DIE BESTAANBAARHEID VAN GEWOONTEREGTELIKE HUWELIKE IN DIE LIG VAN DIE GRONDWET

Verhandeling ter voldoening aan die vereistes van die Magister Legum–graad by die Noordwes-Universiteit (Potchefstroom Kampus)

MM HERBST
12324752

Studieleier:

PROF W DU PLESSIS

INHOUDSOPGAWE

SUMMARY 8

OPSOMMING 9

LYS VAN AFKORTINGS 10

Hoofstuk 1: Inleiding

1.1 Definisies 11

1.2 Erkenning van gewoonteregtelike huwelike 11

1.3 Die Regskommissie en die *Grondwet* 13

1.4 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 14

1.5 Navorsingsvraag 15

1.6 Metodologie 15

Hoofstuk 2: Die *Grondwet*

2.1 Algemeen 16

2.2 Artikel 9 18

2.3 Artikel 10 20

2.4 Artikel 15(3) 22

2.5 Artikel 30 en artikel 31 23

2.6 Artikel 36 24

2.7 Artikel 211(3) 27

2.8 Horisontale werking en artikel 39(2) 28

Hoofstuk 3: Die Gewoontereg

3.1 Definisie van die huwelik 33

3.2 Vereistes vir 'n geldige huwelik 35

3.2.1 Wilsooreenstemming 35

3.2.2 Ouderdom van die partye 38

3.2.3 Lobolo 39

3.2.4 Oorhandiging van die meisie 42

3.2.5 Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik 44

3.2.6 Registrasie 46

3.2.7 Verbode grade van verwantskap 48

3.3 Huweliksgoederebedeling 48

3.4 Egskeiding 51

3.4.1 Inleiding 51

3.4.2 Gronde en prosedure vir ontbinding 52

3.4.3 Teruggawe van *lobolo* 54

3.5 Status 55

3.6 Poligamie 56

3.7 Bestaanbaarheid met die *Grondwet* 60

3.7.1 Inleiding 60

3.7.2 Erkenning in lyn met die *Grondwet* en die toepassing daarvan 61

3.7.3 Definisie van die huwelik en poligamie 63

3.7.3.1 Vereistes vir 'n geldige huwelik 64

a) Wilsooreenstemming 64

b) Ouderdom van die partye 64

c) *Lobolo* 65

d) Oorhandiging van die meisie 66

e) Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik 66

f) Registrasie 67

g) Verbode grade van verwantskap 67

3.7.3.2 Huweliksgoederebedeling 68

3.7.3.3 Egskeiding 68

3.7.3.4 Status 69

Hoofstuk 4: *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998

4.1 Definisie van die huwelik en erkenning van gebruiklike huwelike 71

4.2 Vereistes vir 'n geldige huwelik 72

4.2.1 Toestemming 73

4.2.2 Voorgeskrewe ouderdom 74

4.2.3 Lobolo 75

4.2.4 Huwelik ooreenkomstig gewoontereg beding en voltrek 76

4.2.5 Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik 77

4.2.6 Registrasie 78

4.2.7 Verbod op huweliksluiting tussen persone op grond van bloed- of aanverwantskap 79

4.3 Huweliksgoederebedeling 79

4.4 Egskeiding 82

4.4.1 Inleiding 82

4.4.2 Gronde en prosedure vir egskeiding 82

4.4.3 Teruggawe van *lobolo* 84

4.5 Status 85

4.6 Poligamie 87

4.7 Bestaanbaarheid met die *Grondwet* 88

4.7.1 Inleiding 88

4.7.2 Erkenning in lyn met die *Grondwet* en toepassing 88

4.7.3 Definisie van die huwelik en poligamie 89

4.7.3.1 Vereistes vir 'n geldige huwelik 91

a) Toestemming 91

b) Voorgeskrewe ouderdom 92

c) *Lobolo* 92

d) Huwelik ooreenkomstig gewoontereg beding en voltrek 93

e) Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik 94

f) Registrasie 94

g) Verbod op huweliksluiting tussen persone op grond van bloed- of aanverwantskap 95

4.7.3.2 Huweliksgoederebedeling 95

4.7.3.3 Egskeiding 96

4.7.3.4 Status 97

Hoofstuk 5: Samevatting en Gevolgtrekking

5.1 Inleiding 98

5.2 Die *Grondwet* 99

5.3 Die Gewoontereg, *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 en die bestaanbaarheid met die *Grondwet* 101

5.3.1 Definisie van 'n huwelik en erkenning daarvan 102

5.3.2 Vereistes vir 'n geldige hwelik 103

a) Wilsooreenstemming 103

b) Ouderdom van die partye 105

c) Lobolo 106

d) Oorhandiging van die meisie 107

e) Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik 108

f) Registrasie 110

g) Verbode grade van verwantskap 110

5.3.3 Huweliksgoederebedeling 111

5.3.4 Egskeiding 113

a) Inleiding 113

b) Gronde en prosedure vir ontbinding 113

c) Teruggawe van *lobolo* 114

5.3.5 Status 115

5.3.6 Poligamie 116

5.4 Gevolgtrekking en aanbevelings 119

BRONNELYS 121

Boeke 121

Proefskrifte 124

Tydskrifartikels 124

Internet 137

Internasionale dokumente 137

Proklamasies 137

Wetgewing 137

Regspraak 139

SUMMARY

Customary marriages are essentially polygamous. Courts were of the opinion that the nature of customary marriages are against public policy and natural justice. The *Interim Constitution,* 1993 gave effect to the consequences of customary marriages in principle XIII, while section 15(3) of the *Constitution of the Republic of South Africa,* 1996 allows for the recognition of marriages concluded in terms of custom. These marriages may, however not be in conflict with the Bill of Rights. Recognition was given to *lobolo* as the courts could not find it to be against public policy as is reflected initially in section 11(1) of the *Black Administration Act* 38 of 1927 and subsequently in section 54A of the *Magistrate's Court Act* 32 of 1944 and section 1 of the *Law of Evidence Amendment Act* 45 of 1988.

In 1998 the *Recognition of Customary Marriages Act* 120 of 1998 was promulgated to give recognition to customary marriages.

In this study, the question to what extent customary marriages and the *Recognition of Customary Marriages* Act 120 of 1998 are consistent with the *Constitution* within a democratic society based on equality, freedom and human dignity is addressed. It was found that the purpose of the *Recognition of Customary Marriages Act* 120 of 1998 is not only to give recognition to customary marriages, but to amend the traditional customary rules which may be inconsistent with the Bill of Rights. The *Act* succeeds in this.

Key Words: *Customary law; marriage; Constitution; recognition of customary marriages; conflict with Constitution.*

OPSOMMING

Gewoonteregtelike huwelike is poligamies van aard. Howe was van mening dat die aard van gewoonteregtelike huwelik teen openbare beleid en natuurlike geregtigheid was. Die *Interim Grondwet,* 1993 het erkenning aan die gevolge van gewoonteregtelike huwelik verleen, terwyl artikel 15(3) van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,* 1996 bepaal dat wetgewing erkenning kan verleen aan huwelike gesluit in terme van die gewoontereg. Hierdie huwelike mag egter nie in konflik met die Handves van Regte wees nie. Erkenning was verleen aan *lobolo* omdat die howe nie kon bevind dat dit teen openbare beleid was nie. Die bepaling was aanvanklik vervat in artikel 11(1) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927, en later in artikel 54A van die *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 en artikel 1 van die *Wysigingswet op Siviele Bewyslewering* 45 van 1988.

In 1998 was die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 gepromulgeer om erkenning te verleen aan gewoonteregtelike huwelike.

In die studie word die vraag in watter mate gewoonteregtelike huwelike en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bestaanbaar is met die *Grondwet* binne 'n demokratiese samelewing gebaseer op gelykheid, vryheid en menswaardigheid, aangespreek.

Daar was bevind dat die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 poog om dele van die gewoontereg wat onbestaanbaar mag wees met die *Grondwet* in lyn te bring met die Handves van Regte. Die *Wet* slaag grotendeels hiermee.

Trefwoorde: *Gewoontereg; huwelik; Grondwet; erkenning van gewoonteregtelike huwelike; onbestaanbaarheid met die Grondwet.*

LYS VAN AFKORTINGS

➢ AJ	–	Acta Juridica
➢ CILSA	–	Comparative and International Law Journal of South Africa
➢ DR	–	De Rebus
➢ Par	–	Paragraaf
➢ PER	–	Potchefstroomse Elektroniese Regstydskrif
➢ S Afr J Ethnol	–	South African Journal of Ethnology
➢ SAJHR	–	South African Journal on Human Rights
➢ SALJ	–	South African Law Journal
➢ Stell LR	–	Stellenbosch Law Review
➢ THRHR	–	Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse reg
➢ TM	–	The Magistrate
➢ TRW	–	Tydskrif vir Regswetenskap
➢ TSAR	–	Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg

Hoofstuk 1: Inleiding

1.1 Definisies

Die huwelik is 'n fundamentele instelling in 'n samelewing; dit is onder meer essensieel vir die voortplanting van die mens en vir die vorming van 'n nuwe generasie.[1]

Die gewoonteregtelike huwelik is poligaam van aard, dit wil sê dit is gebaseer op die beginsel dat dit 'n man vrystaan om meer as een wettige vrou te hê. Nie alle Swart mans trou met meer as een vrou nie, maar in die tradisionele samelewing is 'n meervoudige huishouding die ideale toestand.[2] 'n Gewoonteregtelike huwelik is nie net 'n verhouding tussen 'n man en vrou nie - dit sluit ook die familiegroepe waarvan die man en vrou deel was voor huweliksluiting in. Die sluiting van die huwelik bring regte en verpligtinge tussen die eggenote mee waarvoor die onderskeie familiegroepe kollektief verantwoordelik is. Die vrou se familiegroep is implisiet verantwoordelik vir die nakoming van die vrou se pligte, wat kinderbaring en die grootmaak van kinders is, en om effektief en behoorlik huis te hou. Die man se familie onderneem dat die vrou behoorlik behandel en na omgesien sal word, sodat dit vir haar moontlik is om kinders in die wêreld te bring en huis te hou.[3]

1.2 Erkenning van gewoonteregtelike huwelike

Suid-Afrika met sy multi-kulturele en multi-godsdienstige samelewing word gekenmerk deur 'n geskiedenis van ongelykheid. Die mense van Suid-Afrika reflekteer 'n ryk mosaïek, bestaande uit 'n verskeidenheid van rassegroepe, kulture, tale en gelowe.[4] Die *Interim Grondwet van die*

---

1 Dlamini 1989 *TSAR* 410-411.
2 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 9.
3 Bekker *Seymour's Customary Law* 96.
4 *Mohamed v Jassiem* 1996 1 SA 673 (A) 704, Sanders 1987 *CILSA* 405-410.

Republiek van Suid-Afrika, 1993,[5] het vir die eerste maal aan gewoontereg grondwetlike erkenning verleen. Beginsel XIII in Bylae 4 het voorsiening gemaak dat die gewoontereg, soos die gemenereg, deur die howe erken en toegepas word. 'n Belangrike voorbehoud wat gestel is, is dat die erkenning en toepassing van die gewoontereg uitdruklik onderhewig is aan die fundamentele regte in hoofstuk 3 van die *Interim Grondwet* en aan wetgewing wat spesifiek daaroor handel.[6] Die gewoonteregtelike huwelik is eers in 2000 in die Suid-Afrikaanse reg amptelik erken. Voorheen is daar aan die gevolge erkenning verleen. Daar is verskeie redes vir die nie-erkenning voor 2000, byvoorbeeld kolonialisme, segregasie en apartheid.[7] In Suid–Afrika is aan gemeenregtelike en Christelike huwelike voorkeur verleen.[8] Indien swart persone in terme van die gemenereg in 'n kerk getroud is, is daar aanvaar dat die gemenereg die huwelik sal reël, ongeag of die partye ook in terme van die gewoontereg getroud was.[9] Volgens die gemenereg voor 2000, is 'n huwelik beskou as 'n vrywillige instelling of vereniging tussen een man en een vrou met uitsluiting van enige iemand anders.[10] Omdat gewoonteregtelike huwelike poligamies is, is nie volle erkenning daaraan verleen nie.[11]

---

5 200 van 1993, hierna genoem die *Interim Grondwet*. Sien ook Lourens 1994 Nov *DR* 856.

6 Volgens artikel 231 van die Interim *Grondwet* het hierdie bepaling deel gevorm van die wese van die Interim *Grondwet* en het nie minder regskrag bevat omdat dit in 'n Bylae vervat is nie. Die beginsels vorm die basis van die 1996 *Grondwet*. Lourens1994 Nov *DR* 856.

7 Ander faktore wat 'n rol gespeel het is dat die terrein van die gewoontereg nie vir regspraktisyns as finansieel lonend beskou is nie en verder is die meeste regspraktisyns nie voldoende in die gewoontereg opgelei nie. In lyn met die beginsel van kulturele selfbeskikking is die argument geopper dat blankes hulle nie met die huishoudelike sake van swartes moet inmeng nie. Argumente is verder geopper dat die gewoontereg die goedkeuring van 'n groot en konserwatiewe deel van die swart gemeenskap wegdra en dat enige hervorming dan onvermydelik 'n verbetering in die posisie van vroue sou meebring – Bennett 1991 *AJ* 23-24. Sien ook De Koker 1996 *TRW* 112-121.

8 Die inheemse reg het in die skadu van die Westerse of landsreg voortbestaan, nieteenstaande die feit dat dit minstens *de facto* die huishoudelike belange van driekwart van die Suid-Afrikaanse bevolking reël – Bennett 1994 *SAJHR* 122-127.

9 Bennett *Customary Law in South Africa* 57.

10 Cronjé *Die Suid-Afrikaanse Persone en Familiereg* 183, Mqeke *Customary Law* 4.

11 *Seedat's Executors v The Master (Natal)* 1917 AD 302, Dlamini 1989 *TSAR* 410, Labushagne 1991 *THRHR* 844, Prinsloo 1990 *De Jure* 357-363.

Poligamie is afgekeur op grond van waardes en norme; dit is teen die openbare beleid en *boni mores* geag omdat dit nie met die beginsel van natuurlike geregtigheid ooreengestem het nie,[12] soos beslis in *Seedat's Executors v The Master Natal.*[13] In *Ismail v Ismail* [14] het die hof beslis dat poligamie in teenstelling is met die aanvaarde gebruike van die samelewing wat algemeen aanvaar en as moreel bindend gesien word.[15]

Die enigste erkenning wat wel aan gewoonteregtelike huwelike verleen is, is dat die howe nie kon bevind dat *lobolo* teen die staatsgedraglyn was nie.[16] Dit was vervat in artikel 11(1) van die *Swart Administrasiewet* 38 van 1927 en artikel 54A van die *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 en die bepaling is tans vervat in artikel 1 van die *Wysigingswet op Siviele Bewyslewering* 45 van 1988.[17]

1.3 Regskommissie en die Grondwet

In 1997 het die Regskommissie 'n ondersoek geloods na die erkenning van gewoonteregtelike huwelike. Dit was onduidelik of die gemenereg of die gewoontereg die grondslag moes vorm.[18] Die Regskommissie het gepoog om aan die een kant die gewoontereg te kodifiseer en aan die ander kant om gelykheid, menseregte en vryheid te bevorder. Die gewoontereg en die gemenereg moes geharmoniseer word en om die kodifikasieproses suksesvol te laat verloop moes ten minste twee vereistes nagekom word, naamlik: dit moes effektief wees en moes algemeen aanvaar word deur

---

12 Kaganas en Murray 1991 *AJ* 124.
13 1917 AD 302, 1026 B-C.
14 1983 1 SA 1006 (A). Sien ook De Kock en Labuschagne 1999 *THRHR* 114-120.
15 1081 B-D. Sien ook *Vitamin Distributors v Chungebryen* 1931 WPA 55; *Docrat v Bhayat* 1932 TPA 125; *Mokwena v Laub* 1943 WPA 43; *Nkambula v Linda* 1951 1 SA 377(A); *Hamid v Minister of Interior* 1954 4 SA 241 (T); *Acting Master High Court v Estate Mehta* 1957 3 SA 727 (SR); *S v Vengetsamy* 1972 4 SA 351 (D); *Davis v The Master* 1983 1 SA 458 (K); *Solomons v Abrahams* 1991 4 SA 437 (W).
16 Dlamini 1989 *TSAR* 413.
17 Rautenbach 2003 *Stell LR* 107.
18 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie.

mense wat daardeur geaffekteer sou word.[19] Die resultaat van die ondersoek was die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.[20] Om gevolg te gee aan artikels 9, 15, 30 en 31[21] van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,* 1996[22] moes dieselfde erkenning verleen word aan gewoonteregtelike huwelike as wat aan gemeenregtelike huwelike verleen is.[23]

Artikel 9 van die *Grondwet* bepaal dat elkeen gelyk is voor die reg en die reg het op gelyke beskerming en voordeel van die reg. Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer van die gronde gelys in subartikel 3 diskrimineer nie. Daarteenoor bepaal artikel 30 en 31 van die *Grondwet* dat elkeen die reg het om 'n taal van sy eie keuse te gebruik en om aan die kulturele lewe van sy eie keuse deel te neem. Persone wat aan 'n kultuur-, godsdiens- of taalgemeenskap behoort, mag nie die reg ontsê word om saam met ander lede van daardie gemeenskap hul kultuur te geniet, hul godsdiens te beoefen en hul taal te gebruik nie.

1.4 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998*

In 1998 is die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 op die wetboek geplaas om uitvoering te gee aan artikel 15(3) van die *Grondwet* wat bepaal dat artikel 15 nie wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie, of 'n stelsel van godsdiens-, persone- of familiereg belet nie, en dat erkenning wat verleen word bestaanbaar met die *Grondwet* moet wees.[24]

---

19 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie.
20 Vorster 1998 *Codicillus* 34(1) 38-39.
21 Vir verdere bespreking van genoemde artikels sien hoofstuk 2.
22 108 van 1996, hierna genoem die *Grondwet*. Sien 2.2, 2.3, 2.4 en 2.5 vir 'n bespreking hiervan.
23 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479 en Prinsloo 1994 *TSAR* 570-575.
24 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479. Vir verdere bespreking van artikel 15 van die *Grondwet* sien hoofstuk 2.

1.5 Navorsingsvraag

Die vraag is in watter mate gewoonteregtelike huwelike en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bestaanbaar is met die *Grondwet* binne 'n demokratiese samelewing gebaseer op gelykheid, vryheid en menswaardigheid (artikel 1 van die *Grondwet*). Om dit te bepaal sal ook vasgestel word in watter mate die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 die gewoontereg gewysig het, ten einde grondwetlikheid te bewerkstellig.

1.6 Metodologie

Die studie is hoofsaaklik 'n literatuurstudie waar toepaslike regspraak, wetgewing, handboeke en tydskrifartikels bestudeer is. 'n Vergelykende studie tussen die gewoontereg en die gemenereg is ook gedoen.

In hierdie verhandeling word eerstens die toepaslike artikels in die *Grondwet* bespreek,[25] waarna die gewoonteregtelike huwelik voor 2000 bespreek word.[26] Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 word daarna ontleed[27] ten einde tot 'n gevolgtrekking te kom.[28]

Die vernaamste bronne en literatuur is tot 29 Augustus 2005 bygewerk.

---

25 Sien hoofstuk 2 vir 'n bespreking van die *Grondwet*.

26 Sien hoofstuk 3 vir 'n bespeking van die gewoontereg.

27 Sien hoofstuk 4 vir 'n bespreking van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

28 Sien hoofstuk 5 vir 'n samevatting en gevolgtrekking.

Hoofstuk 2: Die Grondwet

2.1 *Algemeen*

Voor die Grondwetlike bedeling het die gewoontreg 'n beduidende laer status as die gemenereg gehad. 'n Behoefte aan 'n verhoogde status van die gewoontereg het tot gevolg gehad dat die *Grondwet* erkenning daaraan verleen het en die toepassing daarvan waarborg.[29] Die reg om volgens 'n kultuur te lewe is ook in die *Grondwet* gewaarborg en die diversiteit van taal en kultuur word beskerm.[30]

In die gewysde *Mabuza v Mbata*[31] het Hlope R gesê dat as dit aanvaar word dat Afrika gewoontereg erken word in terme van die *Grondwet* en relevante wetgewing word uitgevaardig, byvoorbeeld die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998, is daar geen rede hoekom die howe moet sloer met die ontwikkeling daarvan nie. Artikel 39(2) van die *Grondwet* bepaal dat wanneer gewoontereg ontwikkel word, dit in ooreenstemming met die gees en doel van die Handves van Regte gedoen moet word.[32]

Die *Grondwet* is die hoogste gesag in die land, en indien enige gebruik onbestaanbaar is met die *Grondwet*, kan dié gebruik nie grondwetlike beskerming geniet nie. Die howe het 'n grondwetlike verpligting om gewoontereg te ontwikkel, des te meer as gevolg van die geskiedenis van Suid-Afrika. Die toets is nie of die gewoontereg onversoenbaar is met die beginsels van openbare beleid of natuurlike geregtigheid nie. Die beginpunt is om te aanvaar dat die *Grondwet* die hoogste gesag is en enige wetgewing of optrede wat onbestaanbaar is daarmee, ongeldig is. As die hof tot die slotsom kom dat die praktyk of gebruike van die gewoontereg nie

---

29 Sien hoofstuk 1 hierbo. Pieterse 2000 *De Jure* 36.
30 Nicholson 2003 *THRHR* 379.
31 2003 4 SA 218 (KH) par 30. Vir 'n bespreking van die genoemde gewysde, sien Bekker 2004 *THRHR* 146-150.
32 Par 31.

bestaanbaar is met die *Grondwet* nie, sal 'n paslike bevel gemaak word. Die vorige benadering om die gewoontereg te erken, maar net insoverre dit in ooreenstemming met openbare beleid en natuurlike geregtigheid is, sou ongrondwetlik wees.[33]

Die ontwikkeling van die gewoontereg ten opsigte van huwelike moet geskied in ooreenstemming met die Handves van Regte, byvoorbeeld artikels 9, 15, 30, 31 en 211.[34]

In *Alexkor Ltd & another v Richtersveld Community & other*[35] is beslis dat alhoewel die gewoontereg in die verlede deur 'n "gemenereg lens" beskou is, moet dit gesien word as 'n integrale deel van die Suid-Afrikaanse reg. Soos alle reg, maak die gewoontereg staat op die *Grondwet* vir geldigheid en afdwinging. Geldigheid moet bepaal word deur te verwys na die *Grondwet* en nie die gewoontereg nie.[36]

In *Bhe & another v Minister of Khayalitsha & another*[37] het die hof dit gestel dat daar nie gesê moet word dat die gewoontereg nie deur wetgewing verander kan word nie. Net soos in *Alexkor* gestel, is die gewoontereg onderworpe aan die *Grondwet* en verandering en ontwikkeling moet in ooreenstemming met die doel, gees en oogmerk van die *Grondwet* geskied.[38] Die inherente buigbaarheid van die gewoontereg is een van die kenmerke van dié regstelsel. Die gewoontereg plaas meer klem op wilsooreenstemming en maak voorsiening vir familiestrukture, fasiliteer

33 Par 32.
34 Carpenter 1995 *Codicillus* 36(1) 27-32. Sien 3.7 waar die bestaanbaarheid van die gewoontereg aan die hand van die artikels getoets sal word en 4.7 waar die bestaanbaarheid van *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 aan die hand van die artikels getoets sal word.
35 2003 12 BCLR 1301(KH).
36 Par 51.
37 2004 2 SA 544 (KH).
38 Par 44. Sien ook Maithufi en Moloi 2004 *THRHR* 507-515, Maithufi en Moloi 2004 *THRHR* 515-524 vir 'n bespreking van die *Bhe*-gewysde.

samewerking, 'n verantwoordelikheidsin en 'n gesonde behoud van tradisie. Hierdie waardevolle aspekte regverdig die beskerming van die *Grondwet*.[39]

Die hof het verder in *Mbena v Letsoalo*[40] opgemerk dat gewoontereg in gebruik erken moet word deur howe omdat dit ontwikkeling in ooreenstemming met die doel, gees en oogmerk van die *Grondwet* sal meebring.[41]

2.2 *Artikel 9*

Die gelykheidsklousule (artikel 9) is veral relevant en is die hoeksteen van die *Grondwet*.[42] Artikel 9(1) bepaal dat elke persoon die reg op gelykheid het voor die reg en die reg op gelyke beskerming voor die reg, en artikel 9(2) bepaal dat teen geen persoon, direk of indirek, onbillik gediskrimineer mag word op grond van onder meer geslag, ras, en ouderdom nie. Die vraag is of aspekte van die gewoonteregtelike huwelik nie moontlik in konflik met dié bepalings sou kon wees nie.[43]

In *Harksen v Lane*[44] het die Konstitusionele hof drie toetse neergelê om te bepaal of daar onbillike diskriminasie is. Eerstens moet daar gekyk word of daar tussen mense of groepe mense gedifferensieer word. Indien die antwoord negatief is, word artikel 9(1) nie geskend nie. Indien daar wel gedifferensieer word, moet daar bepaal word of die differensiasie neerkom op onbillike diskriminasie. Dit behels twee vrae. Daar moet bepaal word of die differensiasie op diskriminasie neerkom. Indien die differensiasie geskied op grond van gelyste gronde soos vervat in artikel 9, is daar

---

39 Par 45.

40 1998 2 SA 1068 (T).

41 1075B-C. Sien ook Kerr 1999 *Obiter* 41, Mqeke *Customary Law* 49-52, Vorster 2001 *S Afr J Ethnol* 121-123.

42 Nicholson 2003 *THRHR* 380, Van der Meide 1999 *SALJ* 100-112.

43 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Sien 3.7 waar die gewoontereg aan die hand van die *Grondwet* getoets word, asook 1.4.

44 1998 1 SA 300 (KH), Loots 1995 *TM* 156-157.

gediskrimineer. Indien dit nie geskied in ooreenstemming met die gelyste gronde nie, moet daar objektief bepaal word of die differensiasie die potensiaal het om enige fundamentele regte, en in besonder menswaardigheid, te skend. Indien daar vasgestel is dat daar wel gediskrimineer is, moet bepaal word of die diskriminasie onbillik is. As die diskriminasie geskied ooreenkomstig een van die gelyste gronde, sal die aanname gemaak word dat die diskriminasie onbillik is. Indien die diskriminasie nie op een van die gelyste gronde geskied nie, rus die onus op die klaer om te bewys dat die diskriminasie onbillik is. Indien daar bevind word dat die differensiasie nie onbillik is nie, kan daar gesê word dat artikel 9(3) en (4) nie geskend word nie. As daar gevind word dat die diskriminasie onbillik is, moet daar bepaal word of dit geregverdig kan word deur die beperkingsklousule (artikel 36).[45]

Artikel 9 beoog om 'n egalistiese samelewing waarin almal menswaardig behandel word as menslike wesens met waardigheid en eiewaarde daar te stel. Dit kan egter nie noodwendig vertolk word as bedoelende dat daar in alle opsigte algehele gelykheid tussen alle mense, wat ookal hulle omstandighede is, sal bestaan nie, of dat alle mense noodwendig in alle opsigte dieselfde regte ten volle sal geniet nie.[46] Die Konstitusionele hof vertolk hierdie bepaling in die lig van geregtigheid en regverdigheid eerder as volle gelykwaardigheid.[47] Daar word aanvaar dat differensiasie in 'n demokratiese samelewing toelaatbaar is, maar toelaatbare diskriminasie word omskep in ontoelaatbare diskriminasie wanneer 'n persoon se waardigheid geskend word. Alhoewel daar kritiek bestaan dat so 'n benadering as eng beskou kan word deurdat dit 'n klemverskuiwing vanaf

---

45 Par 53. Sien ook 2.6 waar die horisontale werking van die *Grondwet* aangespreek word. Na my mening is dit onnodig om *Harksen v Lane* uit 'n ander oogpunt op die gewoontereg toe te pas, omdat die howe nog geen ander toets neergelê het nie.

46 Dlamini 2002 Des *TRW* 14, Rautenbach 2003 *TSAR* 174-176. Sien ook Bennett 1994 *SAJHR* 122-130.

47 Sien *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 6 BCLR 708 (KH), *Prinsloo v Van der Linde* 1997 4 SA (KH) 1012.

gelykheid na waardigheid bewerkstellig, demonstreer dit tog dat daar 'n noue verband tussen gelykheid en waardigheid bestaan.[48]

Die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 van 2000 is aanvaar om uitvoering te gee aan die vereistes van artikel 9 van die *Grondwet*. Twee oogmerke word nagestreef in die genoemde wet naamlik die vookoming van onbillike diskriminasie en die bevordering van gelykheid. Artikel 6 van die genoemde wet haal die essensie van subartikels 3 en 4 van artikel 9 van die *Grondwet* aan. Artikels 7 tot 9 handel oor spesifieke gronde van diskriminasie wat verbied word. In hoofstuk 3 word voorsiening gemaak vir gelykheidshowe wat met die beregtiging van onregverdige diskriminasie handel. Die tweede hoofoogmerk genaamd die bevordering van gelykheid kom in hoofstuk 5 aan die beurt waar 'n plig om gelykheid te bevorder aan die staat, persone en alle instellings opgelê. Meer spesifiek stel artikel 29 met verwysing na die bylae tot die wet 'n lys onbillike handelinge daar wat op onbillike praktyke neerkom. Voorbeelde hiervan is diskriminasie op grond van geslag en diskriminasie op grond van ras. Artikel 5(2) beklee die *Promotion* Wet met 'n hoër status as ander wetgewing. Die bepaling maak voorsiening daarvoor dat indien enige teenstrydighede tussen die genoemde wet en die bepalings van enige ander wet in verband met 'n aangeleentheid waaroor die wet handel, sou ontstaan, die bepalings van die wet voorrang moet geniet, met uitsondering die *Grondwet* en 'n parlementswet wat die genoemde wet uitdruklik wysig.[49]

2.3 Artikel 10

Artikel 10 van die *Grondwet* bepaal dat elkeen die reg op menswaardigheid het. Dit is een van die grondliggende waardes van die *Grondwet*[50] wat die

---

48 Dlamini 2002 Jun *TRW* 18-22, Carpenter 2002 *THRHR* 37-58, Carpenter 2002 *THRHR* 177-185. Sien Ntoubandi *Human Dignity* 14-16 waar 'n verband getrek word tussen gelykheid en menswaardigheid.

49 Die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 van 2000, Venter 2004 *PER* 8-11.

50 Chaskalson 2000 *SAJHR* 196.

Suid-Afrikaanse *Grondwet* in lyn plaas met die meeste Westerse *Grondwette* asook verskeie internasionale verdrae.[51]

In *S v Makwanyane*[52] het die hof beslis dat om 'n reg op menswaardigheid te erken is om die intrinsieke waarde van mense te erken. Mense is geregtig daarop om met respek behandel te word en daarom is die reg op menswaardigheid die gronde waarop baie van die ander regte in die Handves van Regte gebaseer is.[53]

Daar bestaan 'n nou verband tussen die reg op gelykheid, die reg op persoonlike vryheid en die reg op menswaardigheid. In *President of the Republic of South Africa v Hugo*[54] het die hof beslis dat onregverdige diskriminasie beteken dat nie alle persone dieselfde behandel word nie, wat meebring dat hulle menswaardigheid beperk word. Alle mense is egter gelyk in menswaardigheid.[55]

In *Ferreira v Levin*[56] het die hof 'n verband tussen menswaardigheid en persoonlike vryheid getrek. Die hof het beslis dat menswaardigheid nie ten volle gerespekteer kan word indien individue nie in staat gestel word om hul menswees en talente tot volle potensiaal te ontwikkel nie. Menswaardigheid het min waarde sonder vryheid. Deur mense hul vryheid te ontneem word hul menswaardigheid ontneem.[57]

---

51 Byvoorbeeld die *African Charter on Human and Peoples Rights* 1981.

52 1995 3 SA 391 (KH).

