesvol is, verhoor die bemiddelaar die geskille as 'n arbiter en lewer hy of sy 'n bindende uitspraak. 'Arb-bemid', waar die proses net omgekeer word, word ook soms aangewend. Hierdie omgekeerde proses is egter baie ongewoon.

## 2.4 Die gesiktheid van alternatiewe dispootbeslegting by egskeiding en ander gesinsgeskille

Family disputes, especially when a family breaks up, are seen as having certain features suitable to ADR since assertion, submission, and compromise are part of the very dynamics of family living.<sup>66</sup>

Al die vorme van alternatiewe dispootbeslegting wat hierbo bespreek is,<sup>67</sup> is minder formeel, minder ingewikkeld en meer buigsaam as litigasie. Aangesien daar verder 'n natuurlike affiniteit tussen alternatiewe dispootbeslegting en gemeenskapsdispootbeslegting bestaan,<sup>68</sup> vind mense wat skei dikwels die alternatiewe beslegtingsmetodes meer toeganklik as die tradisionele hofprosedures. Hierdie metodes is meestal ook heelwat goedkoper as litigasie.<sup>69</sup> Alternatiewe dispootbeslegtingsprosesse verleen verder groter kontrole aan die partye oor die proses,

<sup>65</sup> Faris *Theory and Principles of ADR* 260-264; Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 138-139; Scott-MacNab 1988 *SALJ* 723; Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 58.

<sup>66</sup> Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 71.

<sup>67</sup> Sien par 2.3 hierbo.

<sup>68</sup> Faris 1996 (April) *Community Mediation Update* 7-8. Gemeenskapsdispootbeslegting word al etlike jare deur stamkapteins, tradisionele genesers, straatkomitees, gemeenskaphowe (*makgotla*) en gemeenskapsadviesentra beoefen. Sien ook parr 3.3.5, 4.1 en 4.2.3 hieronder.

<sup>69</sup> Sien bv par 3.5.1 hieronder mbt bemiddeling.

insluitende die besluitnemingsproses oor aspekte soos die verdeling van bates, die voortgesette onderhoud van kinders of gades en die bewaring van kinders.<sup>70</sup> Aangesien alternatiewe dispootbeslegtingsprosesse, in teenstelling met litigasie, nie op die toekenning van blaam gegrond is nie, maar eerder op probleemoplossing met die oog op die toekomstige verhouding tussen die partye konsentreer, is hierdie prosesse by uitstek geskik om dispute te besleg in situasies waar die partye in 'n deurlopende of langtermynverhouding met mekaar betrokke is.<sup>71</sup>

Alhoewel al die alternatiewe dispootbeslegtingsprosesse seker by egskeiding aanwending kan vind, blyk dit egter uit die regsliteratuur dat bemiddeling die algemeenste en gewildste vorm van alternatiewe dispootbeslegting by egskeiding en ander gesinsdispute is.<sup>72</sup> Die redes hiervoor is veelvuldig. Aangesien konsiliasier 'n integrale deel van die bemiddelingsproses vorm,<sup>73</sup> word opponerende en dikwels verbitterde of emosionele egskeidingspartye in die eerste plek gehelp om sinvol met mekaar te kommunikeer tydens egskeiding en ook daarna. Sodanige verbeterde kommunikasie in die voortgesette verhouding tussen gewese gades het gewoonlik ook 'n helende effek op die kinders wat deur die betrokke egskeiding geraak word. Die onderhandelingsproses, wat as sodanig nie hierdie terapeutiese element insluit nie, is gewoonlik nie 'n werkbare opsie vir egskeidingspartye nie – die aard van 'n egskeiding is helaas sodanig dat die betrokke partye amper deur die bank iemand soos 'n bemiddelaar nodig het om gedurig gemoedere te kalmeer en verkeerde persepsies te korrigier.

Naas onderhandeling, wat soos so pas aangedui op sigself dikwels nie 'n werkbare opsie by egskeiding is nie, verskaf bemiddeling in die tweede plek die meeste

<sup>70</sup> Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 71.

<sup>71</sup> Soos in die geval van 'n dispoot tussen vennote of natuurlik egskeiding. Sien ook Goldberg 1996 *TSAR* 370; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 75.

<sup>72</sup> 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 Journal of Family Law* 67.

<sup>73</sup> Sien parr 2.3.2 en 2.3.3 hierbo.

seggenskap aan egskeidingspartye oor hulle eie sake. In bemiddeling tree die bemiddelaar slegs as 'n fasiliteerder van die proses op en is die partye self verantwoordelik vir alle besluite wat in die proses geneem word.<sup>74</sup> In al die ander vorme van alternatiewe dispuumbeslegting waarna hierbo verwys word,<sup>75</sup> is daar wel sprake van daadwerklike inmenging deur derde partye – die derdes gee óf hulle eie opinies oor die betrokke egskeidingspartye se probleme, óf hulle word in 'n posisie gestel om hulle eie opinies op die betrokke egskeidingspartye af te dwing. Aangesien egskeidingspartye vandag juis groter vryheid en outonomie vereis, is dit dus nie vreemd dat bemiddeling so gewild is nie.

'n Derde rede hoekom bemiddeling as alternatiewe dispuumbeslegtingsmetode die voortou by egskeiding neem, is te vinde in die feit dat bemiddeling netjies in die regssproses inpas. Alhoewel dit 'n doelwit van egskeidingsbemiddeling is om die gesin as't ware uit die hof te hou, ontken die bemiddelingsproses nie die feit dat die Hoë Hof alleen die bevoegdheid het om besluite oor statusaangeleenthede te maak nie, of die feit dat die Hoë Hof die oppervoog van alle minderjarige kinders is nie. Die partye kry in egskeidingsbemiddeling bloot die geleentheid om eers te probeer om die probleme rondom egskeiding op hulle eie uit te sorteer en op te los. As hulle suksesvol is om die probleme rondom egskeiding op hulle eie op te los, word die ooreenkoms wat hulle met die bystand van 'n bemiddelaar opgestel het by egskeiding vir finale hersiening en goedkeuring aan die hof voorgelê.<sup>76</sup> Die hof bepaal dan eerstens of die huwelik onherstelbaar verbrokkel het, en indien wel, word 'n egskeidingsbevel verleen. In die tweede plekoorweeg die hof die bepalings van die bemiddelde ooreenkoms tussen die partye. As die hof tevrede is dat die bepalings van die ooreenkoms in die beste belang van enige betrokke kinders is, is dit gebruiklik dat die hof die ooreenkoms goedkeur en dit by die egskeidingsbevel inlyf. As die egskeidingspartye egter nie in bemiddeling daarin geslaag het om die probleme rondom egskeiding op hulle eie op te los nie, word die egskeidingssaak bloot vir verhoor op die hofrol geplaas. Die partye laat dit dan aan

<sup>74</sup> Sien par 2.3.3 hierbo.

<sup>75</sup> Sien par 2.3 hierbo.

<sup>76</sup> Sien par 3.4.5 hieronder.

die Hoë Hof oor om die probleme rondom egskeiding vir hulle uit te sorteer en op te los. Op hierdie wyse word die Hoë Hof se rol in egskeidingsverrigtinge dus deur die bemiddelingsproses onderskraag.

‘n Ander vorm van alternatiewe dispootbeslegting wat tog ook toenemend by egskeiding gebruik word – veral vir sover dit eiendomsaangeleenthede en dispute rondom die verdeling van bates betref – is arbitrasie.<sup>77</sup> In sommige jurisdiksies word partye trouens ten sterkste aangemoedig om onderhoudkwessies en kwessies rondom die verdeling van bates na arbitrasie te verwys.<sup>78</sup>

In Suid-Afrika is arbitrasie egter nie ‘n toelaatbare opsie by egskeiding of ander gesinsdispute nie. Artikel 2 van die Wet op Arbitrasie 42 van 1965 sluit uitdruklik die moontlikheid uit dat huweliksaangeleenthede of enige aangeleentheid wat daarvan verband hou, na arbitrasie verwys kan word. Suid-Afrikaanse regspraktisyne<sup>79</sup> en -akademici<sup>80</sup> vra egter tereg of daar enige regverdiging vir hierdie bepaling bestaan. Hulle bevraagteken nie die oppervoogdy van die howe of die bevoegdheid van die howe om alleen vir beslissings oor die status van persone verantwoordelik te wees nie, maar hulle vra waarom aangeleenthede soos onderhoud<sup>81</sup> en die verdeling van bates nie na arbitrasie verwys kan word nie. Die uitsluiting van arbitrasie in alle huweliksaangeleenthede is duidelik nie in voeling met die eise van ons moderne samelewing nie. Hoe dit ook al sy, op die oomblik is arbitrasie in Suid-Afrika nie ‘n moontlikheid vir partye wat besig is om te skei nie.

<sup>77</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 137; Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 320-322; Cohen 1993 *De Rebus* 642; Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 57.

<sup>78</sup> Sien hfst 5 parr 2.3.1.5 en 2.3.3 mbt arbitrasieverrigtinge by egskeiding in Australië in die geval van eiendoms- en onderhoudsaangeleenthede.

<sup>79</sup> Cohen 1993 *De Rebus* 642.

<sup>80</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 323.

<sup>81</sup> Van gades en kinders.

In Suid-Afrika is bemiddeling gevoleglik in hierdie stadium die enigste en die belangrikste vorm van alternatiewe dispootbeslegting wanneer dit by kwessies rondom egskeiding kom. Dit is trouens ook die tendens in die meeste ander jurisdiksies. Met verwysing na die toepassing van verskillende vorme van alternatiewe dispootbeslegting in Texas sê Rogers en Palmer<sup>82</sup> “[m]ediation rules”! En met verwysing na die toepassing van bemiddeling in verskeie state in Amerika en in Australië sê Mowatt<sup>83</sup> weer “[i]t appears that there is a benign and irresistible movement towards mediation”. Verder blyk dit ook dat bemiddeling as metode om familieregtelike kwessies op te los in Oosterse lande soos China en Japan die bootoon voer.<sup>84</sup> Alhoewel ander alternatiewe dispootbeslegtingsmetodes wel suksesvol aangewend kan word, blyk dit dat bemiddeling wêreldwyd as die effekiefste metode beskou word om kwessies rondom huweliks- en gesinsverbrokkeling op te los.

### **3 Egskeidingsbemiddeling**

#### **3.1 Inleiding**

Soos reeds in hoofstuk 2<sup>85</sup> aangedui, is egskeidingsbemiddeling ‘n natuurlike gevolg van die invoering van skuldlose egskeiding. Mense wil nie net self oor die beëindiging van hulle huwelik kan besluit nie, maar ook groter kontrole oor die gevolge van die beëindiging van hulle huwelik uitoefen. In die stadium dat huweliksverbrokkeling plaasvind, is die meeste partye egter psigologies nie in staat om rasionele besluite op

<sup>82</sup> 2000 *St Mary’s Law Journal* 893.

<sup>83</sup> 1988 *SALJ* 319.

<sup>84</sup> Mowatt 1989 *SALJ* 14; Jardine 1996 *Australian Dispute Resolution Journal* 166; Mo 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 43. Goldberg 1998 *THRHR* 748 wys verder daarop dat bemiddeling duisende jare gelede in China en Afrika onstaan het. Soos in hfst 6 par 3.2.1 aangedui word, behoort die inheemse bevolkingsgroepe in Suid-Afrika dus ook die amptelike invoering van verpligte egskeidingsbemiddeling te verwelkom.

<sup>85</sup> Sien hfst 2 par 6.

hulle eie te neem nie. Hieronder word aangetoon hoe egskeidingsbemiddeling partye in staat stel om in so 'n tyd van uiterste konflik rasioneel op te tree en hulle eie besluite op 'n ingeligte wyse te neem.

### 3.2 Doel en omskrywing van egskeidingsbemiddeling

Daar is 'n magdom omskrywings van egskeidingsbemiddeling in die regsliteratuur, waarvan nie twee dieselfde lyk nie. Folb en De Bruyn<sup>86</sup> omskryf egskeidingsbemiddeling byvoorbeeld soos volg:

Divorce mediation is the process whereby a divorcing couple, with the assistance of a neutral person or neutral persons, systematically identify disputed issues so that the various options open to them can be considered and decisions taken that are to the overall benefit of the couple and their dependants. The special advantage of this approach is that it emphasizes the participants' responsibility for making decisions that affect their lives.

Mowatt<sup>87</sup> sê weer:

... divorce mediation can be regarded as a process whereby the parties are encouraged, with the assistance of a neutral third party, to reach decisions on disputed issues arising out of the dissolution of marriage. It is a process of legal decision-making and should be distinguished from counselling designed to help parties adjust to the ending of the marriage and its associated emotional consequences.

Bosman<sup>88</sup> stel dit soos volg:

<sup>86</sup> 1994 *SALJ* 316.

<sup>87</sup> 1991 *TSAR* 293.

<sup>88</sup> 1996 *Career Success* 21.

An increasingly popular and viable alternative procedure to follow is that of divorce mediation, the practice of which provides that a trained professional (a lawyer, psychologist or social worker) and the spouses, in a spirit of co-operation seek to fashion mutually acceptable settlements within the framework of the law.

En in Engeland word egskeidingsbemiddeling soos volg deur die *National Family Mediation and Family Mediators' Association*<sup>89</sup> omskryf:

Family mediation is a process in which an impartial third person assists those involved in family breakdown, and in particular separating or divorcing couples, to communicate better with one another and to reach their own agreed and informed decisions about some or all of the issues relating to or arising from the separation, divorce, children, finance or property.

Die rede hoekom daar so baie verskillende omskrywings is, is waarskynlik te vinde in die feit dat egskeidingsbemiddeling nog in 'n ontwikkelingsfase is en nog op baie verskillende maniere beoefen word.<sup>90</sup> Dit is gevoleglik baie moeilik om 'n generiese of algemene omskrywing van egskeidingsbemiddeling te gee. Die volgende komponente en aangeleenthede kan egter as die vernaamste of fundamentele kenmerke van egskeidingsbemiddeling beskou word:

### 3.2.1 'n Onpartydige en neutrale derde party fasiliteer die proses waarin die partye hulle eie besluite neem

<sup>89</sup> *A Code of Practice for Family Mediators* (1993) par 1.2.

<sup>90</sup> Sien par 3.3 hieronder.

In bemiddeling word partye wat besig is om te skei deur 'n onpartydige en neutrale<sup>91</sup> derde party, 'n bemiddelaar, bygestaan in die onderhandelinge tussen hulle oor aangeleenthede soos die verdeling van bates, die onderhou van gades en van kinders, en die bewaring van, voogdy oor en toegang tot kinders. Daar word aanvaar dat die betrokke partye self weens hulle intieme kennis van die besondere omstandighede die beste toegerus is om besluite te neem oor hierdie aangeleenthede wat hulleself en hulle kinders direk raak.<sup>92</sup> By egskeiding is die meeste partye egter psigologies en emosioneel nie in staat daartoe om die onderhandelinge oor hierdie aangeleenthede op hulle eie te hanteer nie en het hulle 'n bemiddelaar nodig om die onderhandelings-proses tussen hulle te faciliteer.

Die feit dat 'n bemiddelaar onpartydig is, beteken dat hy of sy al twee die partye billik en gelykwaardig moet behandel.<sup>93</sup> En om altwee partye gelykwaardig te behandel, beteken noodwendig dat die bemiddelaar partye wat verskillend is, of wat verskillend optree, verskillend moet behandel.<sup>94</sup> 'n Party wat teruggetrokke is, moet deur die bemiddelaar gehelp word om aktief aan die bemiddelingsproses deel te neem. 'n Party wat sukkel om sy of haar standpunt te stel of om sy of haar gevoelens te openbaar, moet deur die bemiddelaar gehelp word om dit te doen. Die party wat in 'n swakker bedingsposisie verkeer,<sup>95</sup> moet ondersteun en versterk word sodat die partye op gelyke voet kan beding en die party wat in 'n sterker bedingsposisie staan, verhoed word om die

<sup>91</sup> In par 3.6.3 hieronder word egter aangetoon dat die beginsel van onpartydigheid en neutraliteit as gevolg van elke bemiddelaar se unieke kulturele agtergrond, opvoeding en opleiding nie ongekwalifiseerd kan geld nie en dat hierdie beginsel dus liewer nie as 'n absolute voorvereiste vir bemiddeling gestel moet word nie.

<sup>92</sup> Mnookin & Kornhauser 1979 *Yale Law Journal* 957-958; Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 650; Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10. Sien ook par 3.5.2 hieronder.

<sup>93</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 720; Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 72; Cohen 1992 *De Rebus* 127.

<sup>94</sup> Faris *Theory and Principles of ADR* 194.

<sup>95</sup> Dikwels die vrou, en veral op finansiële vlak.

bemiddelingsproses onbehoorlik te beïnvloed.<sup>96</sup> Aangesien die rol van mans en vrouens in verskillende kulture verskillend is, spreek dit verder vanself dat die bemiddelaar 'n grondige kennis van die betrokke partye se kulturele agtergrond(e) moet hê.<sup>97</sup> Slegs as die bemiddelaar oor sodanige kennis beskik, sal hy of sy in staat wees om die partye billik en gelykwaardig te behandel.<sup>98</sup>

Die bemiddelaar moet egter ook neutraal wees.<sup>99</sup> Dit beteken dat hy of sy die partye moet help om hulle eie besluite te neem sonder om hulle onbehoorlik te beïnvloed. Die bemiddelaar verduidelik aan die partye wat die reg sposisie is ten aansien van die verdeling van bates, die onderhoud van gades en van kinders, en die bewaring van, voogdy oor en toegang tot kinders; verwys die partye, indien nodig, vir onafhanklike regadvies; moedig hulle aan om na die beste belang van hulle kinders om te sien; en spoor hulle aan om 'n skikking te bereik. Hy of sy neem egter nie enige besluite vir of namens die partye nie.<sup>100</sup> Die bemiddelaar help net die partye om die geskilpunte tussen hulle te identifiseer en om hierdie geskilpunte in perspektief te sien.<sup>101</sup> Die bemiddelaar beheer dus net die proses en die verloop daarvan en die partye is self verantwoordelik vir die inhoud en die uitslag van die bemiddeling.<sup>102</sup>

Om terselfdertyd onpartydig en neutraal te wees, is voorwaar nie 'n maklike taak nie en

<sup>96</sup> Clark 1993 *THRHR* 460. Sien ook par 3.6.1 hieronder.

<sup>97</sup> Moodley 1994 *CILSA* 46-51. Sien par 3.6.3 hieronder waar verduidelik word watter kennis 'n bemiddelaar van die betrokke partye se kulturele agtergronde behoort te hê.

<sup>98</sup> Goldberg 1998 *TSAR* 754-758.

<sup>99</sup> Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 72; Mowatt 1991 *TSAR* 296-297; Cohen 1992 *De Rebus* 127; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 73.

<sup>100</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 634; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1397-1398, 1405-1406; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 73; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 906.

<sup>101</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 715; Cohen 1992 *De Rebus* 127-128.