53 Par 328.

54 1997 6 BCLR 708 (KH).

55 Par 41. Vir 'n bespreking van die genoemde gewysde, sien Rautenbach 1997 *TSAR* 571-583.

56 1996 1 SA 984 (KH).

57 Par 49. In *S v Williams 1995 3 SA 632 (KH)* is artikel 294(1) van die *Strafproseswet* 51 van 1977 in oënskou geneem, wat bepaal het dat minderjarige seuns in sekere gevalle lyfstraf mag kry. Die hof moes *inter alia* beslis of lyfstraf 'n persoon se menswaardigheid soos vervat in artikel 10 van die *Grondwet* aantas. Die hof het beslis dat een van die belangrikste regte dié van menswaardigheid is en dat die opsetlike toediening van fisiese pyn 'n inbreukmaking is op menswaardigheid. Die hof beslis dat artikel 294 van die *Strafproseswet* 51 van 1977 ongrondwetlik is as 'n

Goolam[58] is van mening dat menswaardigheid nie net 'n reg is nie, maar ook 'n verpligting. Daar rus 'n plig op ander om ander mense op 'n waardige manier te behandel.

2.4 *Artikel 15(3)*

Artikel 15(3) van die *Grondwet* bepaal dat wetgewing erkenning kan verleen aan gewoonteregtelike huwelike en magtig die staat om effek te gee aan sulke huwelike in terme van 'n sisteem van tradisionele reg. So 'n erkenning moet egter bestaanbaar wees met die *Grondwet*. Artikel 15 belet nie wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie, of 'n stelsel van godsdiens-, persone- of familiereg nie, of stelsels van persone- en familiereg kragtens enige tradisie wat nagevolg word deur persone wat 'n besondere godsdiens aanhang nie. Sodanige erkenning moet nie met die genoemde artikel en die ander bepaling van die *Grondwet* onbestaanbaar wees nie.[59]

Die opmerking moet egter gemaak word dat artikel 15 nie 'n reg is om 'n spesifieke soort huwelik te erken nie. Die reg om nie teen onbillik gediskrimineer te word op grond van geloof of tradisie moet eerder die grondslag vorm vir die ontwikkeling van die gewoontereg.[60]

In *Ryland v Edros*[61] het die hof beslis dat die waardes van gelykheid en verdraagsaamheid van diversiteit en die erkenning van die meervoudige aard van die samelewing, *boni mores* en openbare beleid aanvul wanneer die hof moet besluit of 'n huwelik erken moet word.[62]

---

inbreukmaking op, *inter alia*, menswaardigheid – par 29 en 39. Sien ook Ntoubandi *Human Dignity* 17-19 en Rautenbach 2003 *TSAR* 177.

58 Goolam 2004 *PER* 4.

59 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 288–308. Sien 4.7.2 vir 'n bespreking van artikel 15 in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

60 Du Plessis 2002 *Stell LR* 378.

61 1997 1 BCLR 77 (C).

62 86 C.

Gewoonteregtelike huwelike word erken deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.[63]

2.5 *Artikels 30 en 31*

Artikel 30 bepaal dat elkeen die reg het om die taal van sy keuse te gebruik en om aan die kulturele lewe van sy keuse deel te neem, solank dit bestaanbaar is met die Handves van Regte, en in samehang daarmee artikel 31 wat bepaal dat persone wat aan 'n kultuur, godsdiens of taalgemeenskap behoort, nie die reg ontsê mag word om saam met ander lede van die gemeenskap hul kultuur te geniet, hul godsdiens te beoefen en hul taal te gebruik nie. Assosiasies wat hiermee verband hou, mag gestig word solank dit nie onbestaanbaar is met die Handves van Regte nie. Dit hou ook in dat indien 'n minderheidsgroep sy identiteit verloor en geabsorbeer word deur 'n groter gemeenskap, die individuele reg van vryheid op taal en kultuur ontneem word. Artikel 31 vereis dat daar geen inmenging in die regte moet plaasvind nie, en dat die staat redelike stappe moet neem om die kulturele, godsdienstige en taalgemeenskappe te beskerm.[64] Hiermee saam kan verwys word na artikel 181(c) van die Grondwet wat 'n kommissie daarstel om die kulturele, linguistieke en geloofsgemeenskappe te beskerm.[65]

Die reg op kultuur bring verskeie verpligtinge vir die staat mee. Eerstens moet diversiteit toegelaat word. Alhoewel die gebruike en gewoontes van 'n groep ongewoon mag voorkom, is die staat verplig om dit te verdra. Tweedens is die staat verplig om die bestaan en identiteit van 'n kulturele groep te beskerm. Derdens mag die staat nie vir of teen 'n spesifieke kulturele groep diskrimineer nie. Laastens moet die staat toelaat dat 'n

---

63 Sien hoofstuk 4 waar die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bespreek word.

64 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 469–483, Van der Meide 1999 *SALJ* 100-112.

65 Nicholson 2003 *THRHR* 379.

groep sy identiteit uitoefen deur sy eie taal te gebruik, sy geloof uit te oefen en sy eie sisteem van personereg te gebruik.[66]

Artikel 31 verwys na 'n gemeenskap. Dit is 'n nuwe beginsel vir howe, siende dat dié terminologie nie bekend is in terme van die *Grondwet* nie.[67] Die howe sal egter na dieselfde faktore wat 'n minderheid definieer moet verwys, naamlik 'n gemeenskaplike taal, geloof of kulturele gebruike en die posisie van die groep in verhouding tot die meerderheid van die samelewing.[68] In *Christian Education South Africa v Minister of Education*[69] het die hof beslis dat 'n groep as 'n gemeenskap kwalifiseer wanneer dit op die grondslag van taal, kultuur en geloof gevorm het.[70]

Daar kan afgelei word dat alhoewel die genoemde reg erken word, dit nie gewaarborg word soos die geval is met meeste van die ander erkende regte in die Handves van Regte nie.[71] Daar moet gelet word op die beperkings wat gestel word in die betrokke artikels, naamlik dat dit nie onbestaanbaar mag wees met die Handves van Regte nie. Die Regskommissie sê dat die Handves van Regte so uitgelê moet word dat die westerse waardes nie dominant in Suid-Afrika se samelewing word nie.[72]

2.6 *Artikel 36*

Fundamentele regte is baie belangrik in 'n samelewing, maar geen reg is absoluut nie. Daarom word voorsiening gemaak in die Handves van Regte vir die beperking van fundamentele regte.[73] Die rede hiervoor is dat regte

---

66 Joubert *et al* *LAWSA* 33-34.
67 Bennett *Customary Law in South Africa* 86-87.
68 Joubert *et al* *LAWSA* 33.
69 2000 4 SA 757 (KH).
70 Par 26. Sien ook Rautenbach 2003 *TSAR* 179-180, Rautenbach 2001 *TSAR* 637-634.
71 Du Plessis 2002 *Stell LR* 370.
72 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Sien ook Lehmann 2004 *SAJHR* 86-118.
73 Dlamini *Human Rights in Africa* 119.

beperk kan word om ander sosiale belange te beskerm. Artikel 36 staan bekend as die beperkingsklousule.[74] Dié artikel bepaal dat die regte in die Handves van Regte slegs beperk kan word deur 'n algemeen geldende regsvoorskrif in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, insluitend die aard van die reg, die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking en of daar 'n minder beperkende wyse is om die genoemde doel te bereik.[75] Dit behels twee oorwegings. Eerstens moet gekyk word na die aard van die reg wat beperk word en die belangrikheid van die reg in 'n oop demokratiese samelewing gebaseer op gelykheid, vryheid en menswaardigheid. Dit word genoem die fundamentele regte–oorweging. Die tweede oorweging is die beperkingoorweging. Hier word die aandag gevestig op die redelikheid en regverdigbaarheid van die beperking in 'n oop en demokratiese samelewing. Inagneming van die aard en strekking van die reg moes alreeds plaasgevind het.[76] Die howe het die geneigdheid getoon om te konsentreer op proporsionaliteit en die balans tussen regte en belange,[77] soos blyk in *S v Makwanyane.*[78]

Die interpretasie van 'redelik en regverdigbaar in 'n oop en demokratiese samelewing' bring probleme mee en plaas geweldige druk op die howe. Dit is moeilik om te definieer wat 'n demokratiese samelewing is wat redelik en regverdigbaar binne daardie demokratiese samelewing is. Daarom sal die howe slegs in uitsonderlike gevalle 'n wet wat gepromulgeer is deur 'n

---

74 De Ville 1994 *SA Publiekreg* 289.
75 Die *Grondwet*.
76 Woolman 1997 *SAJHR* 108.
77 Joubert *et al* *LAWSA* 41, Rautenbach 2003 *TSAR* 173-174.
78 1995 6 BCLR 665 (KH). Sien ook Rakate 1995 *African Law Review* 6(3) 20-24 en De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 144-165 waar dit duidelik blyk dat die bewoording van artikel 36 van die 1996 *Grondwet* oorgeneem is uit *S v Makwanyane*.

demokratiese verkose wetgewer as nie redelik regverdigbaar nie, verklaar.[79]

Artikel 7(3) van die *Grondwet* kan saamgelees word met artikel 36. Artikel 7(3) bepaal dat die regte in die Handves van Regte onderworpe is aan die beperkings wat genoem word in artikel 36 of elders in die Handves van Regte. Die doel van die beperking in die geval van artikel 7(3) is openbare belang, staatsveiligheid, moraliteit, openbare gesondheid en die administrasie van geregtigheid. Die bevordering van die spesifieke doel moet binne die bevoegdheid val van die orgaan of persoon wat die reg beperk en daar moet proporsionaliteit bestaan tussen die reg wat beperk word en die doel waarvoor dit beperk word.[80] Beperkings op fundamentele regte word egter gesien as die uitsondering en nie die reël nie, daarom moet die beperkingsklousule op 'n beperkende wyse toegepas word.[81] Artikel 9 kan ook as voorbeeld dien van ander regte in die Handves van Regte wat beperkings bevat. In *Prinsloo v Van der Linde*[82] het die hof beslis dat die toets vir onregverdige diskriminasie eerste toegepas moet word alvorens artikel 36 toegepas kan word.[83]

Statutêre reg, gemenereg en gewoontereg mag nie 'n fundamentele reg beperk nie. Slegs artikel 36 het die bevoegdheid.[84]

Gegewe die breë trefwydte van die reg op kultuur,[85] is dit moontlik dat dié reg in konflik met ander regte in die Handves van Regte kan wees.[86] In *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope*[87] het die

---

79 Dlamini *Human Rights in Africa* 37.
80 Rautenbach 2001 *TSAR* 620.
81 De Ville 1995 *SA Publiekreg* 289.
82 1997 3 SA 1012 (KH).
83 Par 17. Vir 'n bespreking van die genoemde gewysde, sien Rautenbach 1997 *TSAR* 571-582. Sien ook Bennett 1994 *SAJHR* 122-130.
84 Dlamini *Human Rights in Africa* 119.
85 Artikels 30 en 31 van die *Grondwet*.
86 Bennett *Customary Law in South Africa* 95-96, Woolman 1997 *SAJHR* 102-134.
87 2002 2 SA 794 (KH).

hof beslis dat alhoewel die appellant se reg om dagga te rook op grond van sy geloof en kultuur op inbreuk gemaak word deur die statutêre bepalings op die gebruik en besit van dwelmmiddels, is daar bevind dat die inbreukmaking regverdigbaar is omdat daar nie 'n minder beperkende wyse is om die misbruik van dwelmmiddels te voorkom nie.[88]

2.7 *Artikel 211(3)*

Artikel 211(3) bepaal dat die howe gewoontereg *moet* toepas wanneer dit van toepassing is, maar is onderworpe aan enige wetgewing wat spesifiek met die gewoontereg handel, sowel as die *Grondwet*. Indien enige gewoonteregtelike reël in konflik is met die Handves van Regte, geld die Handves. Wanneer die grondwetlikheid van 'n reël van die privaatreg getoets word aan die hand van die *Grondwet*, word 'n meer buigbare benadering vereis.[89]

Dit is moeilik om vas te stel wanneer die gewoontereg toegepas word, omdat daar nie duidelike riglyne bestaan om te bepaal wanneer 'n spesifieke regstelsel van toepassing is nie. Die Regskommissie het sekere riglyne aan die hand gedoen. Eerstens moet die partye die geleentheid hê om te besluit watter reg toegepas moet word op hul dispuut, met dien verstande dat die keuse nie gemaak word met die oog daarop om 'n derdeparty te benadeel, of die belang van geregtigheid verydel nie. Tweedens is die Regskommissie van mening dat as die partye nie self 'n gepaste regsisteem kies nie, 'n meer objektiewe benadering gevolg moet word. Die hof sal verskeie elemente in die partye se verhouding in ag neem om 'n paslike regstelsel toe te ken. Dit sluit onder meer in die aard en vorm van enige vorige transaksies, die onderwerp en die omgewing van die transaksie en die litigante se kulturele oriëntasie.[90]

---

88 Par 133-134 en 138.

89 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie.

90 Himonga en Bosch 2000 *SALJ* 314-315, Rautenbach 2003 *TSAR* 169-170.

2.8 *Horisontale werking en artikel 39(2)*

Die vraag ontstaan of die Handves van Regte horisontaal toegepas kan word, met ander woorde tussen burgers *inter se*, of slegs vertikaal, dit wil sê tussen burgers en die staat. Die Handves van Regte bind alle natuurlike persone insoverre dit van toepassing is, met inagneming van die aard van die reg en die aard van die verpligting wat die reg meebring.[91] Wanneer die Handves van Regte vertikaal toegepas word, blyk dit dat dit slegs toepassing sal vind wanneer staatsorgane betrokke is. Die benadering sal egter die doel van die Handves van Regte omverwerp. Howe moet die aard van die reg en die reël wat onbestaanbaar is met die Handves van Regte in ag neem, asook die sosiale konteks van die persone wat die reg oortree. Die meer behoedsame benadering vereis 'n beleid wat bepaal tot watter mate die staat in huishoudelike aangeleenthede sal inmeng.[92]

In *Du Plessis v De Klerk*[93] het die hof beslis dat die Handves van Regte indirek toegepas moet word op dispute tussen burgers. Die Handves van Regte kan nie net vertikaal toegepas word nie. Indirekte toepassing van die Handves van Regte op die gemenereg, gewoontereg of wetgewing moet deur die Hoogste Hof van Appèl hanteer word.[94] Terselfdertyd beslis die hof egter dat die Konstitusionele hof steeds beheer moet behou oor die indirekte toepassing.[95] Alhoewel die beslissing gegee is in terme van die *Interim Grondwet*, is dieselfde bepalings van toepassing op die 1996

---

91 Sien 3.7.3 vir 'n bespreking van die horisontale werking in terme van die gewoontereg en 4.7.4 vir 'n bespreking in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

92 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Daar kan hoofsaaklik tussen drie benaderings onderskei word. In *Potgieter en 'n Ander v Killian* 1996 2 SA 276 (N) en *Holomisa v Argus Newspapers Ltd* 1996 2 SA 588 (W) is daar beslis dat die 1993 *Grondwet* nie private verhoudings reguleer nie. In *Mandela v Felati* 1995 1 SA 251 (W) en *Boloro v University of Bophuthatswana* 1995 4 SA 197 (B) het die hof ten gunste van direkte horisontale werking beslis en in *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK) is die benadering ten gunste van indirekte horisontale werking gesteun. Sien ook Currie 1994 *AJ* 150-151; Bennett 1994 *SAJHR* 127-129 en Kerr 1997 *SALJ* 346-350.

93 1996 3 SA 850 (KH).

94 Par 27-28.

95 Par 63.

Grondwet. Die hof beslis verder dat die Handves van Regte indirek toegepas moet word indien 'n dispuut tussen burgers besleg moet word, maar wanneer 'n staatsorgaan buite sy bevoegdhede optree en as party tot die dispuut toetree in gevalle waar die gewoontereg van toepassing is, moet die Handves van Regte direk toegepas word.[96] *Mabena v Letsoalo*[97] is 'n goeie voorbeeld van waar die hof die Handves van Regte indirek toepas.[98]

Artikel 8(1)[99] pas die Handves van Regte toe op *alle* reg. Dit sluit die gewoontereg in. Dus is die Handves van Regte horisontaal van toepassing op gewoonteregtelike verhoudings. Dit is egter nie duidelik of dit direk of indirek van toepassing is nie. Daar is verskeie redes vir die onduidelikheid. Artikel 8(3)[100] maak voorsiening vir die toepassing en ontwikkeling van die gemenereg. Artikel 173[101] verwys na 'n hof se inherente bevoegdheid om die gemenereg te ontwikkel. Die artikel maak egter nie voorsiening vir die ontwikkeling van die gewoontereg nie. Artikel 39(2)[102] bepaal dat howe die gees, doel en strekking van die Handves van Regte moet bevorder by die ontwikkeling van die gewoontereg. Artikel 39(3)[103] verwys na die

---

96 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 63. Sien ook Van der Schyff *Die invloed van die Grondwet op Poligamie* 14-18, asook Rautenbach *South African Women under the Law of Succession* 303-327 vir 'n uiteensetting van horisontale werking.

97 1998 2 SA 1068 (T).

98 1074 A-J. Sien ook 2.1 vir 'n bespreking van dié gewysde.

99 Artikel 8(1) bepaal dat die Handves van Regte van toepassing is op die totale reg en bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane.

100 Artikel 8(3) bepaal dat by die toepassing van die Handves van Regte op 'n natuurlike of regspersoon moet 'n hof, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves, die gemenereg toepas, of indien nodig ontwikkel, in die mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie, en kan 'n hof reëls van die gemenereg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met artikel 36 is.

101 Artikel 173 bepaal dat alle howe behalwe laer howe die inherente bevoegdheid het om, met inagneming van die belang van geregtigheid, hul eie proses te beskerm en te reël en die gemenereg te ontwikkel.

102 Artikel 39(2) bepaal dat by die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder.

103 Artikel 39(3) bepaal dat die Handves van Regte nie die bestaan van ander regte of vryhede wat deur die gemenereg, gewoontereg of wetgewing erken of verleen word ontken nie, in die mate waarin daardie regte of vryhede met die Handves bestaanbaar is.

ontwikkeling van die gewoontereg en die gemenereg.[104] Die vraag ontstaan wat die bedoeling van al die teenstrydighede is.

Eerstens kan daar geargumenteer word dat artikels 8(3) en 173 'n *casus omissus* bevat en dat die gewoontereg ingesluit moet word. Die howe het konsekwent geweier om die gapings in die gewoontereg in te vul en dit is onseker of dié argument gebruik kan word om die gewoontereg in te sluit.[105]

Tweedens kan geargumenteer word dat die erkenning van die gewoontereg in teenstelling met die gemenereg wat algemene toepassing vind in Suid-Afrika, gereël word deur die reg en daarom direk onderworpe is aan die Handves van Regte deur die tussentrede van die wetgewer.[106] Himonga en Bosch[107] is van mening dat dit die verhoogde status van gewoontereg sal ondermyn indien slegs die gewoontereg direk getoets sal word teen die Handves van Regte.

'n Derde argument is dat artikel 39(2) 'n indirekte horisontale toepassing van die Handves van Regte op die gewoontereg meebring. Volgens die Regskommissie sal die indirekte horisontale toepassing van die Handves van Regte die howe gronde gee om die 'lewende reg' in plaas van die offisiële weergawe van die gewoontereg toe te pas.[108] *Mabena v Letsoalo*[109] kan as voorbeeld dien. Die hof het verwys na die offisiële reg waar 'n vrou nie kan onderhandel met die bruidegom oor *lobolo* vir die dogter nie. Die hof beslis dat die gewoontereg nie staties is nie en voortdurend ontwikkel. Die gewoontereg bestaan uit die offisiële weergawe

---

104 Bennett *Customary Law in South Africa* 93.
105 Rautenbach 2003 *Stell LR* 110, Rautenbach 1999 *Obiter* 113-115.
106 Maithufi 1996 *THRHR* 298.
107 Himonga en Bosch 2000 *SALJ* 316.
108 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie.
109 1998 2 SA 1068 (T).

sowel as die lewende reg. Die ontwikkeling van die reël dat moeders kan onderhandel vir *lobolo* is in ooreenstemming met artikel 39(3).[110]

Laastens kan geargumenteer word dat artikel 8(3) nie handel met die gewoontereg nie, omdat die bedoeling was dat die Grondwet direk en horisontaal van toepassing op die gewoontereg moet wees. Artikels 2, 39 en 211(3) kan gebruik word om die standpunt te steun. Indien die Handves van Regte indirek toegepas word op die gemenereg, kan dit 'n ander benadering in terme van die toepassing van die reg meebring, afhangende van die aard van die reg voor die hof. Die resultaat hiervan is dat die Handves van Regte indirek en horisontaal toegepas sal word op die gemenereg in terme van artikels 8(1) en (2),[111] 39(2) en 173. In die geval van die gewoontereg sal die Handves van Regte direkte horisontale toepassing vind in terme van artikels 8(3), 39(2) en 211. Rautenbach[112] is van mening dat dié argument die regte benadering is.

Bennett[113] meen dat die konflik tussen die Handves van Regte en sekere bepalings van die *Grondwet* vermy kan word deur die gemenereg in sekere omstandighede toe te pas in plaas van die gewoontereg.[114] Alhoewel dit 'n oplossing is vir dié probleem, plaas dit nie die gewoontereg op gelyke voet met die gemenereg nie.[115]

Ten einde te bepaal of die *Wet op Erkenning van Gewoonteregtelike Huwelike* 120 van 1998 die gewoontereg weerspieël en of die genoemde

---

110 1074A-J. Sien ook Maithufi 2002 *De Jure* 195-200 en Janse van Rensburg 2001 *Obiter* 216-227.

111 Artikel 8(2) bepaal dat 'n bepaling van die Handves van Regte 'n natuurlike of 'n regspersoon bind indien, en in die mate waarin dit toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê.

112 Rautenbach 2003 *Stell LR* 111.

113 Bennett 1994 *SAJHR* 129.

114 Bennett 1994 *SAJHR* 129.

115 Rautenbach 2003 *Stell LR* 112.

wet teenstrydig is met die *Grondwet,* word daar eers 'n uiteensetting van die gewoonteregtelike huwelik gegee.

Hoofstuk 3: Gewoonteregtelike huwelike

Die gewoonteregtelike posisie van die huwelik word uiteengesit aan die hand van 'n definisie, die vereistes vir 'n geldige huwelik, die huweliksgoederebedeling, egskeiding, poligamie en die bestaanbaarheid van die gewoontereg met die *Grondwet*.

3.1 *Definisie van 'n huwelik*

Dit is baie moeilik om 'n gewoonteregtelike huwelik te definieer. Die tradisionele huwelik toon 'n gemeenskaplike, konkrete en seremoniële karakter. Die huwelik bind nie slegs twee individue in die huweliksband nie, maar ook die betrokke familiegroepe word aan mekaar gebind.[116]

Die mees aanvaarbare definisie vir 'n gemeenregtelike huwelik is "'n regsverhouding, daargestel deur middel van 'n staatseremonie, tussen twee bevoegde en gewillige persone van verskillende geslagte, wat hulle *inter alia* verplig om saam te woon vir die res van hul lewens, om mekaar die huweliksregte eksklusief toe te staan en om mekaar te onderhou."[117] Dit kan egter nie toegepas word op 'n gewoonteregtelike huwelik nie, omdat die huwelik poligamies van aard is.[118]

Artikel 35 van *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927[119] het 'n staatshuwelik tussen twee swart persone gedefinieer as 'n verbintenis van een man met

---

116 Olivier *et al Inheemse Reg* 7.

117 Visser en Potgieter *Family Law* 3.

118 Olivier *et al Inheemse Reg* 98. Sien 1.1 vir definisies.

119 'n Wetsontwerp genaamd *Die herroeping van die Swart Administrasie Wet en Wysiging van Sekere Wetgewings*, 2005 is opgestel en moet aan die parlament voorgelê word. Dié wetsontwerp poog om die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 te herroep, om die *Boedelwet* 66 van 1965 te wysig deur die Meester van die Hoë Hof jurisdiksie te gee oor die eiendom van alle weeskinders en minderjariges insluitend dié wat gereël word deur die beginsels van gewoontereg. Die genoemde wetsontwerp wysig ook die *Traditional Leadership and Governance Framework Act* 41 van 2003 ten aansien van die aanspreeklikheid van die tradisionele gemeenskap ten aansien van die verpligtinge van die tradisionele leierskap. Vir verdere inligting sien GK 27845 van 2005-07-28, http://www.pmg.org.za of http://www.doj.gov.za.

een vrou kragtens enige wet op huwelike as dan in enige provinsie van krag, maar sluit geen verbintenis in wat kragtens swart reg en gebruik aangegaan is nie, of enige verbinding wat erken word as 'n huwelik kragtens die swart reg ingevolge die bepalings van artikel 147 van die *Wet op Swart Reg* 19 van 1981.[120] Die huidige weergawe van artikel 147 word vervat in artikel 36(1) van die *KwaZulu-Natal Wetboeke*.[121] 'n Gebruiklike verbinding word gedefinieer as die saamlewe van 'n man en 'n vrou in 'n egtelike verhouding ooreenkomstig swart reg en gebruik, waar nóg die man nóg die vrou 'n party is tot 'n bestaande siviele huwelik.[122]

Artikel 1 van die *Wetboeke* bepaal dat 'n gewoonteregtelike huwelik 'n gebruiklike verbinding is, soos gedefinieer in die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927,[123] met dié voorwaarde dat daar aan die vereistes voldoen is soos gespesifiseer in die laasgenoemde wet. Artikel 36 van die *Wetboeke* stel 'n gewoonteregtelike huwelik gelyk aan 'n kontrak en bepaal dat 'n gewoonteregtelike huwelik onderworpe is aan die vereistes soos gestel in artikel 38(1),[124] 'n siviele kontrak tussen twee partye is en voortdurend is totdat een van die partye sterf of by ontbinding deur 'n bevoegde hof.[125]

---

120 Artikel 147 van die *Wet op Swart Reg* 19 van 1981 het bepaal dat 'n gewoonteregtelike huwelik 'n siviele kontrak is tussen twee partye en sal voortduur tot die dood van een van die partye of todat die huwelik deur 'n bevoegde hof ontbind word.

121 *Die KwaZulu Reg op die Wetboeke van Zoeloereg* 16 van 1984 en die *Natalse Wetboek van Zoeloereg Proklamasie* R151 van 1987. Hierna genoem die *Wetboeke*. Artikel 36(1) bepaal dat 'n gewoonteregtelike huwelik, soos gedefinieer in die *Swart Administrasie Wet* 27 van 1938, onderworpe aan die vereistes vir 'n geldige huwelik soos bepaal in artikel 38(1), 'n siviele kontrak tussen twee partye is en sal voortduur tot die afsterwe van een van die partye of todat 'n bevoegde hof die huwelik nietig verklaar of ontbind.

122 Reuter *Native Marriages in South Africa* 286-287.

123 Artikel 35 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 definieer 'n gebruiklike verbinding as die saamlewe van 'n man en vrou in 'n egtelike verhouding ooreenkomstig die Swart reg en gebruik, waar nog die man nog die vrou 'n party is tot 'n bestaande huwelik.

124 Sien 3.2 vir die vereistes vir 'n geldige huwelik.

125 Maithufi 1996 *THRHR* 299-230.

Volgens artikel 1 van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 is 'n gebruiklike verbinding 'n egtelike verhouding in oorleg met die gewoontereg tussen 'n man en 'n vrou, waarvan ten minste een onderworpe moet wees aan die gewoontereg. Nóg die man nóg die vrou mag 'n party wees tot 'n bestaande siviele huwelik. 'n Gebruiklike huwelik in terme van artikel 1 van die genoemde wet is 'n huwelik voltrek tussen 'n man en vrou, waarvan ten minste een onderworpe moet wees aan die gewoontereg, in ooreenstemming met swart reg. Artikel 21 bepaal dat wanneer so 'n verbinding geregistreer word, word dit 'n gewoonteregtelike huwelik.[126]

3.2 *Vereistes vir 'n geldige huwelik*

Die vereistes vir 'n geldige gewoonteregtelike huwelik is onder meer:[127]

- Die wilsooreenstemming tussen die betrokke familiegroepe;
- Die ooreenkoms dat *lobolo* betaal sal word;
- Die oordrag of oorhandiging van die meisie aan die familiegroep van die man;
- Die voltrekking van die huwelik;
- Die afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik.[128]

3.2.1 *Wilsooreenstemming*

Die gebruik is dat die vader van die man slegs toestemming gee vir die man se eerste huwelik, aangesien die vader gewoonlik verantwoordelik vir die *lobolo* is. Die man nader sy vader met die mededeling dat hy graag met 'n bepaalde meisie wil trou en met die versoek om die nodige stappe vir onderhandelings te neem.[129] Tradisioneel moes die inkomste van die seun aan die vader oorbetaal word, vandaar die plig van die vader om *lobolo* vir

---

[126] Van Loggerenberg 1980 *Obiter* 1. Sien 4.1 vir die bespreking van die definisie van 'n huwelik in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

[127] Olivier *et al Inheemse Reg* 20.

[128] Sien 4.2 vir die vereistes vir 'n geldige huwelik in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

[129] Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 41.

die seun se eerste vrou te voorsien.[130] Indien die man in 'n tweede huwelik wil tree, is sy vader se toestemming nie nodig nie, aangesien die man dan self as party kan optree in die huweliksooreenkoms met die vader van die meisie.[131]

In *Mabena v Letsoalo*[132] het die man se vader geweier om toestemming te gee vir die huwelik en het die man self met die vrou se familie onderhandel. *Lobolo* is deur die man betaal. Daar is aangevoer dat die huwelik nie geldig is nie omdat die vader nie betrokke was by die onderhandelinge vir *lobolo* nie.[133] Die hof beslis dat die toestemming van die vader van die man nie 'n essensiële vereiste vir 'n geldige huwelik is nie, omdat 'n volwasse man self die onderhandelinge vir *lobolo* mag waarneem.[134]

In KwaZulu-Natal, waar die toestemming van die vader van die man 'n essensiële vereiste is,[135] kan 'n jong man wat glo dat sy vader sy toestemming onredelik weerhou in terme van artikel 39 van die *Wetboeke* 'n landdros versoek om die situasie te ondersoek. Indien die landdros bevind dat die toestemming weerhou word op grond van 'n ongrondige rede, kan die landdros magtiging gee dat die huwelik plaasvind en ook 'n bevel maak aangaande *lobolo*.[136]

Die toestemming van die vader van die bruid blyk gewoonlik konkreet uit sy dade en word dikwels nie in soveel woorde gegee nie. Dit geskied wanneer hy die *lobolo*–beeste in ontvangs neem, of as hy die meisie toelaat om saam met die man te woon as man en vrou. Indien die vader sy

---

130 Joubert *et al LAWSA* 113.

131 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 42. Die voorwaarde was dat die vader die seun se keuse van 'n bruid goedkeur alvorens hy onder verpligting staan om *lobolo* te betaal, Bennett *Customary Law in South Africa* 228.

132 1998 2 SA 1068 (T).

133 1071 F-G.

134 1073 A-C.