<sup>102</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10.

dit is duidelik dat bemiddelaars behoorlik opgelei moet word.<sup>103</sup> Bemiddelaars moet in die eerste plek weet watter tegnieke en strategieë gebruik moet word om konflik tussen die partye te verminder en om die kommunikasiegapings tussen hulle te oorbrug.<sup>104</sup> Dit verg byvoorbeeld opleiding in die sosiale en gedragswetenskappe.<sup>105</sup> In die tweede plek moet bemiddelaars 'n grondige kennis van onder andere familiereg, kontraktereg, sakereg, erfreg, trustreg, maatskappyereg, belastingreg en versekeringsreg hê. 'n Regsopleiding is dus ook essensieel. Maar soos Scott-MacNab en Mowatt<sup>106</sup> tereg opmerk, gaan dit selfs verder as opleiding. Hulle sê:

Apart from the professional expertise which he [die bemiddelaar] affords his clients, his role is something more. He must be able to draw on a wide ranging insight into human relationships and apply his expertise with sympathy and understanding while still remaining detached.

Ander eienskappe waaroor 'n bemiddelaar moet beskik, sluit in "... an endowment with a quality of patience and tact" en "a talent for empathetic listening".<sup>107</sup>

### 3.2.2 Egskeidingsbemiddeling het 'n multidissiplinêre karakter

<sup>103</sup> Cohen 1993 *De Rebus* 222. Sien ook hfst 6 par 5.2.3.

<sup>104</sup> Cohen 1992 *De Rebus* 127; Hirschowitz 1995 (Okt) *S4AM News* 9-10. Wanneer die verskillende fases van die bemiddelingsproses hieronder in par 3.4 bespreek word, sal telkens verduidelik word wat sommige van hierdie tegnieke en strategieë behels. Dit sluit oa in '*empathic listening*', neerlegging van grondreëls, '*caucusing*', herformulering van argumente, identifisering van onderliggende kwessies, gereelde terugrapportering, die betrokkenheid van ander deskundiges of ander familielede, die identifisering van makliker/werklike kwessies, '*brainstorming*' ens.

<sup>105</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 50.

<sup>106</sup> 1986 *De Jure* 318.

<sup>107</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 715.

Uit die bespreking van die eerste komponent van eskeidingsbemiddeling<sup>108</sup> blyk dit duidelik dat egskeidingsbemiddeling 'n sosio-regssproses is.<sup>109</sup> Die bemiddelaar moet aan die een kant in die sosiale en gedragswetenskappe geskool wees ten einde sinvolle kommunikasie tussen die partye op te bou en konflik te verminder. Aan die ander kant moet die bemiddelaar 'n grondige kennis van die reg hê ten einde die partye in staat te stel om hulle eie besluite op 'n ingeligte wyse te neem, asook om te verseker dat sulke besluite nie teen die geldende reg indruis nie. Egskeidingsbemiddeling het dus 'n multidissiplinêre karakter.

Omdat daar nog nie 'n bemiddelaarsprofessie in Suid-Afrika bestaan nie word bemiddeling tans deur lede van verskillende professies beoefen en tree sowel regsgelerdes<sup>110</sup> as beroepslei uit die sosiale en gedragswetenskappe<sup>111</sup> as bemiddelaars op.<sup>112</sup> Alvorens lede van die gemelde professies egter as bemiddelaars kan optree, word daar gewoonlik deur wetgewing of die regulasies van die een of ander beheerliggaam, soos SAAM (*South African Association of Mediators in Divorce and Family Matters*),<sup>113</sup> vereis dat hulle eers 'n opleidingsprogram van minstens veertig klaskamer-ure in gesins- en egskeidingsbemiddeling moet deurloop.<sup>114</sup>

### 3.2.3 Die bereiking van 'n wedersyds aanvaarbare ooreenkoms word in die vooruitsig gestel

<sup>108</sup> Sien par 3.2.1 hierbo.

<sup>109</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 726.

<sup>110</sup> Veral prokureurs.

<sup>111</sup> Veral maatskaplike werkers, sielkundiges en teoloë.

<sup>112</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 717; Cohen 1992 *De Rebus* 127; Brown 1994 *De Rebus* 62.

<sup>113</sup> Sien par 4.1 hieronder.

<sup>114</sup> Mowatt 1992 *CILSA* 50; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1396, 1404-1405; Goldberg 1996 *TSAR* 359-360; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 904. Sien ook par 4.2.2 hieronder.

In egskeidingsbemiddeling word na die bereiking van 'n wedersyds aanvaarbare ooreenkoms tussen die partye gemik.<sup>115</sup> Die feit dat die ooreenkoms wedersyds aanvaarbaar moet wees, beteken noodwendig dat al twee die partye aktief aan die bemiddelingsproses moet deelneem.<sup>116</sup> As die partye dus nie vrywillig in die bemiddelingsproses beland het nie,<sup>117</sup> moet hulle so deur die bemiddelaar georiënteer word dat hulle aan die bemiddelingsproses wil deelneem.<sup>118</sup> Hulle moet dus tot by die punt gebring word waar hulle openlik en direk met mekaar oor aangeleenthede soos die verdeling van bates, die onderhoud van gades en van kinders, en die bewaring van, voogdy oor of toegang tot kinders kan kommunikeer. Die partye moet verder bereid wees om hulle optrede, persepsies, prioriteite, gevoelens en gedagtes te verander ten einde 'n wedersyds aanvaarbare ooreenkoms te bereik, of om dan ten minste die konflik tussen hulle te verminder.<sup>119</sup> Hulle moet besef dat die bemiddelingsproses 'n interaktiewe proses is,<sup>120</sup> wat gewoonlik heelwat tyd, inspanning en geduld vereis.<sup>121</sup> In hierdie opsig strek die doel van egskeidingsbemiddeling dus eintlik verder as bloot die bereiking van 'n wedersyds aanvaarbare ooreenkoms. Scott-MacNab en Mowatt<sup>122</sup> sê byvoorbeeld dat die doel van egskeidingsbemiddeling

... is not only to help spouses reach an agreement which recognizes the needs

<sup>115</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 315; Mowatt 1988 *TSAR* 49; Bosman 1996 *Career Success* 21; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 73; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 893.

<sup>116</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10; Cohen 1992 *De Rebus* 127.

<sup>117</sup> Verpligte en vrywillige bemiddeling word hieronder in par 3.3 bespreek.

<sup>118</sup> In par 3.4.1 hieronder word verduidelik hoe die partye georiënteer moet word om aan die bemiddelingsproses deel te neem.

<sup>119</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 142; Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10.

<sup>120</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10; Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 306.

<sup>121</sup> Cohen 1992 *De Rebus* 127.

<sup>122</sup> 1986 *De Jure* 315.

and rights of all family members, but also to lay the foundation for the healthy structuring of post-divorce family life.

Goldberg<sup>123</sup> wys verder daarop dat die bemiddelingsproses partye transformeer ten einde beter mense te wees. Sy sê:

Mediation today is being viewed as an holistic practice, bent upon healing psyches and souls as part of the bargain.

### 3.2.4 Egskeidingsbemiddeling funksioneer binne die raamwerk van die reg

Aangesien die geskilpunte tussen mense wat besig is om te skei sekere regsimplikasies het,<sup>124</sup> vind egskeidingsbemiddeling noodwendig binne die raamwerk van die reg plaas.<sup>125</sup> Soos reeds vroeër aangedui, is die bemiddelaar ook veronderstel om aan die partye te verduidelik wat dieregsposisie ten aansien van die geskilpunte tussen hulle is.<sup>126</sup> Indien nodig, moet die bemiddelaar die partye verder vir onafhanklike regadvies na prokureurs verwys. Teen die agtergrond van hierdie regsinligting vind die onderhandeling tussen die partye dan plaas. Mnookin en Kornhauser<sup>127</sup> noem dit "... bargaining in the shadow of the law". Hoffmann<sup>128</sup> sê gevvolglik dat erkenning deur en samewerking met die regprofession 'n *sine qua non* vir egskeidingsbemiddeling is.

Waar die geldende regstelsel egter Westerse kulturele waardes weerspieël, moet die bemiddelaar in ag neem dat sulke waardes nie altyd in ooreenstemming met die

<sup>123</sup> 1998 *TSAR* 759.

<sup>124</sup> Mowatt 1991 *TSAR* 292.

<sup>125</sup> Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 64; Mowatt 1991 *TSAR* 292; Clark 1993 *THRHR* 459; Cohen 1993 *De Rebus* 222.

<sup>126</sup> Sien par 3.2.1 hierbo.

<sup>127</sup> 1979 *Yale Law Journal* 950. Sien ook Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 65 wat sê "... this alternative [egskeidingsbemiddeling] operates in a legal environment".

<sup>128</sup> 1987 *Social Work Practice* 11.

betrokke partye se kulturele waardesisteme mag wees nie. Partye met nie-Westerse kulturele agtergronde het dikwels ander idees van wat reg en regverdig is<sup>129</sup> en die bemiddelaar moet deeglik hiervan bewus wees ten einde die partye te help om ‘n ooreenkoms te bereik wat hulle as reg en regverdig beskou, maar wat desnieteenstaande nie direk in stryd met die geldende reg is nie.<sup>130</sup> Mowatt<sup>131</sup> sê gevvolglik

... if ADR is to have any credence at all, it must rest not only upon a reference to expediency and standards of equity and good conscience but also upon the application of settled principles of law.

Hierbenewens word kinders se beste belang in alle regstelsels altyd by gesinsverbrokkeling voorop gestel. In Suid-Afrika bepaal artikel 28(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 dat ‘n kind se beste belang van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak. Egskeiding is by uitstek ‘n aangeleentheid wat kinders raak. In enige onderhandelinge wat tussen egskeidingspartye van watter kultuur ook al plaasvind, sal hulle, asook die bemiddelaar, dus hierdie belangrike reël van die Grondwet in gedagte moet hou. Voorts bevat die Wet op Egskeiding 70 van 1979<sup>132</sup> en die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidings-aangeleenthede 24 van 1987<sup>133</sup> spesifieke voorskrifte wat die beste belang van kinders ‘n deurslaggewende faktor by egskeiding maak.

<sup>129</sup> McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1327 meld dat “fair outcomes are in the eyes of the beholder”.

<sup>130</sup> Moodley 1994 *CILSA* 46-48; Goldberg 1998 *TSAR* 754-758; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 76-77. Sien ook par 3.6.3 hieronder waar oa verduidelik word watter kennis ‘n bemiddelaar van die betrokke partye se kulturele agtergronde behoort te hê.

<sup>131</sup> 1992 *CILSA* 57.

<sup>132</sup> A 6. Sien hfst 2 par 3.1.2 vir ‘n volledige uiteensetting hiervan.

<sup>133</sup> Sien hfst 3 par 2 vir ‘n volledige uiteensetting hiervan.

Die bemiddelaar moet verder ook let op die relevante bepalings van artikel 9 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,<sup>134</sup> waaruit duidelik blyk dat materiële gelykheid tussen mans en vrouens gewaarborg word.<sup>135</sup> As die bemiddelaar dus opmerk dat een van die partye in enige opsig ernstig teenoor die ander party in die bemiddelingsproses benadeel word, moet hy of sy die partye se aandag op die bepalings van artikel 9 van die Grondwet vestig.

### 3.2.5 Die bemiddelingsproses is vertroulik

Dit is van kardinale belang dat die bemiddelingsproses vertroulik moet wees.<sup>136</sup> Slegs as die partye volle vertroue in die konfidensialiteit van sowel die bemiddelingsproses as die bemiddelaar het, sal hulle bereid wees om relevante feite en inligting openhartig te

<sup>134</sup> Die relevante gedeeltes van a 9 lui soos volg:

- (1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.
- (2) ...
- (3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.
- (4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie ...

<sup>135</sup> De Jong 1999 *THRHR* 84 sê byvoorbeeld die volgende in hierdie verband: "... since the Constitution of the Republic of South Africa guarantees real equality, our courts are in my opinion compelled to consider under 'any other factor' [soos uiteengesit in a 7(2) van Wet op Egskeiding], issues such as the disparity between the economic position of husband and wife and the extent to which this disparity has resulted from the marriage. The objective of post-divorce spousal support should be to adjust the economic advantages and disadvantages arising from the marriage equitably, in so far as the adjustment is not made by means of the parties' matrimonial property system or a redistribution order in terms of section 7(3) of the Divorce Act. In this way outcomes will be equalised..."

<sup>136</sup> Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 73; Cohen 1993 *De Rebus* 222; Bosman 1996 *Career Success* 21; Goldberg 1998 *TSAR* 751.

openbaar.<sup>137</sup> Dit sal egter nie die geval wees nie as die partye bewus is van die feit dat die uitlatings en toegewings wat hulle in die bemiddelingsproses maak later as getuienis teen hulle gebruik kan word in litigasie wat moontlik op mislukte bemiddelingspogings kan volg.

Gevollik is mededelings wat tydens die bemiddelingsproses gemaak word in jurisdiksies waar egskeidingsbemiddeling 'n prominenter rol speel gewoonlik geprivilegieerd.<sup>138</sup> In Suid-Afrika bestaan daar egter geen privilegie ten aansien van mededelings wat in die bemiddelingsproses gemaak word nie.<sup>139</sup> 'n Mate van beskerming word darem wel aan die partye verleen deur die bewysregtelike reël wat bepaal dat mededelings wat sonder benadeling van regte in die loop van *bona fide*-skikkingsonderhandelinge gemaak word nie sonder die toestemming van die partye in getuienis geopenbaar mag word nie.<sup>140</sup> Die bemiddelaar is, helaas, sonder enige beskerming en kan deur een van of albei die partye in latere egskeidingslitigasie as getuie gedagvaar word. Ten einde hierdie toedrag van sake te vermy, vereis bemiddelaars in Suid-Afrika dat hulle kliënte voor die aanvang van die bemiddelingsproses 'n kontrak onderteken, waarin hulle onder andere ooreenkom om nie die bemiddelaar as 'n getuie in moontlike egskeidingslitigasie te dagvaar nie.<sup>141</sup> Aangesien voorskriftelike regsreëls egter nie by kontrak gewysig kan word nie,<sup>142</sup> is dit ongelukkig nie seker of sulke kontrakte geldig en afdwingbaar sal wees nie. 'n Mens kan maar net hoop dat die Suid-Afrikaanse howe ook, soos die Amerikaanse howe in state

<sup>137</sup> Faris *Theory and Principles of ADR* 183.

<sup>138</sup> Sien hfst 5 par 2.3.1.6 mbt die posisie in Australië en parr 3.2.1 en 3.2.2 mbt die posisie in Nieu-Seeland.

<sup>139</sup> Goldberg 1998 *TSAR* 751.

<sup>140</sup> Hoffmann & Zeffertt *SA Law of Evidence* 196. Sien ook Faris *Theory and Principles of ADR* 187-188.

<sup>141</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 318; Faris *Theory and Principles of ADR* 185-186; Goldberg 1998 *TSAR* 751. Sien ook par 3.4.1 hieronder.

<sup>142</sup> Bv in gevalle waar dit op 'n ondermyning van die hof se gesag sal neerkom.

waarin daar nie so 'n privilegie bestaan nie, hierdie kontrakte sal erken.<sup>143</sup>

Die stelling dat die bemiddelingsproses vertroulik moet wees, geld egter nie ongekwalifiseerd nie. In gevalle waar die bemiddelaar agterkom dat daar sprake van ernstige wangedrag soos kindermishandeling, kinderverwaarloosig of ander kriminele gedrag is, behoort hy of sy onmiddellik die bemiddelingsproses te staak en die relevante owerhede van die betrokke omstandighede te verwittig.<sup>144</sup>

### 3.2.6 Die bemiddelingsproses is buigsaam en kreatief

In teenstelling met die adversatiewe regsproses is die bemiddelingsproses buigsaam en kreatief.<sup>145</sup> Terwyl die regsproses hoogs prosedureel en formalisties is en deur vooraf bepaalde reëls rigged gestructureer word, is die bemiddelingsproses informeel en ongestructureerd.<sup>146</sup> Faris<sup>147</sup> merk tereg op dat

[b]y comparison to adjudicative processes, mediatory intervention can be adapted according to the context of the dispute and the needs of the disputants.

Rogers en Palmer<sup>148</sup> sê verder:

Because of its flexibility, a mediation can reach a desirable solution that a court

<sup>143</sup> Goldberg 1998 *TSAR* 751.

<sup>144</sup> Cohen 1993 *De Rebus* 222; Landau 1996 (Nov) *SAAM News* 7; Goldberg 1998 *TSAR* 752; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 876, 878, 881, 917.

<sup>145</sup> Mowatt 1988 *SALJ* 319; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 73; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 893.

<sup>146</sup> Pretorius in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 2) Bylae ("ADR roadmap"); Faris *Theory and Principles of ADR* 168-170.

<sup>147</sup> *Theory and Principles of ADR* 164.

<sup>148</sup> 2000 *St Mary's Law Journal* 879-880.

cannot order... A flexible process like mediation can deal more effectively with emotional issues, and it can identify and satisfy interests and concerns underlying the positions of the parties.

Die bemiddelingsproses is verder ook aanpasbaar by die verskillende kulturele waardesisteme en/of geloofsoortuigings van partye.<sup>149</sup> Aangesien die bemiddelingsproses 'n informele en ongestruktureerde proses is, kan spesifieke gewoontes, gebruikte en sienswyses maklik in die bemiddelingsproses, asook in die ooreenkoms wat die partye moontlik mag bereik, ingebou word mits dit nie direk in stryd met die reëls van die geldende regstelsel is nie.<sup>150</sup>

In die bemiddelingsproses help die bemiddelaar verder die partye om alternatiewe uit te dink en te ondersoek wat hulle nie sommer op hulle eie sou oorweeg het nie.<sup>151</sup> Ten einde te verduidelik hoe kreatief die bemiddelingsproses is, verwys Goldberg<sup>152</sup> byvoorbeeld na die vindingryke oplossing wat die ouers van twee jong kinders in egskeidingsbemiddeling ten aansien van die bewaring van die kinders gevind het. In stede daarvan dat die kinders heen en weer tussen hulle geskeide ouers se huise moes pendel, het die partye in hierdie besondere geval besluit dat die kinders die gesinswoning moes kry en dat hulle (die partye) om die beurt by die kinders in die gesinswoning sou gaan bly.

Goldberg<sup>153</sup> wys ook daarop dat die bemiddelingsproses by uitstek geskik is om kwessies rondom die verbrokkeling van homoseksuele 'huwelike' op te los. Terwyl ons regstelsel glad nie die regte van partye in homoseksuele 'huwelike' erken nie, kan die bemiddelingsproses hierdie partye help om hulle belangte regverdig te reguleer.

<sup>149</sup> Goldberg 1998 *TSAR* 755; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 77.

<sup>150</sup> Sien par 3.2.4 hierbo.

<sup>151</sup> Dorf, Hendler & Alion 1995 *Maryland Bar Journal* 20.

<sup>152</sup> 1996 *TSAR* 362.

<sup>153</sup> 1996 *TSAR* 363-364.

Egskeidingsbemiddeling bied partye dus 'n buigsame proses waarin hulle in 'n gemoedelike atmosfeer na kreatiewe oplossings vir die geskilpunte tussen hulle kan soek.

### 3.3 Verskillende vorme van egskeidingsbemiddeling

Soos vroeër aangedui,<sup>154</sup> word egskeidingsbemiddeling op baie verskillende maniere beoefen en bestaan daar vandag 'n wye verskeidenheid procedures wat as egskeidingsbemiddeling bekend staan. Daar is byvoorbeeld beperkte bemiddeling teenoor omvattende bemiddeling, publieke bemiddeling teenoor private bemiddeling en gemeenskapsbemiddeling, verpligte bemiddeling teenoor vrywillige bemiddeling, individuele bemiddeling teenoor die spanbenaderingsmetode, evaluerende bemiddeling teenoor fasiliterende bemiddeling en suiwer bemiddeling teenoor die koukusmetode. Dan is daar ook sekere egskeidingsbemiddelingsprogramme wat deelname aan die proses deur die betrokke partye se prokureurs geheel en al uitsluit, teenoor ander programme wat die betrokke partye se prokureurs aanmoedig om aktief aan die bemiddelingsproses deel te neem.<sup>155</sup> Verder moet in gedagte gehou word dat egskeidingsbemiddeling 'n buigsame proses is<sup>156</sup> en dat betekenisvolle verskille van geval tot geval binne 'n bepaalde vorm van egskeidingsbemiddeling kan voorkom.<sup>157</sup>

Hieronder word die belangrikste eienskappe van die vernaamste vorme van egskeidingsbemiddeling kortlik uiteengesit. Terwyl ek hieronder eers op algemene tendense in die breë konsentreer, word die toepassing van egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika later in meer besonderhede uiteengesit.<sup>158</sup>

<sup>154</sup> Sien par 3.2 hierbo.

<sup>155</sup> McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 153.

<sup>156</sup> Sien par 3.2.6 hierbo.

<sup>157</sup> McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1362-1363.

<sup>158</sup> In par 4 hieronder.

### 3.3.1 Beperkte bemiddeling

Beperkte bemiddeling is bemiddeling wat tot sekere kwessies beperk is. Dit konsentreer gewoonlik slegs op kwessies oor die bewaring van, toegang tot en voogdy oor kinders en sluit nie finansiële kwessies, soos die onderhoud van kinders, in nie. Beperkte bemiddeling, wat ook kindergesentreerde bemiddeling (*child-focused mediation*) genoem word,<sup>159</sup> word ten spyte van die nadele wat hieronder<sup>160</sup> vermeld word in baie jurisdiksies deur wetgewing voorgeskryf.<sup>161</sup> Aangesien beperkte bemiddeling net onderhandelinge oor spesifieke kwessies insluit, kan die proses gewoonlik vinnig en goedkoop afgehandel word.

### 3.3.2 Omvattende bemiddeling

Omvattende bemiddeling is 'n holistiese proses van onderhandeling oor alle kwessies rondom egskeiding, insluitende die bewaring van, voogdy oor en toegang tot kinders, die onderhoud van kinders en gades, die verdeling van bates, behuising en koste.<sup>162</sup> Die voorstanders van omvattende bemiddeling voer tereg aan dat dit nie moontlik is om kwessies oor die bewaring van en toegang tot kinders in isolasie te beskou nie, aangesien hierdie kwessies onlosmaaklik aan ander kwessies, soos die onderhoud van kinders en behuising, verbonde is.<sup>163</sup> Aangesien hierdie vorm van bemiddeling onderhandelinge oor alle kwessies rondom egskeiding insluit, is die proses gewoonlik duurder en langer as by beperkte bemiddeling.<sup>164</sup>

<sup>159</sup> Bridge 1997 *New Zealand Universities Law Review* 249.

<sup>160</sup> Sien par 3.3.2 hieronder.

<sup>161</sup> Bv in SA deur die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede.

<sup>162</sup> Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 277; Clark 1993 *THRHR* 460.

<sup>163</sup> Mnookin & Kornhauser 1979 *Yale Law Journal* 960, 963; Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 272; Clark 1993 *THRHR* 460; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1340-1341; Burman, Dingle & Glasser 2000 *SALJ* 123.

<sup>164</sup> Sien par 3.3.1 hierbo.

### 3.3.3 Publieke bemiddeling

Publieke bemiddeling is bemiddeling wat deur die staat beheer word.<sup>165</sup> Dit is meestal 'n diens wat gratis deur gesinshowe verleen<sup>166</sup> en deur wetgewing gereguleer word.<sup>167</sup> Die bemiddelaar word dus deur die hof of deur die staat aangestel.<sup>168</sup> Alhoewel publieke bemiddeling gewoonlik tot kwessies oor die bewaring van, voogdy oor en toegang tot kinders beperk is,<sup>169</sup> is daar tog publieke bemiddelingsmodelle wat omvattende bemiddelingsdienste lewer.<sup>170</sup> Die Hoexterkommissie<sup>171</sup> het byvoorbeeld ook aanbeveel dat die publieke bemiddelingsmodel van die toekomstige gesinshof omvattende bemiddelingsdienste moet lewer. Publieke bemiddeling is meestal verpligtend in egskeidingsake waarby kinders betrokke is.<sup>172</sup> Op hierdie wyse behou die Staat nog 'n mate van beheer oor die belang van kinders wat deur egskeiding geraak word. Mowatt<sup>173</sup> verwys hierna as "... bargaining in the shadow of the court-house". Daar is egter ook publieke bemiddelingsmodelle wat bemiddeling nie uitdruklik verpligtend maak

<sup>165</sup> Mowatt 1987 *De Rebus* 613; Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 44.

<sup>166</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 44; Mowatt 1988 *TSAR* 52.

<sup>167</sup> Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 70; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1340.

<sup>168</sup> Mowatt 1988 *TSAR* 52-53.

<sup>169</sup> McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1340, 1400. Sien bv par 4.2.1 hieronder waar aangetoon word dat die bemiddelingsdienste wat ig die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede in SA aangebied word as beperkte bemiddeling geklassifiseer word. Sien verder ook hfst 5 par 3.3.4 waar aangedui word dat die publieke bemiddelingsmodel in Nieu-Seeland ook slegs tot sekere kwessies beperk is.

<sup>170</sup> Die publieke bemiddelingsmodel in Maine in die VSA sluit bv bemiddeling oor alle kwessies by egskeiding in. Sien McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 154; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1357.

<sup>171</sup> In sowel die *Hoexterverslag* van 1983 as die *1997-Hoexterverslag*. Sien hfst 2 par 4.3.1 en hfst 3 par 4.2.

<sup>172</sup> Sien par 3.3.6 hieronder.

<sup>173</sup> 1987 *De Rebus* 613.

nie, maar dit tog op indirekte wyses aanmoedig.<sup>174</sup>

### 3.3.4 Private bemiddeling

Private bemiddeling is, soos die naam aandui, bemiddeling wat deur 'n private bemiddelaar verleen word, dit wil sê 'n bemiddelaar wat nie aan die een of ander hof verbonde is nie. Private bemiddeling is meestal 'n vrywillige proses waarin die partye ooreenkoms om liewer hulle geskilpunte deur 'n wedersyds aanvaarbare onpartydige derde te laat bemiddel as om hulle tot die howe te wend.<sup>175</sup> Die partye kies dus self wie hulle as bemiddelaar wil hê.<sup>176</sup> Hierdie vorm van bemiddeling word gewoonlik teen betaling deur prokureurs, sielkundiges en maatskaplike werkers beoefen.<sup>177</sup> Dit behels omvattende bemiddeling oor alle kwessies rondom egskeidings.<sup>178</sup> Alhoewel private bemiddeling gewoonlik nie statutêr gereguleer word nie, bestaan daar meestal private beheerliggame wat hierdie vorm van bemiddeling aanmoedig, adverteer en reguleer.<sup>179</sup>

### 3.3.5 Gemeenskapsbemiddeling

Gemeenskapsbemiddeling is bemiddeling wat deur nieregerings- en gemeenskapsorganisasies verleen word "... within the structure of a specific community and according to the culture of its prevailing moral norms and social standards".<sup>180</sup> Dit is meestal 'n

<sup>174</sup> Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 874 verwys na die *Texas ADR Act* wat onder andere egskeidingsbemiddeling aanmoedig, terwyl Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 64 verwys na die *Family Law Act* wat egskeidingsbemiddeling in Australië ten sterkste aanmoedig. Sien verder hfst 5 par 2.3.1.1 oor die posisie in Australië.

<sup>175</sup> Mowatt 1988 *TSAR* 52; Levy & Mowatt 1991 *De Jure* 70-71.

<sup>176</sup> Mowatt 1987 *De Rebus* 613 en 1988 *TSAR* 52; Clark 1993 *THRHR* 456

<sup>177</sup> Mowatt 1988 *TSAR* 51.

<sup>178</sup> Sien par 3.3.2 hierbo.

<sup>179</sup> Clark 1993 *THRHR* 456. Sien ook par 4.2.2 hieronder.

<sup>180</sup> Faris 1996 (Apr) *Community Mediation Update* 8.

vrywillige proses wat gratis, of teen minimale koste, aan die armer en/of inheemse sektore van 'n gemeenskap aangebied word om onder ander huweliks- en gesinsdispute op te los.<sup>181</sup> Faulkes en Claremont<sup>182</sup> wys daarop dat

[o]ne impetus which gave rise to the modern development of community mediation was the powerful "people" movements of the 1960s and early 1970s which saw communities and groups within communities reacting against state control and regulation of people's lives, particularly people who felt themselves to be relatively powerless in the face of institutionalised forces.

Omdat hierdie nieregerings- en gemeenskapsorganisasies gewoonlik in noue kontak met die gemeenskap funksioneer en in voeling met gemeenskapsake is, het die gemeenskap oor die algemeen groot vertroue in hierdie vorm van bemiddeling.<sup>183</sup>

Gemeenskapsbemiddeling is ook soos private bemiddeling nie 'n hofgebonde proses nie.<sup>184</sup>

### 3.3.6 Verpligte bemiddeling

Verpligte bemiddeling is bemiddeling wat deur wetgewing afgedwing word op partye wat besig is om te skei.<sup>185</sup> Dit is egter slegs die bemiddelingsproses wat verpligtend is en daar kan nie gesê word dat die resultaat van bemiddeling op die partye afgedwing word nie.<sup>186</sup> As die bemiddelingsproses op 'n ooreenkoms tussen die partye uitloop, moet die ooreenkoms as die inisiatief van die partye self beskou word.

<sup>181</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 12; Van der Merwe 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3.

<sup>182</sup> 1997 *Australian Dispute Resolution Journal* 178.

<sup>183</sup> Sien par 4.2.3 hieronder.

<sup>184</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 12.

<sup>185</sup> McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1330-1331.

<sup>186</sup> Goldberg 1995 *THRHR* 284.

Navorsing het getoon dat kinders meestal die onskuldige slagoffers van gesinsverbrokkeling is, en ook dat hoe hoër die vlakke van konflik tussen hulle ouers is, hoe groter die psigologiese skade is wat die kinders berokken word.<sup>187</sup> Navorsing het verder bewys dat bemiddeling by uitstek daarin slaag om die konflik te verminder tussen gades wat besig is om te skei.<sup>188</sup> Omdat bemiddeling dus in die praktyk 'n goeie resultaat vir sowel ouers as kinders het, word geargumenteer dat dit verpligtend behoort te wees. Ten einde te verseker dat die partye wel hulle geskilpunte by egskeiding laat bemiddel, bepaal die relevante wetgewing gewoonlik dat partye wat onwillig is om in goeie trou aan die bemiddelingsproses deel te neem met 'n kostbevel in daaropvolgende litigasie gepenaliseer kan word.<sup>189</sup>

### 3.3.7 Vrywillige bemiddeling

Sommige van die voorstaanders van egskeidingsbemiddeling is van mening dat een van die wesenlike elemente van bemiddeling vrywillige deelname aan die proses is.<sup>190</sup> Hulle voel dat partye slegs in beheer van die proses kan wees as hulle self gekies het om daaraan deel te neem. Andere is weer van mening dat die bemiddelingsproses waarskynlik meer suksesvol sal wees as al die partye vrywillig aan die proses

<sup>187</sup> Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 66-67; Popenoe, Ricci & Barnes in AFCC-kongresbundel *Partnership between Practice and Policy* 2-3.

<sup>188</sup> Goldberg 1995 *THRHR* 284; Altobelli 1997 *Australian Journal of Family Law* 62-64, 66-67. Sien ook par 3.5.1 hieronder.

<sup>189</sup> Williams 1987 *Civil Justice Quarterly* 151-152; Goldberg 1995 *THRHR* 283; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 282; Spencer 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 251; Dearlove 2000 *Australasian Dispute Resolution Journal* 13.

<sup>190</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1987 *De Jure* 48; Mowatt 1988 *SALJ* 321 en 1991 *TSAR* 296; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1348; Bridge 1997 *New Zealand Universities Law Review* 245.

deelneem.<sup>191</sup> Pearson<sup>192</sup> het hierdie aangeleentheid egter nagevors<sup>193</sup> en bevind dat "... voluntariness did not appear to be a key to producing mediated settlements".

Dit blyk verder dat slegs 'n baie klein persentasie van egskeidingspartye van vrywillige bemiddeling gebruik maak.<sup>194</sup>

### 3.3.8 Individuale bemiddeling

By individuale bemiddeling is daar net van 'n enkele bemiddelaar sprake. Die bemiddelaar is gewoonlik 'n prokureur, 'n sielkundige of 'n maatskaplike werker wat 'n opleidingsprogram van minstens veertig klaskamer-ure in gesins- en egskeidingsbemiddeling deurloop het.<sup>195</sup> Tydens hierdie opleidingsprogram moet prokureurs oor die algemeen aan veral die meer terapeutiese aspekte van bemiddeling aandag skenk, terwyl sielkundiges en maatskaplike workers hulle op die regsaspekte van bemiddeling moet toespits.<sup>196</sup>

### 3.3.9 Die spanbenaderingsmetode

Soos reeds hierbo aangedui, het bemiddeling 'n multidissiplinêre aard.<sup>197</sup> Alhoewel daar in die meeste jurisdiksies nog nie 'n bemiddelaarsprofessie bestaan nie, word daar nogtans van 'n bemiddelaar verwag om in die sosiale en gedragswetenskappe geskool te wees en tegelyk 'n grondige kennis van die reg te hê. Dit is egter geen maklike taak

<sup>191</sup> Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 881.

<sup>192</sup> 1993 *Family Law Quarterly* 286-287.

<sup>193</sup> Deur die resultate van verpligte bemiddelingsmodelle met die resultate van vrywillige bemiddelingsmodelle te vergelyk.

<sup>194</sup> McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1350. Sien ook par 4.2.2 hieronder.

<sup>195</sup> Sien par 3.2.2 hierbo.

<sup>196</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 720.

<sup>197</sup> Sien par 3.2.2 hierbo.

nie, want soos Rogers en Palmer<sup>198</sup> dit stel, is prokureurs van Sparta en sielkundiges van Athene! Om hierdie rede word die spanbenaderingsmetode soms gebruik. Hiervolgens word daar gewoonlik 'n span van twee bemiddelaars aangestel – die een 'n prokureur en die ander 'n sielkundige of maatskaplike werker.<sup>199</sup> Hierdie inter-dissiplinêre span beskik dan oor die nodige kwalifikasies om egskeidingsbemiddeling behoorlik te kan beoefen. Dit is verder verkieslik dat een van die bemiddelaars 'n vrou en die ander 'n man moet wees.<sup>200</sup> Op hierdie wyse verkry die bemiddelingsspan 'n wyer perspektief en kan geeneen van die partye voel dat hy of sy in die minderheid is nie. Hierdie vorm van bemiddeling kan egter in die praktyk soms 'n bietjie lomp en/of te duur wees.<sup>201</sup>

### 3.3.10 Fasiliterende bemiddeling

In fasiliterende bemiddeling help die bemiddelaar slegs die partye om op 'n produktiewe wyse op die onderhandelingsproses te fokus. Die bemiddelaar lewer dus geen persoonlike opinies oor enige van die geskilpunte tussen die partye nie en maak ook geen voorspellings oor wat die howe waarskynlik ten aansien van die geskilpunte sou beslis het nie.<sup>202</sup>

### 3.3.11 Evaluierende bemiddeling

In evaluierende bemiddeling speel die bemiddelaar 'n meer aktiewe rol. Die bemiddelaar skryf byvoorbeeld voor wat die fokus van die onderhandelinge tussen die partye moet wees. Die bemiddelaar bepaal dus watter geskilpunte ingesluit en watter uitgesluit moet

<sup>198</sup> 2000 *St Mary's Law Journal* 894.

<sup>199</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 318; Scott-MacNab 1988 *SALJ* 721; Clark 1993 *THRHR* 461; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 894.

<sup>200</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 637; Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 318; Scott-MacNab 1988 *SALJ* 721; Clark 1993 *THRHR* 461; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 894.

<sup>201</sup> Scott-MacNab 1988 *SALJ* 722; Clark 1993 *THRHR* 461.

<sup>202</sup> Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 70, 76.

word. Die bemiddelaar gee ook opinies oor die aangeleenthede waaroer besluite geneem moet word en dui vir die partye aan waar hulle ten opsigte van moontlike litigasie staan.<sup>203</sup> Hierdie vorm van bemiddeling is egter vatbaar vir ernstige negatiewe kritiek.<sup>204</sup>

### 3.3.12 Suiwer bemiddeling

In suiwer bemiddeling spreek die bemiddelaar al twee die partye tegelyk en vind onderhandelinge direk tussen die partye plaas.<sup>205</sup>

### 3.3.13 Die koukusmetode

Ingevolge die koukusmetode spreek die bemiddelaar die partye apart.<sup>206</sup> Hier word die partye in verskillende kamers geplaas en tree die bemiddelaar as tussenganger in die onderhandelinge tussen die partye op. Dit word in Engels ook '*shuttle mediation*' genoem. Die koukusmetode word gewoonlik gevolg wanneer daar sprake van geweld tussen die partye is of wanneer dit blyk dat een van die partye die ander in die onderhandelingsproses geheel en al oorweldig.<sup>207</sup>

## 3.4 Die bemiddelingsproses

<sup>203</sup> Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 70, 77.

<sup>204</sup> Sien par 4.2.1 hieronder waar die evaluerende bemiddelingsmodel waarmee gesinsadvokate hulle in SA bemoei, ernstig gekritiseer word.

<sup>205</sup> Brown 1994 *De Rebus* 61.

<sup>206</sup> Brown 1994 *De Rebus* 61; Goldberg 1996 *TSAR* 367; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 892.

<sup>207</sup> Goldberg 1996 *TSAR* 367. Sien ook par 3.6.2 hieronder.

Die bemiddelingsproses word deur die bemiddelaar beheer.<sup>208</sup> Dit bestaan gewoonlik uit vyf fases, naamlik die oriënterings- en inleidende fase, die informasie-ontledingsfase, die onderhandelingsfase, die skikkingsfase en die kontrakterende fase.<sup>209</sup> Die verskillende fases van die bemiddelingsproses is egter vloeibaar en kan nie presies afgebaken word nie.<sup>210</sup> Hoffmann<sup>211</sup> stel dit soos volg:

As with any stage paradigm when applied in practice, boundaries between the stages do not encapsulate each stage as closed entities nor must the steps be seen as sequential steps where each step must be completed before entry into the next. Components of a particular stage may feature in another and there may be backward as well as forward movement between the stages.