135 Artikel 38 van die *Wetboeke*.

136 Joubert *et al LAWSA* 113.

toestemming geweier het, en die meisie en die man tog voortgaan om saam te woon, kan sodanige samewoning nie 'n geldige huwelik tot stand bring nie. In so 'n geval sal die vader van die man se familie eis dat sy dogter terug gestuur word.[137] Daar is geen regsaksie wat gebruik kan word indien die vader van die bruid volhou in sy weiering tot die huwelik nie.[138]

In terme van artikel 38(1)(a) en artikel 38(3) van die *Wetboeke* en artikel 33(a)(ii) van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 kan meerderjarige vroue in KwaZulu-Natal en Transkei self die onderhandelinge waarneem van hul huwelike en is die toestemming van die onderskeie vaders nie nodig nie.[139]

Die toestemming van die meisie of man is nie so belangrik soos dié van die vaders nie, maar hul instemming in die voorgenome huwelik is steeds veronderstel. Die toestemming van die twee familierade is egter 'n essensiële vereiste en sonder sodanige toestemming kan 'n geldige huwelik nie tot stand kom nie.[140] Die familieraad sal wel deeglik rekening hou met die gevoelens van die meisie of die man. Die familierade wil nie graag die risiko loop dat die huwelik wat deur hulle gereël word sal misluk nie. Indien die meisie nie gediend is met die reëlings nie, moet sy die inisiatief neem om haar weiering of gebrek aan toestemming onder haar vader se aandag te bring.[141]

As gevolg van die patriargale stelsel van die gewoontereg kon vrouens nie toestemming tot 'n huwelik gee, onderhandel oor *lobolo* of *lobolo* ontvang nie. Vanweë die verandering in die samestelling van die familie is vroue

---

137 Schapera *Handbook of Tswana Law and Custom* 131-132.
138 Joubert *et al LAWSA* 114.
139 Bennett *Customary Law in South Africa* 205.
140 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 9, Olivier *et al Inheemse Reg* 6-7, Nhlapo 1991 *AJ* 137, Maithufi 1998 *De Jure* 288-289.
141 Bennett *Sourcebook on South African Customary Law* 175. Sien 4.2.1 vir toestemming van die partye in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

meer betrokke by die onderhandelings van huwelike, veral in die afwesigheid van 'n vader of 'n nabye manlike familielid.[142]

Dwanghuwelike is ook deur wetgewing verbied. Artikel 42 van die *Wetboeke* vereis 'n publieke verklaring deur die toekomstige vrou aan die offisiële getuie by die viering van die verbinding dat die verbinding uit vrye wil en met haar toestemming geskied. Indien die meisie tydens die seremonie haar onwilligheid uitspreek, moet die getuie die verrigtinge stop. Indien daar nie 'n getuie by die seremonie teenwoordig is nie, is die huwelik *ab initio* ongeldig. Geen vroulike persoon mag gedwing word om te trou of te trou sonder haar toestemming nie. In terme van artikel 116(1)(b) van die *Wetboeke* is dit 'n kriminele oortreding as die familiehoof of enige ander persoon 'n meisie of vrou dwing om te trou.[143]

In *Zimande v Sibeko*[144] het die hof dit duidelik gestel dat dwanghuwelike onregmatig is en ook bots teen openbare beleid en natuurlike geregtigheid. *Proklamasie* 110 van 1879 het bepaal dat dit onregmatig is om 'n vrou te dwing om 'n huwelik aan te gaan teen haar sin. Verder het die hof na artikel 11(1) van die *Swart Administrasiewet* 38 van 1927 gekyk wat bepaal het dat 'n gebruik nie *contra bones mores* of teen natuurlike geregtigheid mag wees nie. 'n Dwanghuwelik is daarteen.[145]

3.2.2 *Ouderdom van die partye*

In terme van die gewoontereg is ouderdom as sulks nie 'n kriterium vir mondigheid nie. Puberteit en gepaardgaande inisiasieseremonies en rituele was noodsaaklike voorwaardes vir volwassenheid en vir aanvaarding as volwassene in die gemeenskap. Die inisiasieseremonies het dikwels gepaard gegaan met besnydenis van mans en die vorming van regimente.

---

142 Bennet *Customary Law in South Africa* 231; *Magadla v Gcwabi* 1940 NAC (C&O) 69.
143 Olivier *et al Inheemse Reg* 22-23.
144 1948 NAC (K) 21.
145 Par 23. Sien 4.2.1 vir dwanghuwelike in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

Daar was nie 'n spesifieke ouderdom vir huweliksluiting nie. Die algemene reël was dat partye tot 'n huwelik puberteitsouderdom moes bereik om in die huwelik te kan tree. Die rede hiervoor is dat die doel van 'n huwelik reproduksie is en dit is moontlik wanneer puberteit bereik word.[146]

3.2.3 *Lobolo*

Lobolo is vir die eerste keer amptelik erken in artikel 11(1) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927. *Lobolo* is die oordrag van eiendom, gewoonlik lewende hawe, deur die eggenoot aan die bruid se familie as deel van die huweliksproses.[147] Geen geldige verbintenis kon tot stand kom sonder dat daar 'n ooreenkoms aangegaan is vir die lewering van *lobolo* nie.[148] Dit het gewoonlik die vorm van beeste aangeneem. Fisiese lewering was nie noodsaaklik nie. Konstruktiewe lewering kon plaasvind, waarvolgens die vader of die bruidegom die beeste uitwys wat oorgedra moet word of 'n gedetailleerde beskrywing daarvan gee. Die beeste word dan gelewer deur nominasie, beskrywing of mondelings, en word dan later verwyder. Die gebruike het van gemeenskap tot gemeenskap oor die getal en tydstip van lewering verskil.[149]

By volkere waar die *lobolo* deur konvensie of deur ooreenkoms bepaal word, word gewoonlik 'n deel van die *lobolo* voor of gedurende die huweliksluiting gelewer en die res daarna. Dit staan die vader van die meisie egter vry om te stipuleer, of die twee partye om ooreen te kom dat al die *lobolo* gelewer sal word voor en of tydens die huweliksluiting. Wanneer daar 'n restant is wat na die huweliksluiting gelewer moet word, het die

---

[146] Olivier *et al Inheemse Reg* 6. Sien 4.2.2 vir 'n bespreking van ouderdom in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

[147] De Koker 1996 *TRW* 80-81.

[148] Volgens Bekker is die werklike lewering van die *lobolo* 'n vereiste vir 'n geldige gebruiklike huwelik, Bekker *Seymour's Customary Law* 105-109. Volgens Olivier word slegs 'n ooreenkoms dat *lobolo* gelewer sal word vereis, Olivier *et al Inheemse Reg* 20-21. Volgens Vorster en De Beer soos aangehaal in Prinsloo, Van Niekerk en Vorster 1998 *De Jure* 77 is *lobolo* nie 'n essensiële vereiste nie, maar eerder 'n *naturalia* van 'n gebruiklike verbinding.

[149] Koyana *Customary Law in a Changing Society* 5.

vader van die vrou die reg om lewering daarvan te eniger tyd te eis, behalwe as daar 'n ooreenkoms is wat bepaal wanneer die *lobolo* gelewer word.[150] In *Mtembu v Letsela*[151] het die hof verkeerdelik beslis dat *lobolo* ten volle betaal moet wees alvorens 'n gewoonteregtelike huwelik tot stand kom.[152] In *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*[153] het die hof beslis dat dit nie 'n vereiste is dat *lobolo* ten volle betaal moet wees voordat 'n huwelik voltrek kan word nie. Daar moet net 'n ooreenkoms wees om *lobolo* te betaal.[154]

'n Manier om die betaling van *lobolo* af te dwing is die *theleka*-gebruik. Die vrou word deur haar vader by sy kraal gehou om die man te dwing om *lobolo* te betaal. Wanneer die man sy vrou gaan terughaal of *phuthuma*, word sy net vrygelaat om saam met haar man terug te gaan indien hy die *lobolo* betaal. Om te voorkom dat vaders dié reg uitbuit het die hof in *Ndabeni v Tingatinga*[155] beslis dat indien die man in die geval ses beeste lewer, die vader die bruid nie weer mag *theleka* nie.[156]

Die bruid se vader of voog is daarop geregtig om die *lobolo* te ontvang, ongeag of die bruid onder sy sorg groot geword het of nie.[157] Sekere beginsels geld in so geval. Die man kan aanneem dat die familielid of voog by wie die vrou woon die bevoegdheid het om die *lobolo* te ontvang en die familielid of voog moet die vader inlig oor *lobolo* wat ontvang is en dit oorhandig. Indien die vader die *lobolo* regte aan die voog oorhandig het, hoef hy nie verslag te doen nie, en indien hy vooraf opdrag van die vader gekry het om haar van 'n bruidskat of geskenke te voorsien kan hy een bees vir homself hou as vergoeding. Indien daar enige vrektes onder die

150 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 78.
151 1998 2 SA 675 (T).
152 675J, 680D-F. Vir 'n bespreking van die genoemde gewysde, sien Van der Linde 1998 *De Jure* 380-384 en Van Heerden 1998 *THRHR* 522-532.
153 2004 2 SA 544 (KH).
154 Par 5.
155 1907 1 NAC 142.
156 Bennett *Customary Law in South Africa* 232-233.
157 Bennett *Customary Law in South Africa* 231.

beeste is moet hy dit aanmeld. As dit as gevolg van sy nalatigheid is, is hy aanspreeklik.[158]

Die tradisionele funksie van *lobolo* is teenprestasie. Dit het gedien as kompensasie vir die bruid se familie omdat hulle as't ware 'n dogter verloor. *Lobolo* was ook die teenprestasie vir die oordrag van die vrou se reproduktiewe vermoë. Die bruidegom verkry 'n reg op seksuele omgang en enige kinders wat gebore word, word geag dié van die man te wees. By sommige stamme is seksuele omgang voor die huwelik toegelaat om seker te maak dat die bruid wel instaat is om te reproduseer. Die vrou se arbeidsvermoë word die man en sy familie s'n. Dit het ingesluit haar vermoë om huis te hou en om op die lande te werk. Voogdy word ook deur *lobolo* van die vader na die man oorgedra.[159]

Die juridiese funksies is dat die huwelik daardeur gewettig word en dit bepaal die regstatus van die kinders. Die kinders "behoort" aan die man en verkry erf- en opvolgingsregte van die man se familie. Die man verkry ouerlike gesag oor die kinders. Dit dien ook as huwelikstabiliseerder omdat dit die vrou beskerm teen swak behandeling. Die *lobolo* sou teruggegee moes word indien die vrou swak behandel word of mishandel word deur haar man. Dit voorkom ook egskeiding omdat die man bewus is van die beeste wat hy kan verloor.[160]

Wanneer die vrou nie kan reproduseer nie, kan die *lobolo* teruggeëis word deur die man se familie, omdat die vrou dan nie haar verpligtinge nakom nie. Onder sulke omstandighede word die toevlug geneem na die *seantlo*-gebruik waar een van die vrou se susters of 'n ander vroulike familielid aan

---

158 Joubert *et al* *LAWSA* 128.
159 Labuschagne 1991 *THRHR* 545-549, De Koker 1996 *TRW* 82-83.
160 Labuschagne 1991 *THRHR* 545-549.

die man gegee word as 'n plaasvervangende eggenote om kinders te baar. Indien daar 'n plaasvervanger vrou is, word die *lobolo* nie teruggeëis nie.[161]

Die posisie in KwaZulu-Natal word gereël deur artikel 66 van die *Wetboeke* wat bepaal dat indien 'n vrou binne twaalf maande vanaf die datum waarop sy die huwelik aangegaan het sterf sonder dat sy 'n kind nalaat, kan die helfte van die *lobolo* verhaal word.[162]

Lobolo het ook 'n spirituele funksie gehad. Mense het geglo dat indien die *lobolo* bedrag nie ten volle vereffen is nie, sal daar ongeluk oor die huis kom. *Lobolo* word gegee om die guns van die voorvadergeeste van die vrou se familie te verseker sodat hulle haar vrugbaar sal maak.[163]

In 1995 in *Thibela v Minister van Wet en Orde*[164] is *lobolo* as 'n vereiste vir 'n geldige huwelik bespreek.[165] Die hof het weer eens bevestig dat die betaal van *lobolo* nie bots met die reëls van openbare beleid of beginsels van natuurlike geregtigheid nie.[166]

3.2.4 *Oorhandiging van die meisie*

Slegs wanneer die oorhandiging van die meisie aan die man se familie geskied, kom 'n geldige verbintenis tot stand. Hierdeur word die vrou ter beskikking van haar man gestel vir saamwoning as man en vrou. Die losmaking van die bruid uit haar eie familieband, haar oorgang na die familie van die bruidegom en inkorporasie in die familie van haar man gaan

---

161 Schapera *Tswana Law and Custom* 145, Nhlapo 1991 AJ 143-144, Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 103.

162 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 106.

163 Vorster 1998 *Codicillus* 34(1) 38-39, Labuschagne 1991 *THRHR* 545-549, Van Heerden 1991 *THRHR* 636-640.

164 1995 3 SA 147 (T).

165 149 F-J. Die eiseres het 'n eis om skadevergoeding en verlies aan onderhoud ingestel vir die onregmatige dood van die broodwinner. Die oorledene het *lobolo* betaal vir die eiseres asook haar buite-egtelike seun.

166 150 H. Knoetse 1996 *Obiter* 146-153. Sien ook 4.2.3 vir die bespreking van *lobolo* in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

gepaard met uitgebreide openbare rituele en seremonies.[167] Dié seremonies vervul verskeie funksies soos die fisiese manifestasie van die verandering van regstatus van die partye en, omdat die partye toestemming moes verleen, bewys dit hul bedoeling.[168] In *Mabuza v Mbata*[169] het die hof egter beslis dat die gewoontereg só ontwikkel het, dat daar geen rede bestaan om te glo dat die vereiste nie kwytgeskeld kan word deur ooreenkoms nie.[170]

Die finale stap is die oorgawe van die bruid, en haar formele en seremoniële integrasie in die familie van die bruidegom. Die vraag is of hierdie seremonies regtig noodsaaklike elemente van die huwelikskontrak is, en of daar regsimplikasies is.[171]

Die howe het dit moeilik gevind om te bepaal of die seremonie 'n vereiste is en of die oordrag van die bruid aan die man se familie die vereiste is. Daar is aanvaar dat die oordrag van die bruid die regsvereiste is vir 'n geldige huwelik.[172] Volgens die Tswana-gebruike word daar van die man verwag om saam met sy bruid te woon by haar vader se stat voor die voltrekking van die huwelik.[173]

Dit lyk asof hierdie seremonies as noodsaaklik beskou word. Daar word nie onderskei tussen streng regsvereistes en ander aanvullende elemente of gebruike nie. Die hoofdoel van hierdie seremonies is om op 'n konkrete, sigbare manier aan te toon dat 'n huwelik voltrek word, dat reëlings getref is aangaande die *lobolo*, en dat die meisie haar vader se woning verlaat en van nou af deel is van haar man se familie en huis. Hierdie seremonies

167 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 52-53.
168 Bennett *Customary Law in South Africa* 213.
169 2003 4 SA 218 (KH).
170 226 C-E.
171 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 41-42.
172 Bennett *Customary Law in South Africa* 215.
173 Schapera *Handbook of Tswana law and Custom* 134. Nog 'n probleem was die *Twala*-gebruik. Sien 3.2.3 vir 'n bespreking van die *Twala* –gebruik.

moet gesien word as 'n seremoniële en rituele proses waarin die noodsaaklike regsgeldige vereistes geïnkorporeer is.[174]

Daar bestaan ook nie eenvormige seremonies of rituele nie. 'n Voorbeeld hiervan is dat 'n trouring gebruik word in plaas van die tradisionele galblaas. Die seremonie kan ook eenvoudig wees in die geval van 'n man se tweede huwelik of in die geval van armoede.[175] Die afwesigheid van die seremonies, as die noodsaaklike vereistes nagekom is, affekteer nie die geldigheid van die huwelik nie. Dit gebeur dikwels dat 'n vrou na die man se kraal geneem word wanneer die man afwesig is. By die Sotho van Oos-Griekwaland is die gebruik dat daar, nadat die bruid se vader 'n aantal beeste as *lobolo* ontvang het, hy een van die beeste seremonieel slag, waardeur die huwelik formeel voltrek word. In hierdie geval vind daar geen oordrag plaas nie – die bruidegom kan die meisie neem wanneer hy ook al wil. Die hoofoorweging vir die howe is die bedoeling van die partye.[176] Dit word afgelei uit die saamwoon van die man en vrou en as die vrou se vader of voog nie aantoon dat hy beswaar aanteken deur 'n eis vir seduksie in te stel nie.[177]

3.2.5 *Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik*

Die praktyk waar 'n gemeenregtelike huwelik en 'n gewoonteregtelike huwelik tussen eggenote aangegaan word, kom baie voor in Suid-Afrika. Die howe moes besluit watter regstelsel geld – gewoontereg of gemenereg. Die gemeenregtelike huwelik het gewoonlik voorrang geniet.[178] Artikel 22 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 het aanvanklik bepaal dat 'n swart manspersoon met 'n vrou 'n gemeenregtelike huwelik mag sluit terwyl hy in 'n gebruiklike verbinding met 'n ander persoon betrokke is, mits hy,

174 Bennett *Sourcebook on African Customary Law* 192-193. Sien 4.2.4 vir seremonies in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.
175 Bennett *Customary Law in South Africa* 216.
176 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 53.
177 *Jama v Sikosana* 1972 BAC 21 (S).
178 Bekker *Seymour's Customary law* 263-264.

alvorens hy in die gemeenregtelike huwelik tree, onder eed voor 'n kommissaris of landdros van die distrik waar hy woon, 'n verklaring aflê wat die naam van elke gewoonteregtelike vrou, die naam van elke kind uit die gewoonteregtelike huwelik gebore, die aard en hoeveelheid van enige roerende eiendom wat aan elke gewoonteregtelike vrou of huis toegesê is en enige ander inligting wat die landdros of kommissaris mag versoek, bevat.[179]

Omdat daar net erkenning verleen is aan 'n gemeenregtelike huwelik, het dit gebeur dat waar 'n man in een of meer gewoonteregtelike huwelik was met 'n derde persoon in 'n gemeenregtelike huwelik tree, enige gewoonteregtelike huwelik met ander partye nietig is. Artikel 22(7) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 het geringe beskerming gebied. Dié artikel bepaal dat waar 'n gewoonteregtelike huwelik beëindig, die vrou alle materiële eiendom behou. Die man het egter geen verpligting gehad om die eiendom aan te vul, soos onderhoud in terme van die gemenereg, nie.[180] Indien 'n persoon in 'n gemeenregtelike huwelik is en 'n daaropvolgende gewoonteregtelike huwelik aangaan, is die gewoonteregtelike huwelik nietig.[181] 'n Swart man wat tydens die bestaan van 'n gewoonteregtelike huwelik 'n gemeenregtelike huwelik aangegaan het sonder om eers die genoemde verklaring af te lê, was skuldig aan 'n oortreding en strafbaar met 'n boete van R50 of ses maande

179 Olivier *et al Inheemse Reg* 70-71. Sekere gebruike soos *lobolo* word steeds in die geval van 'n gemeenregtelike huwelik toegepas. Dlamini 1989 *TSAR* 413, Labuschagne 1995 *THRHR* 302-310.

180 Sien Van Heerden 1993 *THRHR* 673 en Bonthuys 2001 *THRHR* 192-217 oor onderhoud in terme van die gewoontereg.

181 Bennett *Customary Law in South Africa* 239-241. Nie-nakoming van artikel 22 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 op die gemeenregtelike huwelik is onseker. In *Ndhlovu v Ndhlovu* 1937 NAC (N&T) 80 het die hof beslis dat die gevolg van die sluiting van 'n gemeenregtelike huwelik nietig is. In *Mutandaba v Morenwa* 1971 NAC (N-E) 326 en *Malaza v Mndaweni* 1975 BAC (C) 45 is egter bevind dat die gemeenregtelike huwelik in so 'n geval vernietigbaar is. Volgens Olivier is die gevolg dat die gemeenreregtelike huwelik en wel deur enige van die eggenotes in die vroeëre gewoonteregtelike huwelik en moontlik ook deur die eggenote in die gemeenregtelike huwelik as sy onbewus is dat die verklarings nie gedoen is nie. Sien Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 227.

gevangenisstraf. Die huwelik is vernietigbaar deur 'n aansoek te bring by die destydse Swart Egskeidingshof en nie *per se* nietig nie.[182]

Artikel 22 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 is herroep deur artikel 1 van die *Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere* 3 van 1988[183] wat bepaal dat 'n man en vrou wat in 'n gewoonteregtelike huwelik is 'n gemeenregtelike huwelik met mekaar kan sluit indien die man nie 'n party in 'n gewoonteregtelike huwelik met 'n ander vrou is nie. Die bepaling is nie terugwerkend nie, dus is enige huwelik wat voor 1988 met die genoemde verklaring gesluit is steeds geldig.[184]

Artikel 3 van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 het 'n man wat party was van 'n bestaande gemeenregtelike huwelik toegelaat om 'n daaropvolgende gewoonteregtelike huwelik te sluit met die voorwaarde dat die gemeenregtelike huwelik buite gemeenskap van goed was.[185] Die omgekeerde was ook toegelaat. Indien die man reeds in 'n bestaande gewoonteregtelike huwelik was, kon hy 'n gemeenregtelike huwelik aangaan met dien verstande dat die huwelik buite gemeenskap van goedere was. Die wetgewing het volle uiting verleen aan die Afrika tradisie van poligamie. Die artikel is egter herroep deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.[186]

3.2.6 *Registrasievereiste*

Registrasie van gewoonteregtelike huwelike was nie verpligtend nie, behalwe in KwaZulu-Natal. Artikels 44 tot 50 van die *KwaZulu Wet op die Wetboek van Zoeloereg* 16 van 1985 bevat bepalings aangaande die aanstelling van amptelike getuies, hulle teenwoordigheid by die troue, hulle

---

182 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 226-227.

183 Wat op sy beurt herroep is deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

184 Bekker *Seymour's Customary Law* 457, Maithufi 2003 *De Jure* 195-200.

185 Sien ook Mqeke 1995 *SALJ* 343-350 waar die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 aan die hand van die Interim *Grondwet* getoets word.

186 Bennett *Customary Law in South Africa* 241-242.

verantwoordelikheid om te verseker dat die meisie ingestem het tot die huwelik en die verpligte registrasie van die huwelik, insluitend die besonderhede omtrent die *lobolo*.[187]

Die staat meng net in indien die geldigheid van 'n huwelik in dispuut was. Indien dokumentêre getuienis vereis word tot die geldigheid van 'n gebruiklike huwelik, kan enige van die eggenote aansoek doen by die registrerende beampte van die Departement van Binnelandse Sake vir die registrasie van die huwelik en moet die beampte van enige nodige getuienis voorsien wat kan bewys dat 'n gewoonteregtelike huwelik wel tot stand gekom het. Indien hy/sy tevrede is dat alle vereistes aan voldoen is, sal hy/sy hulle huwelik registreer. Daar moet egter in gedagte gehou word dat die registrasie van so 'n huwelik nie die geldigheid van die huwelik raak nie.[188] In KwaZulu-Natal het artikel 4(3) van die *Wetboeke* bepaal dat registrasie afdoende bewys van 'n huwelik is.[189]

Die Regskommissie het voorgestel dat alle huwelike geregistreer word om huwelike en huwelikstatus makliker te bewys. Die Regskommissie was egter versigtig om dit 'n vereiste vir 'n geldige huwelik te maak, omdat dit problematies sou wees om bestaande huwelike te laat registreer. Versuim van die vereiste sou meebring dat bestaande huwelike nietig sou word.[190]

Artikel 33 en 34 van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 het voorsiening gemaak vir die registrasie van 'n gebruiklike verbinding. Daar is voorsiening gemaak vir die registrasie van 'n gebruiklike verbinding wanneer die betrokke partye aansoek doen daarvoor. Indien registrasie nie plaasvind nie, het dit nie die geldigheid van 'n huwelik geaffekteer nie.[191]

---

187 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 43.
188 West 2002 Okt *DR* 47.
189 Bennett *Customary Law in South Africa* 218.
190 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie.
191 Olivier *et al Inheemse Reg* 26–27.

In *Kwitshane v Magalela*[192] het die hof verwys na die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978, en beslis dat dit die wetgewer se bedoeling was dat daar volle erkenning verleen moes word aan gewoonteregtelike huwelike, en om dit te laat gebeur, moes die huwelik geregistreer word vir publisiteitsdoeleindes en om die geleentheid te skep vir die aanhoor van besware teen die voorgenome huwelik. Die genoemde wet maak dit duidelik dat registrasie wel 'n vereiste is vir die geldigheid van 'n gewoonteregtelike huwelik. Die hof het ook bepaal dat tot op die tydstip wat die Wet *op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 in werking sou tree, registrasie in die voormalige Transkei 'n vereiste was.[193]

3.2.7 *Verbode grade van verwantskap*

'n Basiese reël in die gewoontereg was die verbod op huweliksluiting tussen persone van dieselfde stam. Vandag is die stamme so groot dat waar die bloedlyn ver verwyderd is, die beperking nie meer bestaan nie. Waar 'n stam in twee verdeel, word 'n huwelik tussen die twee groepe toegelaat. Indien daar wel bloedskande is, word dit oorkom deur 'n suiweringseremonie.[194] Voorbeelde hiervan is byvoorbeeld die Xhosa's waar enige dessendente van die vier grootouers verbied word.[195] Huwelike tussen neefs en niggies word onder die Tswana groepe aangemoedig.[196]

3.3 Huweliksgoederebedeling

Die huwelik vorm 'n private entiteit. Indien 'n man net een vrou het, is die huis 'n onverdeelde ekonomiese eenheid onder beheer van die man as

---

192 1999 4 SA 610 (TkD).

193 613 F-H. Sien 4.2.6 vir 'n bespreking van die registrasievereistes in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

194 Bennett *Customary Law in South Africa* 207.

195 Bekker *Seymour's Customary Law* 123-124.

196 Schapera *Handbook of Tswana Law and Custom* 127, Bekker *Marriage, Money, Property and the Law* 6. Sien 4.2.7 vir 'n bespreking van die verbode grade van verwantskap in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

hoof van die familie. As die huwelik poligamies is word daar onderskei tussen algemene kraaleiendom en huiseiendom waaroor 'n individuele huis in 'n groot mate outonome beheer het.[197]

Die eiendom word verdeel in huiseiendom, kraaleiendom en persoonlike eiendom. Volgens die *Wetboeke* is huiseiendom die eiendom wat behoort aan 'n spesifieke huis. Dit bestaan onder meer uit die verdienste van die vrou en ander lede van die huis, landbouprodukte wat geproduseer word deur die vrou op die landerye, *lobolo* ontvang vir dogters van die huis, boetes of ander skadevergoeding wat ontvang is vir onregmatige dade gepleeg teen die vrou of dogters, skenkings ontvang byvoorbeeld trougeskenke, toewysings wat deur die kraalhoof gemaak is uit kraaleiendom aan 'n spesifieke huis en alles verkry vir beeste of ander vee deur verkope of ruilings.[198]

Die vader van die huis is die eienaar van die huiseiendom. Sy eiendomsreg is onderworpe aan die voorwaarde dat die huiseiendom aangewend sal word tot voordeel van die inwoners van die huis aangewend sal word. Hy moet voorsien in die dag tot dag onderhoud van sy vrou en kinders.[199] Die huiseiendom moet ook gebruik word om sy vrou se uitstaande *lobolo* te betaal, om *lobolo* vir die oudste seun van die huis te voorsien vir sy eerste vrou, sy dogter se bruidskat daaruit te voorsien en om enige boetes of skadevergoeding van die inwoners van die huishouding te betaal.[200]

Kraaleiendom omvat al die eiendom in die familietuiste behalwe die eiendom wat voorkom in 'n spesifieke huis van daardie familietuiste asook die persoonlike eiendom van enige meerderjarige inwoner wat nie verwant is of behoort aan die familie van die familiehoof nie. Kraaleiendom is onder

---

197 Olivier *et al Inheemse Reg* 57-58.

198 Bennett *Sourcebook on African Customary Law* 232-237 en Maithufi 1992 *THRHR* 628-630.

199 Bennett *Customary Law in South Africa* 257.

200 Bekker *Seymour's Customary Law* 75.

meer goedere wat aangeskaf is deur die werk van die kraalhoof, beeste en ander goedere wat geërf is deur die kraalhoof, skenkings wat ontvang is deur die kraalhoof en beeste wat die familiehoof toekom uit die *lobolo* wat ontvang is vir dogters en kleindogters.[201]

Of 'n item persoonlike eiendom is of nie, hang af van sy funksie en wie dit vervaardig. Klere of gereedskap wat deur 'n persoon gemaak word vir eie gebruik, is persoonlike eiendom. Die rede waarom 'n item aangeskaf word kan ook bepaal of dit persoonlike eiendom is.[202]

Persoonlike eiendom wat 'n spesifieke individu toekom is onder meer klerasie en kleiner items van persoonlike aard asook geskenke wat ontvang is. Persoonlike eiendom is al eiendom wat die vrou mag besit.[203] Omdat dié eiendom net van belang is vir 'n spesifieke individue, kan dit gebruik en van ontslae geraak word sonder om enige ander persoon in ag te neem.[204]

Die huiseiendom en kraaleiendom word beheer deur die kraalhoof. Huiseiendom kan onderling geleen word tussen die huise, maar die een huis mag nie bo 'n ander bevoordeel word nie. Persoonlike eiendom is al eiendom wat deur 'n individu binne 'n kraal gehou mag word.[205] Die hoof van die huis kan roerende goed soos beeste en onroerende goed soos lande skenk aan 'n stamlid, solank dit nie een van sy huise of sy erfgenaam benadeel nie.[206]

---

201 Bekker *Seymour's Customary Law* 71-77. In *Soni v Soni* 1951 NAC (N-E) 366 het die hof beslis dat waar 'n kraalhoof grond aankoop deur die bydraes van die verskillende huise in die kraal, elke huis *pro-rata* die eienaar van 'n deel word, Kerr *Native Law of Succession* 35-36, Myburg *Papers on Indigenous Law* 95.

202 Bennett *Customary Law in South Africa* 259.

203 Schapera *Tswana Law and Custom* 234-236.

204 Bennett *Customary Law in South Africa* 259.

205 Maithufi 2002 *De Jure* 197. Sien 4.3 vir 'n bespreking van die huweliksgoederebedeling in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

206 Mbatha 2002 *SAJHR* 262.

Gemeenregtelike huwelike tussen swart persone is gereël deur artikel 22 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927,[207] en genoemde huwelike was buite gemeenskap van goedere.[208]

3.4 Egskeiding

3.4.1 *Inleiding*

Egskeiding het tradisioneel nie bestaan in die gewoontereg nie. 'n Huwelik het slegs ontbind by die dood van een van die eggenote.[209]

Indien 'n vrou haar man verlaat het, het die man gewoonlik sy vrou gaan terughaal by haar vader se kraal. Dit staan bekend as die *phutuma* gebruik. 'n Boete word dan deur die man aan die vrou se vader betaal. Die vrou se terugkeer moet *bona fide* wees. Indien 'n redelike tyd verloop en die man *phutuma* nie sy vrou nie, kan aanvaar word dat hy nie haar terugkeer verlang nie. Indien die vrou weier om terug te keer na haar man se kraal toe, kan die man 'n deel van die *lobolo* terugeis.[210]

Wanneer die man 'n egskeiding verlang, het hy sy vrou eenvoudig verstoot en het die vrou terug gekeer na haar vader. Indien die vrou die egskeiding geïnisieer het, kon die man gedeeltelike terugbetaling van die *lobolo* eis.[211] Eers wanneer die *lobolo*-beeste terug gelewer is, is die huwelik ontbind. Die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 het geen voorsiening gemaak vir egskeiding nie.[212]

---

207 Gewysig deur die *Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere* 3 van 1988 en op sy beurt weer herroep deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

208 Sien 3.2.5 vir 'n bespreking van artikel 22 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927. Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 250-262.

209 Welpton en Vorster 2001 *S Afr J Ethnol* 56, Bonthuys 2001 *THRHR* 192-217.

210 Olivier *et al Inheemse Reg* 67-77.

211 Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 261.

212 Schapera *Handbook of Tswana Law and Custom* 62. Sien 3.4.3 vir 'n bespreking van terruggawe van *lobolo* by egskeidingsaangeleenthede.