Die bemiddelaar kan die bemiddelingsproses oor 'n aantal sessies, gewoonlik vier tot ses sessies,<sup>212</sup> skeduleer of in een enkele marathonsessie afhandel.<sup>213</sup> Dit is egter verkieslik dat die bemiddelingsproses oor 'n aantal sessies moet strek wat min of meer een tot twee weke uit mekaar gespasieer moet wees. Dit sal die partye in staat stel om die nodige voorbereiding vir die verskillende fases van die bemiddelingsproses te doen en om behoorlik aandag en oorweging aan die relevante kwessies by egskeiding te sken.

### 3.4.1 Die oriënterings- en inleidende fase

<sup>208</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10.

<sup>209</sup> Clark 1993 *THRHR* 456.

<sup>210</sup> Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 306.

<sup>211</sup> 1987 *Social Work Practice* 11.

<sup>212</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 636; Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 318.

<sup>213</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10.

As een van of albei die partye nie vrywillig in die bemiddelingsproses beland het nie,<sup>214</sup> moet hulle ten aanvang so deur die bemiddelaar georiënteer word dat hulle aan die bemiddelingsproses wíl deelneem. Die bemiddelaar doen dit deur aan die partye te verduidelik wat die bemiddelingsproses behels, met ander woorde oor hoeveel sessies die bemiddelingsproses gaan strek, wat die rol van die bemiddelaar is, wat van die partye verwag word, en wat dit gaan kos. Die bemiddelaar moet ook aan die partye verduidelik wat die doel van egskeidingsbemiddeling is, naamlik die vermindering van konflik, die identifisering van probleme en die bereiking van 'n wedersyds aanvaarbare skikkingsooreenkoms deur die partye self op 'n informele en nie-akkusatoriese wyse. Die bemiddelaar moet die partye op hulle gemak stel en hulle oortuig dat die voordele van bemiddeling<sup>215</sup> dit die moeite werd maak om die bemiddelingsproses te deurloop.<sup>216</sup>

Tweedens moet die bemiddelaar sekere belangrike reëls vir die bemiddelingsproses neerlê. Dit sluit onder andere in dat al twee die partye hulle onvoorwaardelik tot die proses moet verbind; dat die partye moet onderneem om die beste belang van hulle kinders voorop te stel; dat elke party die geleentheid gegun sal word om, sonder enige onderbrekings, sy of haar standpunt te stel; dat blootlegging van alle relevante feite eerlik en openhartig moet geskied; dat die verrigtinge vertroulik sal wees; dat die partye hulle gedurende die bemiddelingsproses van litigasie sal weerhou; dat die partye hulle eie prokureurs gedurende die bemiddelingsproses mag raadpleeg; en dat dit hulle prokureurs vrystaan om, na keuse van elke party, die bemiddelingssessies by te woon.<sup>217</sup> Dit is ook gebruikelik dat die bemiddelaar en die partye in hierdie stadium 'n bemiddelingsooreenkoms onderteken waarin die pasvermelde reëls asook reëlings oor

<sup>214</sup> Verpligte en vrywillige bemiddeling word onderskeidelik in parr 3.3.6 en 3.3.7 hierbo bespreek.

<sup>215</sup> Sien par 3.5 hieronder.

<sup>216</sup> Clark 1993 *THRHR* 456.

<sup>217</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 635; Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 319; Cohen 1992 *De Rebus* 127; Clark 1993 *THRHR* 456; Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 312.

die aantal sessies en die betaling van die bemiddelaar vervat word.<sup>218</sup>

Hierna kan die eerste onderhoude met die betrokke partye, met of sonder hulleregsvereenwoordigers, begin.<sup>219</sup> Shah-Kazemi<sup>220</sup> wys egter op die baie belangrike punt dat egskeidingsonderhandelinge in baie kulture nie noodwendig tussen die man en die vrou plaasvind nie, maar eerder tussen die man en die vrou se verteenwoordiger.<sup>221</sup> Moodley<sup>222</sup> wys verder daarop dat die begrip ‘gesin’ in die inheemsregtelike kulture in Afrika ‘n uitgebreide betekenis het. In hierdie kulture betrek egskeidingsonderhandelinge tussen die gades dikwels ook lede van die uitgebreide gesin, soos die gades se ouers, grootouers, broers en susters. Dit is dus essensieel dat die bemiddelaar in elke geval moet weet wie die belangrike rolspelers in die egskeidingsonderhandelinge tussen die partye is, sodat hulle van die begin af by die proses betrek kan word.<sup>223</sup>

By die eerste onderhoude kry elke party die geleentheid om sy of haar kant van die saak te stel en om sy of haar verwagtinge van die egskeiding te openbaar.<sup>224</sup> Aangesien gemoedere by hierdie eerste onderhoude gewoonlik baie hoog loop, moet die bemiddelaar sekere tegnieke en strategieë gebruik om die partye te kalmeer. Dit sluit in dat die bemiddelaar die partye moet aanmoedig om al hulle bekommernisse uit te spreek en om hulle ware gevoelens te openbaar.<sup>225</sup> Die verbalisering van hierdie bekommernisse en gevoelens het ‘n terapeutiese effek in die sin dat dit spanning verlig

<sup>218</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 635; Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 319; Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 11.

<sup>219</sup> Cohen 1992 *De Rebus* 128.

<sup>220</sup> 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 308.

<sup>221</sup> Sien ook Goldberg 1998 *TSAR* 756.

<sup>222</sup> 1994 *CILSA* 46.

<sup>223</sup> Sien ook par 3.6.3 hieronder waar oa verduidelik word watter kennis ‘n bemiddelaar van die betrokke partye se kulturele agtergronde behoort te hê.

<sup>224</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10; Salem & McQuiod-Mason in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 73.

<sup>225</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 319.

en die betrokke partye in beheer van hulle gevoelens plaas.<sup>226</sup> Die bemiddelaar moet verder geen onderbrekings toelaat nie en aandagtig na elke party luister. Daar word in hierdie verband van ‘*empathic listening*’ gepraat.<sup>227</sup> As die partye sien dat die bemiddelaar werklik in hulle probleme en hulle onderskeie opinies daaroor belangstel, is hulle meer geneë om hulle volgehoue samewerking aan die bemiddelaar en die bemiddelingsproses te gee. Deur aandagtig na die partye te luister, kan die bemiddelaar ook ‘n idee kry van die dinamiek wat tussen die partye bestaan.<sup>228</sup> As dit blyk dat daar sprake van geweld tussen die partye is of dat een van die partye die proses geheel en al domineer, moet die bemiddelaar eerder die koukusmetode vir verdere bemiddelingssessies oorweeg.<sup>229</sup>

By die eerste sessie kan ook begin word met die insameling van akkurate informasie. Die bemiddelaar kan die partye versoek om bewys van hulle inkomste na die volgende sessie saam te bring en om solank state van hulle bates en laste en hulle maandelikse uitgawes op te stel.

### 3.4.2 Die informasie-ontledingsfase

In hierdie fase moet die partye eerstens alle relevante informasie op die onderhandelingstafel lê.<sup>230</sup> As daar kinders by die egskeiding betrokke is, moet die bemiddelaar behoorlik omtrent die daaglikse roetines en versorging van die kinders ingelig word. Daar moet verder ook heelwat aandag aan die vermoënsregtelike kwessies van egskeiding gegee word.<sup>231</sup> Dit mag dalk nodig wees om die hulp van ouditeure en

<sup>226</sup> Salem & McQuiod-Mason in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 67-68.

<sup>227</sup> Salem & McQuiod-Mason in *CLE-kongresbundel ADR* (vol 1) 70.

<sup>228</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 636.

<sup>229</sup> Sien par 3.3.13 hierbo en parr 3.6.1 en 3.6.2 hieronder.

<sup>230</sup> Hofmann 1987 *Social Work Practice* 11.

<sup>231</sup> Clark 1993 *THRHR* 456-457.

belastingkonsultante oor sekere van hierdie aspekte in te roep.<sup>232</sup> Die belangrikste is egter dat al twee die partye alle finansiële en ekonomiese aspekte eerlik en ten volle moet blootlê. Winks<sup>233</sup> sê hieroor:

The motivation for full and fair disclosure is realistic awareness that if the parties cannot agree, the courts will make the agreement for them. They are dependent on each other's cooperation and must bargain in good faith.

Nadat die partye alle inligting verstrek het en hulle gevoelens openhartig bekend gemaak het, moet die bemiddelaar die partye help om te bepaal watter kwessies reeds opgelos is en watter kwessies steeds in geskil is.<sup>234</sup> Die bemiddelaar kan dit doen deur onder andere die partye se argumente oor en weer te verduidelik, deur hulle standpunte op te som en/of te herstruktureer, en deur onduidelikhede op te klaar en teenstrydighede uit die weg te ruim.<sup>235</sup> Dit is egter baie belangrik dat die bemiddelaar ook verkeerde persepsies in perspektief moet stel en onredelike vrese uit die pad moet kry deur akkurate inligting omtrent die reg sposisie aan die partye te verskaf.<sup>236</sup> Die bemiddelaar moet verder op die uitkyk wees vir onderliggende kwessies wat nie uit die direkte gesprekke tussen die partye na vore gekom het nie en die partye se aandag daarop vestig.<sup>237</sup>

Aangesien hierdie fase klem op die verskille tussen die partye plaas, is dit hoogs waarskynlik dat die antagonisme tussen die partye in hierdie stadium weer sal styg. Die

<sup>232</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 319.

<sup>233</sup> 1980-1981 *Journal of Family Law* 639.

<sup>234</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 11; Clark 1993 *THRHR* 456.

<sup>235</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 636; Salem & McQuiod-Mason in CLE-kongresbundel *ADR* (vol 1) 73.

<sup>236</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 639; Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 319; Cohen 1992 *De Rebus* 128.

<sup>237</sup> Van der Steege *Divorce Mediation Training Course* Bylae (“Process strategies”).

bemiddelaar moet dus veral in hierdie fase op die uitkyk vir simptome hiervan wees, sodat hy of sy weer vertroue en samewerking tussen die partye kan opbou. Shah-Kazemi<sup>238</sup> wys egter daarop dat die simptome van antagonisme en wantroue tussen die partye van een kultuurgroep tot 'n ander kan verskil. Ten einde suksesvol deur hierdie tweede fase van die bemiddelingsproses te beweeg, moet die bemiddelaar derhalwe weet wat sekere gedragspatrone in verskillende kulture impliseer. In sommige van die inheemsregtelike kulture in Afrika dui direkte oogkontak byvoorbeeld op disrespek tussen die partye, terwyl sodanige kontak in ander kulture op eerlikheid en openhartigheid tussen die partye dui. So ook kan die feit dat een van die partye nik s oor 'n spesifieke kwessie te sê het nie in sommige kulture op aanvaarding dui, terwyl dit in ander kulture die afkeuring van die betrokke party kan weerspieël. Nieverbale kommunikasie is dus dikwels kultuurspesifiek en as die bemiddelaar nie van hierdie nuanses bewus is nie sal dit byna onmoontlik wees om sinvolle kommunikasie tussen die partye te faciliteer.<sup>239</sup>

Die laaste stap in hierdie fase behels die opstel van 'n agenda.<sup>240</sup> Alle kwessies waaroor die partye in die volgende fase bewuste besluite moet neem, moet in volgorde van belangrikheid op 'n agenda geplaas word. Al twee die partye moet egter tevrede wees dat al hulle belangte op die agenda geplaas is.

### 3.4.3 Die onderhandelingsfase

In hierdie fase moet daar met die oplos van die werklike geskille tussen die partye begin word.<sup>241</sup> Die bemiddelaar moet die partye nou help om een vir een aan die kwessies wat

<sup>238</sup> 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 312-314.

<sup>239</sup> Sien par 3.6.3 hieronder waar oa verduidelik word watter kennis 'n bemiddelaar van die betrokke partye se kulturele agtergronde behoort te hê.

<sup>240</sup> Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 310.

<sup>241</sup> Soos in par 3.4.4 hieronder getoon word, moet daar gepoog word om 'n onderskeid te tref tussen die partye se werklike behoeftes en bloot hulle aansprake.

in die agenda vervat is, aandag te gee.<sup>242</sup> Dit is gewoonlik die produktiefste om met die makliker en minder omstrede kwessies soos die bewaring van, toegang tot en onderhoud van minderjarige kinders te begin. Al twee ouers wil tog graag die beste vir hulle kinders hê. Winks<sup>243</sup> stel dit soos volg:

If there are children, most [mediators] deal with child support, custody and visitation first. Resolution of these issues shows the couple that cooperation will be possible in other areas as well. Custodial arrangements necessarily involve financial planning. The parties must balance their own financial and economic needs with those of the children to arrive at an agreement that will not make one spouse the sacrificial victim, a role ultimately damaging to both parent and child. Shared responsibility for the resolution of the custodial issue makes resolution of other issues easier.

Wanneer dit by die moeiliker en meer gedisputeerde vermoënsregtelike kwessies kom, moet die bemiddelaar die partye help om al die opsies te identifiseer wat hulle vir die oplossing van die betrokke kwessies in gedagte het. As die partye se onderskeie oplossings heeltemal onversoenbaar is en dit lyk asof hulle 'n dooiepunt gaan bereik, moet die bemiddelaar weer ingryp en die partye help om nuwe opsies te genereer.<sup>244</sup> Hier kan veral van dinkskrums (*brainstorming*) gebruik gemaak word.<sup>245</sup> Die bemiddelaar

<sup>242</sup> Clark 1993 *THRHR* 457 sê dat “[t]he mediator keeps the parties focused on one issue at a time...”.

<sup>243</sup> 1980-1981 *Journal of Family Law* 638. Sien ook Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 316.

<sup>244</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 11; Salem & McQuiod-Mason in CLE-kongresbundel *ADR* (vol 1) 73.

<sup>245</sup> Stewart *A-Z of Counselling* 48 verduidelik die doel van '*brainstorming*' soos volg: "... to release the mind, increase the flow of creative ideas and assist decision making. No discussion or evaluation is permitted until all ideas have been generated. This ensures that creativity is not blocked." Van der Steege *Divorce Mediation Training Course* Bylae ("Techniques for generating creative alternatives") gee ook 'n uiteensetting van ander tegnieke wat gebruik kan word om die partye te help om met kreatiewe voorstelle vorendag te kom bv '*Free Association*' wat omskryf word as "... an imaginative approach to

moet die partye versoek om elkeen aan 'n klomp oplossings vir 'n bepaalde kwessie te dink en dit dan neer te skryf. Die partye moet glad nie in hierdie stadium die meriete van die moontlike oplossings oorweeg nie, maar slegs probeer om so veel voorstelle as moontlik op die tafel te kry. Hoe meer opsies die partye kan uitdink, hoe groter is die kans dat hulle kreatiewe en werkbare oplossings vir die geskille tussen hulle gaan vind. As die betrokke partye nie self onmiddellik aan nuwe opsies kan dink nie kan die bemiddelaar die partye inlig omtrent voorstelle wat ander partye in ander sake ten aansien van soortgelyke kwessies gemaak het. Die bemiddelaar moet dus die partye aanmoedig om in hierdie fase kreatief en lateraal te dink.

#### 3.4.4 Die skikkingsfase

In die skikkingsfase moet die bemiddelaar die partye bystaan om al die voorstelle wat in die vorige fase gegenereer is, behoorlik te evalueer en te beoordeel.<sup>246</sup> Die bemiddelaar moet dus die partye laat kyk na die koste, die tyd, en die praktiese en etiese implikasies van elke voorstel en hulle dan aanmoedig om hulle voorstelle te verbeter en veral om verskillende voorstelle te kombineer. Die bemiddelaar moet egter seker maak dat die partye realistiese verwagtinge koester, veral ten opsigte van eiendomsverdeling.<sup>247</sup> Dit is ook baie belangrik dat die partye in hierdie fase op hulle werklike behoeftes moet

idea stimulation based on playing with analogies or symbols in some way related to the problem ...”; ‘Edisonian’ wat omskryf word as “... an approach to generating ideas based on tedious trial-and-error experimentation ...”; en ‘Morphological Matrix Analysis’ wat omskryf word as “... a structured approach to finding combinations of ideas by identifying the problem variables along both axes of a matrix and plotting the interrelationships among the variables in the corresponding squares with the body of the chart ...”.

<sup>246</sup> Clark 1993 *THRHR* 457.

<sup>247</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 639; Clark 1993 *THRHR* 457. Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 317 sê verder dat dit duidelik is dat “... much depends upon the mediator's familiarity with the prevailing cultural norms in order to act as the ‘agent of reality’ in such a way as to facilitate a resolution of the dispute”.

konsentreer, en nie bloot op alles wat hulle graag sou wou hê nie.<sup>248</sup> Hoffmann<sup>249</sup> wys in hierdie verband daarop dat

[c]ompromise, in negotiations, is the name of the game, and for each major issue, the option they [die partye] can best live with must be decided upon by them, even if it is not what they may have wanted at the outset.

Die partye moet dus bereid wees om toegewings te maak.<sup>250</sup> Wanneer die partye wel toegewings maak en sekere geskille oplos, moet die bemiddelaar hulle daarvoor prys.<sup>251</sup> Die bemiddelaar moet derhalwe sorg dat die partye gemotiveerd bly om ook werkbare oplossings vir oorblywende geskille te vind.<sup>252</sup>

### 3.4.5 Die kontrakterende fase

In die kontrakterende fase moet die resultate van die onderhandelings- en die skikkingsfases in 'n skriftelike ooreenkoms tussen die partye beliggaam word. Die bemiddelaar moet in gedagte hou dat hierdie resultate die outonome besluite van die betrokke partye verteenwoordig en dat dit nie met sy of haar sin vir reg en regverdigheid hoef te strook nie.<sup>253</sup> Solank die resultate van die onderhandelings- en skikkingsfases volgens die betrokke partye se kulturele waardesisteme as reg en regverdig beskou kan word en nie in stryd met voorskriftelike regsreëls is nie, mag die bemiddelaar dus nie met die besluite van die partye inmeng nie.<sup>254</sup>

<sup>248</sup> Maw die partye moet op hulle 'needs' konsentreer en nie op hulle 'greeds' nie.

<sup>249</sup> 1987 *Social Work Practice* 11.

<sup>250</sup> Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 317.

<sup>251</sup> Clark 1993 *THRHR* 457.

<sup>252</sup> Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 315.

<sup>253</sup> Clark 1993 *THRHR* 457.

<sup>254</sup> Shah-Kazemi 2000 *International Journal of Law, Policy and the Family* 317. Sien ook par 3.6.3 hieronder.

Die skriftelike ooreenkoms kan óf deur die bemiddelaar óf deur die partye self opgestel word. As die bemiddelaar die ooreenkoms opstel, moet hy of sy seker maak dat die partye se besluite akkuraat weergegee word. Dit kan egter gebeur dat die bemiddelaar belangrike aangeleenthede teëkom wat nie gedurende die onderhandelings- of die skikkingsfase deur die partye bespreek is nie.<sup>255</sup> Die partye kon byvoorbeeld nagelaat het om ooreen te kom dat betaalbare onderhoud jaarliks met die beswaarde gemiddelde van die verbruikersprysindeks verhoog moet word. Die bemiddelaar mag dan in die versoeking kom om uit eie beweging 'n eskalasieklausule in die ooreenkoms in te voeg. Sodanige optrede sal egter die bemiddelaar se neutraliteit in die gedrang bring.<sup>256</sup> Cohen<sup>257</sup> stel gevvolglik voor dat die bemiddelaar in so 'n situasie 'n nota op die ooreenkoms moet aanbring ten effekte dat die partye self moet besluit of dit reg en regverdig sal wees om 'n eskalasieklausule in die ooreenkoms in te voeg al dan nie.

As die bemiddelaar 'n regsgelerde is, moet hy of sy veral daarteen waak om nie ingewikkelde regstaal in die ooreenkoms te gebruik nie. Dit is belangrik dat die ooreenkoms in eenvoudige lektaal geklee word.<sup>258</sup>

As die partye self die ooreenkoms wil opstel, is dit verkieslik dat die bemiddelaar die dop van 'n skriftelike ooreenkoms aan die partye verskaf.<sup>259</sup> Op hierdie wyse word die partye gedwing om aan alle belangrike aspekte aandag te gee.

Aangesien hierdie ooreenkoms, soos ander skriftelike kontrakte, bindend tussen die

<sup>255</sup> Cohen in *SAAM*-kongresbundel *New Trends* 1.

<sup>256</sup> Sien egter par 3.6.3 hieronder waar daarop gewys word dat die vereiste van neutraliteit nie 'n te streng vereiste is nie.

<sup>257</sup> In *SAAM*-kongresbundel *New Trends* 3.

<sup>258</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 11; Cohen in *SAAM*-kongresbundel *New Trends* 4.

<sup>259</sup> Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 932.

partye word sodra dit deur hulle onderteken word,<sup>260</sup> is dit belangrik dat die partye dit voor ondertekening eers vir hersiening na hulle onderskeie prokureurs neem.<sup>261</sup> Dit is egter belangrik dat die partye hulle prokureurs moet inlig dat die ooreenkoms die produk van weldeurdagte bemiddeling is. Dit is alte maklik vir 'n prokureur om 'n ooreenkoms wat met sorg en moeite in die bemiddelingsproses aanmekaargesit is, uitmekaar te trek.<sup>262</sup> Prokureurs behoort dus baie simpatie met so 'n bemiddelde ooreenkoms te hê en behoort slegs in te meng as dit duidelik is dat hulle kliënte se belang buitensporig aangetas word. Prokureurs moet ook nie met die bepalings van bemiddelde ooreenkomste inmeng bloot omdat hulle van mening is dat hulle moontlik beter terme vir hulle kliënte kan beding nie.

Die partye kan ook ooreenkom om die ooreenkoms aanvanklik net vir 'n bepaalde tydperk te laat geld en om ná verstryking van so 'n proeftydperk verdere verfynings aan te bring. As al twee die partye egter tevrede is met die bepalings van die ooreenkoms kan dit by egskeiding vir finale hersiening en goedkeuring aan die Hoë Hof voorgelê word.<sup>263</sup> As die hof die bemiddelde ooreenkoms goedkeur en by die egskeidingsbevel inlyf, kan die partye die bepalings daarvan van regsweë afdwing deur onder andere tenuitvoerleggingsprosedures.

<sup>260</sup> Nienakoming van die bepalings van die bemiddelde ooreenkoms sal dus in hierdie stadium, nadat die partye die ooreenkoms onderteken het maar voordat dit deur die hof goedgekeur en by die egskeidingsbevel ingelyf word, slegs op kontrakbreuk neerkom wat tot die normale kontraktuele remedies soos spesifieke nakoming, terugtrede en/of skadevergoeding aanleiding kan gee. Sien verder in hierdie verband Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 927-928; Christie *Law of Contract in SA* 605.

<sup>261</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 11; Cohen in SAAM-kongresbundel *New Trends* 5.

<sup>262</sup> Cohen 1994 *De Rebus* 652 en SAAM-kongresbundel *New Trends* 5.

<sup>263</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 11; Mowatt 1988 *TSAR* 56 en 1991 *TSAR* 298; Goldberg 1996 *TSAR* 369.

### 3.5 Die voordele van bemiddeling

Egskeidingsbemiddeling het omvattende voordele vir gades wat besig is om te skei, vir kinders wat deur egskeiding geraak word en vir dieregspleging oor die algemeen.

#### 3.5.1 Voordele vir gades wat besig is om te skei

‘n Belangrike voordeel van bemiddeling is dat dit groter kontrole oor die gevolge van egskeiding aan gades verleen wat besig is om te skei.<sup>264</sup> Die gades is aktief in die bemiddelingsproses betrokke en neem self die belangrike besluite wat by egskeiding geneem moet word. As gevolg hiervan, en ook as gevolg van die feit dat die partye besluite neem wat binne hulle kulturele en morele verwysingsraamwerk as reg en regverdig beskou word,<sup>265</sup> is die partye ook meer geneë om bemiddelde ooreenkomste na te kom.<sup>266</sup> Navorsing in hierdie verband het byvoorbeeld getoon dat bemiddelde ooreenkomste lank na egskeiding steeds stiptelik deur die partye nagekom word.<sup>267</sup>

Bemiddeling verbeter ook die kommunikasie tussen gades wat besig is om te skei. Bemiddelaars is geskool in onder andere die sosiale en gedragswetenskappe en weet watter tegnieke en strategieë gebruik moet word om konflik tussen die partye te verminder en kommunikasiegapings te oorbrug.<sup>268</sup> Sinvolle kommunikasie tussen die partye stel gewoonlik alle probleme aan die kaak, insluitende die onderliggende

<sup>264</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10; Mowatt 1988 *TSAR* 49; Clark 1993 *THRHR* 459; Moodley 1994 *CILSA* 44; Goldberg 1996 *TSAR* 370.

<sup>265</sup> Moodley 1994 *CILSA* 46-47.

<sup>266</sup> Clark 1993 *THRHR* 459; Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10; Kelly 1991 *Family Law Practice* 385-386; Dorf, Handler & Alion 1995 *Maryland Bar Journal* 20; Rogers & Palmer 2000 *St Mary’s Law Journal* 873, 880.

<sup>267</sup> Hauser *Good Divorces, Bad Divorces* 18; Goldberg 1996 *TSAR* 370.

<sup>268</sup> Sien parr 3.4.1 tot 3.4.4 hierbo.

probleme wat dikwels in egskeidingslitigasie verborge bly.<sup>269</sup> Konstruktiewe kommunikasie tussen die partye verhoog ook die vlak van samewerking tussen die partye gedurende die egskeidingsproses en in die periode daarna.<sup>270</sup> Dorf, Hendlar en Alion<sup>271</sup> sê die volgende oor hierdie vername voordeel van bemiddeling:

Even if a final settlement is not reached, mediation very often provides psychological satisfaction for the parties because they have been communicating.

Alhoewel bemiddeling aan die een kant die partye leer om konflik op 'n nie-aggressiewe wyse te hanteer<sup>272</sup> en om konflik oor die algemeen te verminder,<sup>273</sup> verleen bemiddeling aan die ander kant ook 'n geleentheid aan die partye om hulle gevoelens van bitterheid, teleurstelling en woede teenoor die ander party te lug.<sup>274</sup> Bemiddeling gee die partye verder ook 'n kans om aandag te gee aan die aangeleenthede wat hulle as belangrik ag, maar wat deur die reg as onbenullig of onafdwingbaar beskou word.<sup>275</sup> In die bemiddelingsproses kan partye byvoorbeeld ook ooreenkoms dat hulle slegs een verjaarsdagpartyjie vir hulle kinders op hulle verjaarsdae sal hou en dat elke party nie elkeen afsonderlik 'n partyjie vir die kinders sal reël nie. Die bemiddelingsproses is dus nie, soos litigasie, net tot regskwessies beperk nie, en stel partye oor die algemeen in

<sup>269</sup> Scott-MacNab & Mowatt 1986 *De Jure* 316; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 875-876.

<sup>270</sup> Kelly 1991 *Family Law Practice* 384.

<sup>271</sup> 1995 *Maryland Bar Journal* 22.

<sup>272</sup> Bosman 1996 *Career Success* 21.

<sup>273</sup> Hoffmann 1987 *Social Work Practice* 10. Kelly 1991 *Family Law Practice* 383-384 wys daarop dat egskeidingsbemiddeling daarin slaag om konflik tussen die partye gedurende die egskeidingsproses, asook in die eerste jaar ná egskeiding, effektiel te verminder.

<sup>274</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 652; McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 170; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1382-1383; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 876.

<sup>275</sup> McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 171; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 876.

staat om aan al die fasette van egskeiding aandag te gee.

Die bemiddelingsproses is ook meer toeganklik as die adversatiewe stelsel van litigasie. Dit is 'n informele en eenvoudige proses wat die mense verstaan en waaraan hulle ten volle kan deelneem.<sup>276</sup> Dit is verder 'n buigsame en kreatiewe proses<sup>277</sup> wat in 'n gemoedelike atmosfeer plaasvind en boonop geloofs- en kultuurverskille in ag neem.<sup>278</sup> Partye vereenselwig hulle dus maklik met die bemiddelingsproses, veral waar die bemiddelingsdienste deur gemeenskapsentra aangebied word.<sup>279</sup>

Vir partye wat nie die dienste van 'n prokureur kan bekostig nie, gee bemiddeling ook 'n geleentheid om meer van die reg betreffende bepaalde kwessies te wete te kom.<sup>280</sup> In die oorgrote meerderheid van egskeidingsake sien slegs een van die partye gewoonlik 'n prokureur en is die ander party heeltemal onverteenvoerdig. Die inligting omtrent die regsposisie by egskeiding wat 'n egskeidingsbemiddelaar aan die partye verskaf, is dus vir baie partye die enigste sodanige inligting wat hulle by egskeiding kry.

Alhoewel bemiddeling duurder as onbestrede egskeidingslitigasie kan wees, is dit beslis baie goedkoper as bestrede egskeidingslitigasie.<sup>281</sup> In Suid-Afrika is die gangbare tarief vir 'n bemiddelingssessie enigiets tussen R400 en R1 000, afhangende van wie as

<sup>276</sup> Dorf, Hendler & Alion 1995 *Maryland Bar Journal* 20.

<sup>277</sup> Dorf, Hendler & Alion 1995 *Maryland Bar Journal* 20. Sien par ook 3.2.6 hierbo.

<sup>278</sup> Hechter & Mpelo in AFCC-kongresbundel *Partnership between Policy and Practice* 232.

<sup>279</sup> Van der Merwe 1994 (Jun) *Community Mediation Update* 1-2. Sien ook par 3.3.5 hierbo en par 4.2.3 hieronder.

<sup>280</sup> McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 172; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1390-1391.

<sup>281</sup> Pearson 1993 *Family Law Quarterly* 284; SA Regskomm *ADR* 12; Hauser *Good Divorces, Bad Divorces* 18; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 876.

bemiddelaar optree. Hierbo<sup>282</sup> is daarop gewys dat die bemiddelingsproses gewoonlik in vier tot ses sessies afgehandel kan word. Bemiddeling wat oor ses sessies strek, kan die partye dus enigiets tussen R2 400 en R6 000 kos. Hierteenoor beloop die koste van 'n onbestrede egskeiding vandag ongeveer R5 000 en die koste van 'n bestrede egskeiding etlike honderduisende rande. Egskeidingsbemiddeling kan dus 'n groot kostebesparing vir egskeidingspartye inhoud. Navorsing in die Verenigde State van Amerika in hierdie verband het getoon dat omvattende private bemiddeling die grootste kostebesparing vir egskeidingspartye inhoud.<sup>283</sup>

In teenstelling met die adversatiewe stelsel van litigasie wat dikwels die egskeidingsproses uitrek, slaag bemiddeling verder daarin om alle kwessies by egskeiding, insluitende die emosionele en onderliggende kwessies, op 'n spoedige wyse uit te pluis en op te los.<sup>284</sup> Dit is egter dikwels nie moontlik om egskeidingsbemiddeling vinniger as onbestrede egskeidingslitigasie af te handel nie, maar hierin is weer 'n verdere voordeel geleë. Dit is baie belangrik dat die bemiddelingsproses nie te vinnig afgehandel word nie en dat die partye genoeg tyd gegun word om behoorlik te besin oor die belangrike besluite wat by egskeiding geneem moet word.<sup>285</sup>

Met betrekking tot die voordele van bemiddeling vir gades wat besig is om te skei, kan ten slotte op die opmerkings van Kelly gewys word.<sup>286</sup> Na aanleiding van 'n vergelykende studie wat sy gedoen het onder partye wat die bemiddelingsproses deurloop het en partye wat hulle geskille aan die beregting van die howe oorgelaat het, sê sy:

<sup>282</sup> Sien par 3.4 hierbo.

<sup>283</sup> Kelly 1991 *Family Law Practice* 386; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1389. Sien ook parr 3.3.2 en 3.3.4 hierbo waar omvattende en private bemiddeling onderskeidelik bespreek word.

<sup>284</sup> Williams 1987 *Civil Justice Quarterly* 152; Clark 1993 *THRHR* 459; SA Regskomm *ADR* 12; Bosman 1996 *Career Success* 21; Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 74; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 875-876.

<sup>285</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 191.

<sup>286</sup> 1991 *Family Law Practice* 387.

... divorce mediation was a successful means of reaching full resolution of divorce issues for the majority of those who entered the process, and was seen by its participants as significantly more satisfactory along multiple dimensions than respondents in the adversarial divorce process. Women in mediation were equally as satisfied as the men, and compared with women in the adversarial process, mediation women were significantly more satisfied... It is of special interest that mediation men and women were more likely to perceive that they had equal influence over the terms of their divorce agreements, compared to adversarial men and women, who did not feel particularly protected by the adversarial process, nor satisfied with its outcomes.

Dit blyk dus dat partye tevrede is met egskeidingsbemiddeling!

### 3.5.2 Voordele vir kinders wat deur egskeiding geraak word

Daar word dikwels in die regsliteratuur daarop gewys dat bemiddeling die fokus op die belang van kinders plaas.<sup>287</sup> Die bemiddelingsproses stel in die eerste plek diegene wat kinders die beste ken, naamlik hulle ouers, en nie die een of ander derde party of instansie nie, in staat om besluite oor hulle wel en wee by egskeiding te neem.<sup>288</sup> Verder plaas artikel 28(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996, sowel as die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede en die Wet op Egskeiding, 'n plig op die bemiddelaar om toe te sien dat egskeidingspartye die belang van hulle kinders in alle onderhandelinge tussen hulle voorop stel.<sup>289</sup> Die vooruitsig dat die kinders se belang in die bemiddelingsproses beskerm sal word, is dus uitstekend. Kelly<sup>290</sup> wys byvoorbeeld daarop dat bemiddelde skikkingsooreenkomste by egskeiding

<sup>287</sup> Mowatt 1988 *TSAR* 49; Clark 1993 *THRHR* 458.

<sup>288</sup> Mnookin & Kornhauser 1979 *Yale Law Journal* 958; Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 650; Hoffmann 1989 *Social Work* 107; Dorf, Hendler & Alion 1995 *Maryland Bar Journal* 22. Sien ook par 3.2.1 hierbo.

<sup>289</sup> Sien par 3.2.4 hierbo.

<sup>290</sup> 1991 *Family Law Practice* 386-387.

voordeliger bepalings ten aansien van die belang van kinders bevat as ooreenkomste of bevele wat ingevolge die adversatiewe stelsel van litigasie gemaak word. Uit die vergelykende studie wat sy ten opsigte van bemiddeling en tradisionele litigasie gedoen het,<sup>291</sup> blyk dat gades in egskeidingsbemiddeling op beter finansiële reëlings vir hulle kinders betreffende onderhoud en die koste van tersiêre opleiding ooreenkom. Voorts bevat bemiddelde ooreenkomste gewoonlik ook meer gedetailleerde omskrywings van die nietoesighoudende ouer se toegangsregte, wat tot gevolg het dat toekomstige onenigheid tussen die ouers oor hierdie reëlings tot die minimum beperk word.<sup>292</sup>

Bemiddeling beklemtoon verder die feit dat ouerskap nie, soos die huwelik, by egskeiding tot 'n einde kom nie, maar dat al twee ouers hulle rolle en verantwoordelikhede in 'n geherstruktureerde gesin behou.<sup>293</sup> In egskeidingsake wat bemiddel word, is die kans dus groter dat die nietoesighoudende ouer in groter mate by die opvoeding van sy of haar kinders betrokke bly.<sup>294</sup> Sodanige betrokkenheid van beide ouers skep 'n positiewe atmosfeer vir kinders en help hulle om by die nuwe omstandighede na die egskeiding van hulle ouers aan te pas.

Die feit dat bemiddeling die geskeide gades leer om beter met mekaar oor die weg te kom, verhoog ook die vooruitsig dat kinders na egskeiding 'n sinvolle verhouding met al twee hulle ouers behou.<sup>295</sup> Mnookin en Kornhauser<sup>296</sup> stel dit soos volg:

A process that leads to agreement between the parents is preferable to one that

<sup>291</sup> Sien ook par 3.5.1 hierbo.

<sup>292</sup> Hauser *Good Divorces, Bad Divorces* 18, 25; Pearson 1993 *Family Law Quarterly* 291-292.

<sup>293</sup> Hauser *Good Divorces, Bad Divorces* 25; Hoffmann 1989 *Social Work* 107.

<sup>294</sup> Kelly 1991 *Family Law Practice* 384; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 880.

<sup>295</sup> Hauser *Good Divorces, Bad Divorces* 84; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 880.

<sup>296</sup> 1979 *Yale Law Journal* 958.

necessarily has a winner and a loser. A child's future relationship with each of his parents is better ensured and his existing relationship less damaged by a negotiated settlement than by one imposed by a court after an adversary proceeding.

Egskeidingsbemiddeling verminder dus die kans dat kinders die onskuldige slagoffers van hulle ouers se egskeiding word.

### 3.5.3 Voordele vir die regspleging

Aangesien partye in bemiddeling self die belangrike besluite neem wat by egskeiding gemaak moet word en dit nie aan die howe oorlaat om hierdie besluite vir hulle te neem nie, word die las van die oorlaaide howe aansienlik verlig.<sup>297</sup> Aangesien partye meer geneë is om bemiddelde ooreenkomste na te kom,<sup>298</sup> word die insidensie van moontlike latere aansoeke na die howe weens die nienakoming van die bepalings van egskeidingsbevele verder tot die minimum beperk.<sup>299</sup> Die feit dat die howe minder lastig gevall word deur partye wat besig is om te skei of wat reeds geskei is, spaar die howe dus baie tyd en administrasie en dit gee regters die geleentheid om hulle aandag en kundigheid aan meer ingewikkelde sake te wy.<sup>300</sup>

Bemiddeling het verder ook 'n positiewe effek op die adversatiewe en vyandige optrede van prokureurs in die sin dat sodanige optrede deur die bemiddelaar gedemp word wanneer prokureurs hulle kliënte in die bemiddelingsproses bystaan.<sup>301</sup> McEwen, Mather en Maiman<sup>302</sup> sê die volgende hieroor:

<sup>297</sup> SA Regskomm *ADR* 1; Dorf, Hendler & Alion 1995 *Maryland Bar Journal* 20. Sien ook par 2.2 hierbo.