3.4.2 Gronde en prosedure vir ontbinding

Die gronde vir ontbinding deur die optrede van die man is onder andere:[213]

- Owerspel deur die vrou. Die algemene reël is dat 'n enkele geval van owerspel nie genoegsame gronde verskaf vir die man om die huwelik te ontbind nie. Owerspel verskaf genoeg gronde vir ontbinding wanneer die vrou aanhou om owerspel te pleeg ten spyte van die man se besware, wanneer sy haar man verlaat en by die man bly met wie sy owerspel gepleeg het en weier om terug te keer na haar man, wanneer sy swanger raak as gevolg van die owerspel en weier om die naam van die vader bekend te maak, en wanneer die vrou bloedskande gepleeg het. In so geval is een daad van bloedskandige owerspel genoeg om die huwelik te ontbind.[214]

- Voorhuwelikse swangerskap wat nie deur die eggenoot veroorsaak is nie en waarvan hy nie kennis gedra het ten tyde van die huweliksluiting nie Die man moet dadelik stappe neem om die huwelik te ontbind omdat sy versuim die vermoede skep dat hy dit kondoneer.[215]

- Moedswillige verlating deur die eggenote kan gronde verskaf vir ontbinding van die huwelik. Blote verlating deur die eggenote ontbind nie die huwelik *per se* nie, maar as sy weier om terug te keer wanneer hy haar versoek om dit te doen, is hy geregtig om stappe te neem vir die ontbinding van die huwelik.[216]

---

[213] Bennett *Sourcebook of African Customary Law* 246-249, Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 262-264.

[214] Olivier *et al Inheemse Reg* 72.

[215] Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 175.

[216] Schapera *Tswana Law and Custom* 158-159.

Ontbinding kan ook geïnisieer word deur die vrou en haar vader. Die gronde vir ontbinding is onder andere:[217]

- Ernstige aanranding en fisiese mishandeling deur die man. Wanneer die man die vrou voortdurend mishandel het die vrou die reg om hom te verlaat en na haar vader se kraal te gaan. Dit staan die man vry om sy vrou te *phuthuma*, maar sy mag weier om terug te keer en dan die prosedure vir ontbinding inisieër.[218]

- Wanneer die man die vrou beskuldig van toordery. Dit word in so 'n ernstige lig beskou dat die vrou geregtig is om terug te keer na haar vader se kraal. Die hoofman van die vader se kraal sal die man vra vir 'n verduideliking om toekomstige dispute oor die vraag of sy werklik beskuldig is van toordery te voorkom. Sou die man die vrou *phuthuma* kan sy weier om terug te keer.[219] 'n Blote beskuldiging van toordery was nie genoeg rede vir die vrou om die huwelik te laat ontbind nie. Daar moes ook 'n seremoniële "uitruiking" plaasgevind het.[220]

- As die man sy vrou versaak. Dit gebeur gewoonlik wanneer 'n man sy vrou verlaat en nie weer terugkeer nie, wanneer 'n vrou haar man verlaat en hy haar nie *phuthuma* nie en wanneer die vrou ge-*theleka*[221] word deur haar vader en die man haar nie kom vrylaat nie.[222]

---

217 Bennett *Sourcebook of African Customary Law* 246-249, Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 262-264.

218 Bekker *Seymour's Customary Law* 189-190.

219 Olivier *et al Inheemse Reg* 77.

220 Bennett *Customary law in South Africa* 268.

221 Sien 3.2.3 vir 'n bespreking van die *theleka*-gebruik.

222 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 187.

- Wanneer die man impotent is. Impotensie kan gronde wees vir ontbinding van die huwelik indien die vrou nie bewus was van die man se impotensie voor die huweliksluiting nie.[223]

In KwaZulu-Natal reël artikel 48 van die *Wetboeke* die gronde vir ontbinding wat van toepassing is op mans en vrouens. Die gronde is: owerspel, weiering van saamwoonregte, enige optrede wat dit onhoudbaar maak om saam te leef, wanneer die man sy vrou wegdryf deur sy optrede en wanneer die vrou beskuldig word van toordery.[224]

Volgens die *KwaZulu-Natal Wetboeke* word 'n huwelik in KwaZulu-Natal slegs deur 'n hofbevel deur 'n bevoegde hof ontbind.[225]

In terme van artikel 47 van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 kon 'n huwelik in Transkei slegs deur 'n bevel deur 'n bevoegde hof ontbind word. Die gronde vir ontbinding was dieselfde as by 'n gemeenregtelike huwelik,[226] asook die gronde van toepassing by 'n gewoonteregtelike huwelik.[227]

3.4.3 *Terruggawe van lobolo*

Die algemene gebruik is dat waar die eggenoot die uitsluitlike skuld dra vir die ontbinding, verloor hy sy reg op teruggawe van *lobolo*. As die eggenote uitsluitlike skuld vir die ontbinding dra, moet die volle *lobolo* aan die eggenoot teruggegee word. Daar is gebruiklike aftrekkings deur die vader,

---

223 Schapera *Tswana Law and Custom* 155.

224 Whelpton en Vorster 2000 *S Afr J Ethnol* 57-58, Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 264-266.

225 Olivier *et al Inheemse Reg* 91-93.

226 Die gronde is owerspel, kwaadwillige verlating, ongeneeslike kranksinnigheid en verklaring tot 'n gewoontemisdadiger soos vervat in die *Wet op Egskeiding* 70 van 1979. Die bepaling is vervat in artikel 43 van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978.

227 Maithufi 2003 *De Jure* 198-199. Artikel 48(b) van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 het bepaal dat 'n gewoontregtelike huwelik ook ontbind kon word "on any ground which shall, in accordance with customary law applied to the consummation of such customary marriage, be sufficient for a decree of divorce".

waar *lobolo*-beeste teruggehou word. Een bees word terug gehou vir elke kind wat uit die vrou gebore is, asook vir miskrame. Dit geld selfs vir buite-egtelike kinders.[228] Die vader kan een bees terughou vir die huweliksgeskenke wat hy ten opsigte van die huwelik aan sy dogter verskaf het, en een bees kan teruggehou word vir die dienste wat die vrou gelewer het.[229] Waar die man verantwoordelik is vir die ontbinding van die huwelik as gevolg van sy impotensie, kan hy 'n gedeelte van die *lobolo* terugeis. Die vader van die bruid behou 'n gedeelte vir enige uitgawes en ongerief.[230] Indien die vrou die huwelik repudieer sonder 'n grondige rede, moet haar vader die volle *lobolo* teruggee aan die man.[231] Die gebruike verskil van stam tot stam. Enige aanwas of sterftes van die *lobolo* word nie in ag geneem nie.[232]

3.5 Status

Artikel 11(3) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 het bepaal dat 'n swart vrou 'n ewigdurende minderjarige is en onder voogdy van haar man was.[233] Voor huweliksluiting was die vrou onder voogdy van haar vader. Indien die huwelik ontbind is haar vader weer haar voog.[234] Dit het tot gevolg dat vrouens nie eiendom van hul eie kon besit nie.[235]

Artikel 14 van die *Wetboeke* bepaal egter dat alle swart persone meerderjarig word op die ouderdom van 21 jaar.[236] 'n Persoon se status word in KwaZulu-Natal bepaal deur ouderdom en nie geslag nie.[237]

---

228 Bennett *Customary Law in South Africa* 277.
229 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 192-196.
230 Bekker *Seymour's Customary Law* 191.
231 Bennett *Customary Law in South Africa* 278.
232 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 197. Sien 4.4 vir 'n bespreking van egskeiding in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.
233 Herroep deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.
234 Olivier *et al Inheemse Reg* 55.
235 De Koker 1997 *TRW* 124.
236 Vorster, Dlamini-Ndwande en Molapo 2001 *S Afr J Ethnol* 62.
237 Joubert *et al LAWSA* 145.

Artikel 38 van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 het voorsiening daarvoor gemaak dat 'n vrou in 'n geregistreerde gebruiklike huwelik onder die voogdyskap van haar man is vir die duur van die huwelik.[238]

Daar bestaan die opvatting dat die vrou nie betrokke is by enige besluitneming of bestuur van die huishouding nie, omdat sy as minderjarige beskou word. Dit is egter nie waar nie. Die vrou is betrokke wanneer daar besluit word of 'n tweede vrou geneem gaan word en wie die persoon sal wees. Sy neem alle besluite rakende die huishouding en die man voorsien slegs in die fisiese en ekonomiese welstand van die familie.[239]

Die minderjarige kinders word wel onder die toesig van die moeder geplaas by egskeiding, maar "behoort" steeds aan die vader en is onder voogdy van die vader of sy opvolger.[240]

Kontraktuele bevoegdheid en *locus standi in judicio* word in die geval van gemeenregtelike eise beheer deur die beginsels van die gemenereg. As 'n vrou 'n minderjarige is word sy bygestaan deur haar voog. In gewoonteregtelike aksies word *locus standi* en kontraktuele bevoegdheid bepaal deur die gewoontereg. In KwaZulu-Natal het 'n vrou kontraktuele bevoegdheid en *locus standi*, maar buite KwaZulu-Natal moes 'n vrou bygestaan word deur haar man.[241]

3.6 *Poligamie*

Tradisioneel is poligamie nie erken nie.[242] In *Seedat's Executors v The Master Natal*[243] het die hof beslis dat poligamie afgekeur word deur die meeste beskaafde nasies en op grond van moraliteit en geloof moet die

---

238 Olivier *et al Inheemse Reg* 55.
239 Balatseng 1996 *Woord en Daad* 10, Dlamini 1991 *AJ* 71-85.
240 Kaganas en Murray 1991 *AJ* 130.
241 Olivier *et al Inheemse Reg* 243-255. Sien 4.5 vir 'n bespreking van status in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.
242 Sien hoofstuk 1.
243 1917 AD 302.

howe nie 'n poligamiese huwelik erken nie. Die hof het verder beslis dat dié gebruik teen die staatsgedraglyn en natuurlike geregtigheid is.[244] In *Ismail v Ismail*[245] het die hof beslis dat as poligamie erken word, dit afbreuk sal doen aan die status wat huwelike het.[246] Die rede hiervoor was dat die aard van 'n gewoonteregtelike huwelik en meer spesifiek poligamie nie verstaan is nie, en gesien is as 'n vorm van slawerny.[247]

In terme van die gewoontereg mag 'n swart man met meer as een vrou in 'n gewoonteregtelike huwelik tree. 'n Vrou mag egter nie meer as een man hê nie.[248] Daar is nie voorskrifte wat bepaal hoeveel vroue een man mag hê nie, solank hy almal kan onderhou en *lobolo* vir elke vrou kan betaal.[249] Dit was gewoonlik mans wat 'n hoë rang in die kraal het en materieël suksesvol is wat poligamiese huwelike het.[250] Daar word verskeie huiseenhede geskep. Elke eggenote in 'n meervoudige huishouding het 'n eie status en rang, vorm 'n aparte vermoënsregtelike eenheid en 'n gedeeltelike selfstandige gesinseenheid. Die status en rang van die eggenote bepaal in 'n groot mate haar sosiale aansien, haar verhouding tot die ander huise van haar eggenoot en die status van haar kinders ten opsigte van erfopvolging.[251] Artikel 35 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 bepaal dat die eenheid wat tot stand kom 'n huis genoem word, en omskryf

244 1026B-C.

245 1983 1 SA 1006 (A).

246 1024E.

247 Du Plessis 1993 *THRHR* 151.

248 Poliandrie, waar 'n vrou met meer as een man in die huwelik tree, word nie in die gewoontereg erken nie. Indien die tweede man met wie die vrou in 'n verdere gewoonteregtelike huwelik tree, *mala fide* opgetree het, kan hy nie van die vrou se voog eis dat sy vrou aan hom teruggegee moet word of dat die *lobolo* teruggegee moet word indien sy hom verlaat nie. Indien die tweede man *bona fide* opgetree het, is die vrou se voog verplig om die *lobolo* op aanvraag terug te betaal. *Bobotyana v Jack* 1944 NAC (C&O) 9, *Dhlamini v Butelezi* 1946 NAC (N&T) 16, *Mawaba v Mhlango* 1947 NAC (N&T) 35, Bekker *Seymour's Customary Law* 198.

249 Bekker *Seymour's Customary Law* 126.

250 Bennett *Customary Law in South Africa* 243.

251 Bennett *Sourcebook on African Customary Law* 401-405, Olivier *et al Inheemse Reg* 44-45.

dit as 'die familie eiendom,[252] regte en status wat begin met, en saamgaan met, en ontstaan uit, die gebruiklike verbinding van elke swart vrou.' Artikel 1(1) in die *Wetboeke* bepaal dat 'die huiseenheid 'die familie, en eiendom, regte en status, wat begin met, verbonde is aan en ontstaan uit die gebruiklike huwelik van enige swart vrou.'[253]

Daar word onderskei tussen 'n eenvoudige poligamiese sisteem en 'n komplekse poligamiese sisteem. In terme van die eenvoudige poligamiese sisteem is die eerste eggenote die hoofvrou en enige daaropvolgende vroue is ondergeskik aan haar.[254] Die komplekse sisteem word gevolg deur die *Nguni*-volkere van die Kaap, Ciskei en Transkei. Hiér het die eerste vrou die status van die hoofvrou en haar huis is die hoofhuis. Die tweede vrou is die regterhandse vrou en haar huis staan bekend as die regterhandse huis. Vroeër was daar ook 'n linkerhandse huis, maar die instelling het uitgesterf. Alle daaropvolgende vroue is ondergeskikte vroue, wat om die beurt toegevoeg word aan die hoofhuis en linkerhandse huis. Elke huis vorm 'n aparte eenheid met eie regte en vermoëns. Stamhoofde het egter die bevoegdheid om self die rangorde van hul vroue te bepaal en staan bekend as die *ukubeka*-gebruik.[255]

Artikels 66-76 van die *Wetboeke* reël die status en rangorde van die eggenotes in 'n gebruiklike huwelik in KwaZulu-Natal. Daar bestaan slegs twee tipes huise, naamlik senior huise en geaffilieerde huise. Artikel 68 bepaal dat daar onderskei moet word tussen kapteins en ander persone met rang en persone wat gewone stamlede is. 'n Gewone stamlid kan hoogstens twee senior huise in sy familiewoning hê. Die eerste eggenote is die hoofvrou en haar huis is die hoofhuis. Die vrou wat tweede in die huwelik tree is die tweede hoofvrou en haar huis is die tweede hoofhuis.

---

[252] Sien 3.3 vir 'n bespreking van die huiseiendom, kraaleiendom en persoonlike eiendom.

[253] Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 122.

[254] Bekker *Seymour's Customary Law* 126.

[255] Joubert *et al LAWSA* 145.

Enige daaropvolgende vroue vorm geafillieerde huise van die twee hoofhuise. Dit maak voorsiening vir enige gebrek aan 'n erfgenaam. Indien die hoofvrou nie instaat is om 'n erfgenaam te gee nie, neem die vrou van die geaffilieerde huis se oudste seun die plek in.[256]

By kapteins of persone met rang, invloed en rykdom kan daar drie hoofhuise wees waar die eerste drie vroue wat in die gewoonteregtelike huwelik met die man tree die hoofvroue is. Die huise staan bekend as die hoofhuis, die linkerhandse senior huis, en die regterhandse senior huis. Enige daaropvolgende vroue vorm geaffilieerde huise van die hoofhuise.[257]

Dit staan die man wat 'n gewone stamlid of 'n kaptein is vry om te besluit wie die tweede hoofvrou is. Die man kan verklaar dat die tweede vrou wat in die huwelik tree, 'n geafillieerde huis kry en dit volg nie noodwendig dat sy die tweede hoofvrou gaan wees nie.[258]

Die gevolge van poligamie is dat die vroue respek vir mekaar moet hê in ooreenstemming met die rangposisie wat hulle beklee. Die man moet die vroue gelyk behandel, en elkeen se finansies word apart mee gehandel. Daar mag tussen die huise lenings gemaak word met die toestemming van die vrou, maar moet terugbetaal word.[259]

Kinders gebore uit 'n poligamiese huwelik is in terme van die gewoontereg nie buite-egtelik nie. Die status van die kinders word bepaal deur die rangvolgorde van die moeder.[260] In terme van die gemenereg is kinders

---

256 Olivier, Olivier en Olivier *Privaatreg van die Bantoetaalsprekendes* 123-125.
257 Joubert *et al LAWSA* 138-139.
258 Bennett *Customary Law in South Africa* 245.
259 Bennett *Customary Law in South Africa* 244. Sien 4.6 vir 'n bespreking van poligamie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998, asook 3.3 vir 'n bespreking van die huweliksgoederebedeling.
260 Joubert *et al LAWSA* 136-137. Vir meer inligting oor buite-egtelikheid, sien Burmann 1991 *AJ* 36-51.

gebore uit 'n poligamiese huwelik buite-egtelik, omdat poligamie nie erken is nie.[261]

3.7 *Bestaanbaarheid met die Grondwet*

3.7.1 *Inleiding*

Die hele debat oor die bestaanbaarheid van die gewoontereg in 'n menseregtebedeling het sy ontstaan in die gedagte dat die gewoontereg primitief en strydig is met menseregte. Een argument is dat die praktyke gevind in gewoontereg die skending van verskeie menseregte meebring, soos onder meer gelykheid.[262] Volgens ondersteuners van dié standpunt verskil die aard van die gewoontereg en menseregte. Aan die anderkant is gewoontereg essensieel groepsregtelik van aard, terwyl menseregte gemik is op die individu. Hoewel dit voorkom asof die individu in die gewoonteregtelike sisteem glad nie oor regte beskik nie, is dit nie noodwendig die geval nie. Die regte is aangepas by politieke en sosiale omstandighede eie aan Afrika. Individue moet egter hulle regte binne groepsverband uitoefen.[263]

Nhlapo[264] is van mening dat ongelykheid in die gewoontereg slegs weggesteek word deur groepregte. 'n Voorbeeld hiervan is die *seantlo*-gebruik[265] waar 'n familielid die plek van die vrou inneem indien sy nie instaat is om te reproduseer nie. Nog 'n voorbeeld is dwanghuwelike of kinderverlowings wat aangegaan word om sterk familiebande te verseker.[266]

---

261 Du Plessis 1993 THRHR 151; South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Sien ook hoofstuk 1 vir 'n bespreking van die redes vir nie-erkenning van poligamie.

262 Bennett *Human Rights and Customary Law* 28.

263 De Koker 1996 *TRW* 79-80.

264 Nhlapo 1991 *AJ* 138, Bekker 1991 AJ 1-17.

265 Sien 3.2.3 vir 'n bespreking van die *seantlo*-gebruik.

266 Sien 3.2.1 vir 'n bespreking van dwanghuwelike. Sien ook Maithufi 1998 *De Jure* 285-293 en Nicholson 2003 *THRHR* 379-383, Vorster *S Afr J Ethnol* 122-123.

3.7.2 *Erkenning in lyn met die Grondwet en die toepassing daarvan*

Artikel 15(3) van die *Grondwet* bepaal dat wetgewing erkenning kan verleen aan gewoonteregtelike huwelike en magtig die staat om effek te gee aan sulke huwelike in terme van 'n sisteem van tradisionele reg. So 'n erkenning moet egter bestaanbaar wees met die *Grondwet*. Artikel 15 belet nie wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie, of 'n stelsel van godsdiens-, persone- of familiereg nie, of stelsels van persone- en familiereg kragtens enige tradisie wat nagevolg word deur persone wat 'n besondere godsdiens aanhang nie. Sodanige erkenning moet nie met die genoemde artikel en die ander bepaling van die *Grondwet* onbestaanbaar wees nie.[267]

Die persepsie bestaan dat artikels 30 en 31 meebring dat die gewoontereg erken moet word.[268] Een van die argumente hierteen is dat die term kultuur nie 'n bepaalde betekenis het nie. Dit kan sisteme van personereg insluit, of slegs aspekte wat niks met die reg te doen het nie soos kuns. Indien artikel 15(3) saamgelees word met artikels 30 en 31, kan dit afgelei word dat die gewoontereg erken moet word.[269]

Artikel 211(3) en artikel 39(2) is ook van toepasing.[270] Die probleem ontstaan waar die hof moet besluit of die gewoontereg of gemenereg toegepas moet word. *Mtembu v Letsela*[271] illustreer die probleem. Die vraag na openbare beleid en natuurlike geregtigheid het sterk na vore gekom. Die hof het beslis dat enige bepaling van die gewoontereg wat teen

---

267 De Waal, Currie en Erasmus *Bill of Rights* 288–308. Sien 2.4 vir 'n bespreking van artikel 15(3) van die *Grondwet* en 4.7.2 vir 'n bespreking van artikel 15 in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

268 Sien 2.4 vir 'n bespreking van artikels 30 en 31 en 4.7.2 vir 'n bespreking van artikels 30 en 31 in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

269 Bennett *Human Rights and Customary Law* 23-24.

270 Sien 2.5 en 2.6 vir 'n bespreking van artikels 211(3) en 39(2), en 4.7.2 vir 'n bespreking van die erkenning en toepassing van die gewoontereg in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

271 2000 3 SA 869 (HHA).

natuurlike geregtigheid en openbare beleid is, nie toegepas kan word op 'n gegewe geval nie.[272]

Artikel 211(3) bepaal dat die toepassing van die gewoontereg onderworpe is aan die Handves van Regte. Daar kan aangeneem word dat 'n groot gedeelte van die gewoontereg ongrondwetlik sou wees veral wanneer die horisontale toepassing van die Handves van Regte in ag geneem word.[273] Die gewoontereg is nie staties nie en ontwikkel voortdurend.[274] Die ontwikkeling van die gewoontereg moenie op so wyse geskied dat dit in 'n spesifieke vorm van menseregte en die Handves van Regte gedruk word nie.[275] Die uitdaging is juis daarin om die gewoontereg te verstaan in sy tradisionele vorm wat die hele gemeenskap insluit, en dit dan te versoen met individuele menseregte.[276]

Daar bestaan verskeie sienings en interpretasies ten opsigte van die verhouding tussen die kultuur- en gelykheidsregte in die *Grondwet*. Een argument is dat die gekodifiseerde gewoontereg toegepas moet word net soos dit is, al diskrimineer dit teen vroue. Volgens dié argument moes die *Grondwet* nie die reg op kultuur beskerm het as dit net weer deur artikel 36[277] beperk kan word nie. 'n Ander groep argumenteer dat die erkenning in artikel 211 diskriminerende praktyke uitsluit van die reg op kultuur. Die Grondwet beskerm nie net verskillende kulturele praktyke nie, maar stel 'n standaard daar deur te verreis dat individue wat 'n reg op kultuur het nie ander regte skend nie.[278] Daar moet onthou word dat daar 'n verskil is tussen die reg op kultuur en gewoontereg. Daar word nie 'n reg op beskerming gegee aan die gewoontereg nie, maar aan kultuur.[279]

---

272 Par 43.
273 Pieterse 2000 *De Jure* 39.
274 Du Plessis 2002 *Stell LR* 376.
275 Bekker 1994 *THRHR* 447.
276 Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 261.
277 Sien 2.6 vir 'n bespreking van artikel 36 van die *Grondwet*.
278 Mbatha 2002 *SAJHR* 266-267.
279 Pieterse 2000 *De Jure* 40.

3.7.3 Definisie van die huwelik en poligamie

Die definisie vir 'n gemeenregtelike huwelik is "'n regsverhouding, daargestel deur middel van 'n staatseremonie, tussen twee bevoegde en gewillige persone van verskillende geslagte, wat hulle *inter alia* verplig om saam te woon vir die res van hul lewens, om mekaar die huweliksregte eksklusief toe te staan en om mekaar te onderhou." Dit kan egter nie toegepas word op 'n gewoonteregtelike huwelik nie, omdat die huwelik poligamies van aard is.[280]

'n Gebruiklike verbinding word gedefinieer as die saamlewe van 'n man en 'n vrou in 'n egtelike verhouding ooreenkomstig swart reg en gebruik, waar nóg die man nóg die vrou 'n party is tot 'n bestaande siviele huwelik.[281]

Daar kan beweer word dat poligamie inherent as 'n skending van artikels 9 en 10 van die *Grondwet* beskou kan word.[282] Verskeie argumente word opgewerp hiervoor, byvoorbeeld dat 'n vrou wat 'n party is in 'n poligamiese huwelik moet kompeteer met die ander vroue vir aandag van die man asook die familie se materiële hulpbronne.[283]

'n Vrou is egter deel van die besluitnemingsproses wanneer daar besluit moet word of 'n tweede vrou geneem gaan word en wie die persoon sal wees.[284] Dit is ook die man se plig om nie een huishouding se materiële

---

280 Olivier *et al Inheemse Reg* 98. Sien 1.1 vir definisies.

281 Reuter *Native Marriages in South Africa* 286-287. Poligamie word toegelaat binne gewoonteregtelike huwelike, solank een van die partye nie 'n party tot 'n gemeenregtelike huwelik is nie. Sien 3.1 vir 'n bespreking van definisies van gemeenregtelike sowel as gewoonteregtelike huwelike.

282 Sien 2.2 en 2.3 onderskeidelik vir besprekings van artikels 9 en 10 van die *Grondwet*, asook 1.2 en 3.6 vir 'n bespreking van poligamie. Kaganas en Murray 1991 *AJ* 127-131. Die hof het in *Kalla v The Master* 1995 1 SA 261 (T) *obiter* opgemerk dat poligamie op grond van geslagsgelykheid net so onaanvaarbaar vir die *mores* van Suid-Afrika is as wat dit voor die inwerkingtreding van die 1993 *Grondwet* was. Sien ook Church 1995 *CILSA* 229-301.

283 Kaganas en Murray 1991 *AJ* 125-129, Bohler-Müller 2001 *Obiter* 142-152.

284 Bennett *Human Rights and Customary Law* 120-122; Balatseng 1996 *Woord en Daad* 9-10. In terme van die erfreg kon vrouens ook nie intestaat erf nie, maar vanweë die omvang van die verhandeling word erfreg nie aangespreek nie. Vir meer inligting oor

hulpbronne vir 'n ander huishouding aan te wend ten koste van 'n ander nie, en moet dieselfde hoeveelheid aandag aan elke vrou bestee.[285]

3.7.3.1 Vereistes vir 'n geldige huwelik

a) Wilsooreenstemming

Die *ukuthwala*-gebruik sou ook ongrondwetlik kon wees. Dié gebruik behels die ontvoering van die meisie deur 'n man om haar familie te dwing om onderhandelings te begin vir 'n moontlike huwelik. Dit kan gebeur dat die meisie nie daarvan kennis dra nie, maar haar familie wel.[286]

Dié gebruik sou onbestaanbaar met artikels 9 en 10 kon wees, asook artikel 12 van die *Grondwet* wat bepaal dat elkeen die reg op vryheid en sekerheid van sy persoon het.[287] Die rede hiervoor is omdat daar geen instemming van die meisie is nie en dat sy gedwing word.[288]

b) Ouderdom van die partye

In die gewoontereg is daar geen vasgestelde ouderdom vir meerderjarigheid of vir huweliksluiting nie. Die gebruik is dat wanneer

---

die erfreg lees Rautenbach *South African Women under the Law of Succession*, Maithufi 1998 *THRHR* 142-147, Maithufi 2000 *De Jure* 155-161, Maithufi 1994 *TSAR* 262-277, Mathufi 1992 *De Jure* 457-462, Mamashela en Freedman 2003 *TSAR* 201-207, Mohohlo 1987 Jan *DR* 31-32, Mqeke 1996 *THRHR* 344-349, Pieterse 2000 *SALJ* 627-635, Pieterse 2000 *De Jure* 627-635, Prinsloo 1998 *TSAR* 570-575, Prinsloo 1998 *TSAR* 771-776, Rautenbach en Du Plessis 2003 *De Jure* 20-31, Whatney 1993 *TSAR* 749-754, Whatney 1992 *CILSA* 379-383, Whatney 1992 *TSAR* 659-66, Bekker en De Kock 1992 *CILSA* 366-378, Bennett 1993 *THRHR* 50-64 en Knoetse 1998 *Obiter* 166-175, Coertze *Bafokeng Family Law* 1-236, Kerr *Native Law* 1-80, Kerr *Customary Law of Immovable Property* 1-99.

285 Olivier *et al Inheemse Reg* 60-62, Barker 1998 Apr *DR* 30-31. Sien 4.6 vir 'n bespreking van poligamie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 asook 4.7.3 waar poligamie aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

286 Olivier *et al Inheemse Reg* 11, Bohler-Müller 2001 *Obiter* 142-152.

287 Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van sy persoon, waarby inbegrepe is die reg om nie sonder grondige rede van sy vryheid ontneem te word nie, om vry te wees van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong en om nie op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie. Elkeen het die reg op fisiese en psigiese integriteit, waarby inbegrepe is die reg op sekerheid van en beheer oor sy eie liggaam.

288 Olivier *et al Inheemse Reg* 11.

partye puberteit bereik hulle in die huwelik mag tree, omdat die doel van die huwelik reproduksie is.[289] Dié gebruik kan onbestaanbaar wees met artikel 28 van die *Grondwet* wat die regte van die kind waarborg.[290]

c) *Lobolo*

Die praktyk van *lobolo* kan aan die hand van artikels 9 en 10 getoets word.[291] Die argument word geopper dat die *lobolo*-gebruik 'n vorm van diskriminasie is teen 'n vrou en dat dit ook haar menswaardigheid aantas. Die vrou word verkleineer en gelykgestel aan 'n besitting. Die *lobolo* is dan as't ware 'n koopprys.[292] Wanneer die toets neergelê in *Harksen v Lane NO*[293] toegepas word op *lobolo*, kan gesien word dat *lobolo* moontlik neerkom op onregverdige diskriminasie. Daar word gedifferensieer tussen mans en vroue, en die differensiasie geskied op een van die gelysde gronde, naamlik geslag wat onregverdige diskriminasie meebring.[294]

Die betaling van *lobolo* bring nie swak behandeling van die vrou mee nie, en dit staan die vrou vry om terug te keer na haar vader.[295] Vrouens is nie net ten gunste van die gebruik nie, maar is selfs trots daarop. Wanneer *lobolo* betaal word, word 'n vrou nie van enige regte ontneem nie, sy word in effek net anders behandel.[296]

---

289 Die ouderdom van mondigheid word gewysig deur artikel 5 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

290 Artikel 28(d) van die *Grondwet* bepaal dat elke kind die reg het om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word. Sien 3.2.2 vir 'n bespreking van die ouderdomvereiste in terme van die gewoontereg en 4.2.2 in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

291 Bohler-Müller 2001 *Obiter* 142-152. Sien 2.2 en 2.3 onderskeidelik vir besprekings van artikels 9 en 10 van die *Grondwet*, asook 3.2.3 en 4.2.3 vir 'n bespreking oor *lobolo*.

292 De Koker 1996 *TRW* 90-92.

293 1998 1 SA 300 (KH).

294 Par 53. Sien 2.2 vir 'n bespreking van *Harksen v Lane NO* 1998 1 SA 300 (KH). Sien ook Balatseng 1996 *Woord en Daad* 9-10 waar gesê word dat swart vroue trots is op hul kultuur en nie voel dat daar teen hulle gediskrimineer word nie.

295 Bennett *Customary Law and Human Rights* 118-119.

296 Balatseng 1996 *Woord en Daad* 9-10.

d) Oorhandiging van die meisie

In *Mabuza v Mbata*[297] is die *ukumeza*-gebruik aangespreek. Dié gebruik van die Siswati groep sou onbestaanbaar met die *Grondwet* kon wees. Die gebruik is die formele integrasie van die bruid in die man se familie. Tydens die oorhandigingseremonie moet die vrou huil as aanduiding dat sy gereed is om die bande met haar familie te verbreek en na haar man se kraal te gaan. Indien sy nie huil nie kan sy geslaan word todat sy huil. Sy moes ook naak wees tydens die seremonie, en kon nie weier om die seremonie by te woon nie.[298] Die hof het beslis dat daar geen rede is waarom dié gebruik nie deur ooreenkoms tussen die partye afgeskaf kan word nie. Die gewoontereg ontwikkel ook voortdurend en die gebruik sal met tyd in onbruik verval.[299] Dié gebruik sou onbestaanbaar met artikel 10 kon wees, omdat dit die vrou se menswaardigheid aantas.[300]

e) Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik

Voor 1988 kon 'n man in 'n gemeenregtelike huwelik tree tydens die bestaan van verskeie gewoonteregtelike huwelike. Die posisie is verander deur artikel 1 van die *Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere* 3 van 1988 wat bepaal dat 'n man nie 'n gemeenregtelike huwelik mag aangaan terwyl hy 'n party is in gewoonteregtelike huwelike is nie.[301] Die posisie voor 1988 kan diskriminerend wees teenoor vroue, omdat enige materiële welvaart behou word deur die vrou in terme van artikel 22 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927, maar daar rus geen verpligting op die man om onderhoud te betaal soos vereis word in terme van die gemenereg nie.[302] Wanneer die toets in *Harksen v Lane NO*[303] toegepas word, kan

297 2003 4 SA 218 (KH).

298 Par 22.

299 Par 25-27.

300 Sien 2.3 vir 'n bespreking van artikel 10 van die *Grondwet* en 3.2.4 vir 'n bespreking van ouderdom van die partye.

301 Sien 3.2.5 vir 'n bespreking van die vereiste van die afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik in terme van die gewoontereg en 4.2.5 vir 'n bespreking in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

302 Sien Van Heerden 1993 *THRHR* 270-273.

303 1998 1 SA 300 (KH).

gesien word dat daar gedifferensieer word tussen mans en vroue en die differensiasie geskied op een van die gelysde gronde, naamlik geslag, wat neerkom op diskriminasie.[304] Artikel 1 van die *Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere* 3 van 1988 poog om die ongelykheid uit die weg te ruim na 1988.[305]

f) Registrasie

Registrasie van gewoonteregtelike huwelike was nie verpligtend nie, behalwe in KwaZulu-Natal waar artikels 44 tot 50 van die *Wetboeke* daarvoor voorsiening gemaak het. Slegs wanneer die geldigheid van die huwelik in dispuut was, kon die partye aansoek doen om die huwelik te registreer by die Departement van Binnelandse Sake waar getuienis gelewer moet word dat 'n geldige gewoonteregtelike huwelik wel tot stand gekom het.[306]

Geen inbreukmaking op die *Grondwet* kan gevind word nie.

g) Verbode grade van verwantskap

Die basiese reël was dat huweliksluiting tussen persone van dieselfde stam verbied word. Die verbod is egter opgehef omdat die stamme so groot is en die bloedlyn ver verwyderd is.[307] Die reël is dus nie onbestaanbaar met die *Grondwet* nie.

---

304 Par 53. Sien 2.2 vir 'n bespreking van *Harksen v Lane NO* 1998 1 SA 300 (KH).

305 Olivier *et al Inheemse Reg* 70-71.

306 Bennett *Customary Law in South Africa* 241-242, West 2002 Okt *DR* 47.

307 Bennett *Customary Law in South Africa* 207. Sien ook 3.2.7 en 4.2.7 vir 'n bespreking oor die verbode grade van verwantskap in terme van die gewoontereg en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 onderskeidelik.

3.7.3.2 Huweliksgoederebedeling

Die gewoonteregtelike huwelik was outomaties buite gemeenskap van goedere.[308] Eiendom was verdeel in huiseiendom, kraaleiendom en persoonlike eiendom. Die kraalhoof is die eienaar van kraaleiendom en die vader of hoof van 'n huis is die eienaar van die huiseiendom. Vroue is slegs toegelaat om persoonlike eiendom te besit. Dit het vroue benadeel omdat hulle nie onroerende eiendom kon besit nie. Kraalhoofde kon besluit vir wie grond gegee word en volgens kultuur en tradisie word grond slegs aan mans in die stam toegeken. Grond kon ook deur middel van vererwing oorgedra word, maar vroue word nie in aanmerking geneem nie.[309]

Dié tradisie kan diskriminasie daarstel. Deur die toets neergelê in *Harksen v Lane NO*[310] toe te pas, kan gesien word dat daar gedifferensieer word tussen mans en vroue en dat die differensiasie geskied op een van die gelyste gronde, naamlik geslag. Artikels 30 en 31 van die *Grondwet* bepaal dat elkeen die reg het om sy taal te gebruik en sy kultuur uit te oefen en om aan 'n kultuur- of taalgemeenskap van sy keuse te behoort. Praktyke en gebruike in terme van die gewoontereg sou geregverdig kon word in terme van artikels 30 en 31 van die *Grondwet*.[311]

3.7.3.3 Egskeiding

Tradisioneel is huwelike slegs ontbind deur die dood van 'n eggenoot. Verskeie gronde vir die ontbinding van 'n gewoonteregtelike huwelik bestaan vir beide mans en vroue. In KwaZulu-Natal het artikel 48 van die

---

308 Sien 3.3 vir 'n bespreking van huweliksgoederebedeling in terme van die gewoontereg en 4.3 vir 'n bespreking van huweliksgoederebedeling in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

309 Bekker *Seymour's Customary Law* 71-77, Bennett *Customary Law in South Africa* 259, Schapera *Tswana Law and Custom* 234-236, Maithufi 2002 *De Jure* 197, Mbatha 2002 *SAJHR* 262, Janse van Rensburg 2003 *Stell LR* 282-295. Dié posisie verander as gevolg van die uitspraak in *Bhe and others v Magistrate, Khayelitsha and others* 2004 2 SA 544 (KH), maar vanweë die omvang van die verhandeling word erfreg nie aangespreek nie.

310 1998 1 SA 300 (KH) par 53.

311 Sien 2.5 vir 'n bespreking van artikels 30 en 31 van die *Grondwet*. Sien ook Van der Meide 1999 *SALJ* 100-112.

Wetboeke ook voorsiening gemaak vir ontbinding van die huwelik. Daar is ook voorgeskrewe prosedures vir die teruggawe van *lobolo*.[312]

Egskeiding in terme van die gewoontereg bring ongelykheid mee. Eerstens is daar meer gronde vir egskeiding vir mans. Tweedens is die huweliksgoederebedeling 'n probleem by egskeiding. Omdat die vrou nie by magte is om kraal- of huiseiendom te besit nie, stap sy uit die huwelik met niks. Sy keer terug na haar vader met die kinders wat haar verpligting is om groot te maak. Daar rus egter nie 'n plig op die man om onderhoud vir die kinders te betaal nie, alhoewel hy die voog bly.[313] Wanneer die vrou se familie egter nie in die finansiële posisie is om die moeder sowel as haar kinders te versorg nie, is die vrou verplig om werk te kry. Dit bring groot ongelykheid mee en plaas 'n swaarder verpligting op die vrou.[314]

Artikel 9 van die *Grondwet* kan dus geskend word deur dié praktyke.

3.7.3.4 Status

Die status van vroue kan ook aan die hand van artikels 9 en 10 getoets word.[315] Artikel 11(3) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927[316] het bepaal dat 'n swart vrou 'n ewigdurende minderjarige is onder voogdy van haar man. Dit hou in dat 'n vrou geen kontraktuele bevoegdheid of *locus standi* gehad het nie.[317] Artikel 25 van die *Grondwet* bepaal dat elkeen die reg het om grond te bekom.[318] Vroue in die gewoontereg bewerk slegs die

---

312 Sien 3.4 en 4.4 vir 'n bespreking van egskeiding in terme van die gewoontereg en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 onderskeidelik.

313 Van Heerden 1993 *THRHR* 170-173.

314 Bennett *Customary Law in South Africa* 279-282, Maithufi 1992 *THRHR* 630-633.

315 Sien 3.5 vir die bespreking van status in terme van die gewoontereg en 4.5 vir 'n bespreking van status in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

316 Herroep deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

317 Vorster, Dlamini-Ndwandwe en Molapo 2001 *S Afr J Ethnol* 62. Dit is net die geval buite KwaZulu-Natal. Die artikel was teenstrydig met artikel 9, maar is herroep deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

318 Sien *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 of 2000 asook *Communal Land Rights Act* 11 of 2004. Sien ook Pieterse 2000 SALJ 627-635.

lande en kan nie hul eie grond bekom nie. Artikel 9 van die *Grondwet* bepaal dat almal gelyk is voor die reg en gelyke beskerming geniet. Artikel 9 bepaal dus dat vroue ook *locus standi* het.[319]

---

[319] Bennett *Human Rights and Customary Law* 86-88, 88-89.

Hoofstuk 4: Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998

Die bepalings van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 word bespreek aan die hand van 'n definisie, die vereistes vir 'n geldige huwelik, status van die partye, die huweliksgoederebedeling, egskeiding, poligamie en die bestaanbaarheid van die genoemde *Wet* met die *Grondwet*.

4.1 *Definisie van 'n huwelik en erkenning van gewoonteregtelike huwelike*

Artikel 1 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 definieer 'n gewoonteregtelike huwelik as 'n huwelik wat ooreenkomstig die gewoontereg gesluit is. Dit wil voorkom asof die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 die definisie oorgeneem het van artikel 35 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927.[320]

Artikel 2 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bevat bepalings oor erkenning van gewoonteregtelike huwelike. Artikel 2 maak voorsiening vir die erkenning van gewoonteregtelike huwelike wat alreeds bestaan het by inwerkingtreding van die *Wet* en vir erkenning van huwelike wat gesluit is na inwerkingtreding van die *Wet*.[321] By huwelike wat gesluit is voor inwerkingtreding van die *Wet* is die enigste vereiste dat die huwelik moet voldoen aan die vereistes gestel deur die gewoontereg.[322] Indien artikel 2(1) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 met die definisie van gewoonteregtelike huwelike gelees word en letterlik geïnterpreteer word, kan dit huwelike wat volgens die gekodifiseerde reg aangegaan is, soos die *Wetboeke*, uitsluit. Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 het egter nie die

---

[320] Maithufi 2000 *THRHR* 511.
[321] Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479-480.
[322] Vorster 1998 34(1) *Codicillius* 40. Artikel 2(1) van die *Wet op Erkenning van Gewoonteregtelike Huwelike* 120 van 1998.

bedoeling gehad om sekere huwelike te erken en ander nie. Die doel van die *Wet* is om soveel as moontlike huwelike van die stigma van nie-erkenning te red.[323]

Die Regskommissie was van mening dat dit onwenslik sou wees om poligamie te verbied omdat dit aan die een kant onmoontlik is om mans hiervan te weerhou en aan die ander kant informele verbindings sal aanmoedig en veral aan vrouens geen sekuriteit verskaf nie. Die idee is dat die huwelik erken moet word tot tyd en wyl poligamie in onbruik sal verval.[324]

Artikel 2(2) verleen erkenning aan huwelike wat na die inwerkingtreding van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 gesluit is,[325] solank dit voldoen aan die vereistes soos neergelê in artikel 3(1) van die *Wet*.[326]

4.2 *Vereistes vir 'n geldige huwelik*

Die vereistes gestipuleer in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 kan in twee kategorieë verdeel word. Die eerste gedeelte is statutêr van aard, terwyl die tweede gedeelte 'n kodifikasie is van die tradisionele gewoontereg.[327] Die vereistes in terme van die *Wet*[328] is onder andere dat die eggenote bevoeg moet wees om in die huwelik te tree (ouer as 18 jaar en handelingsbevoegdheid); die eggenote moet toestemming gee tot die huwelik en indien die partye nie bo 18 jaar is nie, moet die

---

323 Bennett *Customary Law in South Africa* 194-195.

324 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie.

325 Maithufi 2000 *THRHR* 512. Huwelike gesluit na die inwerkingtreding van die genoemde wet word erken as 'n gewoonteregtelike huwelik met die voorwaarde dat die huwelik aan al die vereistes van die *Wet* voldoen. Sien 3.1 vir die definisie van 'n gewoonteregtelike huwelik in terme van die gewoontereg.

326 Bennett *Customary Law in South Africa* 198, Maithufi en Bekker 2002 *CILSA* 182-184.

327 Sien 3.2 vir die vereistes vir 'n geldige huwelik in terme van die gewoontereg. Bennett *Customary Law in South Africa* 199.

328 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

nodige toestemming verkry word; en die afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik. Alhoewel daar 'n plig rus op die partye om die huwelik te registeer, sal nie-nakoming van die vereiste nie neerkom op nietigheid van die huwelik nie.[329]

In *Baadjies v Matubela*[330] het die hof die vereistes vir 'n geldige gewoonteregtelike huwelik in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bevestig.[331]

4.2.1 *Toestemming*

Tradisioneel is die toestemming van die gades nie nodig gewees vir huweliksluiting nie. Die families se toestemming is van meer belang, en die huwelik is dan 'n ooreenkoms tussen die onderskeie families.[332] Artikel 3(2)(a) bepaal dat indien een of beide van die gades minderjarig is, die toestemming van die ouers van die minderjariges verkry moet word. Meerderjarigheid word in terme van die *Wet op Meerderjarigheidsouderdom* 57 van 1972 bepaal.[333] Wanneer toestemming verkry is, bevry dit nie die partye van die verpligting om te voldoen aan die ander voorgeskrewe vereistes nie.[334] Die rede vir die vereiste is om dwanghuwelike te voorkom en ook die praktyk waar 'n meisie aan 'n man belowe word nog voordat sy gebore is.[335]

Indien die minderjarige gades wel tot die huwelik toetree sonder die nodige toestemming van die ouers of die Minister van Binnelandse Sake, is die hof

---

329 Maithufi 2002 *De Jure* 211.
330 2002 3 SA 427 (W).
331 429H-J en 430A-G.
332 Sien 3.2.1 vir die bespreking van wilsooreenstemming van die partye in terme van die gewoontereg.
333 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 44.
334 Bekker en Maithufi 2002 *CILSA* 185.
335 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Sien 3.2.1 vir 'n bespreking van dwanghuwelike in terme van die gewoontereg.

bevoeg om die huwelik ongeldig te verklaar indien die hof oortuig is dat die huwelik tot nadeel van die partye is.[336]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 omskryf nie wat toestemming is en wat dit behels nie. Die Regskommisie het toestemming as 'n minimum vereiste gestel. Die vereiste van voorgeskrewe ouderdom is gestel om gades toe te laat om 'n ingeligte besluit te neem en te weet wat die gevolge van die verlening van toestemming tot die huwelik sal wees.[337]

4.2.2 *Voorgeskrewe ouderdom*

Tradisioneel is daar nie 'n vasgestelde ouderdom voorgeskryf vir huweliksluiting nie. Die gebruik was dat die voornemende gades puberteit bereik alvorens die huweliksluiting plaasvind.[338] Om die tradisionele gewoontereg bestaanbaar te maak met die *Grondwet* het die Regskommissie 'n ouderdom van agtien jaar voorgestel.[339]

Beide voornemende gades moet bo die ouderdom van agtien jaar wees in terme van artikel 3(1)(a)(i) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998. 'n Kind onder die ouderom van agtien jaar word steeds toegelaat om in die huwelik te tree met die toestemming van die Minister van Buitelandse Sake sowel as die ouers. Die Wet het dus aspekte van die *Huwelikswet* 25 van 1961 geïnkorporeer.[340] Die *Wet op*

---

336 Vorster 1998 *Codicillius* 34(1) 41.

337 Bennett *Customary Law in South Africa* 202, South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie, Mqeke *Customary Law* 87.

338 Sien 3.2.2 vir 'n bespreking van ouderdom in terme van die gewoontereg.

339 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Die Regskommissie het gepoog om uitvoering te gee aan artikel 28(2) van die *Grondwet* wat bepaal dat 'n kind se beste belang van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak.

340 Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bevat 'n bepaling tot die effek, naamlik artikel 5. In terme van die *Wet op Voogdy* 192 van 1993 moet persone onder die ouderdom van 21 jaar ouerlike toestemming verkry om in die

Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 bepaal dat *beide* ouers van die voornemende gade toestemming tot die voorgenome huwelik moet gee indien die kind onder die ouderdom van agtien jaar is. Dit verander die gewoonteregtelike posisie waar die vader alleen toestemming verleen het en die moeder net verantwoordelik was vir die grootmaak van die kinders.[341]

4.2.3 *Lobolo*

Lobolo is die oordrag van eiendom, gewoonlik lewende hawe deur die eggenoot aan die bruid se familie as deel van die huweliksproses.[342] Artikel 1 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat *lobolo* eiendom in kontant of in goedere, hetsy bekend as *lobolo, bogadi, bohali, xuma, lumalo, thaka, ikhazi, magadi, emabheka* of onder enige ander naam, wat 'n aanstaande man of die hoof van sy familie onderneem om aan die hoof van die aanstaande vrou se familie as teenprestasie vir 'n gebruiklike huwelik te gee. Die genoemde wet maak nie uitdruklik voorsiening vir *lobolo* as 'n vereiste vir 'n geldige huwelik nie. Dit kan wel resorteer onder artikel 3(1)(b) van die genoemde wet, wat bepaal dat 'n huwelik onderhandel en voltrek moet word in terme van die gewoontereg. Dit beteken dat die families van die voornemende gades wel kan onderhandel oor *lobolo*.[343]

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het aanbeveel dat indien dit die partye se wense is om te onderhandel vir *lobolo* en dit te betaal, dit hulle vrystaan om dit te doen. Indien daar nie *lobolo* betaal word nie, het dit nie 'n invloed

---

huwelik te tree. Volgens artikel 24 van die *Huwelikswet* 25 van 1961 moet die toestemming skriftelik wees. Artikel 26(1) van die *Huwelikswet* 25 van 1961 bepaal dat waar 'n seun onder 18 en 'n dogter onder 15 jaar is, moet die Minister van Binnelandse sake se toestemming verkry word.

341 Bennett *Customary Law in South Africa* 206-207.

342 De Koker 1996 *TRW* 80-81, Bekker en Maithufi 2002 *CILSA* 186-187.

343 De Koker 2001 *TSAR* 843. Sien ook Bennett *Customary Law in South Africa* 234-236 en Mofokeng 2005 *THRHR* 277-288.

op die geldigheid van die huwelik nie. Die *lobolo*-gebruik kan egter gebruik word om vas te stel of daar wel 'n gewoonteregtelike huwelik bestaan.[344]

4.2.4 *Huwelik ooreenkomstig die gewoontereg beding en voltrek*

Artikel 3(6) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat die huwelik beding en voltrek moet word ooreenkomstig die gewoontereg. Tradisioneel het huweliksluiting gepaard gegaan met uitgebreide onderhandelinge en seremonies.[345] Dit wil voorkom asof die *Wet*[346] die praktyk goedkeur en erken.[347]

Daar moet ook wilsooreenstemming wees tussen die partye dat die huwelik ooreenkomstig die gewoontereg gesluit word. Volgens dié vereiste moet daar sekerheid oor die aard van die regshandeling bestaan. Gevolglik sal die gebruiklike huwelik nietig wees as een van die partye onder die verkeerde indruk verkeer. Dit kom neer op *error in negotio.*[348]

Die Regskommissie was van mening dat die vereiste van oorhandiging van die bruid tydens die huwelik seremonie nie 'n vereiste *per se* kan wees nie omdat die tradisie en wyses waarop die bruid oorgedra word aan die man se familie van stam tot stam kan verskil. Daarom is artikel 3(6) in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 daargestel. Dit bring mee dat as die oorhandiging van die meisie 'n vereiste is in 'n spesifieke stam, die tradisie voortgesit kan word.[349]

---

344 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Sien 3.2.3 vir 'n bespreking van die *lobolo*-vereiste in terme van die gewoontereg.

345 Sien 3.2.4 vir 'n bespreking van die onderhandelinge en seremonies in terme van die gewoontereg.

346 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

347 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 482, Nel 2002 *Stell LR* 331-333.

348 Bonthuys en Pieterse 2000 *THRHR* 621.

349 Bennett *Customary Law in South Africa* 216-217, South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie.

4.2.5 *Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik*

Artikel 3(2) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat geen gade wat 'n party is in 'n gewoonteregtelike huwelik bevoeg is om 'n huwelik kragtens die *Huwelikswet* 25 van 1961, met ander woorde 'n gemeenregtelike huwelik, gedurende die bestaan van sodanige gewoonteregtelike huwelik te sluit nie. Artikel 10(1) van die genoemde wet bepaal egter dat 'n man en vrou tussen wie 'n gebruiklike verbinding bestaan, bevoeg is om 'n huwelik kragtens die bepalings van die *Huwelikswet* 25 van 1961 met mekaar te sluit indien nie een van die gades 'n party in 'n bestaande gewoonteregtelike huwelik met 'n ander persoon is nie.[350] Artikel 10(1) bring ook mee dat partye tot 'n gewoontereg hul huwelik kan omskakel na 'n gemeenregtelike huwelik, maar nie andersom nie. Die oogmerk hier is om monogamie te bevorder.[351]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 maak nie voorsiening vir enige gevolge indien daar nie aan die vereistes van artikel 3(2) of artikel 10(1) van die *Wet*[352] voldoen word nie. Dit is onseker of die daaropvolgende siviele huwelik dan nietig sal wees, en of die voorafgaande gewoonteregtelike huwelik nietig sal wees indien een van die gades in 'n siviele huwelik tree met 'n ander persoon.[353]

Artikel 10(4) bepaal dat 'n gade in 'n gemeenregtelike huwelik onbevoeg is om tydens die duur van die huwelik enige gewoonteregtelike huwelik te sluit. Die effek hiervan is dat die man nie eens 'n gewoonteregtelike huwelik met dieselfde persoon wat 'n gade in die gemeenregtelike huwelik

---

350 Maithufi en Bekker 2002 *CILSA* 183-184.

351 Bennett *Customary Law in South Africa* 238.

352 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

353 Bonthuys en Pieterse 2000 *THRHR* 622. Na my mening sal die sluit van 'n gemeenregtelike huwelik die misdaad bigamie daarstel. Bigamie word gepleeg indien iemand wat reeds getroud is, wederregtelik en opsetlik 'n party is by 'n huwelikseremonie wat voorgee om 'n geldige huwelik tot stand te bring – Snyman *Strafreg* 405. Sien ook Labuschagne 1986 *De Jure* 68-86.

is kan sluit nie. Dit belet ook enige verdere huweliksluiting met ander persone alvorens die siviele huwelik ontbind is.[354]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 is nie van terugwerkende aard nie. Dus word alle huwelike wat gesluit is voor 1 November 2000 gereël deur die gewoontereg.[355]

4.2.6 *Registrasie*

Tradisioneel was dit nie 'n vereiste om 'n gewoonteregtelike huwelik te registreer nie. Slegs in KwaZulu-Natal was dit in terme van die *Wetboeke* 'n vereiste dat die partye die huwelik registreer. Die afwesigheid van registrasie het egter nie die geldigheid van die huwelik geaffekteer nie.[356] Artikel 4 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 plaas 'n verpligting op die partye om die huwelik te registreer. Artikel 4(a) bepaal egter dat as die partye versuim om die huwelik te registreer, dit nie die geldigheid van die huwelik sal affekteer nie.[357]

Die partye moet die registrasiebeampte van alle nodige inligting voorsien, asook enige addisionele inligting wat nodig sou wees om die beampte in staat te stel om homself te vergewis van die bestaan van die huwelik. Die huwelik word geregistreer deur 'n opname te maak van die identiteit van die partye, die datum van die huwelik en die *lobolo* ooreenkoms. Die sertifikaat van registrasie dien as *prima facie* bewys van die besonderhede daarin vervat en die bestaan van die gemeenregtelike huwelik.[358] 'n Gewoonteregtelike huwelik wat gesluit is voor die inwerkingtreding van die

---

354 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 480-481. Sien 3.2.5 vir die vereiste van die afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik in terme van die gewoontereg.

355 Bennett *Customary Law in South Africa* 239. Sien hoofstuk 3 vir 'n bespreking van die werking van gewoonteregtelike huwelike.

356 Sien 3.2.6 vir 'n bespreking van die registrasie-vereiste in terme van die gewoontereg.

357 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 45. Nieteenstaande die feit dat die wetgewer bepaal dat die versuim om die huwelik te registreer nie die geldigheid affekteer nie, die wetgewer dit steeds nodig ag om soveel aanwysings en voorskrifte in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 te gee.

358 Bennett *Customary Law in South Africa* 218-219.

Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998, moet binne 12 maande na inwerkingtreding van die genoemde *Wet* geregistreer word.[359] 'n Hof mag ook 'n bevel uitreik om 'n huwelik te registreer of kansellasie of rektifikasie van so 'n registrasie wanneer 'n aansoek tot die effek gebring word.[360]

Die Regskommissie was van mening dat 'n registrasievereiste in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 dit vir derdepartye makliker sal maak om vas te stel of die huwelik geldig is en om die huweliksgoederebedeling vas te stel.[361]

4.2.7 *Verbod op huweliksluiting tussen persone op grond van hul bloedverwantskap of aanverwantskap*

Artikel 3(6) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat huweliksluiting tussen persone op grond van bloedverwantskap of aanverwantskap deur die gewoontereg bepaal word. Op die oog af is die gewoonteregreëls dieselfde as dié van die gemenereg.[362]

4.3 Huweliksgoederebedeling

Tradisioneel is eiendom verdeel in persoonlike eiendom, kraaleiendom en huiseiendom. Vroue kon net persoonlike eiendom besit.[363]

---

359 West Nov 2002 *DR* 56, Mqeke *Customary Law* 87-88, 92.

360 Maithufi 2000 *THRHR* 513-514.

361 Dit is veral van toepassing op insolvensie en skuldeisers. Bennett *Customary Law in South Africa* 218.

362 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 44, Mqeke *Customary Law* 87. Sien 3.2.7 vir 'n bespreking van bloedverwantskap en aanverwantskap in terme van die gewoontereg. In terme van die gemenereg mag geen huwelik gesluit word in die direkte linie van bloedverwantskap nie, en in die sylinie mag persone slegs trou indien persone verder as een graad vanaf die gemeenskaplike voorouer verwyder is. In terme van aanverwantskap mag persone slegs in die sylinie in die huwelik tree en nie in die direkte linie nie. Sien ook Visser en Potgieter *Family Law* 40-43.

363 Sien 3.3 vir 'n bespreking van die huweliksgoederebedeling in terme van die gewoontereg.

Die Regskommissie was van mening dat die beheer van eiendom 'n wyse was om vroue te bemagtig. Artikel 7(1) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat die vermoënsregtelike gevolge van 'n gewoonteregtelike huwelik wat voor inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is, onderhewig is aan die gewoontereg. Artikel 7(2) bepaal dat 'n gewoonteregtelike huwelik wat na die inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is, is 'n huwelik binne gemeenskap van goedere, tensy sodanige gevolge deur 'n huweliksvoorwaardekontrak wat die bedeling van die partye se huwelik reël, uitgesluit word.[364]

Daar moet onderskei word tussen monogame en poligame huwelike. Monogame huwelike wat na inwerkingtreding van die *Wet*[365] gesluit is, is binne gemeenskap van goedere. Dit staan egter die partye vry om 'n huweliksvoorwaardekontrak aan te gaan waar gemeenskap van goed uitgesluit word. Artikel 15(1) van die *Wet op Huwelike en Huweliksgoederebedelings* 88 van 1984 is ook van toepassing op die huwelike. Waar die huwelik binne gemeenskap van goedere is smelt die gades se bates saam in een boedel en die gades is mede-eienaars.[366] Poligame huwelike word beskou as buite gemeenskap van goedere en wins en verlies. Dit beteken dat partye se bates in afsonderlike boedels gehou word en elke party is die eienaar van sy boedel.[367]

In terme van artikel 7 van die *Wet*[368] moet 'n man wat 'n daaropvolgende gewoonteregtelike huwelik wil sluit 'n aansoek bring voor die hof om 'n geskrewe kontrak goed te keur wat die huweliksgoederebedeling van daardie huwelik sal reguleer. Wanneer die hof die aansoek oorweeg, moet die hof in die geval van 'n huwelik wat binne gemeenskap van goedere is of onderhewig is aan die aanwasbedeling, die huweliksgoederebedeling wat

364 Vorster 1998 *Codicillius* 34(1) 45-46, Mqeke *Customary Law* 89-90.
365 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.
366 Bennett *Customary Law in South Africa* 261-262,
367 Maithufi en Bekker 2002 *CILSA* 187-190.
368 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

van toepassing is op die bestaande huwelik beëindig en 'n verdeling van huweliksgoedere bewerkstellig. Die hof moet 'n billike verdeling van goed verseker en kan enige relevante omstandighede van die familiegroepe wat geraak word in ag neem. Die hof het ook ingevolge artikel 7(7) 'n diskresie om die aansoek toe te staan, verdere wysigings aan te bring, die bevel toestaan onderhewig aan sekere voorwaardes wat die hof goedvind of die aansoek van die hand wys.[369]

Die partye kan in terme van artikel 7(4) gesamentlik 'n aansoek bring om die huweliksgoederebedeling te verander. Indien die huwelik poligamies is, moet alle persone wat 'n voldoende belang by die verrigtinge het, as partye gevoeg word. Daar moet gegronde redes wees vir die voorgenome verandering. Skriftelike kennisgewing van die voorgenome verandering moet aan die skuldeisers gegee word en geen persoon mag deur die voorgenome verandering benadeel word nie.[370]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 is nie terugwerkend van aard nie wat tot probleme lei. Artikel 6 van die genoemde wet verleen meer bevoegdhede en status aan die vrou as die tradisionele gewoontereg.[371] In terme van artikel 6 is die vrou die man se gelyke en is sy bevoeg om eiendom te bekom. Hy kan nie die posisie van hoof van die huis uitoefen nie omdat dit die beginsel van gelykheid tussen gades sal verydel. Indien die huwelik gesluit is voor die inwerkingtreding van die genoemde wet word die huweliksgoederebedeling van daardie huwelik gereël deur die gewoontereg.[372]

---

369 Maithufi 2000 *THRHR* 514, Vorster, Dlamini-Ndwandwe en Molapo 2001 *S Afr J Ethnol* 62-66.

370 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 489-490.

371 Sien 3.5 vir 'n bespreking van status in terme van die gewoontereg en 4.5 vir 'n bespreking van status in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

372 Sien *Prior v Battle & Others* 1999 2 SA 850 (Tk).

Artikel 8 en die bylae van die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 van 2000 maak voorsiening vir die voorkoming van onbillike diskriminasie op grond van geslag. Hiervolgens mag 'n vrou nie as 'n mindere behandel word nie.[373]

4.4 ***Egskeiding***

4.4.1 Inleiding

Tradisioneel was egskeiding 'n rare verskynsel. Die gronde wat in terme van die gewoontereg buite KwaZulu-Natal en die gronde soos vervat in die *Wetboeke* wat kan aanleiding gee tot 'n egskeiding, verskil nie wesenlik van die gronde gegee in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 nie.[374]

4.4.2 Gronde en prosedure vir egskeiding

Artikel 8 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 reël die posisie van ontbinding. 'n Huwelik kan slegs deur 'n bevoegde hof ontbind word wanneer een van die partye tot die effek aansoek doen.[375] Die rede vir dié voorsiening is om ontbinding deur die vader van die meisie te beëindig en om 'n bevoegde hof te laat besluit wat redelik en billik is.[376] Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 het versuim om die artikel 48 van die Wetboeke te herroep wat voorsiening maak vir egskeiding in KwaZulu-Natal. Indien daar egter konflik sou bestaan tussen die twee stukke wetgewing sal uitvoering gegee moet word aan die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.[377] Die genoemde wet maak ook voorsiening in artikel 8(3) vir die aanstelling van 'n gesinsadvokaat in die egskeidingsgeding. Omdat daar tradisioneel 'n

---

373 Artikel 8 van die *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act* 4 van 2000.

374 Sien 3.4 vir 'n bespreking van egskeiding in terme van die gewoontereg.

375 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 46. Volgens artikel 1 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 beteken hof 'n gesinshof, 'n egskeidingshof of 'n hoë hof.