<sup>298</sup> Sien par 3.5.1 hierbo.

<sup>299</sup> McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 178.

<sup>300</sup> Faris 1994 *De Jure* 339; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 875.

<sup>301</sup> McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 161.

<sup>302</sup> *Ibid.*

Mediation thus can subtly change the dynamics of the negotiation enterprise, making adversarial tactics less acceptable and more difficult to mobilize because a third party can credibly call their use into question.

Egskeidingsbemiddeling help prokureurs dus om op regverdige skikkingsooreenkomste te fokus in stede daarvan om na die beste moontlike skikking wat hulle vir hulle kliënte kan beding, te streef.<sup>303</sup> Wanneer prokureurs hulle kliënte na bemiddelingssessies vergesel, kry hulle ook 'n geleentheid om die teenparty persoonlik te ontmoet en sy of haar houding direk te evalueer.<sup>304</sup> In die adversatiewe stelsel van litigasie kom prokureurs egter selde voor so 'n gulde geleentheid te staan.

### 3.6 Die nadele van bemiddeling

Egskeidingsbemiddeling geskied egter nie sonder enige probleme nie. Daar bestaan wel sekere gevare waarvoor gades wat in die bemiddelingsproses betrokke is, enveral bemiddelaars, op die uitkyk moet wees. Kritici voer byvoorbeeld aan dat egskeidingsbemiddeling ontoepaslik is in gevalle waar die partye in ongelyke bedingsposisies teenoor mekaar staan of waar daar van gesinsgeweld sprake is. Hulle spreek ook kommer uit oor die feit dat bemiddelaars nie altyd onpartydig en neutraal kan wees nie en dat egskeidingsbemiddeling nie dieselfde veiligheidsmaatreëls as die adversatiewe stelsel van litigasie vir die betrokke partye en hulle kinders inhoud nie. Nie een van hierdie probleme is egter onoorkombaar nie en vir elke punt van kritiek teen egskeidingsbemiddeling bestaan daar weer 'n hele aantal teenargumente.<sup>305</sup> Die vernaamste besware teen egskeidingsbemiddeling, asook die argumente daarteen, word vervolgens van nader bekyk.

#### 3.6.1 Egskeidingsbemiddeling is ontoepaslik waar partye in ongelyke bedings-

<sup>303</sup> McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 179; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1384.

<sup>304</sup> McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1381.

<sup>305</sup> Goldberg 1995 *THRHR* 286.

### posisies teenoor mekaar staan

Kritici voer dikwels aan dat bemiddeling die ongelyke bedingingsmagte wat tussen egskeidingspartye mag bestaan, versterk.<sup>306</sup> Hulle argumenteer dat dit moontlik is dat die sterker party die swakker party in die bemiddelingsproses kan domineer en intimideer om dinge te doen of om tot bepalings toe te stem wat die sterker party bevoordeel en die swakker party benadeel.<sup>307</sup> Feministe huldig nogal sterk menings daaroor dat dit veral vrouens is wat deur die bemiddelingsproses benadeel word, aangesien vrouens oor die algemeen op sosiale en finansiële vlak in 'n ondergesikte posisie teenoor hulle mans staan en bemiddelaars hierdie feit nie deur die bank in ag neem nie.<sup>308</sup> Daar word dus geargumenteer dat egskeidingsbemiddeling ontoepaslik is in gevalle waar die partye in ongelyke bedingsposisies teenoor mekaar staan.

Daar bestaan egter in feitlik alle sake 'n magswanbalans tussen partye en dit is onredelik om tot die gevolgtrekking te kom dat bemiddeling nooit toepaslik sal wees wanneer partye nie oor presies dieselfde bedingingsmagte beskik nie.<sup>309</sup> Ook in die adversatiewe stelsel van litigasie kom die partye voor ongelyke bedingingsmagte te staan as hulle nie ewe goeie prokureurs of advokate het nie. Voorstanders van bemiddeling argumenteer dus dat egskeidingsbemiddeling wel in hierdie gevalle suksesvol gebruik kan word. Daar word aangevoer dat bemiddelaars in gevalle waar daar 'n magswanbalans tussen die partye bestaan 'n groter mate van kontrole oor die proses moet uitoefen om te verhoed

<sup>306</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 201-203; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1319; Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 86.

<sup>307</sup> Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 72.

<sup>308</sup> Winks 1980-1981 *Journal of Family Law* 275; Clark 1993 *THRHR* 460; Kaganas & Piper 1994 *Journal of Social Welfare and Family Law* 274; Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 85-86; Goldberg 1995 *THRHR* 286; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1324; 1326.

<sup>309</sup> Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 75.

dat die swakker party, meestal die vrou, benadeel word.<sup>310</sup> Rogers en Palmer<sup>311</sup> wys in hierdie verband daarop dat daar maar min empiriese navorsing beskikbaar is oor die vraag of bemiddeling vrouens oor die algemeen benadeel, maar dat die skrapse, beskikbare getuienis tog aandui dat bemiddeling wel beter uitkomste vir vrouens as die adversatiewe stelsel van litigasie het. Kelly<sup>312</sup> toon ook aan dat meer mans en vrouens in bemiddeling as in litigasie voel dat hulle in gelyke mate verantwoordelik is vir die ooreenkoms wat hulle aan die einde van die bemiddelingsproses bereik het. Wan<sup>313</sup> wys verder daarop dat mans ook nie noodwendig as gevolg van hulle finansieel sterker posisie die sterkste party om die onderhandelingstafel is nie, veral nie vir sover dit bewaringsaangeleenthede aangaan nie.

Bemiddelaars moet dus in elke geval op die uitkyk wees vir enige magswanbalans wat tussen die partye mag bestaan sodat hulle aktief kan optree om die swakker party, hetsy die man of die vrou, te versterk en te ondersteun.<sup>314</sup> Bemiddelaars moet egter bewus wees van die feit dat daar tog sekere areas is, veral wat finansies betref, waar veral vrouens by egskeiding benadeel word.<sup>315</sup> Die bemiddelaar moet toesien dat sulke situasies vermy word deur die voorlegging van akkurate inligting omtrent die relevante regsposisie aan die partye. Die bemiddelaar moet dus onder andere die feit benadruk dat artikel 9 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 materiële gelykheid tussen mans en vrouens waarborg.<sup>316</sup> Slegs dan sal egskeidingsbemiddeling daarin slaag om vir beide partye voordeliger as die adversatiewe stelsel van litigasie te

<sup>310</sup> Clark 1993 *THRHR* 460; Faris *Theory and Principles of ADR* 196-197; Kruk 1998 *International Journal of Law, Policy and the Family* 13-14.

<sup>311</sup> 2000 *St Mary's Law Journal* 880.

<sup>312</sup> 1991 *Family Law Practice* 387. Sien ook par 3.5.1 hierbo.

<sup>313</sup> 1999 *Dispute Resolution Journal* 75.

<sup>314</sup> Sien ook par 3.2.1 hierbo waar verduidelik word hoe die swakker party deur die bemiddelaar ondersteun en versterk moet word sodat die partye oor gelyke bedingsmagte beskik.

<sup>315</sup> Kaganas & Piper 1994 *Journal of Social Welfare and Family Law* 274-275.

<sup>316</sup> De Jong 1999 *THRHR* 84. Sien ook par 3.2.4 hierbo.

wees.

### 3.6.2 Egskeidingsbemiddeling is ontoepaslik waar daar van gesinsgeweld sprake is

Baie regskrywers en feministe is van mening dat egskeidingsbemiddeling heeltemal ontoepaslik is in gevalle waar daar van gesinsgeweld sprake is.<sup>317</sup> Hierdie regskrywers en feministe vrees dat vrouens, wat in die meeste gevalle die slagoffers van geweld is, in die bemiddelingsomgewing magteloos teenoor hulle mans sal staan en dat hulle nie in staat sal wees om regverdige en toereikende skikkingssooreenkomste vir hulself te beding nie.<sup>318</sup> Volgens Kaganas en Piper<sup>319</sup> sluit gesinsgeweld in hierdie verband nie alleen fisiese mishandeling in nie, maar ook "... financial and property abuse as well as emotional, familial and sexual abuse". Die Wet op Gesinsgeweld 116 van 1998<sup>320</sup> wat vir die verlening van beskermingsbevele in Suid-Afrika voorsiening maak, bevat ook so 'n breë omskrywing van gesinsgeweld wat benewens die vermelde vorme van geweld ook intimidasie, teistering en agtervolging insluit.<sup>321</sup> Alhoewel al die lede van 'n huishouding aan gesinsgeweld onderwerp kan word, gaan dit in hierdie afdeling hoofsaaklik oor die geweld wat deelgenote in huweliks- of soortgelyke verhoudings teenoor mekaar pleeg.

'n Verdere argument teen die gebruikmaking van egskeidingsbemiddeling in gevalle waar daar van gesinsgeweld sprake is, is dat mishandelaars strafregtelike sanksies vir hulle dade kan ontduiik as hulle egskeidingsgeding nie deur die howe besleg word nie, maar

<sup>317</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 283; Pearson 1993 *Family Law Quarterly* 288; Goldberg 1996 *TSAR* 366; Kaganas & Piper 1994 *Journal of Social Welfare and Family Law* 273.

<sup>318</sup> Pearson 1993 *Family Law Quarterly* 288; Goldberg 1996 *TSAR* 366; Greatbatch & Dingwall 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 175.

<sup>319</sup> 1994 *Journal of Social Welfare and Family Law* 271.

<sup>320</sup> A 1.

<sup>321</sup> Gesinsgeweld kom dus nie noodwendig op kriminele gedrag neer nie. In par 3.2.5 hierbo word genoem dat die bemiddelingsproses onmiddellik gestaak moet word wanneer gesinsgeweld wel op kriminele gedrag neerkom.

wel in 'n private proses waarin mededelings van die partye ingevolge ooreenkoms tussen die partye en die bemiddelaar konfidensieel is.<sup>322</sup> Laastens word daar ook kommer uitgespreek oor die veiligheid van die slagoffers van mishandeling in die bemiddelingsproses.<sup>323</sup> Om hierdie rede bevat heelwat wetgewing wat bemiddeling verpligtend maak oor die algemeen klousules wat bemiddeling in gevalle van gesinsgeweld geheel en al uitsluit.<sup>324</sup>

Hierteenoor is daar tog regskrywers en bemiddelaars wat meen dat egskeidingsbemiddeling gepas en effektief is in gevalle waar daar van gesinsgeweld sprake is.<sup>325</sup> Hulle is van mening dat aangesien bemiddeling die klem eerder op toekomstige verhoudings as vorige kriminele gedrag plaas, dit wel die partye die geleentheid gun om op 'n spoedige wyse self die belangrike besluite te neem wat by egskeiding geneem moet word.<sup>326</sup> Scott-MacNab<sup>327</sup> wys egter daarop dat die partye eerstens die kriminele gedrag van die mishandelaar moet erken en die oorsaak van die kriminele gedrag moet ondersoek. Hy sê:

Too strong emphasis is placed on the violence itself and too little on the dispute. Violence is the result of a dispute and is not the dispute itself. The dispute, in essence, may lie dormant, unidentified and incomprehensible to the parties, erupting mindlessly in physical abuse. It is in the recognition of the essential difference between the causes of a dispute and how the parties respond to those

<sup>322</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 285; Goldberg 1996 *TSAR* 366.

<sup>323</sup> Goldberg 1996 *TSAR* 366. Sien ook hfst 5 par 2.4.4 waar aangedui word dat gesinsgeweld ook in Australië 'n bekommernis is.

<sup>324</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 283.

<sup>325</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 283; Pearson 1993 *Family Law Quarterly* 288; Goldberg 1996 *TSAR* 366; Greatbatch & Dingwall 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 175, 185-187.

<sup>326</sup> Goldberg 1996 *TSAR* 366-367; Greatbatch & Dingwall 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 186.

<sup>327</sup> 1992 *SALJ* 286, 290.

causes that lies the strongest argument for mediating cases of family violence. Mediation can uncover the true causes of the dispute, and once they have been identified a process of dispute settlement may be set in motion. The causes of the violence may be very specific, for example, substance addiction or psychological instability. A good mediator will identify these problems and advise special rehabilitatory processes in order to combat them.

Dit mag verder nodig wees om die mishandelde gade na terapie te verwys<sup>328</sup> en om die koukusmetode van bemiddeling te gebruik ten einde te verhoed dat die mishandelde gade direkte kontak met die mishandelaar het.<sup>329</sup>

Goldberg<sup>330</sup> wys ook daarop dat bemiddeling meer geskik is as litigasie in gevalle van gesinsgeweld, aangesien dit juis in die howe is dat mishandelde gades dikwels verneder en gediskrediteer word deurdat opponerende advokate toegelaat word om die gades se getuienis uitmekaar te trek en af te breek. Bemiddeling, daarenteen, verskaf 'n gemoedelike atmosfeer waarin die geweld in 'n vertroulike en private proses oorweeg kan word.<sup>331</sup> Scott-MacNab<sup>332</sup> sê voorts:

Quick resort to the criminal-justice system may simply exacerbate a serious state of affairs and put an end to any choice of a settlement of the conflict within the family. The inexorable road to divorce and post-divorce conflict will have been

<sup>328</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 288.

<sup>329</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 287; Goldberg 1996 *TSAR* 367; Greatbatch & Dingwall 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 187; Rogers & Palmer 2000 *St Mary's Law Journal* 892. Sien ook par 3.3.13 hierbo. In hfst 5 par 3.2.1 word aangetoon dat daar ook in Nieu-Seeland van die koukusmetode gebruik gemaak word in gevalle waar daar van gesinsgeweld sprake is.

<sup>330</sup> 1996 *TSAR* 367.

<sup>331</sup> Greatbatch & Dingwall 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 186.

<sup>332</sup> 1992 *SALJ* 288.

irreversibly embarked upon.

Uit navorsing wat Pearson<sup>333</sup> in hierdie verband gedoen het, blyk dit ook duidelik dat nie alle vrouens wat mishandel word, so ontoereikend voel dat hulle nie op 'n gelyke grondslag om die onderhandelingstafel met hulle mans kan kommunikeer nie. Kaganas en Piper<sup>334</sup> verwys ook hierna en sê dat “[s]ome victims have avoided becoming part of a culture of battering and may feel sufficiently powerful to engage in mediation”. Verder toon Scott-MacNab<sup>335</sup> aan dat egskeidingsgeskille in gevalle van gesinsgeweld tans inderdaad in die Verenigde State van Amerika en in Australië algemeen en suksesvol bemiddel word. Greatbatch en Dingwall,<sup>336</sup> sowel as Kaganas en Piper<sup>337</sup> wys egter daarop dat mishandelde gades dikwels poog om die geweld wat teenoor hulle gepleeg is te marginaliseer en te minimaliseer, omrede hulle nie graag daaroor wil praat nie, of omrede hulle bang is dat die bemiddelaar of die howe hulle getuienis in twyfel sal trek. Bemiddelaars moet dus enige bewerings van geweld, hoe gering ook al, behoorlik ondersoek ten einde te bepaal hoe ernstig die geweld is. Gevalle van onkorrigeerbare of herhaalde gesinsgeweld wat die mishandelde party heeltemal kortwiek om aan die bemiddelingsproses deel te neem, moet liewer nie bemiddel word nie.<sup>338</sup>

Die standpunt dat bemiddeling heeltemal onvanpas is waar daar van gesinsgeweld sprake is, is dus te eng. Alhoewel egskeidingsbemiddeling nie in alle gevalle van gesinsgeweld gebruik kan word nie, kan dit tog in heelwat van sodanige gevalle suksesvol gebruik word.<sup>339</sup>

<sup>333</sup> 1993 *Family Law Quarterly* 288.

<sup>334</sup> 1994 *Journal of Social Welfare and Family Law* 273.

<sup>335</sup> 1992 *SALJ* 285.

<sup>336</sup> 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 186.

<sup>337</sup> 1994 *Journal of Social Welfare and Family Law* 272.

<sup>338</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 288.

<sup>339</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 289-290; Goldberg 1996 *TSAR* 367; Greatbatch & Dingwall 1999 *International Journal of Law, Policy and the Family* 175-187.

### 3.6.3 Bemiddelaars kan nie altyd onpartydig en neutraal wees nie

Dit is inderdaad so dat bemiddelaars nie altyd onpartydig en neutraal kan wees nie en dat elke bemiddelaar sy of haar eie persepsie het van wat reg en regverdig is.<sup>340</sup> Elke bemiddelaar se sin vir reg en regverdigheid hang noodwendig van sy of haar kulturele agtergrond, opvoeding en opleiding af.

Wat 'n bemiddelaar se kulturele agtergrond betref, kan daar probleme ontstaan wanneer die partye in die bemiddelingsproses nie dieselfde kulturele agtergrond as die bemiddelaar het nie.<sup>341</sup> Veral waar bemiddelaars deel van 'n dominante kultuurgroep is, kan hulle dalk probeer om die waardes en beginsels van hulle kultuur op die partye af te druk. Hierdie probleme is egter nie uniek aan die bemiddelingsproses nie. Moodley<sup>342</sup> wys daarop dat "... the courts, too, which tend to be manned by persons with a common cultural background, face similar problems". Ten einde hierdie probleem te oorbrug, voer Wan<sup>343</sup> die volgende aan:

Mediators must be aware that they carry their own expectations and values into the mediation process. In some circumstances, therefore, culture in mediation may simply be a matter of a transition of cross-cultural values. Mediators must therefore be trained to understand certain issues of cultural sociology.

Goldberg<sup>344</sup> sluit hierby aan en meld dat daar 'n behoefte aan sogenaamde '*cultural competence*' by bemiddelaars bestaan. Die vernaamste aspekte van kulturele sosiologie waarvan 'n bemiddelaar kennis moet dra ten einde 'n oorgang van die waardesisteem

<sup>340</sup> Burman & Rudolph 1990 *SALJ* 273; Faris *Theory and Principles of ADR* 178, 182; Bridge 1997 *New Zealand Universities Law Review* 243.

<sup>341</sup> Moodley 1994 *CILSA* 46; Goldberg 1998 *TSAR* 755.

<sup>342</sup> 1994 *CILSA* 46.

<sup>343</sup> 1999 *Dispute Resolution Journal* 77.