376 Bennett *Customary Law in South Africa* 275-276.

377 Bennett *Customary Law in South Africa* 276, Maithufi en Bekker 2002 *CILSA* 192-193.

poging aangewend is om geskille uit die weg te ruim alvorens die huwelik ontbind is, het die wetgewer voorsiening gemaak in artikel 8(5) vir 'n tradisionele leier om bemiddeling waar te neem.[378]

Artikel 8(2) maak voorsiening dat 'n bevoegde hof 'n egskeidingsbevel kan verleen op grond van onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik indien die hof oortuig is dat die huweliksverhouding tussen partye by die huwelik so 'n toestand van verbrokkeling bereik het, dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie.[379]

Dit impliseer dat die formele gronde vir egskeiding van 'n gewoonteregtelike huwelik gesluit na 15 November 2000 dieselfde is as 'n gemeenregregtelike huwelik. Die rede hiervoor is dat die gewoonteregtelike gronde inherent gebaseer is op die feit dat dit onhoudbaar is vir partye om met die huweliksverhouding voort te gaan.[380]

Artikel 4(2) van die *Wet op Egskeidings* 70 van 1979 bepaal dat 'n huwelik onherstelbaar verbrokkel het indien die partye tot die huwelik nie meer saamleef as man en vrou vir ten minste een jaar voor die instel van die egskeidingsverrigtinge nie, die verweerder owerspel gepleeg het en die eiser dit onmoontlik vind om voort te gaan met die huwelik, of indien die verweerder deur 'n hof as 'n gewoontemisdadiger verklaar is en tronkstraf uitdien.[381]

Dit is moeilik om owerspel te bewys in 'n gewoonteregtelike huwelik as gevolg van die poligamiese aard daarvan.[382]

---

378 Bennett *Customary Law in South Africa* 276.
379 Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 261-262.
380 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie, Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 266-272.
381 Vorster, Dlamini-Ndwandwe en Molapo 2001 *S Afr J Ethnol* 63, Mqeke *Customary Law* 90.
382 South African Law Commission 1997 HYPERLINK

Die vereiste dat 'n man en vrou vir ten minste een jaar voor die instel van die egskeidingsaksie nie meer saamleef as man en vrou nie, moet in kulturele konteks gesien word. Die saamleef as man en vrou behels saamleefregte en 'n *consortium*. In *Peter v Minister of Law and Order* [383] het die hof gesê 'n *consortium* komplekse regte en verpligtinge behels. Dit sluit onder meer lojaliteit, simpatie, kameraadskap en liefde in.[384] Dit is moeilik om 'n *consortium* juridies presies te formuleer, omdat dit 'n meer abstrakte begrip is.[385]

Dit is in terme van die gewoontereg ook moeilik om die verbreking van 'n *consortium* te bewys, as gevolg van poligamie. Die man kan by enige van die vrouens bly. Soms werk die man in die stad met een vrou terwyl die ander vrou in die landelike gebied woon.[386]

Wanneer een van die eggenote as 'n gewoontemisdadiger bestempel word, kan dit ook as gronde vir 'n egskeiding aangevoer word. Tronkstraf was tradisioneel nie bekend in die gewoontereg nie. Swartes was bewus daarvan, maar het dit nie as genoegsame straf beskou nie.[387] Die reël is egter dat die persoon tronkstraf moet uitdien en deur die hof as 'n gewoontemisdadiger verklaar word.[388]

4.4.3 *Teruggawe van lobolo*

Tradisioneel kon die eggenoot *lobolo* terugeis indien die eggenote uitsluitlik die skuld dra vir die ontbinding. Dit was ook gebruiklik dat die vader van

---

http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Sien 1 en 4.1 vir 'n bespreking van poligamie.

383 1990 4 SA 6 (OK).

384 9E-H.

385 Robinson, Human en Boshoff *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 87-90.

386 Vorster en Whelpton 2001 *S Afr J Ethnol* 59-60.

387 Olivier *et al Inheemse Reg* 80-81.

388 Cronjè en Heaton *Die Suid-Afrikaanse Personereg* 41. Die gronde kom ooreen met die gronde gelys in die *KwaZulu-Natal Wetboeke*. Sien 3.4.2 vir 'n bespreking van die gronde en prosedure van ontbinding in terme van die gewoontereg.

van die vrou 'n gedeelte vir die *lobolo* kon behou vir kinders gebore uit die huwelik.[389]

In terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 is *lobolo* nie 'n vereiste vir 'n geldige huwelik nie, alhoewel dit die partye vry staan om te onderhandel daarvoor. *Lobolo* hoef dus nie teruggegee te word om die huwelik te laat ontbind nie. 'n Man mag egter *lobolo* terugeis indien hy dit betaal het op grond daarvan dat die ooreenkoms wat aangegaan is met die vader van die vrou nie nagekom is nie. Die vraag ontstaan of die man die vader van die vrou apart moet dagvaar en of hy gevoeg word as 'n party tot die egskeidingsprosedure. Artikel 8(4)(c) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat 'n party met voldoende belang by die egskeidingsverrigtinge as 'n party gevoeg kan word.[390] Indien die *lobolo* die fokuspunt word van die egskeidingsprosedure moet die vrou se vader as 'n party gevoeg word, wat afwyk van die beginsel dat 'n huwelik voortspruit uit toestemming van die man en die vrou.[391] Daar word dan teruggekeer na die oorspronklike gewoonteregtelike posisie.

4.4 *Status*

Tradisioneel was die vrou 'n ewigdurende minderjarige. Sy is onder voogdy van haar vader voor huweliksluiting en na huweliksluiting onder die voogdy van haar man. Die vrou was nie bevoeg om eiendom te bekom nie.[392]

Die Regskommissie het gepoog om ongelykheid tussen gades uit te wis sodat dele van die gewoontereg bestaanbaar kan wees met die *Grondwet*.

---

389 Sien 3.4.3 vir 'n bespreking van teruggawe van *lobolo* in terme van die gewoontereg.
390 Bennett *Customary Law in South Africa* 278.
391 Sien 4.2.1 vir 'n bespreking van toestemming van die voornemende gades, en die Regskommissie se standpunt dat toestemming die essensiële vereiste vir huweliksluiting is.
392 Sien 3.5 vir 'n bespreking van status in terme van die gewoontereg.

In *Prior v Battle*[393] het die hof beslis dat artikels 37(a) en 39(2)(ii) van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978, wat die vrou ingevolge 'n gemeenregtelike huwelik onder die voogdy van haar man plaas, ongrondwetlik is.[394] Dit kan gesien word as 'n poging om die status van die vrou te verhoog en haar 'n gelyke party tot die huwelik te maak.[395]

Artikel 6 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat 'n vrou in 'n gewoonteregtelike huwelik op grond van gelykheid volle en gelyke status en bevoegdhede soos haar man het, asook enige regte en bevoegdhede wat sy kragtens die gewoontereg mag hê. Dit sluit in volle bevoegdheid om kontrakte te sluit, bates te bekom en om te litigeer.[396] Omdat die artikel verwys na gelyke status van die gades, moet die persepsie dat die man die hoof van die huis is, wegval. Besluite moet gesamentlik deur die partye geneem word waar beide se belange geraak word. Artikel 9 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat, ten spyte van die reëls van die gewoontereg, die ouderdom van meerderjarigheid van enige persoon vasgestel word in ooreenstemming met die bepalings van die *Wet op Meerderjarigheidsouderdom* 57 van 1972. Artikel 13 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 gaan verder en herroep die voorsienings in die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 en die *Wetboeke* wat die man maritale mag oor die vrou gegee het. Nou is alle persone oor die ouerdom van een en twintig jaar, of vroue onder die ouderdom van een en twintig wat getroud meerderjarig met alle regsbevoegdhede wat gepaard gaan met meerderjarigheid.[397]

---

393 1999 2 SA 850 (TdK).

394 Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 herroep artikel 37 van die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978.

395 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 487-488.

396 West Des 2002 *DR* 58, Pienaar 2003 *Stell LR* 256-272.

397 Bennett *Customary Law in South Africa* 254-255, Mqeke *Customary Law* 88.

Die probleem by artikel 6 is dat vroue steeds hulle regte en bevoegdhede behou in terme van die gewoontereg. Dit bring teenstrydighede mee. Artikel 6 bepaal dat die vrou gelyk is aan haar man. Deurdat die regte en verpligtinge in terme van gewoontereg behou word, bring dit mee dat vroue nie gelykheid onder mekaar gaan geniet in die geval van poligamiese huwelike nie. Die rangorde van die vroue bly dus voortbestaan.[398]

4.5 *Poligamie*

Tradisioneel is poligamie bestempel as onbestaanbaar met openbare beleid, *boni mores* en natuurlike geregtigheid. Tog was dit 'n tradisie wat aanvaarbaar was vir Swart mense en welvaart aangedui het.[399] Alhoewel geargumenteer kan word dat poligamie artikel 9 van die *Grondwet* skend,[400] het die Regskommissie tot die gevolgtrekking gekom dat poligamie *per se* nie die direkte oorsaak van die onderdrukking van vroue is nie. Verder het die Regskommissie van die standpunt uitgegaan dat min mans dit kon bekostig om meer as een vrou te onderhou en dat dié tradisie selfs sou uitfaseer.[401]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 maak voorsiening vir poligamie. Artikel 2(3) bepaal dat indien 'n pesoon 'n gade in meer as een gebruiklike huwelik is, word al die geldige huwelike wat voor die inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is, vir alle doeleindes as huwelike erken. Artikel 2(4) bepaal dat indien 'n persoon 'n gade is in meer as een gebruiklike huwelik word alle sodanige gebruiklike huwelike wat na die inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is en wat voldoen aan

398 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 48-50. Sien 4.5 vir 'n bespreking van poligamie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

399 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 48-50. Sien hoofstuk 1 en 3.6 vir 'n bespreking van poligamie in terme van die gewoontereg.

400 Sien 4.7.3 waar getoets word of poligamie 'n skending van artikels 9 en 10 van die Grondwet meebring.

401 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie, Bennett *Customary Law in South Africa* 245-246, Bekker en Maithufi 2002 *CILSA* 189-190.

die vereistes van die wet, vir alle doeleindes as huwelike erken.[402] Dit staan die man nie vry om meer vroue te neem na goeddunke nie. Die man moet 'n aansoek by die hof bring om 'n geskrewe kontrak 'n bevel te maak wat die huweliksgoederebedeling uiteensit.[403]

4.6 Bestaanbaarheid met die Grondwet

4.7.1 Inleiding

Die uitgangspunt van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 is om uitvoering te gee aan die bepalings van artikels 9, 15(3), 30 en 31 van die *Grondwet*. Geen kulturele gebruike mag strydig wees met die *Grondwet* nie.[404]

4.7.2 Erkenning in lyn met die Grondwet en toepassing

Artikel 15(3) van die Grondwet bepaal dat wetgewing uitgevaardig kan word wat erkenning verleen aan huwelike wat gesluit is kragtens enige tradisie of 'n stelsel van godsdiens-, persone- of familiereg nie. Enige wetgewing moet egter bestaanbaar wees met die *Grondwet*.[405] Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 voldoen aan die artikel 15(3) deurdat erkenning verleen word aan gewoonteregtelike huwelike. Deur erkenning is die doel om die gewoontereg só te reguleer dat daar aan al die bepalings van die *Grondwet* voldoen word.[406] Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 wil deur die erkenning van gewoonteregtelike huwelike, ook aan enige kulturele, godsdienstige of taalgemeenskap erkenning verleen.[407] Artikel 39(2) van die Grondwet

---

402 *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.
403 Artikel 7(4) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.
404 Sien hoofstuk 2 vir 'n bespreking van die *Grondwet*. South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5Januarie. Sien ook Nicholson 2003 *THRHR* 383-388 en Bakker 2004 *THRHR* 671-673.
405 Sien 2.4 vir 'n bespreking van artikel 15(3) van die *Grondwet*.
406 Maithufi en Bekker 2002 *CILSA* 182-183.
407 South African Law Commission 1997 HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie. Sien 2.5 vir 'n bespreking van artikels 30 en 31 van die *Grondwet*.

bepaal dat howe gewoontereg moet ontwikkel in ooreenstemming met die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte. Dit bring mee dat praktyke wat onbestaanbaar was met die *Grondwet* bevraagteken kan word. Vanuit dié standpunt het die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 ontwikkel.[408]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 poog om eenvormigheid in terme van wetgewing te bring. In *Minister of Law and Order v Kadir*[409] het die hof gesê dat deur 'n gewoonteregtelike reël eenvoudig van die hand te wys sonder om die doel en inhoud daarvan te ondersoek, sal neerkom op die verwerping van Afrika kultuur. 'n Beslissing kan nie gemaak word op 'n paar bewerings wat deur die partye gemaak is en wat gebaseer is op kultuur nie.[410]

Die Regskommissie het gepoog om reëls in terme van kultuur eenvormig te maak en dit dan te omskep in wetgewing, en ook om enige gewoonteregtelike reël wat strydig is met die *Grondwet*, uit te skakel. Daar word beweer dat die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 slegs bepalings wat bestaanbaar is met die *Grondwet bevat*.[411]

4.7.3 *Definisie van die huwelik en poligamie*

Artikel 1 beskryf 'n gewoonteregtelike huwelik as 'n huwelik gesluit ooreenkomstig die gewoontereg. Artikel 2 erken huwelike wat gesluit is voor die inwerkingtreding van die genoemde wet, sowel as die huwelike wat gesluit is na die inwerkingtreding. Deur erkenning te verleen aan huwelike wat gesluit is voor die inwerkingtreding word veral vroue in sodanige huwelike nie benadeel nie.[412]

---

408 Bennett *Customary Law in South Africa* 195.
409 1995 1 SA 303 (A).
410 318H.
411 Du Plessis 2002 *Stell LR* 374-375. Sien 2.7 vir 'n bespreking van artikel 211(3) van die *Grondwet*. Sien 2.8 vir 'n bespreking van artikel 39(2) van die *Grondwet*.
412 South African Law Commission 1997 HYPERLINK

Alhoewel poligamie steeds toegelaat word, beskerm die wet die eerste vrou se regte deur vereistes te stel waaraan voldoen moet word alvorens 'n daaropvolgende gewoonteregtelike huwelik gesluit kan word.[413] In terme van artikel 7(6) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 moet die man wat 'n verdere gebruiklike huwelik wil sluit by die hof aansoek doen om 'n skriftelike kontrak goed te keur wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van sy huwelik reël. Sommige persone kan egter steeds beweer dat poligamie onbestaanbaar is met artikels 9 en 10 van die *Grondwet*.[414] In *Harksen v Lane NO*[415] het die hof 'n toets neergelê wat gevolg kan word om te bepaal of 'n sekere praktyk of gebruik onregverdige diskriminasie daarstel.[416] Daar word wel gedifferensieer tussen mans en vroue, wat een van die gelyste gronde, naamlik geslag is. Dit stel onregverdige diskriminasie daar siende dat slegs mans toegelaat word om poligame huwelike te sluit en nie vroue nie. Aan die ander kant is Bennett[417] van mening dat dit groot sosiale voordele inhou. As gevolg van poligamiese huwelike tree vroue in die huwelik wat dalk ongetroud sou bly en dan huislike take sou verrig in haar vader se huis. Nog 'n voordeel is dat mans eerder in nog 'n huwelik tree in plaas daarvan om ontrou te wees aan sy vrou.[418]

Die persepsie bestaan ook dat poligamie teen artikel 10 van die *Grondwet* is. Vroue moet kompeteer vir aandag en die eerste vrou kry ekstra hande om die huistake te vervul wanneer die man met ander vroue trou. Sy neem

---

http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html 5 Januarie,
Bennett *Customary Law in South Africa* 195.

413 Sien hoofstuk 1 en 3.6 vir 'n bespreking van poligamie in terme van die gewoontereg en 4.6 vir 'n bespreking in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

414 Sien 2.2 vir 'n bespreking van artikel 9 en 2.3 vir 'n bespreking van artikel 10 van die *Grondwet*.

415 1998 1 SA 300 (KH).

416 Par 53. Sien 2.2 vir 'n bespreking van *Harksen v Lane NO* 1998 1 SA 300 (KH).

417 Bennett *Customary Law in South Africa* 246.

418 Sien ook Murray en Kaganas 1991 *AJ* 126, Barker 1998 Apr *DR* 30-31.

die posisie van die hoofvrou in en die ander vroue is ondergeskik aan haar. Die teenkant van die argument is dat vroue dieselfde deur die man behandel moet word en op dieselfde wyse finansieel onderhou moet word.[419]

Daar moet egter in gedagte gehou word dat artikels 30 en 31 'n reg op taal en kultuur skep, alhoewel die reg nie gewaarborg word nie.[420] Die reg op taal en kultuur word uitdruklik erken in soverre dit nie onbestaanbaar met ander regte in die Handves van regte is nie.[421] Die howe het duidelik laat blyk dat waar die reg op kultuur sou bots met enige ander reg in die Grondwet, die reg op kultuur nie voorrang geniet nie. 'n Voorbeeld hiervan is *Prince v President, Cape Law Society*[422] waar Prince toelating tot die prokureursorde geweier is omdat sy geloof dit veroorloof om dagga te rook. Die Konstitusionele hof het beslis dat alhoewel dit die howe se plig is om minderheidsgroepe se belange te beskerm, daar steeds respek vir die reg moet wees. Die hof gaan verder en beslis dat die reg op kultuur nie absoluut is nie.[423]

4.7.3.1 Vereistes vir 'n geldige huwelik

a) Toestemming

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 wysig die tradisionele posisie deurdat die voornemende gades toestemming moet verleen tot die huweliksluiting, in plaas van die onderskeie families.[424] Deur dié wysiging in te bring word die gebruik van gereelde huwelike afgeskaf en

---

419 Bennett *Customary Law in South Africa* 246. Sien ook Pienaar 2003 *Stell LR* 265-266.

420 Sien 2.5 vir bespreking van artikels 30 en 31 van die *Grondwet*.

421 Du Plessis 2002 *Stell LR* 370.

422 2002 3 BCLR 231 (KH). Sien 2.6 waar die genoemde gewysde bespreek word.

423 Par 25 en 26.

424 Soos vervat in artikel 3(1)(ii) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998. Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 44, Bekker en Maithufi 2002 *CILSA* 185. Sien 4.7.3.1.a waar die tradisionele vereiste van wilsooreenstemming in terme van die gewoontereg getoets word aan die hand van die *Grondwet*.

deur dit te doen, word daar voldoen aan die bepalings van artikel 12 van die *Grondwet*.[425]

b) Voorgeskrewe ouderdom

Artikel 3(1)(i) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat partye tot 'n huwelik bo die ouderdom van agtien jaar moet wees, en in artikel 3(2)–(5) van die genoemde wet word voorsiening gemaak vir gevalle waar een van die gades onder die ouderdom van agtien jaar is en in die huwelik wil tree. Dit bring die gewoontereg in ooreenstemming met gemeenregtelike wetgewing soos die *Huwelikswet* 25 van 1961 en die *Wet op Huwelike en Huweliksgoederebedelings* 58 van 1984. Deur dié voorsienings word kinderhuwelike uit die weggeruim[426] en word daar voldoen aan artikel 28(d) van die *Grondwet*.[427]

c) *Lobolo*

Tradisioneel was *lobolo* 'n vereiste vir 'n geldige huwelik, waar die onderskeie families onderhandel vir lobolo vir die bruid.[428] Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 maak nie uitdruklik voorsiening vir *lobolo* as 'n vereiste vir 'n geldige huwelik nie. Dit kan wel resorteer onder artikel 3(1)(b) van die genoemde wet, wat bepaal dat 'n huwelik onderhandel en voltrek moet word in terme van die gewoontereg.

---

425 Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van sy persoon, waarby inbegrepe is die reg om nie sonder grondige rede van sy vryheid ontneem te word nie, om vry te wees van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong en om nie op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie. Elkeen het die reg op fisiese en psigiese integriteit, waarby inbegrepe is die reg op sekerheid van en beheer oor sy eie liggaam.

426 Volgens die gewoontereg is die ouderdom vir huweliksluiting puberteit. Sien 3.2.2 vir 'n bespreking van ouderdom van die voornemende gades en 3.7.3.1.b waar die gewoontereg aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

427 Artikel 28(d) van die *Grondwet* bepaal dat elke kind die reg het om teen mishandeling, verwaarlosing, misbruik of vernedering beskerm te word.

428 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 48-50. Sien 3.2.3 vir 'n bespreking van *lobolo* in terme van die gewoontereg.

Dit beteken dat die families van die voornemende gades wel kan onderhandel oor *lobolo*.[429]

Die argument kan geopper word dat die betaling van *lobolo* 'n skending is van die voornemende bruid se menswaardigheid,[430] omdat die *lobolo* gesien word as 'n koopprys.[431] Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 maak nie voorsiening vir *lobolo* nie, alhoewel dit steeds die partye vry staan om dit te onderhandel. Deur dié praktyk uit te sluit, word aan die element van menswaardigheid voldoen.[432]

d) Huwelik ooreenkomstig gewoontereg beding en voltrek

Tradisioneel is verskeie seremonies en rituele uitgevoer tydens huweliksluiting.[433] Artikel 3(1)(b) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat huwelike gesluit na die inwerkingtreding beding en gesluit moet word ooreenkomstig die gewoontereg.[434] Dit is om voorsiening te maak vir stamme wat sekere rituele tydens huweliksluiting het. Dit blyk asof die genoemde wet dié praktyke goedkeur.[435]

Daar kan egter praktyke wees wat onbestaanbaar met die Grondwet is. Die ideaal is dat howe dit *ad hoc* hanteer soos in *Mabuza v Mbata*.[436] In dié gewysde is die *ukumeza*-gebruik aangespreek.[437] Dié gebruik sou

---

429 De Koker 2001 *TSAR* 262-263. Sien ook Bennett *Customary Law in South Africa* 234-236.

430 Sien 2.3 vir 'n bespreking van artikel 10 van die *Grondwet*.

431 Sien 3.7.3.1.c waar *lobolo* in terme van die gewoontereg getoets word aan die hand van die *Grondwet*.

432 Sien 4.2.3 vir 'n bespreking van *lobolo* in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

433 Sien 3.2.4 waar die oorhandiging van die meisie tydens die huwelikseremonie bespreek word, en 3.7.3.1.d waar die genoemde vereiste getoets word aan die hand van die *Grondwet*.

434 Sien 4.2.4 vir 'n bespreking van die vereiste van huweliksluiting ooreenkomstig die gewoontereg.

435 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 482.

436 2003 4 SA 218 (KH), Par 22 en 25-27.

437 Sien 3.7.3.1.d vir 'n bespreking van *Mabuza v Mbata* 2003 4 SA 218 (KH).

onbestaanbaar met artikel 10 kon wees, omdat dit die vrou se menswaardigheid aantas.[438]

e) Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik

Artikel 3(2) en artikel 10 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 sit die posisie uiteen. Die artikels bepaal dat 'n persoon wat 'n party is in 'n gemeenregtelike huwelik nie 'n daaropvolgende gewoonteregtelike huwelik mag aangaan nie. Gades kan hul huwelikstelsel verander van gewoonteregtelik na gemeenregtelik, maar nie andersom nie.[439]

Enige ongelykheid wat kon bestaan in terme van die gewoontereg word hiermee uit die weg geruim. Albei partye word beskerm. Die enigste beletsel wat bestaan is dat die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 nie terugwerkend van aard is nie, en daarom word huwelike wat gesluit is voor 1 November 2000 steeds gereguleer deur die gewoontereg en die posisie voor 2000 geld.[440]

f) Registrasie

Artikel 4 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 plaas 'n verpligting op partye om die huwelik te registreer. Indien die partye versuim om die huwelik te registreer word die geldigheid van die huwelik nie beïnvloed nie.[441]

---

438 Sien 2.3 vir 'n bespreking van artikel 10 van die *Grondwet*.

439 Sien 4.2.5 vir 'n bespreking van afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

440 Sien 3.2.5 vir 'n bespreking van die afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik in terme van die gewoontereg en 3.7.3.1.e waar die genoemde vereiste aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

441 Sien 4.2.6 vir 'n bespreking van registrasie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

Deur artikel 4 in te stel, en indien gades wel die huwelik registreer, kan derde partye beskerm word deurdat insae gekry kan word. Registrasie is op die oog af nie in stryd met die *Grondwet* nie.

g) Verbod op huweliksluiting tussen persone op grond van bloed- of aanverwantskap

Artikel 3(6) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat die verbod op huweliksluiting op grond van bloed- of aanverwantskap deur die gewoontereg gereël word. Tradisioneel het die reël bepaal dat persone wat afkomstig is van dieselfde stam nie met mekaar in die huwelik mag tree nie. Die stamme het egter so uitgebrei dat dié reël nie meer van toepassing is nie. Sekere huwelike binne die stam word aangemoedig onder die Tswana.[442]

Geen beletsel kan in terme van die *Grondwet* gevind word nie.

4.7.3.2 Huweliksgoederebedeling

Artikel 7 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 reël die huweliksgoederebedeling. 'n Huwelik wat gesluit is na die inwerkingtreding van die genoemde wet is binne gemeenskap van goedere tensy die partye die bedeling uitsluit in 'n huweliksvoorwaardekontrak. Die artikel maak voorsiening om die bedeling te verander na die huweliksluiting by 'n bevoegde hof.[443] Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 wysig die gewoontereg deur gemeenregtelike en statutêre aspekte in te bring, byvoorbeeld *die Huwelikswet* 25 van 1961 en die *Wet op Huwelike en Huweliksgoederebedelings* 58 van 1984.[444]

---

[442] Sien 3.2.7 en 4.2.7 vir 'n bespreking van die verbod op huweliksluiting op grond van aanverwantskap in terme van die gewoontereg en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 onderskeidelik.

[443] Sien 4.3 vir 'n bespreking van die huweliksgoederebedeling in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

[444] Sien 3.3 vir 'n bespreking van die huweliksgoederebedeling in terme van die gewoontereg.

In terme van die gewoontereg kon vroue nie onroerende eiendom besit nie. Vroue is slegs toegelaat om persoonlike eiendom te hê. Wanneer 'n gewoonteregtelike huwelik ontbind is was die vrou nie geregtig op onderhoud nie. Dit was egter haar plig om die kinders op te voed. In terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 kan die huweliksgoederebedelings verkies of verander word. Vroue kan dan 'n regverdige verdeling kry by die egskeiding en onderhoud eis. Die wysigings bring die gewoontereg in lyn met die *Grondwet* deurdat daar aan artikel 9 voldoen word. Geen onregverdige diskriminasie word teen die vrou gepleeg nie.[445]

4.7.3.3 Egskeiding

Tradisioneel was egskeiding nie bekend in die gewoontereg nie. Daar het wel verskeie gronde bestaan vir die ontbinding van 'n huwelik. In KwaZulu-Natal is die posisie gereël deur artikel 48 van die *Wetboeke*. Mans het meer gronde vir egskeiding gehad as vroue wat groot ongelykheid meegebring het.[446]

Artikel 8 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 reël die posisie. Die genoemde wet bring die posisie in ooreenstemming met die gemenereg. Een van die gronde waarop die huwelik ontbind kan word is onherstelbare verbrokkeling. 'n Regverdige verdeling kan plaasvind indien die huwelik ontbind word. Gronde soos toordery word nie vermeld nie.[447] Op die oog af is daar geen onregverdige diskriminasie teen die vrou nie en is die wysigings in ooreenstemming met die *Grondwet*.[448]

---

445 Sien 2.3 vir 'n bespreking van *Harksen v Lane NO* 1998 1 SA 300 (KH) waar die hof 'n toets neergelê het om te bepaal of onregverdige diskriminasie plaasvind. Sien ook Pienaar 2003 *Stell LR* 263-265, Bennett 1994 *SAJHR* 122-130 en Kaganas en Murray 1991 *AJ* 1-38.

446 Sien 3.4 vir 'n bespreking van egskeiding in terme van die gewoontereg.

447 Maithufi en Moloi 2005 *De Jure* 144-153. Sien 4.4 vir 'n bespreking van egskeiding in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

448 Pienaar 2003 *Stell LR* 266-268.

4.7.3.4 Status

Tradisioneel was die vrou 'n ewigdurende minderjarige, eers onder die voogdy van haar vader, en na huweliksluiting haar man. Sy het geen regs- of handelingsbevoegdheid gehad nie en kon nie grond besit nie. Om aan die gelykheidsklousule te voldoen, moes daar gelyke status aan die partye van 'n gewoonteregtelike huwelik verleen word,[449] en die vrou as meerderjarige te verklaar in terme van die *Wet op Meerderjarigheidsouderdom* 57 van 1972. Artikel 6 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 gee ook aan die vrou kontrakteerbevoegdheid, verskyningsbevoegdheid en die bevoegdheid om bates te bekom.[450] Hiermee word ongelykheid uit die weg geruim.[451]

[449] Sien 4.5 vir 'n bespreking van status van partye.

[450] Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479 en Pienaar 2003 *Stell LR* 262.

[451] Sien 4.5 waar gestel word dat die vrou steeds haar status ten opsigte van die rangorde van poligame huwelike teenoor ander vroue behou. Dit sou kon neerkom op diskriminasie.

Hoofstuk 5: Samevatting en Gevolgtrekking

5.1 Inleiding

Volgens die gemenereg voor 2000, is 'n huwelik beskou as 'n vrywillige instelling tussen een man en een vrou met uitsluiting van enigiemand anders. Omdat gewoonteregtelike huwelike poligamies is, is nie volle erkenning daaraan verleen nie. Poligamie is afgekeur op grond van waardes en norme.

Erkenning wat wel aan gewoonteregtelike huwelike verleen is, is dat die howe nie kon bevind dat *lobolo* teen die staatsgedraglyn was nie (artikel 11(1) van die *Swart Administrasiewet* 38 van 1927, artikel 54A van die *Wet op Landdroshowe* 32 van 1944 en artikel 1 van die *Wysigingswet op Siviele Bewyslewering* 45 van 1988).

Grondwetlike erkenning is vir die eerste maal verleen deur Beginsel XIII in Bylae 4 van die *Interim Grondwet* wat bepaal het dat howe die gewoontereg moet erken en toepas. 'n Belangrike voorbehoud was dat die erkenning en toepassing van die gewoontereg onderhewig is aan die fundamentele regte in hoofstuk 3 vervat en aan wetgewing wat spesifiek daaroor handel. Slegs die gevolge van die huwelik is erken, nie die huwelik self nie. Die gewoonteregtelike huwelik is eers in 2000 in die Suid-Afrikaanse reg amptelik erken deur die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998. Die *Wet* het gevolg op 'n ondersoek van die Regskommissie na die erkenning van gewoonteregtelike huwelike. Volgens die Regskommissie was dit onduidelik of die gemenereg of die gewoontereg die grondslag moes vorm. Die Regskommissie het gepoog om aan die een kant die gewoontereg te kodifiseer en aan die ander kant om gelykheid, menseregte en vryheid te bevorder. Om gevolg te gee aan artikels 9, 15, 30 en 31 van die *Grondwet* moes dieselfde erkenning verleen word aan gewoonteregtelike huwelike as wat aan gemeenregtelike huwelike verleen

is. Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 gee uitvoering aan artikel 15(3) van die *Grondwet* wat bepaal dat artikel 15 nie wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie, of 'n stelsel van godsdiens-, persone- of familiereg belet nie, en dat erkenning wat verleen word bestaanbaar met die *Grondwet* moet wees.[452]

5.2 Die Grondwet

Die *Grondwet* is die hoogste gesag in die land, en indien enige gebruik onbestaanbaar is met die *Grondwet*, kan dié gebruik nie grondwetlike beskerming geniet nie. Daar rus 'n grondwetlike verpligting op die howe om die gewoontereg te ontwikkel, des te meer as gevolg van die geskiedenis van Suid-Afrika. Die toets is nie of die gewoontereg onversoenbaar is met die beginsels van openbare beleid of natuurlike geregtigheid nie, maar of enige wetgewing of optrede onbestaanbaar is met die *Grondwet*. As die hof tot die slotsom kom dat die praktyk of gebruike van die gewoontereg nie bestaanbaar is met die *Grondwet* nie, moet 'n paslike bevel gemaak word. Artikel 211(3) verleen erkenning aan die gewoontereg, maar net insoverre dit in ooreenstemming met die *Grondwet* is. In *Alexkor Ltd & another v Richtersveld Community & other*[453] is byvoorbeeld beslis dat die gewoontereg gesien moet word as 'n integrale deel van die Suid-Afrikaanse reg. Soos alle reg, maak die gewoontereg staat op die *Grondwet* vir geldigheid en afdwinging. Geldigheid moet bepaal word deur te verwys na die *Grondwet* en nie die gewoontereg nie.[454]

Verskeie artikels van die *Grondwet* sou 'n invloed op die erkenning van gewoontereg kon hê, naamlik artikel 9[455] saamgelees met die *Promotion of*

---

452 Sien hoofstuk 1.
453 2003 12 BCLR 1301(KH) par 51.
454 Sien hoofstuk 2 vir 'n bespreking van die *Grondwet*.
455 Sien 2.2 vir 'n bespreking van artikel 9 van die *Grondwet* (die gelykheidsklousule).

Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 van 2000, artikel 10[456] en artikels 30 en 31.[457]

Artikel 36 bepaal dat die regte in die Handves van Regte slegs beperk kan word deur 'n algemeen geldende regsvoorskrif in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, insluitend die aard van die reg, die belangrikheid van die doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking en of daar 'n minder beperkende wyse is om die genoemde doel te bereik. Die howe konsentreer op proporsionaliteit en die balans tussen regte en belange, soos blyk in *S v Makwanyane.*[458]

Die Handves van Regte bind alle natuurlike persone insoverre dit van toepassing is, met inagneming van die aard van die reg en die aard van die verpligting wat die reg meebring. Wanneer die Handves van Regte vertikaal toegepas word, blyk dit dat dit slegs toepassing sal vind wanneer staatsorgane betrokke is. Artikel 8(1) pas die Handves van Regte toe op *alle* reg. Dit sluit die gewoontereg in. Artikels 8(3) en 173 maak voorsiening vir die toepassing en ontwikkeling van die gemenereg. Daar is egter geen voorsiening gemaak vir die ontwikkeling van die gewoontereg nie. Artikel 39(2) bepaal dat howe die gees, doel en strekking van die Handves van Regte moet bevorder by die ontwikkeling van die gewoontereg en artikel 39(3) verwys na die ontwikkeling van die gewoontereg en die gemenereg. Uit die bespreking blyk dit dat die Handves van Regte indirek en horisontaal toegepas word op die gemenereg in terme van artikels 8(1) en (2), 39(2) en 173. In die geval van

456 Sien 2.3 vir 'n bespreking van artikel 10 van die *Grondwet* (menswaardigheid).
457 Sien 2.5 vir 'n bespreking van artikels 30 en 31 van die *Grondwet* (kulturele regte).
458 1995 6 BCLR 665 (KH).

die gewoontereg het die Handves van Regte direkte horisontale toepassing in terme van artikels 8(3), 39(2) en 211.[459]

5.3 Gewoontereg, die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 en die bestaanbaarheid met die Grondwet

Die hele debat oor die bestaanbaarheid van die gewoontereg in 'n menseregtebedeling het sy ontstaan in die gedagte dat die gewoontereg primitief en strydig is met menseregte. Een argument is dat die praktyke gevind in gewoontereg die skending van verskeie menseregte meebring, soos onder meer gelykheid. Volgens ondersteuners van dié standpunt verskil die aard van die gewoontereg en menseregte. Aan die anderkant is gewoontereg essensieel groepsregtelik van aard, terwyl menseregte gemik is op die individu. Hoewel dit voorkom asof die individu in die gewoonteregtelike sisteem glad nie oor regte beskik nie, is dit nie noodwendig die geval nie. Die regte is aangepas by politieke en sosiale omstandighede eie aan Afrika. Individue moet egter hulle regte binne groepsverband uitoefen.[460]

Artikel 211(3) bepaal dat die toepassing van die gewoontereg onderworpe is aan die Handves van Regte. Dit is moontlik dat 'n groot gedeelte van die gewoontereg ongrondwetlik sou wees veral wanneer die horisontale toepassing van die Handves van Regte in ag geneem word. Daar bestaan verskeie sienings en interpretasies ten opsigte van die verhouding tussen die kultuur- en gelykheidsregte in die *Grondwet*. Een argument is dat die gekodifiseerde gewoontereg toegepas moet word net soos dit is, al diskrimineer dit teen vroue. Volgens dié argument moes die *Grondwet* nie die reg op kultuur beskerm het as dit net weer deur artikel 36 beperk kan word nie. 'n Ander groep argumenteer dat die erkenning in artikel 211 diskriminerende praktyke uitsluit van die reg op kultuur. Die *Grondwet*

---

459 Sien 2.8 vir 'n bespreking van die horisontale werking van die *Grondwet*.

460 Sien 3.7 vir 'n bespreking van die bestaanbaarheid van die gewoontereg met die *Grondwet*.

beskerm nie net verskillende kulturele praktyke nie, maar stel 'n standaard daar deur te vereis dat individue wat 'n reg op kultuur het nie ander regte skend nie. Daar moet onthou word dat daar 'n verskil is tussen die reg op kultuur en gewoontereg. Daar word nie 'n reg op beskerming gegee aan die gewoontereg nie, maar aan kultuur.[461]

Artikel 39(2) van die *Grondwet* bepaal dat howe gewoontereg moet ontwikkel in ooreenstemming met die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte. Dit bring mee dat praktyke wat onbestaanbaar was met die *Grondwet* bevraagteken kan word. Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 het vanuit dié standpunt ontwikkel.[462]

Ten einde te bepaal of die gewoontereg en die 1998 wysigings aan die gewoontereg grondwetlik is, is dit ook noodsaaklik om 'n vergelyking tussen die gewoontereg en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 te maak.

5.3.1 *Definisie van 'n huwelik en erkenning daarvan*

Voor die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 is 'n gewoonteregtelike huwelik gedefinieer na aanleiding van die saamleef tussen man en vrou volgens Swart gebruik. Geen verwysing word na 'n huwelik gemaak nie.[463]

Artikel 1 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 definieer 'n gewoonteregtelike huwelik as 'n huwelik wat ooreenkomstig die gewoontereg gesluit is. Dit wil voorkom asof die *Wet op Erkenning van*

---

461 Sien 3.7.2 vir 'n bespreking van die erkenning in lyn met die *Grondwet* en die toepassing daarvan in terme van die gewoontereg.

462 Sien 4.7.2 vir 'n bespreking van die erkenning in lyn met die *Grondwet* en die toepassing daarvan in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

463 Sien 3.1 vir 'n bespreking van definisies van gewoonteregtelike huwelike.

Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 die definisie oorgeneem het van artikel 35 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927.

Artikel 2 maak voorsiening vir die erkenning van gewoonteregtelike huwelike wat alreeds bestaan het by inwerkingtreding van die *Wet* en vir erkenning van huwelike wat gesluit is na inwerkingtreding van die *Wet*. By huwelike gesluit voor die inwerkingtreding van die *Wet* is dit 'n vereiste dat die huwelik moet voldoen aan die vereistes gestel deur die gewoontereg.[464]

Die definisie vir 'n gemeenregtelike huwelik is "'n regsverhouding, daargestel deur middel van 'n staatseremonie, tussen twee bevoegde en gewillige persone van verskillende geslagte, wat hulle *inter alia* verplig om saam te woon vir die res van hul lewens, om mekaar die huweliksregte eksklusief toe te staan en om mekaar te onderhou." Dié definisie kan egter nie toegepas word op 'n gewoonteregtelike huwelik nie, omdat die huwelik poligamies van aard is.[465]

Vir die doeleindes van die studie is die definisie van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 aanvaarbaar.

5.3.2 *Vereistes vir 'n geldige huwelik*

a) Wilsooreenstemming

Volgens die gewoontereg was toestemming van die meisie of man nie so belangrik soos dié van die vaders nie. Die toestemming van die twee familierade is egter 'n essensiële vereiste en sonder sodanige toestemming kan 'n geldige huwelik nie tot stand kom nie. Die familieraad sal wel die gevoelens van die meisie of die man in ag neem. In die voormalige Transkei en in terme van die *Wetboeke* kan meerderjarige vroue self die

464 Sien 4.1 vir 'n bespreking van die definisie en erkenning van gebruiklike huwelike in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

465 Sien 3.7.3 waar die definisie van 'n gewoonteregtelike huwelik en poligamie aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

onderhandelinge waarneem van hul huwelike en is die toestemming van die onderskeie vaders nie nodig nie. Dwanghuwelike is ook deur wetgewing en die howe verbied.[466]

Die *ukuthwala*-gebruik waar die man die meisie ontvoer is ongrondwetlik. Dié gebruik sou onbestaanbaar met artikels 9 en 10 van die *Grondwet* kon wees, asook artikel 12 van die *Grondwet* wat bepaal dat elkeen die reg op vryheid en sekerheid van sy persoon het. Die rede hiervoor is omdat daar geen wilsooreenstemming van die meisie is nie en dat sy gedwing word om in die huwelik te tree.[467]

Toestemming van minderjariges en hulle ouers word uitdruklik vereis deur artikel 3(2)(a) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998. Net soos die wetgewing in KwaZulu-Natal en Transkei is die rede hiervoor om dwanghuwelike te voorkom en ook die praktyk waar 'n meisie aan 'n man belowe word nog voordat sy gebore is, uit te skakel. Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 omskryf nie wat toestemming is en wat dit behels nie. Toestemming word as 'n minimum vereiste gestel. Die vereiste van voorgeskrewe ouderdom is gestel om gades toe te laat om 'n ingeligte besluit te neem en te weet wat die gevolge van die verlening van toestemming tot die huwelik sal wees.[468]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 wysig die tradisionele posisie deurdat die voornemende gades toestemming moet verleen tot die huweliksluiting, in plaas van die onderskeie families. Deur dié wysiging in te bring word die gebruik van gereelde huwelike afgeskaf en

466 Sien 3.2.1 vir 'n bespreking van dwanghuwelike en die toestemming-vereiste in terme van die gewoontereg.

467 Sien 3.7.3.1.a waar die gewoonteregtelike vereiste van wilsooreenstemming aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

468 Sien 4.2.1 vir 'n bespreking van toestemming in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

deur dit te doen, word daar voldoen aan die bepalings van artikel 12 van die *Grondwet.*[469]

b) Ouderdom van die partye

In terme van die gewoontereg is ouderdom as sulks nie 'n kriterium vir mondigheid nie. Puberteit en gepaardgaande inisiasieseremonies was noodsaaklike voorwaardes vir aanvaarding as volwassene in die gemeenskap. Die algemene reël was dat partye tot 'n huwelik puberteitsouderdom moes bereik om in die huwelik te kan tree. Die rede hiervoor is dat die doel van 'n huwelik reproduksie is en dit moontlik is wanneer puberteit bereik word.[470]

Beide voornemende gades moet bo die ouderdom van agtien jaar wees in terme van artikel 3(1)(a)(i) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.[471] 'n Kind onder die ouderom van agtien jaar word steeds toegelaat om in die huwelik te tree met die toestemming van die Minister van Buitelandse Sake sowel as die ouers. Die *Wet* het dus aspekte van die *Huwelikswet* 25 van 1961 geïnkorporeer.[472] Dit bring die gewoontereg in ooreenstemming met gemeenregtelike wetgewing soos die *Huwelikswet* 25 van 1961 en die *Wet op Huwelike en Huweliksgoederebedelings* 58 van 1984. Deur dié voorsienings word kinderhuwelike uit die weggeruim en word daar voldoen aan artikel 28(d) van die *Grondwet.*[473]

---

469 Sien 4.7.3.1.a waar die bestaanbaarheid van die wilsooreenstemming of toestemming vereiste in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

470 Sien 3.2.2 vir 'n bespreking van die voorgeskrewe ouderdom in terme van die gewoontereg.

471 Ook na aanleiding van die *African Charter on Human and Peoples' Rights* 1981.

472 Sien 4.2.2 vir 'n bespreking van die ouderdomsvereiste in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

473 Sien 4.7.3.1.b waar die ouderdomsvereiste in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getoets word vir Grondwetlikheid.

c) Lobolo

In terme van die gewoontereg is *lobolo* die oordrag van eiendom, gewoonlik lewende hawe, deur die eggenoot aan die bruid se familie as deel van die huweliksproses. Geen geldige verbintenis kon tot stand kom sonder dat daar 'n ooreenkoms aangegaan is vir die lewering van *lobolo* nie. Die gebruike het van gemeenskap tot gemeenskap oor die getal en tydstip van lewering verskil.

Deur *lobolo* te betaal word die vrou se arbeidsvermoë die man en sy familie s'n. Voogdy word ook deur *lobolo* van die vader na die man oorgedra. Die juridiese funksies is dat die huwelik daardeur gewettig word en dit bepaal die regstatus van die kinders. *Lobolo* het ook 'n spirituele funksie gehad deurdat 'n versuim om *lobolo* ten volle te vereffen, ongeluk oor die huis kan bring.[474]

Artikel 1 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelik*e 120 van 1998 omskryf *lobolo* as eiendom in kontant of in goedere, hetsy bekend as *lobolo, bogadi, bohali, xuma, lumalo, thaka, ikhazi, magadi, emabheka* of onder enige ander naam, wat 'n aanstaande man of die hoof van sy familie onderneem om aan die hoof van die aanstaande vrou se familie as teenprestasie vir 'n gebruiklike huwelik te gee. Die *Wet* maak nie uitdruklik voorsiening vir *lobolo* as 'n vereiste vir 'n geldige huwelik nie, maar artikel 3(1)(b) bepaal dat 'n huwelik onderhandel en voltrek moet word in terme van die gewoontereg. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het aanbeveel dat indien dit die partye se wense is om te onderhandel vir *lobolo* en dit te betaal, dit hulle vrystaan om dit te doen.[475]

Die praktyk van *lobolo* kan aan die hand van artikels 9 en 10 van die *Grondwet* getoets word. Die argument word geopper dat die *lobolo*-gebruik

---

474 Sien 3.2.3 vir 'n bespreking van *lobolo* in terme van die gewoontereg.

475 Sien 4.2.3 vir 'n bespreking van *lobolo* in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

'n vorm van diskriminasie is teen 'n vrou en dat dit ook haar menswaardigheid aantas. Die vrou word verkleineer en gelykgestel aan 'n besitting. Die *lobolo* is dan as't ware 'n koopprys. Wanneer die toets neergelê in *Harksen v Lane NO*[476] toegepas word op *lobolo*, kan gesien word dat *lobolo* moontlik neerkom op onregverdige diskriminasie. Daar word gedifferensieer tussen mans en vroue, en die differensiasie geskied op een van die gelysde gronde, naamlik geslag wat onregverdige diskriminasie meebring.[477]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 maak nie voorsiening vir *lobolo* nie, alhoewel dit steeds die partye vry staan om dit te onderhandel. Deur dié praktyk uit te sluit, word aan die element van menswaardigheid aan voldoen en word die praktyk aan die keuse van die partye oorgelaat wat dan weer die uitoefening van hul reg op kultuur bevredig.[478]

d) Oorhandiging van die meisie

Ten opsigte van die gewoontereg het 'n geldige verbintenis eers tot stand gekom wanneer die oorhandiging van die meisie aan die man se familie geskied het. Hierdeur word die vrou ter beskikking van haar man gestel vir saamwoning as man en vrou. Die losmaking van die bruid uit haar eie familieband, haar oorgang na die familie van die bruidegom en inkorporasie in die familie van haar man gaan gepaard met uitgebreide openbare rituele en seremonies. Die howe het dit moeilik gevind om te bepaal of die seremonie 'n vereiste is en of die oordrag van die bruid aan die man se

---

476 1998 1 SA 300 (KH) par 53.

477 Sien 3.7.3.1.c waar die *lobolo*-vereiste in terme van die gewoontereg aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

478 Sien 4.7.3.1.c waar *lobolo* in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getoets word vir bestaanbaarheid met die *Grondwet*.

familie die vereiste is. Daar is aanvaar dat die oordrag van die bruid 'n regsvereiste is vir 'n geldige huwelik.[479]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 reël nie die oorhandiging van die meisie nie, maar dit sou onder artikel 3(6) ingereken kon word as dit 'n tradisie in betrokke stamme is.[480] Dit blyk asof die genoemde wet dié praktyke goedkeur. Daar kan egter praktyke wees wat onbestaanbaar met die *Grondwet* is. Die ideaal is dat howe dit *ad hoc* hanteer soos in *Mabuza v Mbata*.[481] In dié gewysde is die *ukumeza*-gebruik aangespreek, waar die hof bevind het dat dié gebruik van die Siswati groep onbestaanbaar met die *Grondwet* is omdat dit die vrou se menswaardigheid aantas.[482]

e) Afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik

Voor 1988 kon 'n man in 'n gemeenregtelike huwelik tree tydens die bestaan van verskeie gewoonteregtelike huwelike. Die posisie is verander deur artikel 1 van die *Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere* 3 van 1988 wat bepaal dat 'n man nie 'n gemeenregtelike huwelik mag aangaan terwyl hy 'n party is in gewoonteregtelike huwelike is nie. Die posisie voor 1988 kan diskriminerend wees teenoor vroue. Enige materiële welvaart is behou deur die vrou in terme van artikel 22 van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927, maar daar het geen verpligting op die man gerus om onderhoud te betaal soos vereis word in terme van die gemenereg nie. Artikel 1 van die *Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere* 3 van

---

479 Sien 3.2.4 vir 'n bespreking van die oorhandiging van die meisie in terme van die gewoontereg.

480 Sien 4.3.5 vir 'n bespreking van die oorhandiging van die meisie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

481 2003 4 SA 218 (KH). Sien 4.7.3.1.d waar die vereiste van die oorhandiging van die meisie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getoets word aan die hand van die *Grondwet*.

482 Sien 3.7.3.1.d vir 'n bespreking van die vereiste van die oorhandiging van die meisie se bestaanbaarheid met die *Grondwet*.

1988 het dié posisie verander.[483] Artikel 3(2) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal uitdruklik dat geen gade wat 'n party is in 'n gewoonteregtelike huwelik bevoeg is om 'n huwelik kragtens die *Huwelikswet* 25 van 1961 gedurende die bestaan van sodanige gewoonteregtelike huwelik te sluit nie. Artikel 10(1) bepaal dat partye tot 'n gewoontereg hul huwelik kan omskakel na 'n gemeenregtelike huwelik, maar nie andersom nie. Die partye mag in so geval nie in 'n gewoonteregtelike huwelik met 'n derde persoon staan nie. Die oogmerk is om monogamie te bevorder.

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 maak nie voorsiening vir enige gevolge indien daar nie aan die vereistes van artikel 3(2) of artikel 10(1) van die *Wet* voldoen word nie. Dit is onseker of die daaropvolgende siviele huwelik dan nietig sal wees, en of die voorafgaande gewoonteregtelike huwelik nietig sal wees indien een van die gades in 'n siviele huwelik tree met 'n ander persoon.

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 is nie van terugwerkende aard nie. Dus word alle huwelike wat gesluit is voor 1 November 2000 gereël deur die gewoontereg.[484] Op die oog af lyk dit nie of hierdie bepaling in stryd met die *Grondwet* is nie. Die hof sal moontlik steeds *ad hoc* gevalle moet hanteer, waar diskriminasie in hierdie huwelike mag voorkom.[485]

---

483 Sien 3.7.3.1.e waar die vereiste van die afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik in terme van die gewoontereg aan die hand van die *Grondwet* getoets word en 3.2.5 vir 'n bespreking van die vereiste van die afwesigheid van 'n gemeenregtelike huwelik in terme van die gewoontereg.

484 Sien 4.2.5 vir 'n bespreking van die afwesigheid van gemeenregtelike huwelike in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

485 Sien 4.7.3.1.e waar die genoemde vereiste in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

f) Registrasie

Voor die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 was registrasie van gewoonteregtelike huwelike nie verpligtend nie, behalwe in KwaZulu-Natal. In Transkei kon partye aansoek doen om registrasie maar dit het nie die geldigheid van die huwelik geaffekteer nie.[486] Geen inbreukmaking op die *Grondwet* kan gevind word nie.[487]

Die Regskommissie was van mening dat 'n registrasievereiste in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 dit vir derdepartye makliker sal maak om vas te stel of die huwelik geldig is en om die huweliksgoederebedeling vas te stel. Artikel 4 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 plaas 'n verpligting op die partye om die huwelik te registreer, maar volgens artikel 4(a) affekteer versuim om die huwelik te registreer nie die geldigheid van die huwelik nie.[488] Registrasie is op die oog af nie in stryd met die *Grondwet* nie.[489]

g) Verbode grade van verwantskap

'n Basiese reël in die gewoontereg was die verbod op huweliksluiting tussen persone van dieselfde stam. Vandag bestaan die beperking nie meer nie omdat die stamme so groot is dat die bloedlyn ver verwyderd is. Indien daar wel bloedskande is, word dit oorkom deur 'n suiweringseremonie.[490] Die reël is nie onbestaanbaar met die *Grondwet* nie.[491]

---

486 Sien 3.2.6 vir 'n bespreking van die registrasievereiste in terme van die gewoontereg.

487 Sien 3.7.3.1.f waar die registrasievereiste in terme van die gewoontereg getoets word vir bestaanbaarheid met die *Grondwet*.

488 Sien 4.2.6 vir 'n bespreking van die vereiste van registrasie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

489 Sien 4.3.7.1.f waar die vereiste van registrasie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

490 Sien 3.2.7 vir 'n bespreking van die verbode grade van verwantskap in terme van die gewoontereg.

491 Sien 3.7.3.1.g waar verbode grade van verwantskap in die gewoontereg getoets word vir bestaanbaarheid met die *Grondwet*.

Artikel 3(6) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat huweliksluiting tussen persone op grond van bloedverwantskap of aanverwantskap deur die gewoontereg bepaal word. Daar is ooreenkomste tussen die gewoonteregreëls en die gemenereg in dié verband.[492] Geen beletsel kan in terme van die *Grondwet* gevind word nie.[493]

5.3.3 *Huweliksgoederebedeling*

In terme van die gewoontereg is die huis 'n onverdeelde ekonomiese eenheid onder beheer van die man as hoof van die familie indien 'n man net een vrou het. As die huwelik poligamies is word daar onderskei tussen algemene kraaleiendom en huiseiendom waaroor 'n individuele huis in 'n groot mate outonome beheer het.

Volgens die *Wetboeke* is huiseiendom die eiendom wat behoort aan 'n spesifieke huis. Die vader van die huis is die eienaar van die huiseiendom. Sy eiendomsreg is onderworpe aan die voorwaarde dat die huiseiendom aangewend sal word tot voordeel van die inwoners van die huis. Hy moet voorsien in die dag tot dag onderhoud van sy vrou en kinders. Kraaleiendom omvat al die eiendom in die familietuiste behalwe die eiendom wat voorkom in 'n spesifieke huis van daardie familietuiste asook die persoonlike eiendom van enige meerderjarige inwoner wat nie verwant is of behoort aan die familie van die familiehoof nie. Persoonlike eiendom wat 'n spesifieke individu toekom is onder meer klerasie en kleiner items van persoonlike aard asook geskenke wat ontvang is. Persoonlike eiendom is al eiendom wat die vrou mag besit.[494]

---

492 Sien 4.2.7 vir 'n bespreking van die verbod op huweliksluiting tussen persone op grond van bloed- en aanverwantskap in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

493 Sien 4.7.3.1.g waar die beletsel van huweliksluiting op grond van bloed- en aanverwantskap in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getoets word aan die hand van die *Grondwet*.

494 Sien 3.3 vir 'n bespreking van die huweliksgoederebedeling in terme van die gewoontereg.

Vroue is benadeel omdat hulle nie onroerende eiendom kon besit nie. Dié tradisie kan diskriminasie daarstel.[495]

Artikel 7(1) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat die vermoënsregtelike gevolge van 'n gewoonteregtelike huwelik wat voor inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is, gereël word deur die gewoontereg. Artikel 7(2) wysig egter die huweliksgoederebedeling van 'n gewoonteregtelike huwelik wat na die inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is. 'n Huwelik word geag as binne gemeenskap van goedere, tensy sodanige gevolge deur 'n huweliksvoorwaardekontrak wat die bedeling van die partye se huwelik reël, uitgesluit word. 'n Man wat 'n daaropvolgende gewoonteregtelike huwelik wil sluit moet 'n aansoek bring voor die hof om 'n geskrewe kontrak goed te keur wat die huweliksgoederebedeling van daardie huwelik sal reguleer. Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 wysig die gewoontereg deur gemeenregtelike en statutêre aspekte in te bring, byvoorbeeld *die Huwelikswet* 25 van 1961 en die *Wet op Huwelike en Huweliksgoederebedelings* 58 van 1984.[496]

In terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 kan die huweliksgoederebedelings verkies of verander word. Vroue kan dan 'n regverdige verdeling kry by die egskeiding en aansoek doen vir onderhoud. Die wysigings bring die gewoontereg in lyn met die *Grondwet* deurdat daar aan artikel 9 van die *Grondwet* voldoen word. Geen onregverdige diskriminasie word teen die vrou gepleeg nie.[497]

---

495 Sien 3.7.3.2 vir 'n bespreking van die bestaanbaarheid van die huweliksgoederebedeling in terme van die gewoontereg met die *Grondwet*.

496 Sien 4.3 vir 'n bespreking van die huweliksgoederebedeling volgens die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

497 Sien 4.7.3.2 waar bepaal word of die huweliksgoederebedeling in terme van *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bestaanbaar is met die *Grondwet*.

5.3.4 Egskeiding

a) Inleiding

Egskeiding het tradisioneel nie bestaan in die gewoontereg nie. 'n Huwelik het slegs ontbind by die dood van een van die eggenote. Indien 'n vrou haar man verlaat het, het die man gewoonlik sy vrou ge-*phutuma*. 'n Boete word dan deur die man aan die vrou se vader betaal. Die vrou se terugkeer moet *bona fide* wees. Indien 'n redelike tyd verloop en die man *phutuma* nie sy vrou nie, kan aanvaar word dat hy nie haar terugkeer verlang nie. Indien die vrou weier om terug te keer na haar man kan die man 'n deel van die *lobolo* terugeis. Indien die man 'n egskeiding verlang, het hy sy vrou eenvoudig verstoot en het die vrou teruggekeer na haar vader. Waar die vrou die egskeiding geïnisieer het, kon die man gedeeltelike terugbetaling van die *lobolo* eis. Eers wanneer die *lobolo*-beeste terug gelewer is, is die huwelik ontbind.[498]

Egskeiding in terme van die gewoontereg bring ongelykheid mee. Eerstens is daar meer gronde vir egskeiding vir mans. Tweedens is die huweliksgoederebedeling 'n probleem by egskeiding. Omdat die vrou nie by magte is om kraal- of huiseiendom te besit nie, het sy slegs persoonlike eiendom na die beëindiging van die huwelik. Sy keer terug na haar vader met die kinders wat haar verpligting is om groot te maak. Artikel 9 van die *Grondwet* kan dus geskend word deur dié praktyke.[499]

b) Gronde en prosedure vir ontbinding

Daar is verskeie gewoonteregtelike gronde vir ontbinding van die huwelik. Egskeiding kan deur beide die man en vrou of haar vader geïnisieer word. Spesifieke gronde is ook in die *Wetboeke* en in die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 gestel. Die tradisionele gewoonteregtelike gronde sou op

---

498 Sien 3.4 en 4.4 vir 'n bespreking van egskeiding in terme van die gewoontereg en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

499 Sien 3.7.3.3 waar egskeiding in terme van die gewoontereg aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

onherstelbare verbrokkeling kon neerkom. Die huwelik het informeel ontbind.[500] Mans het meer gronde vir ontbinding gehad as vrouens wat ongelykheid meebring.[501]

Artikel 8 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 reël die posisie van ontbinding. 'n Huwelik kan nou slegs deur 'n bevoegde hof ontbind word wanneer een van die partye tot die effek aansoek doen. Die rede vir dié voorsiening is om ontbinding deur die vader van die meisie te beëindig en om 'n bevoegde hof te laat besluit wat redelik en billik is. Artikel 8(2) wysig die gewoonteregtelike gronde vir ontbinding deurdat 'n egskeidingsbevel verleen kan word op grond van onherstelbare verbrokkeling van 'n huwelik indien die hof oortuig is dat die huweliksverhouding tussen partye by die huwelik so 'n toestand van verbrokkeling bereik het, dat daar geen redelike vooruitsig op die herstel van 'n normale huweliksverhouding tussen hulle bestaan nie. Gronde wat genoem word in die *Huwelikswet* 25 van 1964 kan ook gebruik word.[502]

Geen onregverdige diskriminasie teen die vrou vind plaas nie en bring die wysigings in ooreenstemming met die *Grondwet* en huwelikswetgewing.[503]

c) Teruggawe van *lobolo*

Volgens die gewoontereg is die algemene gebruik dat waar die eggenoot die uitsluitlike skuld dra vir die ontbinding, verloor hy sy reg op teruggawe van *lobolo*. As die eggenote uitsluitlike skuld vir die ontbinding dra, moet

---

500 Sien 3.4.2 vir 'n bespreking van die gronde vir egskeiding in terme van die gewoontereg.

501 Sien 3.7.3.3 waar egskeiding in terme van die gewoontereg aan die hand van die *Grondwet* getoets word.

502 Sien 4.4.2 vir 'n bespreking van die gronde vir egskeiding in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

503 Sien 4.7.3.3 waar egskeiding in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getoets word teen die *Grondwet*.

die volle *lobolo* aan die eggenoot teruggegee word. Daar is gebruiklike aftrekkings deur die vader, waar *lobolo*-beeste teruggehou word.[504]

Geen reëlings word in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getref vir teruggawe van die *lobolo* nie en die gewoontereg sal die situasie reël. Die *Wet* stel geen verpligting dat *lobolo* teruggegee moet word om die huwelik te laat ontbind nie.[505]

5.3.5 *Status*

Voor 2000 is vrouens (buite KwaZulu-Natal) wat volgens die gewoontereg getroud was, as minderjariges geag (artikel 11(3) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 en die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978). Artikel 11A van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 het egter aan vrouens die bevoegdheid gegee om huise in eiendomsreg en deur middel van huurpag te bekom. In KwaZulu-Natal het ouderdom en nie geslag meerderjarigheid bepaal en is 21 jaar as meerderjarigheidsouderdom gestel.[506]

Artikel 6 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat 'n vrou in 'n gewoonteregtelike huwelik op grond van gelykheid volle en gelyke status en bevoegdhede soos haar man het, asook enige regte en bevoegdhede wat sy kragtens die gewoontereg mag hê. Dit sluit in volle bevoegdheid om kontrakte te sluit, bates te bekom en om te litigeer. Omdat die artikel verwys na gelyke status van die gades, moet die persepsie dat die man die hoof van die huis is, wegval. Besluite moet gesamentlik deur die partye geneem word waar beide se belange geraak word. Artikel 9 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat, ten spyte van die reëls van die gewoontereg, die

---

504 Sien 3.4.3 vir 'n bespreking van teruggawe van *lobolo* in terme van die gewoontereg.

505 Sien 4.4.3 vir 'n bespreking van teruggawe van *lobolo* in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

506 Sien 3.5 vir 'n bespreking van status in terme van die gewoontereg.

ouderdom van meerderjarigheid van enige persoon vasgestel word in ooreenstemming met die bepalings van die *Wet op Meerderjarigheidsouderdom* 57 van 1972. Artikel 13 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 gaan verder en herroep die voorsienings in die *Transkei Marriage Act* 21 van 1978 en die *Wetboeke* wat die man maritale mag oor die vrou gegee het. Nou is alle persone oor die ouerdom van een en twintig jaar, of vroue onder die ouderdom van een en twintig wat getroud meerderjarig met alle regsbevoegdhede wat gepaard gaan met meerderjarigheid.