<sup>344</sup> 1998 *TSAR* 755.

van een kultuurgroep na 'n ander te maak, sluit volgens Goldberg<sup>345</sup> die volgende in:

- i Composition of the cultural group: What type of characteristics make up the group, eg race, gender, sexual orientation;
- ii The meaning and importance of family within the culture: This provides a clue as to who to involve in the mediation, eg whether grandparents are important in that particular culture;
- iii Life cycle: The responsibilities and expectations at different ages;
- iv Rules of communication in the family: Is the discussion of feelings comfortable for the parties; which party does the talking in the family, and does the other party resent that or feel adequately heard within the family;
- v Roles of mothers and fathers: which matters does each traditionally have responsibility for. The mediator may make use of this information to help the family redefine their roles upon separation;
- vi Implication of separation and divorce: The mediator may have to work with feelings of failure, guilt or blame;
- vii How conflict is dealt with: Do the parties traditionally avoid public displays of emotion, rather keeping anger pent up...
- viii Who helps people separate and divorce within a culture: This enables the mediator to suggest whom to approach for support...
- ix Potential barriers: Here it is helpful to know what factors may militate against the success of the mediation, eg language barriers, expectations, stereotyping, insufficient time or money.

'n Deeglike kennis van die bogemelde aspekte behoort bemiddelaars dus in staat te stel om 'n neutrale oorgang van die waardesisteem van een kultuurgroep na die waardesisteem van 'n ander kultuurgroep te maak.

Soos vroeër aangedui,<sup>346</sup> kan 'n bemiddelaar se professionele opleiding verder ook sy

<sup>345</sup> 1998 *TSAR* 755-757.

<sup>346</sup> Aan die begin van par 3.6.3 hierbo.

of haar neutraliteit en onpartydigheid beïnvloed. Aangesien bemiddelaars van verskillende professionele agtergronde tans by bemiddeling betrokke is,<sup>347</sup> tree die volgende probleme noodwendig na vore:

Waar prokureurs as bemiddelaars optree, kan hulle dit moeilik vind om bloot inligting omtrent die regsposisie aan die partye te verskaf en nie regadvies aan een van of albei die partye te gee nie.<sup>348</sup> As hulle egter wel aan die partye regadvies gee, word hulle neutraliteit en onpartydigheid ernstig aangetas en die betrokke partye se kontrole oor die uitkoms van die bemiddelingsproses drasties verminder.<sup>349</sup> Aan die ander kant is bemiddelaars wat professionele opleiding in die gedrags- en sosiale wetenskappe ontvang het weer geneig om 'n aktiewer rol te speel in die fasilitering van die betrokke partye se ooreenkoms oor die beste belang van hulle kinders.<sup>350</sup> Van Zyl<sup>351</sup> wys byvoorbeeld daarop dat bemiddelaars in die Verenigde State van Amerika en Kanada oor die algemeen ten gunste van gesamentlike bewaringsbevele by egskeidings is en dat hulle dit in die bemiddelingsproses op partye afdwing.<sup>352</sup> Hierdie probleme kan egter doeltreffend die hoof gebied word deur die ontwikkeling van behoorlike en gestandaardiseerde opleidingskursusse vir alle bemiddelaars in Suid-Afrika.<sup>353</sup>

Uit die bogaande bespreking blyk dit dus duidelik dat daar altyd sekere faktore teenwoordig is wat wel 'n invloed op die neutraliteit en die onpartydigheid van bemiddelaars kan uitoefen en dat die beginsel van neutraliteit en onpartydigheid nie

<sup>347</sup> Sien par 3.2.2 hierbo.

<sup>348</sup> Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 76-77, 84.

<sup>349</sup> Scott-MacNab 1991 *TSAR* 297.

<sup>350</sup> Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 79.

<sup>351</sup> *Divorce mediation and the best interests of the child* 200-201.

<sup>352</sup> Kelly 1991 *Family Law Practice* 387, wat 'n vergelykende studie van bemiddeling en litigasie in die Verenigde State van Amerika gedoen het, toon egter aan dat die voorkoms van gesamentlike bewaringsbevele by bemiddelde egskeidings nie dramaties hoër as by adversatiewe egskeidings is nie.

<sup>353</sup> Sien hfst 6 par 5.2.3.

absoluut en ongekwalificeerd kan geld nie. Wan<sup>354</sup> sê gevolglik dat

[i]n some circumstances, neutrality is a less absolute requirement and could be waived by the parties without prejudicing the mediation process.

Solank die bemiddelingsproses behoorlik verloop, die partye vertroue in die bemiddelaar het, en die uitkoms van die bemiddelingsproses steeds behoorlik is,<sup>355</sup> moet die vereiste van algehele neutraliteit en onpartydigheid derhalwe nie as 'n absolute voorvereiste vir bemiddeling beskou word nie.<sup>356</sup>

### 3.6.4 Bemiddeling verleen nie dieselfde veiligheidsmaatreëls as litigasie nie

Daar word dikwels vrese uitgespreek dat bemiddeling, as 'n informele proses, nie dieselfde veiligheids- en beskermingsmaatreëls as die adversatiewe stelsel van litigasie aan die partye en hulle kinders bied nie. In bemiddeling is daar geen formele regsproses in plek om die partye se procedurele regte, soos die blootlegging van alle relevante dokumentasie en die toetsing van getuienis vir akkuraatheid, te verseker nie.<sup>357</sup> Kommer word verder uitgespreek oor die feit dat die partye se toegang tot prokureurs en advokate in die bemiddelingsproses verminder word en dat hulle dus die beskerming wat regsverteenwoordiging hulle kan bied, ontneem word.<sup>358</sup> Kritici vrees dus dat bemiddeling nie dieselfde regverdige en billike resultate vir die partye en hulle kinders inhoud as wat

<sup>354</sup> 1999 *Dispute Resolution Journal* 24.

<sup>355</sup> Faris *Theory and Principles of ADR* 182 verwys hierna as die '*minimum content*' van neutraliteit.

<sup>356</sup> Goldberg 1998 *TSAR* 759 meld ook dat die hele konsep van bemiddelaarneutraliteit en -onpartydigheid tans heroorweeg word.

<sup>357</sup> Clark 1993 *THRHR* 460; Faris *Theory and Principles of ADR* 190; Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 74; Bridge 1997 *New Zealand Universities Law Review* 232-233.

<sup>358</sup> Pearson 1993 *Family Law Quarterly* 281; Goldberg 1995 *THRHR* 286; Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 75.

tradisionele litigasie in die howe hulle wel kan bied nie.<sup>359</sup>

Voorstaanders van bemiddeling voer egter aan dat bemiddeling net sulke regverdigte en billike resultate as tradisionele litigasie vir die partye en hulle kinders kan lewer, indien nie beter nie.<sup>360</sup>

Wat die argument betref dat partye in bemiddeling beskerming deur prokureurs en advokate ontsê word, wys sowel Pearson<sup>361</sup> as Goldberg<sup>362</sup> daarop dat die meeste partye in egskeidingslitigasie in elk geval ook onverteenwoordig is. Die oorgrote meerderheid van egskeidingsake wat in die howe verhoor word, is onbestrede. In hierdie gevalle raadpleeg gewoonlik net die eiser 'n prokureur. Dan is daar verder ook 'n groot aantal egskeidingsake wat *in persona* afgehandel word. In hierdie gevalle het geeneen van die partye regsvteenwoordiging nie. In egskeidingslitigasie geniet die meeste partye dus ook nie die beskerming van prokureurs en advokate nie. Dit is natuurlik ook belangrik om daarop te let dat alle prokureurs en advokate nie dieselfde mate van beskerming aan hulle kliënte kan bied nie. Onervare of swak prokureurs of advokate kan veroorsaak dat hulle kliënte van die wal in die sloot beland! Hierbenewens bestaan daar verder geen reël dat partye nie hulle eie prokureurs gedurende die bemiddelingsproses kan raadpleeg of hulle na bemiddelingssessies kan saambring nie. Partye word trouens aangemoedig om dit wel te doen indien hulle dit kan bekostig.<sup>363</sup> In 'n land soos Suid-Afrika waar regsvteenwoordiging vir die meeste mense weens koste in elk geval 'n luukse is, sal bittermin mense dit wel kan bekostig om hulle prokureurs na bemiddelingssessies saam te bring. Dit is slegs die welvarendste deel van die bevolking wat dit sal kan bekostig om hulle eie prokureurs gedurende die bemiddelingsproses te raadpleeg. Die inligting

<sup>359</sup> Freeman 2000 *University of Detroit Mercy Law Review* 75; Bridge 1997 *New Zealand Universities Law Review* 232-233.

<sup>360</sup> McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1320.

<sup>361</sup> 1993 *Family Law Quarterly* 281-282.

<sup>362</sup> 1995 *THRHR* 286.

<sup>363</sup> McEwen, Mather & Maiman 1994 *Law and Society Review* 149 *et seq*; McEwen, Rogers & Maiman 1995 *Minnesota Law Review* 1376 *et seq*.

omtrent die reg sposisie by egskeiding wat partye van 'n egskeidingsbemiddelaar verkry, is derhalwe vir die meeste egskeidingspartye in Suid-Afrika die enigste regsinligting wat hulle by egskeiding kry.<sup>364</sup> Die argument dat partye beskerming deur prokureurs en advokate in die bemiddelingsproses ontsê word, dra gevvolglik nie baie gewig in Suid-Afrika nie.

Hierbo is ook reeds daarop gewys dat bemiddeling binne die raamwerk van die reg geskied.<sup>365</sup> Dit is deel van 'n bemiddelaar se pligte om objektiewe inligting oor die reg sposisie ten opsigte van die geskille aan die partye te verskaf en verder om toe te sien dat die bepalings van artikels 9<sup>366</sup> en 28(2)<sup>367</sup> van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 in die onderhandelinge tussen die partye nagekom word. Dit is egter belangrik dat bemiddelaars behoorlik opgelei moet wees ten einde hierdie pligte in die bemiddelingsproses uit te voer.<sup>368</sup>

Blootlegging van relevante dokumentasie en die toetsing van getuienis vir akkuraatheid is egter meer problematies in die bemiddelingsproses as in bestrede egskeidings-litigasie.<sup>369</sup> Bemiddeling is 'n informele proses en bevat geen reëls wat vir hierdie procedurele beskermingsmaatreëls voorsiening maak nie. In onbestrede egskeidings-litigasie is daar egter ook nie sprake van die formele blootlegging van dokumente of die toetsing van getuienis vir akkuraatheid nie. Aangesien die meeste egskeidingsake onbestrede is, word meeste egskeidings in die Howe dus ook afgehandel sonder dat

<sup>364</sup> Sien ook par 3.5.1 hierbo.

<sup>365</sup> Sien par 3.2.4 hierbo.

<sup>366</sup> Dit waarborg materiële gelykheid tussen mans en vrouens.

<sup>367</sup> Dit stel die beste belang van kinders voorop.

<sup>368</sup> Sien hfst 6 par 5.2.3.

<sup>369</sup> Vir sover dit bestrede egskeidingslitigasie betref, maak R 35 van die Eenvormige Hofreëls vir formele blootleggingsprosedures voorsiening, terwyl R 39(8) vir die ondervraging, kruisondervraging of herondervraging van getuies deur advokate voorsiening maak.

hierdie procedurele beskermingsmaatreëls afgedwing word. Winks<sup>370</sup> wys voorts daarop dat die blote wete dat die howe vîr die partye 'n ooreenkoms gaan maak as hulle nie self een in die bemiddelingsproses kan bereik nie, genoegsame motivering vir partye in bemiddeling is om alle relevante dokumentasie en inligting eerlik en openhartig bloot te lê.<sup>371</sup>

Laastens is dit baie belangrik om in gedagte te hou dat bemiddelde ooreenkomste by egskeiding vir finale goedkeuring en/of hersiening aan die howe voorgelê moet word. Dit is duidelik dat die howe nie bemiddelde ooreenkomste in egskeidingsbevele sal inkorporeer as dit in stryd met voorskriftelike regsreëls of heeltemal onregverdig of onbillik teenoor een van die partye is nie.<sup>372</sup> Die howe sal byvoorbeeld nie bemiddelde ooreenkomste aanvaar waar daar 'n beduidende verskil is tussen dit wat partye ingevolge die geldende regstelsel sou kon kry en dit wat hulle wel ingevolge 'n bemiddelde ooreenkoms verkry het nie. So ook sal die howe nie bemiddelde ooreenkomste goedkeur wat nie in die beste belang van enige betrokke kinders is nie.<sup>373</sup> Die hof het dus die laaste sê oor ooreenkomste wat in die bemiddelingsproses gemaak word en op hierdie wyse word een van die vernaamste beskermings- en veiligheidsmaatreëls in egskeidingsbemiddeling ingebou.<sup>374</sup>

## 4 Die ontwikkeling en toepassing van egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika

### 4.1 Die ontwikkeling van egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika

<sup>370</sup> 1980-1981 *Journal of Family Law* 639.

<sup>371</sup> Sien ook par 3.4.2 hierbo.

<sup>372</sup> Wan 1999 *Dispute Resolution Journal* 75.

<sup>373</sup> In *Pinion v Pinion* 1994 2 SA 725 (D) het die hof bv geweier om 'n skikkingsakte, ig waarvan die partye gesamentlike bewaring oor hulle dogter sou uitoefen, by die egskeidingsbevel in te lyf. Die hof het gemeen dat gesamentlike bewaring in die toekoms aanleiding sou kon gee tot 'n situasie wat die kind se belang kon skaad.

<sup>374</sup> Sien verder hfst 6 par 6.9.

Wat die ontwikkeling van egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika betref, moet 'n onderskeid getref word tussen regeringsinisiatiewe wat tot onlangs hoofsaaklik op die Westerse, meestal blanke komponent van die bevolking gerig was, private inisiatiewe wat ook grotendeels op die Westerse, meestal blanke deel van die bevolking toegespits is, en nieregerings- of gemeenskapsinisiatiewe wat op die inheemsregtelike komponent van die bevolking konsentreer.

In Suid-Afrika, wat vir die grootste gedeelte van die vorige eeu onder die bewind van 'n Westerse blanke regering gestaan het, is bemiddeling van owerheidsweë vir die eerste keer in die laat sewentigerjare by die beslegting van nywerheids- en arbeidsregtelike geskille ingevoer.<sup>375</sup> 'n Bietjie later is bemiddeling ook ten aansien van geskille in die politieke sfeer aangewend.<sup>376</sup> Dit was egter eers onlangs dat die voordele van bemiddeling op die terrein van egskeiding en ander gesinsgeskille erkenning begin geniet het.<sup>377</sup> Dit was veral die *Hoexterverslag* van 1983<sup>378</sup> wat die bal aan die rol gesit het.<sup>379</sup> Die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede 24 van 1987, wat vir beperkte bemiddelingsdienste deur die kantoor van die gesinsadvokaat voorsiening maak,<sup>380</sup> kan as 'n direkte uitvloeisel, hoewel ietwat afgewater, van die *Hoexterverslag* van 1983 beskou word.<sup>381</sup>

<sup>375</sup> A 43 van die herroepe Wet op Arbeidsverhoudinge 28 van 1956; vgl ook a 135 van die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995. Sien verder Mowatt 1988 *SALJ* 318; Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 151.

<sup>376</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 151.

<sup>377</sup> In die meeste ander moderne en ontwikkelende Westerse gemeenskappe het bemiddeling ook eers die afgelope twintig tot dertig jaar as deel van die nuwe alternatiewe dispootbeslegtingsbeweging op die voorgrond begin tree.

<sup>378</sup> Die vyfde en finale verslag van die Hoexterkommissie (RP 78/1983).

<sup>379</sup> Sien hfst 2 par 4.

<sup>380</sup> Sien hfst 3 par 2.

<sup>381</sup> Sien ook par 4.2.1 hieronder waar die bemiddelingsdienste wat die gesinsadvokaat ingevolge hierdie Wet lewer van nader bekyk word.

Dit was ook eers die afgelope twee dekades dat private egskeidingsbemiddelaars na vore begin tree het. Hulle lewer omvattende bemiddelingsdienste teen vergoeding aan partye wat besig is om te skei of by ander gesinsgeskille betrokke is.<sup>382</sup> Private bemiddelaars is oor die algemeen by die een of ander private bemiddelingsorganisasie, soos SAAM (*The South African Association of Mediators in Divorce and Family Matters*) of ADRASA (*The Alternative Dispute Resolution Association of South Africa*),<sup>383</sup> geaffilieer. Vir sover dit egskeidings en ander familieregtelike geskille betref, kan SAAM in hierdie stadium as die belangrikste van hierdie organisasies beskou word.<sup>384</sup> SAAM is 'n multidissiplinêre professionele organisasie wat in 1988 gestig is met die doel om die konstruktiewe beslegting van egskeidings- en ander familieregtelike geskille deur bemiddeling te bevorder, om praktykstandarde vir egskeidings- en gesinsbemiddeling te ontwikkel en te reguleer, om samewerking met ander soortgelyke organisasies te bevorder en laastens om navorsing en publikasies op die gebied van egskeidings- en gesinsbemiddeling aan te moedig.<sup>385</sup> SAAM bied gevolelik opleidingsprogramme, werkswinkels, seminare en nasionale konferensies in gesins- en egskeidingsbemiddeling aan. Hierdie organisasie het ook 'n etiese gedragskode vir bemiddelaars opgestel wat handel oor aspekte soos die bemiddelaar se onpartydigheid en neutraliteit, vertroulikheid, opleiding, reclame en die bevordering van gesins- en egskeidingsbemiddeling.<sup>386</sup> Lidmaatskap van SAAM of ander private bemiddelingsorganisasies is egter nie verpligtend nie.

In die inheemsregtelike gemeenskappe in Suid-Afrika, daarenteen, het bemiddeling nog

<sup>382</sup> Sien par 4.2.2 hieronder.

<sup>383</sup> ADRASA bestaan hoofsaaklik uit prokureurs en advokate wat hulle aan die bevordering van alternatiewe dispuitbeslegting, veral op kommersiële gebied maar ook by egskeiding, toewy.

<sup>384</sup> Scott-MacNab 1992 *SALJ* 282 vn 3; Goldberg 1996 *THRHR* 360.

<sup>385</sup> *SAAM Mission Statement*.

<sup>386</sup> Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* 107 vn 101.

altyd 'n belangrike rol by die beslegting van geskille gespeel.<sup>387</sup> Mowatt<sup>388</sup> wys in hierdie verband daarop dat bemiddeling "deep historical and cultural roots" in Afrika het. Duisende jare lank is bemiddeling dus al 'n integrale deel van die tradisies van die inheemsregtelike bevolkingsgroepe in Suid-Afrika. Dit was egter veral gedurende die apartheidjare dat die meeste swart mense die dominerende, Westerse regstelsel as heeltemal ontoeganklik beskou het en hulle uitsluitlik tot informele en nie-amptelike dispootbeslegtingsmetodes op gemeenskapsvlak gewend het.<sup>389</sup> Gedurende hierdie tyd, en selfs vandag nog, is feitlik alle geskille, insluitende familieregtelike kwessies, met behulp van die bemiddelingsdienste wat deur stamkapteins, straatkomitees en gemeenskapsentrumms aangebied word, uitgepluis en opgelos.<sup>390</sup> Ooreenkomste wat op hierdie wyse by die ontbinding van gebruiklike huwelike bereik word, is uiteraard bindend *inter partes* en kan by 'n egskeidingsbevel ingelyf word as die betrokke partye die hof vir 'n egskeidingsbevel nader. Die punt is egter dat die meeste Suid-Afrikaners hulle nie tot die howe wend nie, maar verkies om hulle probleme op 'n informele en nie-amptelike wyse op gemeenskapsvlak op te los. As hulle egter wel hof toe sou gaan, moet die hof nou ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 erkenning

<sup>387</sup> SA Regskomm *ADR* 5-6.