Omdat artikel 6 van die *Wet* bepaal dat vroue steeds die regte en bevoegdhede wat bekom is onder die gewoontereg steeds hou, bring dit mee dat vroue nie gelykheid onder mekaar gaan geniet in die geval van poligamiese huwelike nie. Die rangorde van die vroue bly dus voortbestaan.[507]

Artikel 6 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 gee ook aan die vrou kontrakteerbevoegdheid, verskyningsbevoegdheid en die bevoegdheid om bates te bekom. Hiermee word ongelykheid uit die weg geruim.[508]

5.3.6 *Poligamie*

Tradisioneel is poligamie nie erken nie. Die rede hiervoor was dat die aard van 'n gewoonteregtelike huwelik en meer spesifiek poligamie nie verstaan is nie, en gesien is as 'n vorm van slawerny.

In terme van die gewoontereg mag 'n swart man met meer as een vrou in 'n gewoonteregtelike huwelik tree. 'n Vrou mag egter nie meer as een man hê

---

507 Sien 4.5 vir 'n bespreking van status in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

508 Sien 4.7.3.4 waar status in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getoets word vir bestaanbaarheid met die *Grondwet*.

nie. Daar is nie voorskrifte wat bepaal hoeveel vroue een man mag hê nie, solank hy almal kan onderhou en *lobolo* vir elke vrou kan betaal. Daar word verskeie huiseenhede geskep. Elke eggenote in 'n meervoudige huishouding het 'n eie status en rang, vorm 'n aparte vermoënsregtelike eenheid en 'n gedeeltelike selfstandige gesinseenheid. Die status en rang van die eggenote bepaal in 'n groot mate haar sosiale aansien, haar verhouding tot die ander huise van haar eggenoot en die status van haar kinders ten opsigte van erfopvolging. Daar word onderskei tussen 'n eenvoudige poligamiese sisteem en 'n komplekse poligamiese sisteem.[509]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 maak voorsiening vir poligamie. Artikel 2(3) bepaal dat indien 'n persoon 'n gade in meer as een gebruiklike huwelik is, word al die geldige huwelike wat voor die inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is, vir alle doeleindes as huwelike erken. Artikel 2(4) bepaal dat indien 'n persoon 'n gade is in meer as een gebruiklike huwelik word alle sodanige gebruiklike huwelike wat na die inwerkingtreding van die genoemde wet gesluit is en wat voldoen aan die vereistes van die *Wet*, vir alle doeleindes as huwelike erken. Dit staan die man nie vry om meer vroue te neem na goeddunke nie. Die eerste vrou se regte beskerm deur vereistes te stel waaraan voldoen moet word alvorens 'n daaropvolgende gewoonteregtelike huwelik gesluit kan word. In terme van artikel 7(6) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 moet die man wat 'n verdere gebruiklike huwelik wil sluit by die hof aansoek doen om 'n skriftelike kontrak goed te keur wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van sy huwelik reël.[510]

Daar kan beweer word dat poligamie inherent as 'n skending van artikels 9 en 10 van die *Grondwet* beskou kan word. Verskeie argumente word opgewerp hiervoor, byvoorbeeld dat 'n vrou wat 'n party is in 'n poligamiese

---

509 Sien 3.6 vir 'n bespreking van poligamie in terme van die gewoontereg.

510 Sien 4.6 vir 'n bespreking van poligamie in terme van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998.

huwelik nie gelyk behandel word nie omdat sy moet kompeteer met die ander vroue vir aandag van die man asook die familie se materiële hulpbronne en dat 'n poligame huwelik haar menswaardigheid skend. Die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 verleen aan howe die bevoegdheid om vrouens in poligamiese huwelike se belang te beskerm deurdat 'n aansoek gebring moet word tot die effek. Dit kan ongelykheid teë werk.[511]

---

[511] Sien 3.7.3 en 4.7.3 waar definisies en poligamie in terme van die gewoontereg en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 getoets word aan die *Grondwet*.

5.4 *Gevolgtrekking en aanbevelings*

Die vraag was in watter mate gewoonteregtelike huwelike en die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bestaanbaar is met die *Grondwet* binne 'n demokratiese samelewing gebaseer op gelykheid, vryheid en menswaardigheid (artikel 1 van die *Grondwet*) is.

Die vereistes gestipuleer in die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 kan in twee kategorieë verdeel word. Die eerste gedeelte is statutêr van aard, terwyl die tweede gedeelte 'n kodifikasie is van die tradisionele gewoontereg.[512]

Verskeie akademici het probleme en positiewe punte van die genoemde wet uitgewys. Daar kan nie fout gevind word met die erkenningsaspek van die *Wet* nie. Die gewoontereg word nie net op gelyke voet geplaas met die gemenereg nie, maar sekere aspekte van die gewoontereg word heeltemal vervang met die gemenereg.[513]

Daar word uit 'n westerse en grondwetlike perspektief geargumenteer dat vrouens se posisie verbeter het, terwyl tradisionaliste beweer dat die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 inbreuk maak op hulle kultuur en tradisies. Volgens laasgenoemde groep moet individue die keuse gelaat word om self oor hulle lewe besluite te neem.[514]

Die gewoontereg is nie staties nie en ontwikkel voortdurend.[515] Die ontwikkeling van die gewoontereg behoort nie op so 'n wyse te geskied dat dit in 'n spesifieke vorm van menseregte en die Handves van Regte gedruk word nie.[516] Die uitdaging is juis daarin om die gewoontereg te verstaan in

---

512 Bennett *Customary Law in South Africa* 199, Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 46.
513 Bekker 2001 *S Afr J Ethnol* 50.
514 Maithufi en Bekker 2002 *CILSA* 196.
515 Du Plessis 2002 *Stell LR* 376.
516 Bekker 1994 *THRHR* 447.

sy tradisionele vorm wat die hele gemeenskap insluit, en dit dan te versoen met individuele menseregte.[517]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 poog om dele van die gewoontereg wat onbestaanbaar mag wees met die *Grondwet* in lyn te bring met die Handves van Regte. Die *Wet* slaag grotendeels hiermee.[518]

Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 kan gewysig word om die huidige posisie verder te verbeter. Die volgende aanbevelings word gemaak:

- Registrasie behoort verpligtend gemaak te word. Sekere programme moet inwerking gestel word om persone in die landelike en stedelike gebiede in te lig oor die prosedures en die doel daarvan. In landelike gebiede kan die landdroskantoor in die afwesigheid van 'n kantoor van Binnelandse Sake as registrasiekantoor dien of in stamgebiede die Stamkantoor.

- Artikel 6 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 wat bepaal dat vroue in terme van status steeds onderhewig is aan die gewoontereg, moet herroep word.

- Artikels 8 van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 kan gewoonteregtelike gronde van egskeiding insluit as onherstelbare verbrokkeling om groter erkenning aan die reg op kultuur te gee.

---

517 Maithufi en Bekker 2001 *Obiter* 261. Die *Grondwet* is gebaseer op onderhandeling. As *Grondwet* toegepas word, pas ons nie net westerse waardes toe nie. Persone van alle kultuurgroepe het 'n inset gehad by die opstel daarvan.

518 Du Plessis 2002 *Stell LR* 374-375.

- Artikels 3(2) en 10(1) van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 bepaal dat 'n party in 'n gewoonteregtelike huwelik nie 'n gemeenregtelike huwelik met 'n derde party mag aangaan nie. Die *Wet* stipuleer nie of die voorafgaande gewoonteregtelike huwelik of die daaropvolgende siviele huwelik nietig sal wees nie. Die *Wet* moet 'n bepaling bevat tot die effek asook die gevolge daarvan. 'n Strafsanksie kan ook daaraan gekoppel word. Persone moet egter deeglik van hierdie bepaling bewus gemaak word.

- Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 is nie terugwerkend van aard nie. Alle huwelike gesluit voor 1 November 20000 word gereël deur die gewoontereg. Die *Wet* moet voorsiening maak vir partye om 'n keuse uit te oefen of die gewoontereg of die bepalings van die genoemde wet van toepassing op hul huwelik sal wees.

- Die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 het versuim om artikel 48 van die *Wetboeke* te herroep wat voorsiening maak vir egskeiding in KwaZulu-Natal. Die *Wet* moet die bepaling in die *Wetboeke* herroep omdat konflik kan ontstaan.

Die volgende opmerking van Allott moet altyd in gedagte gehou word:

> Social change is desirable; law can be a potent tool in aiding that change. But it is a precision tool, and one which like the carpenter's chisel, is easily blunted in unskilled hands.[519]

[519] Soos aangehaal in Mqeke 1999 *Obiter* 52.

BRONNELYS

BOEKE

B

Bekker JC *Marriage, Money, Property and the Law* (Butterworths Durban 1983)

Bekker JC en Coertze JJJ *Seymour's Customary Law in Southern Africa* 4e uitg (Juta Kaapstad 1982).

Bennett TWA *Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution* (Juta Kaapstad 1995)

Bennett TWA *Customary Law in South Africa* (Juta Landsdown 2004)

Bennett TWA *Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa* (Juta Kaapstad 1991).

C

Coertze RD *Bafokeng Family Law and Law of Succession* (SABRA Pretoria 1990)

Cronjè DSP en Heaton J *Die Suid-Afrikaanse Personereg* (Butterworths Durban 1999).

Cronjé DSP *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 2de uitg (Butterworths Durban 1990)

D

De Waal J, Currie I en Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* 4e uitg (Juta Kaapstad 2001).

Dlamini CRM *Human Rights in African, Which Way South Africa?* Butterworths Durban 1995)

J

Joubert WA *et al* (red) *Law of South Africa* Vol 32 (Butterworths Durban 2004)

K

Kerr AJ *The Native Law of Succession in South Africa* (Londen 1961)

Kerr AJ *The Customary Law of Immovable Property and of Succession* (The Faculty of Law Rhodes University Grahamstown 1976)

Koyana DS *Customary Law in a Changing Society* (Juta Kaapstad 1980).

M

Myburg AC *Papers on Indigenous Law in Southern Africa* (JL Van Schaik Pretoria 1985)

Mqeke RB *Customary Law and the New Millennium* (Lovedale Press Alice 2003)

O

Olivier NJJ, Olivier NJJ en Olivier WH *Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* 3de uitg (Butterworths Durban 1989).

Olivier NJJ *et al Inheemse Reg* (Butterworths Durban 1998).

R

Reuter A *Native Marriages in South Africa* (Aschendorff Duitsland 1963).

Robinson JA, Human S en Boshoff A *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* (Printing Things Potchefstroom 2002).

S

Schapera I *A Handbook of Tswana Law and Custom* (LIT Verlag Hamburg 1994)

Snyman CR *Strafreg* 3de uitg (Butterworths Durban 1992)

V

Visser PJ en Potgieter *JM Introduction to Family Law* (Juta Kaapstad 1994)

PROEFSKRIFTE, VERHANDELINGE EN SKRIPSIES

Ntoubandi ZF *Human Dignity in the South African Constitution* (LLM-skripsie PU vir CHO 2000)

Rautenbach C *The legal position of South African women under the law of succession* (LLD-verhandeling PU vir CHO 2001)

Van der Schyff A *Die invloed van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 op poligamie in die tradisionele en religieuse huwelikstelsels in Suid-Afrika* (LLM-verhandeling PU vir CHO 1999)

TYDSKRIFARTIKELS

B

Bakker P "Bestaansreg van artikel 31 van die Wysigingswet op Swart Wetgewing 76 van 1963 in die lig van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998" 2004 *THRHR* 671-673.

Balatseng DM "Equality and women under customary law" 1996 *Woord en Daad* 36 (355) 9-11.

Barker H "Polygyny versus equality: Makholiso and Others v Makholiso and Others 1997 4 SA 509 (Tk)" 1998 Apr *DR* 30-31.

Bekker JC "How compatible is African customary law with human rights? Some preliminary observations" 1994 *THRHR* 440-447.

Bekker JC "Interaction between Constitutional reform and family law" 1991 *AJ* 1-17.

Bekker JC "Recognition of Customary Marriages Act: an evaluation" 2001 *S Afr J Ethnol* 48-50.

Bekker JC "Requirements for validity of customary marriages" 2001 *S Afr J Ethnol* 41-47.

Bekker JC "Requirements for the validity of a customary marriage – Mabuza v Mbata 2003 4 SA 218 (C)" 2004 *THRHR* 146-150.

Bekker JC en De Kock PD "Adaptation of the customary law of succession to changing needs" 1992 *CILSA* 366-378.

Bekker JC en Maithufi IP "The dichotomy between 'official customary law' and 'non-official customary law'" 1992 *TRW* 47-60.

Bennett TW "The compatibility of African customary law and human rights" 1991 *AJ* 18-35.

Bennett TW "The conflict of personal laws: wills and intestate succession" 1993 *THRHR* 50-64.

Bennett TW "The equality clause and customary law" 1994 *SAJHR* 122-130.

Bohler-Müller N "Cultural practises and social justice in a Constitutional dispention: some (more) thoughts on gender equality in South Africa" 2001 *Obiter* 142-152.

Bonthuys E "Labours of Love: Child Custody and the division of matrimonial property at divorce" 2001 *THRHR* 192-217.

Bonthuys E en Pieterse M "Still unclear: the validity of certain customary marriages in terms of the Recognition of Customary Marriages Act" 2000 *THRHR* 615-625.

Burman S "Illegitimacy and the African family in a changing South Africa" 1991 *AJ* 36-51.

C

Carpenter G "Equality and non-discrimination in the new South African Constitutional order (3): The saga continues" 2002 *THRHR* 37-58.

Carpenter G "Equality and non-discrimination in the new South African Constitutional order (4): Update" 2002 *THRHR* 177-185.

Carpenter G "Fundamental rights" is there a pecking order?" 1995 *Codicillus* 36(1) 27-32.

Chaskalson A "The Third Bram Fischer Lecture: Human dignity as a foundational value of our Constitutional order" 2000 *SAJHR* 193-205.

Church J "Contitutional equality and the position of women in a multi-cultural society" 1995 *CILSA* 229-301.

Currie I "The future of customary law: lessons from the *lobola* debate" 1994 AJ 150-151.

D

De Kock PD en Labuschagne JMT "Ubuntu as a conceptual directive in realising a cuture of effective human rights" 1999 *THRHR* 114-120.

De Koker JY "Colonialism and the status of women in African customary law" 1997 *TRW* 115-132.

De Koker JY "Die bestaanbaarheid van *lobolo* in die nuwe Suid-Afrikaanse regsbedeling" 1996 *TRW* 75-102.

De Koker JY "Die status van die Inheemse reg in die Suid-Afrikaanse regsisteem na 27 April 1994" 1996 *TRW* 112-122.

De Koker JY "Proving the existence of an African customary marriage" 2001 *TSAR* 843-847.

De Ville J "Interpretation of the general limitation clause in the chapter of fundamental rights" 1994 SA Public Law 287-312.

Du Plessis L "Legal and Constitutional means designed to facilitate the integration of diverse cultures in South Africa: a provisional assessment" 2002 *Stell LR* 367-986.

Du Plessis W "Poligamie, buite-egtelikheid en intestate erfreg: Dhansay v Davids 1991 4 SA 200 (K)" 1993 *THRHR* 149-153.

Dlamini CRM "Equality of justice? Section 9 of the Constitution revisited – Part I" 2002 Des *TRW* 15-32.

Dlamini CRM "Equality of justice? Section 9 of the Constitution revisited – Part II" 2002 Jun *TRW* 14-40.

Dlamini CRM "The New Marriage Legislation affecting Blacks in South Africa" 1989 *TSAR* 408-419.

Dlamini CRM "The role of customary law in meeting social needs: 1991 *AJ* 71-85.

G

Goolam NMI "Human Dignity – Our Supreme Constitutional Value" 2005 *PER* 1-12.

H

Himonga C en Bosch C "The application of African customary law under the Constitution of South Africa: Problems solved or just beginning?" 2000 *SALJ* 306-341.

J

Janse van Rensburg AM "The judiciary and its Constitutional mandates to develop and apply customary law: Mtembu v Letsela revisited" 2001 *Obiter* 216-227.

Janse van Rensburg AM "The true capacity of women under customary rule to acquire land: An exposé on the law, land and the rules of succession" 2003 *Stell LR* 282-295.

K

Kaganas F en Murray C "Law and women's rights in South Africa: An overview" 1991 *AJ* 1-38.

Kaganas F en Murray C "Law, women and the family: the question of poligamy in a new South Africa" 1991 *AJ* 116-134.

Kerr AJ "Role of Courts in Developing Customary Law" 1999 *Obiter* 41-50.

Knoetse E "Inheritance in terms of a putative marriage: A Transkeian case visited" 1998 *Obiter* 166-175.

L

Labuschagne JMT "Erkenning van die inheemse huwelik: Zimnat Insurance Co Ltd v Chanwanda 1991 2 SA 825 (ZS)" 1991 *THRHR* 843-846.

Labuschagne JMT "Regsakkulturasie, *lobolo*-funksies en die oorsprong van die huwelik" 1991 *THRHR* 541-553.

Labuschagne JMT "Spanningsveld tussen die psigo-kulturele en die juridiese: Opmerkinge oor die vermoënsregtelike gevolge van gemeenregtelike huwelike tussen swartes" 1995 *THRHR* 302-310.

Lehmann K "Aboriginal title, indigenous rights and the right to culture" 2004 *SAJHR* 86-118.

Loots JHJ "Is swart intestate erfreg in pas met die Grondwet 200 van 1993?" 1995 *TM* 155-158.

Lourens J "Inheemse Reg: aard en inhoud in terme van die Grondwet" 1994 Nov *DR* 856-859.

M

Maithufi IP "Customary law of marriage and the Bill of Rights in South Africa: *Quo vadis*?" 1996 *THRHR* 298-304.

Maithufi IP "Do we have a new type of voidable marriage?" 1992 *THRHR* 628-633.

Maithufi IP "Indigenous law: Constitutionality of regulations for the administration and distribution of estates of deceased Blacks – Zondi v President of the Republic of South africa unreported (NPD)" 2000 *De Jure* 155-161.

Maithufi IP "Marriage and succession in South Africa, Bophuthatswana and Transkei: a legal pot-pourri" 1994 *TSAR* 262-277.

Maithufi IP "Status of a civil and customary marriages – Thembisile v Thembisile" 2003 *De Jure* 195-200.

Maithufi IP "The Bophuthatswana Intestate Succession Law Restatement Act, 1990" 1992 *De Jure* 457-462.

Maithufi IP "The Constitution and the application of customary family law in South Africa" 2002 *De Jure* 195-200.

Maithufi IP "The constitutionality of the rule of primogeniture in customary law of intestate succession – Mtembu v Letsela 1997 2 SA 935 (T)" 1998 *THRHR* 142-147.

Maithufi IP "The effect of the 1996 Constitution on the customary law of succession and marriage in South Africa: Some observations" 1998 *De Jure* 285-293.

Maithufi IP "The Recognition of Customary Marriage Act of 1998: a commentary" 2000 *THRHR* 506-519.

Maithufi IP en Bekker JC "The dissolution of customary marriages in South Africa" 2001 *Obiter* 259-272.

Maithufi IP en Bekker JC " The Recognition of Customary Marriages Act of 1998 and its impact on family law in South Africa" 2002 *CILSA* 182-197.

Maithufi IP en Moloi GMB "Customary law of succession – Bhe v Magistrate, Khayelitsha Case No 9489/02 (C)" 2004 *THRHR* 507-515.

Maithufi IP en Moloi GMB "End of the road for the customary law of succession? – Bhe v Magistrate, Khayelitsha 2004 1 BCLR 27(C), Shibi v Sithole Case no 7292/01 (T)" 2004 *THRHR* 515-524.

Maithufi IP en Moloi GMB "The Need for the Protection of Rights of Partners to Invalid Marital Relationships: A revisit of the 'Discarded Spouse' debate" 2005 *De Jure* 144-153.

Mamashela M en Freedman W "The internal conflict of law and the intestate succession of Africans – Zondi v President of the Republic of South Africa 2000 2 SA 49 (N)" 2003 *TSAR* 201-207.

Mbata L "Reforming the customary law of succession" 2002 *SAJHR* 259-286.

Mofokeng LL "the lobolo agreement as the 'silent'rerequisite for the validity of a customary marriage in terms of the Recognition of Customary Marriages Act" 2005 *THRHR* 277-288.

Mohohlo D "Bophuthatswana Succession Act – a resumé with particular reference to customary marriages" 1987 Jan *DR* 31-32.

Mqeke RB "The application of choice of law rules in a succession dispute arising out of the Transkeian Marriage Act 21 of 1978 – Makhohliso v Makhohliso case no 1364/93 (TkSC)" 1996 *THRHR* 344-349.

Mqeke RB "The 'rainbow jurisprudence' and the institution of marriage with emphasis on the Recognition of Customary Marriage Act 120 van 1998" 1999 *Obiter* 50-52.

Mqeke RB "The Transkeian Marriage Act of 1987 and the Interim Constitution" 1995 *SALJ* 343-350.

N

Nel M "The constitutionality of the crime of 'affinity' incest: An argument based on the Recognition of Customary Marriages Act" 2002 *Stell LR* 331-351.

Nhlapo TR "The African family and women's rights: Friends or foes?" 1991 *AJ* 135-146.

Nicholson CMA "The realisation of human rights within the context of African customary marriages" 2003 *THRHR* 373-388.

P

Pienaar JM "African customary wives in South Africa: Is there spousal equality after the commencement of the Recognition of Customary Marriages Act?" 2003 *Stell LR* 256-272.

Pieterse M "Killing softly: Customary law in the new Constitutional order" 2000 *De Jure* 35-53.

Pieterse M "The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000: Final nail in the customary law coffin?" 2000 *De Jure* 627-635.

Prinsloo MW "Die inheemse opvolgingsreg getoets aan die Grondwet – Mtembu v Letsela and another 1997 2 SA 936 (T)" 1998 *TSAR* 570-575.

Prinsloo MW "Regspluralisme, 'n menseregte-akte en die interne aanwysingsreg" 1990 *De Jure* 357-363.

Prinsloo MW "Tweede aanval of die inheemse opvolgingsreg" 1998 *TSAR* 771-776.

Prinsloo MW, Van Niekerk GJ en Vorster LP "Perceptions of the law regarding and attitudes towards lobolo in Mamelodi and Atteridgeville" 1998 *De Jure* 72-92.

R

Rakate PK "Limitation clause in the Interim Constitution section 33(1)(2) Act 200 of 1993 – A critique" 1995 *African Law Review* 6(3) 20-24.

Rautenbach C "Some comments on the status of customary law in relation to the Bill of Rights" 2003 *Stell LR* 107-144.

Rautenbach C "A Commentary on the Application of the Bill of Rights to Customary Law" 1999 *Obiter* 113-132.

Rautenbach C en Du Plessis W "South African Commission's proposals for customary law of succession: retrogression of progression?" 2003 *De Jure* 20-31.

Rautenbach IM "Die verband tussen die gelykheidsbepaling en die algemene beperkingsbepaling in die Handves van Regte" 1997 *TSAR* 571-583.

Rautenbach IM "Overview of Constitutional Court decisions on the Bill of Rights – 2002" 2003 *TSAR* 166-193.

Rautenbach IM "The limitation of rights in terms of provisions of the Bill of Rights other than the general limitation clause: a few examples" 2001 *TSAR* 617-941.

S

Sanders AJGM "How customary is African customary law?" 1987 *CILSA* 405-410.

V

Van der Linde A "Inheemse reg: Intestate erfreg. Mtembu v Letsela 1998 2 SA 675 (T)" 1998 *De Jure* 380-384.

Van der Meide "Gender Equality v Right to Culture: Debunking the perceived conflict preventing the reform of the marital property regime of the 'official version' of customary law" 1999 *SALJ* 100-112.

Van Heerden F "Die intestate erfopvolgingsreg van 'n swart vrou in 'n gebruiklike huwelik – Mtembu v Letsela 1997 2 SA 936 (T)" 1998 *THRHR* 522-532.

Van Heerden F "Onderhoudsverpligtinge voortspruitend uit 'n gebruiklike huwelik" 1993 *THRHR* 670-673.

Van Loggerenberg C "The Transkeian Marriage Act – A new blend of family law" 1981 *Obiter* 1-12.

Van Schalkwyk LN "Kommentaar op die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998" 2000 *THRHR* 479–498.

Venter F "Die Beperkings van Regstellende Gelykheid" 2004 *PER* 1-26.

Vorster LP "South African customary law and ethnicity: Challenges for South Africa" 2001 *S Afr J Ethnol* 119-124.

Vorster LP "Legislative reform of indigenous law" 1998 *Codicillus* 34(1) 39–49.

Vorster LP, Dlamini-Ndwandwe N en Molapo MJ "Consequences of the dissolution of customary marriages" 2001 *S Afr J Ethnol* 63-67.

W

Watney MM "Customary law of succession in a rural and an urban area" 1992 *CILSA* 379-383.

Watney MM "Erfopvolging by 'n Noord-Sothogroep aan die Oos-Rand" 1992 *TSAR* 659-666.

Watney MM "Integreerbaarheid van die Suid-Afrikaanse erfreg en die inheemse opvolgingsreg" 1993 *TSAR* 749-754.

Whelpton FP Van R en Vorster LP "Dissolution of customary Marriages" 2001 *S Afr J Ethnol* 56-61.

West A "Proprietary consequences of marriages in customary law and the contractual capacity of spouses so married" 2002 Des *DR* 58.

West A "Registration involving customary marriages entered into after implementation of the Recognition of customary Marriages Act" 2002 Nov *DR* 56.

West A "Registration involving customary marriages entered into before implementation of the Recognition of Customary Marriages Act" 2002 Okt *DR* 47.

Whelpton FP van R en Vorster LP "Dissolution of customary marriages" 2001 *S Afr J Ethnol* 56-61.

Woolman S "Out of order? Out of balance? The limitation clause of the final Constitution" 1997 *SAJHR* 102-134.

INTERNET

South African Law Commission Project 90 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law* Discussion Paper 74 (1997) [Gevind op die Internet] HYPERLINK http://wwwserver.law.wits.ac.za/salc/discussn/dp74.html [Datum van gebruik 5 Januarie 2005]

Parliamentary Monitoring Group [Gevind op die Internet] HYPERLINK http://www.pmg.org.za [Datum van gebruik 29 Augustus 2005]

Department of Justice and Constitutional Development [Gevind op die Internet] HYPERLINK http://www.doj.gov.za [Datum van gebruik 29 Augustus 2005]

INTERNASIONALE DOKUMENTE

African Charter on Human and Peoples Rights 1981

PROKLAMASIES

Wetboek van Zoeloereg Proklamasie R151 van 1987 in Staatskoerant 10966 van 1987-10-09

Publication of Explanatory summary of the repeal of the Black Administration Act and Amendment of certain Laws Bill, 2005 Kennisgewing 1293 van 2005 in Staatskoerant 27845 van 2005-07-28

GRONDWETTE

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996

Interim Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

WETGEWING

Boedelwet 66 van 1965

Communal Land Rights Act 11 van 2004

Huwelikswet 25 van 1961

KwaZulu Reg op die Wetboeke van Zoeloereg 16 van 1985

Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 van 2000

Strafproseswet 51 van 1977

Swart Administrasiewet 38 van 1927

Traditional Leadership and Governance Framework Act 41 van 2003

Transkei Marriage Act 21 van 1978

Wet op Egskeidings 70 van 1979

Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998

Wet op Huwelike en Huweliksgoederebedelings 58 van 1984

Wet op Landdroshowe 32 van 1944

Wet op Meerderjarigheidsouderdom 57 van 1972

Wet op Swart Reg 19 van 1981

Wet op Voogdy 192 van 1993

Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere 3 van 1988

Wysigingswet op Siviele Bewyslewering 45 van 1988

REGSPRAAK

A

Acting Master High Court v Estate Mehta 1957 3 SA 727 (SR)

Alexkor Ltd & another v Richtersveld Community & other 2003 12 BCLR 1301(KH).

B

Baadjies v Matubela 2002 3 SA 427 (W)

Bhe and others v Magistrate, Khayelitsha and others 2004 2 SA 544 (KH)

Bobotyana v Jack 1944 NAC (C&O) 9

Boloro v University of Bophuthatswana 1995 4 SA 197 (B)

C

Christian Education SA v Minister of Education 2000 4 SA 747 (KH)

D

Davis v The Master 1983 1 SA 458 (K)

Dhlamini v Butelezi 1946 NAC (N&T) 16

Docrat v Bhayat 1932 TPA 125

Du Plessis v De Klerk 1996 3 SA 850 (KH)

F

Ferreira v Levin NO 1996 1 SA 984 (KH)

G

Gardener v Whitaker 1995 2 SA 672 (OK)

H

Hamid v Minister of Interior 1954 4 SA 241 (T)

Harksen v Lane NO 1998 1 SA 300 (KH)

Holomisa v Argus Newspapers Ltd 1996 2 SA 588 (W)

I

Ismail v Ismail 1983 1 SA 1006 (A)

J

Jama v Sikosana 1972 BAC 21 (S)

K

Kalla v The Master 1995 1 SA 261 (T)

Kwitshane v Magalela and another 1999 4 SA 610 (TK)

M

Mabena v Letsoala 1998 2 SA 1068 (T)

Mabuza v Mbata 2003 4 SA 218 (KH)

Magadla v Gcwabi 1940 NAC (C&O) 69

Malaza v Mndaweni 1975 BAC (C) 45

Mandela v Felati 1995 1 SA 251 (W)

Mawaba v Mhlango 1947 NAC (N&T) 35

Minister of Law and Order v Kadir 1995 1 SA 303 (A)

Mohamed v Jassiem 1996 1 SA 673 (A) 704.

Mokwena v Laub 1943 WPA 43

Mtembu v Letsela 1997 2 SA 936 (T)

Mtembu v Letsela 1998 2 SA 675 (T)

Mtembu v Letsela 2000 3 SA 869 (HHA)

Mutandaba v Morenwa 1971 NAC (N-E) 326

N

Ndabeni v Tingatinga 1907 1 NAC 142

Ndhlovu v Ndhlovu 1937 NAC (N&T) 80

Nkambula v Linda 1951 1 SA 377(A)

P

Peter v Minister of Law and Order 1990 4 SA 4 (OK)

President of the Republic of South Africa v Hugo 1997 6 BCLR 708 (KH)

Potgieter en 'n Ander v Killian 1996 2 SA 276 (N)

Prince v President, Cape Law Society 2002 3 BCLR 231 (KH)

Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope 2002 2 SA 794 (KH).

Prinsloo v Van der Linde 1997 3 SA 1012 (KH)

Prior v Battle 1999 2 SA 850 (TdK)

R

Ryland v Edros 1997 1 BCLR 77 (KH)

S

S v Makwanyane 1995 6 BCLR 665 (KH)

S v Vengetsamy 1972 4 SA 351 (D)

S v Williams 1995 3 SA 632 (KH)

Seedat's Executors v The Master Natal 1917 AD 302

Solomons v Abrahams 1991 4 SA 437 (W)

Soni v Soni 1951 NAC (N-E) 366

T

Thembisile v Thembisile and another 2002 2 SA 209 (T)

Tibela v Minister van Wet en Orde 1995 3 SA 147 (T)

V

Vitamin Distributors v Chungebryen 1931 WPA 55

Z

Zimande v Sibeko 1948 NAC (C) 21