<sup>388</sup> 1988 *SALJ* 318.

<sup>389</sup> Dwane-Alpman 1996 (Apr) *Community Mediation Update* 12 sê die volgende in hierdie verband: "... more cases get dealt with outside, rather than inside the justice system. The community justice structures are seen to be able to do far better than state justice." Sien verder Van Niekerk *Interaction of Indigenous Law and Western Law in SA* 102 wat die volgende opmerkings maak: "Unofficial dispute resolution has been the norm in black metropolitan areas for as long as these areas have existed. Official legal institutions have been regarded to be of secondary importance, seemingly because of their inability to satisfy the community's sense of justice. This was the position not only in urban areas. In rural areas the very first Magistrates' Courts were widely dispersed over large areas. Because of a lack of policemen or troops, they were not able to enforce the foreign official law imposed on the indigenous people and to curb the influence of the unofficial traditional courts."

<sup>390</sup> Van der Merwe 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3 en 1996 (Nov) *SAAM News* 1-2; SA Regskomm *ADR* 22-23. Sien ook par 4.2.3 hieronder.

aan hulle inheemsregtelike gebruik en gewoontes verleen.<sup>391</sup>

## 4.2 Die toepassing van egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika

As gevolg van die historiese ontwikkeling van bemiddeling in Suid-Afrika<sup>392</sup> word egskeidingsbemiddeling vandag op verskillende maniere en deur verskillende organisasies, instansies of individue beoefen. In die eerste plek is daar die beperkte, publieke bemiddelingsdienste wat deur die kantoor van die gesinsadvokaat ingevolge die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede aangebied word. Verder is daar ook private bemiddelingsdienste wat deur private bemiddelaars vir die welvarende deel van die bevolking aangebied word en gemeenskapsbemiddelings-dienste wat deur nieregerings- en gemeenskapsgebaseerde organisasies vir die armer dele van die bevolking aangebied word.

### 4.2.1 Bemiddelingsdienste deur die kantoor van die gesinsadvokaat

Die werksaamhede van die kantoor van die gesinsadvokaat is uitvoerig in hoofstuk 3<sup>393</sup> bespreek. Aangesien hierdie werksaamhede deur die staat beheer en by die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede gereguleer word, blyk dit in die eerste plek dat 'n mens hier met publieke bemiddeling te make het.<sup>394</sup> Soos die meeste ander publieke bemiddelingsmodelle is die werksaamhede van die kantoor van die gesinsadvokaat tot kwessies oor die bewaring van, voogdy oor of toegang tot kinders beperk.<sup>395</sup> Bemiddelingsdienste wat deur die gesinsadvokaat gelewer word, moet dus voorts as beperkte, oftewel kindergesentreerde, bemiddeling geklassifiseer word.<sup>396</sup>

<sup>391</sup> A 232 bepaal soos volg: "Volkeregtelike gewoontereg het regskrag in die Republiek tensy dit met die Grondwet of 'n Parlementswet onbestaanbaar is."

<sup>392</sup> Sien par 4.1 hierbo.

<sup>393</sup> Sien hfst 3 parr 2.5.2 - 2.5.3.

<sup>394</sup> Sien par 3.3.3 hierbo.

<sup>395</sup> Sien hfst 3 par 2.5.3.3.

<sup>396</sup> Sien par 3.3.1 hierbo.

Aangesien 'n ondersoek deur die gesinsadvokaat op initiatief van enige van die betrokke partye, die hof of die gesinsadvokaat self begin kan word,<sup>397</sup> kan 'n mens ook sê dat die bemiddelingsdienste wat deur die kantoor van die gesinsadvokaat gelewer word elemente van sowel vrywillige as verpligte bemiddeling insluit.<sup>398</sup> Dit is verder duidelik dat die kantoor van die gesinsadvokaat die spanbenaderingsmetode<sup>399</sup> van bemiddeling gebruik, aangesien sowel die gesinsadvokaat as gesinsraadgewers by 'n ondersoek ingevolge artikel 4 van die Wet betrek word.<sup>400</sup> Omdat dit ook deel van die gesinsadvokaat se funksies is om die betrokke partye en die toepaslike omstandighede gedurende 'n ondersoek te evalueer,<sup>401</sup> blyk dit dat die gesinsadvokaat ten slotte met evaluerende bemiddeling gemoeid is.<sup>402</sup>

Die feit dat gesinsadvokate partye en omstandighede moet evalueer ten einde aan die hof verslag te doen en 'n aanbeveling te maak,<sup>403</sup> word egter vanuit 'n suiwer bemiddelingsoogpunt ernstig gekritiseer. Van Zyl<sup>404</sup> sê byvoorbeeld dat

[t]o expect parties to participate in a mediation attempt, knowing quite well that the facts and information provided will later be used as part of the evaluation process, should the mediation attempt fail, militates against the idea of mediation.

Partye word dus onbehoorlik geïntimideer deur die wete dat die gesinsadvokaat die hele tyd besig is om hulle te evalueer en om sy of haar opinie oor bewarings- en toegangsaangeleenthede te vorm ten einde verslag aan die hof te kan doen.

<sup>397</sup> Sien hfst 3 par 2.5.3.2.

<sup>398</sup> Sien parr 3.3.6 en 3.3.7 hierbo.

<sup>399</sup> Sien par 3.3.9 hierbo.

<sup>400</sup> Sien hfst 3 parr 2.5.2 en 2.5.3.1.

<sup>401</sup> Sien hfst 3 par 2.5.3.7.

<sup>402</sup> Sien par 3.3.11 hierbo.

<sup>403</sup> Sien hfst 3 par 2.5.3.5.

<sup>404</sup> 2000 *Obiter* 388.

Hierbenewens is partye tydens ondersoeke ook deeglik bewus van die feit dat gesinsadvokate by die verhoor van kwessies oor die bewaring van, voogdy oor of toegang tot kinders kan verskyn om getuienis in belang van die kinders aan te bied en om getuies te kruisondervra.<sup>405</sup> Daar word dus met reg gevra of gesinsadvokate enigsins as bemiddelaars beskou kan word.<sup>406</sup> Die partye is glad nie in beheer van die proses en die ooreenkomste wat bereik word nie. Dit is ook duidelik dat die verrigtinge tydens 'n ondersoek glad nie vertroulik is nie en dat gesinsadvokate nie onpartydig en neutraal teenoor die partye staan nie. Wat die amptelike verslaggewingsfunksie van gesinsadvokate betref, moet hulle dus liewer nie as bemiddelaars beskou word nie, maar eerder as staatsadvokate vir die kinders. Om hierdie rede is dit eintlik ook nie eers korrek om die bewering te maak dat die kantoor van die gesinsadvokaat bemiddelingdienste in die eng sin van die woord lewer nie.

Dit blyk ten slotte dat die publieke bemiddelingdienste van die kantoor van die gesinsadvokaat tot onlangs toe hoofsaaklik aan die Westerse deel van die bevolking gelewer is aangesien die gebruiklike huwelike van die inheemse bevolking tot en met die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 op 15 November 2000 nie as regsgeldige huwelike erken is nie. Sulke huwelike geniet egter nou volle regsgeldigheid<sup>407</sup> en sedert 15 November 2000 moes die publieke bemiddelingdienste van die kantoor van die gesinsadvokaat aansienlik aangepas en uitgebrei word ten einde ook na die belang van kinders om te sien wat deur die ontbinding van gebruiklike huwelike deur egskeiding geraak word.<sup>408</sup> As 'n eerste stap om die publieke bemiddelingdienste van die kantoor van die gesinsadvokaat vir hierdie groot omwenteling voor te berei, het die hoofgesinsadvokaat op 22 Januarie 2001 'n werkswinkel met die titel '*The Family Advocate and the Dissolution of Customary*

<sup>405</sup> Sien hfst 3 par 2.5.3.1.

<sup>406</sup> Mowatt 1988 *TSAR* 53; SA Regskomm *ADR* 21.

<sup>407</sup> Sien hfst 3 par 6.

<sup>408</sup> A 8(3) van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike bepaal dat die Wet op Bemiddeling in Sekere Egskeidingsaangeleenthede ook op die ontbinding van gebruiklike huwelike deur egskeiding van toepassing is.

*Marriages'* by die kantore van die Departement van Justisie in Pretoria aangebied. Tydens hierdie werkswinkel het kenners van die inheemse reg<sup>409</sup> gesinsadvokate en gesinsraadgewers van oor die hele land, asook ander belanghebbende persone, toegespreek oor die vernaamste inheemsregtelike gebruikte, soos *lobola* en *bogadi*,<sup>410</sup> wat by die ontbinding van gebruiklike huwelike deur egskeiding ter sprake kan kom. Daar is ook aandag geskenk aan die 'beste belang van die kind'-konsep soos dit vanuit 'n inheemsregtelike perspektief beskou behoort te word.<sup>411</sup>

#### 4.2.2 Bemiddelingsdienste deur private bemiddelaars

Suid-Afrika het ook reeds 'n netwerk van private bemiddelaars in al die groot stede oor die hele land.<sup>412</sup> Private bemiddelaars is meestal prokureurs, sielkundiges of maatskaplike werkers wat opleidingskursusse van minstens veertig klaskamer-ure in gesins- en egskeidingsbemiddeling deurloop het.<sup>413</sup> Soos ander private bemiddelingsmodelle behels die bemiddelingsdienste wat deur hierdie bemiddelaars aangebied word gewoonlik 'n holistiese proses waarin onderhandelinge oor alle kwessies rondom egskeiding plaasvind.<sup>414</sup> Private bemiddelaars vra oor die algemeen professionele gelde vir die omvattende bemiddelingsdienste wat hulle óf alleen óf met behulp van 'n interdissiplinêre span aanbied.<sup>415</sup> Om hierdie rede is private bemiddeling gewoonlik

<sup>409</sup> Oa proff JC Becker (voorheen van Vista), I Maithufi (UP), LP Vorster (Unisa) en FPvR Whelpton (Unisa).

<sup>410</sup> Di die lewering van beeste, of hulle ekwivalent in ander vee, geld of eiendom aan die bruid se familie by huweliksluiting.

<sup>411</sup> Volgens die inheemse reg is dit altyd in 'n kind se beste belang dat sy of haar bande met sy of haar voorvadergeeste nie verbreek word nie. Hierdie sienswyse impliseer noodwendig dat die bewaring van kinders by egskeiding aan die man se familie toegeken moet word.

<sup>412</sup> Bosman 1996 *Career Success* 21; Van der Merwe 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3; SA Regskomm *ADR* 22.

<sup>413</sup> Sien par 3.2.2 hierbo.

<sup>414</sup> Sien parr 3.3.2 en 3.3.4 hierbo.

<sup>415</sup> Sien parr 3.3.8 en 3.3.9 hierbo.

relatief duur en is dit meestal net die welvarende deel van die bevolking wat hierdie dienste kan bekostig.<sup>416</sup> Aangesien private bemiddeling vrywillig is<sup>417</sup> en die algemene publiek op die oomblik nog grotendeels oningelig oor die voordele van hierdie vorm van bemiddeling is,<sup>418</sup> blyk dit voorts dat slegs 'n baie klein persentasie van die welvarende deel van die bevolking tans van private bemiddelingsdienste gebruik maak.<sup>419</sup> 'n Ander negatiewe punt ten opsigte van private bemiddelingsdienste is dat dit ongereguleerd is. Lidmaatskap van die bemiddelingsorganisasies wat poog om private bemiddelingsdienste te reguleer, is tans nie verpligtend nie.<sup>420</sup> Daar bestaan dus 'n moontlikheid dat bemiddelaars buite hulle mandaat kan optree of minderwaardige dienste aan die publiek kan lewer.<sup>421</sup> Ten einde te verseker dat bemiddelingsdienste van hoogstaande gehalte aan die publiek gelewer word, en ten einde die algemene publiek van die voordele van egskeidingsbemiddeling bewus te maak, het die tyd dus aangebreek dat die wetgewer private bemiddelingspraktyke moet reguleer en bevorder.<sup>422</sup> Dit blyk egter dat die kleinskaalse bemiddelingsdienste wat tot dusver deur private bemiddelaars aangebied word wel in die praktyk baie goeie resultate oplewer. Volgens Van der Merwe<sup>423</sup> ondervind hierdie bemiddelaars "... high settlement rates, and very high levels of satisfaction".

#### 4.2.3 Bemiddelingsdienste deur gemeenskapsgebaseerde organisasies

Aangesien bemiddeling nog altyd deel van die inheemse bevolkingsgroepe se tradisies

<sup>416</sup> Van der Merwe 1996 (Nov) *SAAM News* 1; SA Regskomm *ADR* 22.

<sup>417</sup> Sien par 3.3.7 hierbo.

<sup>418</sup> Bosman 1996 *Career Success* 21.

<sup>419</sup> Van der Merwe 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3.

<sup>420</sup> Sien par 4.1 hierbo.

<sup>421</sup> Goldberg 1996 *TSAR* 360.

<sup>422</sup> Hierdie aangeleentheid word verder in hfst 6 parr 4.4, 5.2.3 - 5.2.5 en 5.4 bespreek.

<sup>423</sup> 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3.

uitgemaak het en aangesien private en publieke bemiddelingsdienste tot dusver grotendeels op die welvarende Westerse deel van die bevolking gerig was,<sup>424</sup> bestaan daar vandag verskeie nieregerings- en gemeenskapsgebaseerde organisasies wat gesins- en egskeidingsbemiddelingsdienste gratis, of teen minimale koste, aan die inheemsregtelike en/of armer sektore van die bevolking bied.<sup>425</sup> Straatkomitees, gemeenskapshowe (wat as *makgotla* bekend staan), gemeenskapsgebaseerde adviessentra waar sogenaamde pararegswerkers 'n belangrike rol speel, tradisionele genesers en stamkapteins bied vandag almal egskeidingsbemiddelingsdienste in die een of ander vorm aan.<sup>426</sup> Van der Merwe<sup>427</sup> wys veral op die volgende:

... paralegal movement has become increasingly organised, and is likely to receive formal recognition by the state as an important component of judicial services. They have a national structure that is composed of provincial representatives.

Van der Merwe<sup>428</sup> wys voorts daarop dat organisasies soos die *Black Sash, Lawyers for Human Rights* en die *Legal Resources Centre* reeds baie belangrike bydraes tot die opleiding van hierdie pararegswerkers gelewer het.

Hierbenewens speel sekere welsynsorganisasies soos *Family Life* en *FAMSA (The Family and Marriage Society of South Africa)* in die laaste tyd ook 'n belangrike rol in dielewering van gemeenskapsbemiddelingsdienste. Alhoewel hierdie welsynsorganisasies lank net met huweliksvorligting en -berading gemoeid was, het hulle nou ook begin om egskeidings- en gesinsbemiddeling op gemeenskapsvlak te hanteer. Dan is daar ten

<sup>424</sup> Sien parr 4.2.1 en 4.2.2 hierbo.

<sup>425</sup> Van der Merwe 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3-4.

<sup>426</sup> SA Regskomm *ADR* 6, 22-23.

<sup>427</sup> 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3.

<sup>428</sup> *Ibid.*

slotte ook sekere semistaatsprojekte, soos die *West Rand Family Mediation Project*,<sup>429</sup> wat poog om egskeidingsbemiddelingsdienste aan voorheen benadeelde gemeenskappe beskikbaar te stel.

Die egskeidingsbemiddelingsdienste van die meeste van hierdie nieregerings- en gemeenskapsgebaseerde organisasies word egter op die oomblik deur 'n ernstige gebrek aan fondse en personeel gekortwiek.<sup>430</sup> Hierdie dienste is verder ook, soos private bemiddelingsdienste, ongereguleerd, met die gepaardgaande nadele.

Ten spyte van die pasvermelde probleme het die grootste deel van die bevolking baie vertroue in die bemiddelingsdienste van hierdie nieregerings- en gemeenskapsgebaseerde organisasies. Van der Merwe<sup>431</sup> wys daarop dat die sterk punt van hierdie organisasies is dat hulle in noue kontak met die gemeenskap is. Hy sê “[t]hey are seen as accessible and responsive to community concerns”. Volgens Van der Merwe speel hierdie organisasies 'n baie belangrike rol in die opvoeding van die gemeenskap aangaande die reg en hulle regte en in die voorbereiding van die gemeenskap vir verandering. Hy sê:

In South Africa we have a serious legacy of fear and distrust regarding the whole judicial system. These structures serve as an important link to bridge the gap between the courts and the communities.

Dit is dus baie belangrik dat die dienste van hierdie nieregerings- en gemeenskapsgebaseerde organisasies uitgebrei en in bestaande staatsinisiatiewe geïntegreer word sodat die gemeenskap weer toegang tot en vertroue in die regstelsel kan verkry.<sup>432</sup>

<sup>429</sup> SA Regskomm *ADR* 23; Nxumalo in *SAAM*-kongresbundel *New Trends* 1; Hechter & Mpelo in *AFCC*-kongresbundel *Partnership between Policy and Practice* uitdeelstuk.

<sup>430</sup> Van der Merwe 1995 (Apr) *Community Mediation Update* 3.

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> Moontlike wyses waarop dit gedoen kan word, word in hfst 6 par 4.3 ondersoek.

#### 4.3 Gevolgtrekking

Dit is duidelik dat egskeidingsbemiddeling in Suid-Afrika tans in 'n kritieke stadium verkeer. In al die verskillende sektore waar bemiddelingsdienste aangebied word, bestaan daar ernstige probleme. Die publieke bemiddelingsdienste wat deur die kantoor van die gesinsadvokaat gelewer word, kwalifiseer eintlik nie as egskeidingsbemiddeling in die ware sin van die woord nie. Private bemiddelingsdienste is weer ongereguleerd en buite die bereik van die meeste mense in Suid-Afrika as gevolg van onkunde of 'n gebrek aan fondse. Ook die bemiddelingsdienste wat deur nieregerings- en gemeenskapsgebaseerde organisasies gelewer word, is ongereguleerd en die effektiwiteit en voortbestaan van hierdie organisasies word verder deur 'n ernstige gebrek aan personeel en fondse bedreig. Van der Merwe<sup>433</sup> merk dus tereg op dat

[t]he challenge to the dispute resolution field is to integrate these different sectors into a more united mediation field, to expand opportunities for training and to increase access to professional mediation services to disadvantaged communities.

Aangesien egskeidingsbemiddeling oorweldigende voordele inhoud vir gades wat besig is om te skei, vir kinders wat by egskeidings betrokke is en vir die regstelling oor die algemeen,<sup>434</sup> is dit noodsaaklik dat die uitdaging waarvan Van der Merwe praat so spoedig moontlik aangepak word. Moontlike weë waارlangs 'n geïntegreerde, bekostigbare en meer Afrosentriese bemiddelingsmodel vir Suid-Afrika geskep kan word, word dus later in hierdie proefskrif intringend ondersoek.

---

<sup>433</sup> 1996 (Nov) *SAAM News* 1.

<sup>434</sup> Sien par 3.5 hierbo.