Vonnisbespreking: Is die Moslemhuwelik nou 'n erkende huwelik? *Faro v Bingham NO*[2013] ZAWCHC 159 (25 Oktober 2013)

Linda Schoeman-Malan

Linda Schoeman-Malan, Departement Privaatreg, Universiteit van Pretoria

Is the Muslim marriage now a recognised marriage?

Muslim marriages are not recognised in South African civil law, as they are potentially polygamous. In the recent Western Cape High Court decision of *Faro v Bingham* the position of Muslim spouses in Islamic marriages and the consequences thereof again came to the fore. The non-recognition of Muslim marriages has resulted in hardships for Muslim spouses in areas of marriage, devolvement of marriage by divorce or death, maintenance rights and inheritance law. In comparing the South African law with Muslim personal law there are found to be fundamental differences between the two systems with regard to the rights granted to civil law spouses in marriage and divorce. Muslim spouses are often the innocent victims of the social and psychological effects of polygamy. While a secular court grants a civil divorce the Islamic law of divorce is practically administered by Islamic organisations such as the Muslim Judicial Council.

The draft Muslim Marriages Bill (2010) was published for commentary in January 2011. The Bill constitutes an attempt to reconcile the classical Islamic law with the constitutional values. Since its publication nothing has been done to speed up the process, due to constitutional and religious turmoil between women's rights activists and traditionalists. While it is uncertain if, and when, the bill will be accepted, the judiciary (secular courts) has increasingly recognised some of the legal consequences of Muslim marriages on a case-by-case basis. However, the Muslim marriage has not been formally accepted by the courts as a valid union in terms of the Marriage Act 25 of 1961.

In the *Faro* case an action was brought against the executrix of the deceased's estate by the surviving spouse to enable her to inherit intestate from the deceased and to claim maintenance from the deceased's estate. The pertinent question was whether she was still married to the deceased or if he had divorced her through presenting the *talaq*. The court was asked, *inter alia*, to regard marriages solemnised according to tenets of Islamic law to be valid marriages in terms of the Marriages Act. The position and role of the Muslim Judicial Council and the Master were questioned when dealing with factual disputes. The court granted her relief on her status as a widow, but postponed certain prayers giving the legislator another opportunity to promulgate legislation regarding Muslim marriages. The court set a deadline to the legislator to urgently report back on the enactment of the draft Muslim Marriages Bill.

Since the Marriage Act was passed there has always been the option for Muslims to get married in terms of the act, but it makes provision for monogamous unions only. Recently, for the first time a number of religious Muslim priests have agreed to become registered marriage

officers in terms of the Marriages Act. A Muslim couple now has the option to enter into a separate civil marriage at the same time the religious marriage is performed. However, for Muslim marriages to be recognised, legislation will have to be passed to protect women within a legal framework.

Keywords: constitutionality; civil marriage; divorce; executor; inheritance; marriage officer; maintenance; Master; Muslim marriage.

Trefwoorde: burgerlike huwelik; grondwetlikheid; egskeiding; eksekuteur; erfreg; huweliksbevestiger; onderhoud; meester; Moslemhuwelik.

Inleiding

1.1 Algemeen

In *Faro v Bingham* (hierna *Faro* of die *Faro*-saak) kom die vraag na die Moslemvrou se regte ten aansien van die Moslemhuwelik en die regsgevolge daarvan by ontbinding van die huwelik opnuut ter sprake (vgl. in die algemeen Goolam e.a. 2010:252 e.v.; Skelton en Carnelley 2010:193; Moosa 2011:1 e.v.; Heaton en Roos 2012:108 e.v.). Die status van die Moslemvrou is ’n bron van groot kommer vir diverse belangegroepe, aangesien die posisie van die vrou in die Moslemhuwelik as diskriminerend getipeer kan word (Goolam e.a. 2010:276; Moosa 2011:10, 146). Sentraal tot die nie-erkenning van Moslemhuwelike is die potensiële poligame aard daarvan (spesifiek poliginie) wat die grondwetlikheid van dié huwelik in Suid-Afrikaanse konteks in gedrang bring (Rautenbach e.a. 2010:203).

Die Grondwet is die hoogste gesag waarteen alle ander regsreëls getoets word (Venter 1998:33; Du Toit 2009:481). Daarteenoor is die Koran die primêre bron van die Islamitiese reg (die heilige boek) en dit word toegelig in die *Sunnah* (die tradisies van die profeet Mohammed: sien Goolam 2010:244 par. 11.3; Moosa 2011:8–10; Neels 2012:492). Goolam e.a. (2010:252) verduidelik dat Moslemreg net een faset van die Moslembeskawing en lewenswyse is en dat beide die *sunni*- en *shi’a*-skole die *Sunnah* as tweede bron beskou. In die Suid-Afrikaanse konteks word die Islamitiese reg gedefinieer as “the law as derived from the *Holy Qur’an*, the *Sunnah*, the consensus of Muslim Jurists (*Isma*) and analogical deductions based on the primary sources (*Qiyas*)” (vgl. http://www.mjc.org.za; Skelton en Carnelley 2010:193 e.v.; Goolam e.a. 2010:244–52; Moosa 2011:8 e.v.; Heaton en Roos 2012:29; Moosa en Abduroaf 2014:162 vn. 11). Moslem persoonlike reg verwys na ’n godsdiensgebaseerde familiereg wat die huwelik, poliginie, egskeiding, onderhoud, sorg, voogdyskap en die erfreg insluit (Rautenbach e.a. 2010:204 e.v.; Moosa 2011:10,143; Amien 2014:192). In die *Faro*-saak kom aspekte van die Moslemhuwelik, die *talaq* as egskeiding, erfreg en die reg op onderhoud ter sprake.

Alvorens die beslissing in *Faro* onder die loep geneem word, is dit wenslik om kortliks die agtergrond oor die stand van Moslemhuwelike teenoor die burgerlike huwelik in Suid-Afrikaanse konteks te skets. Die fokus van dié bespreking is om die *Faro*-saak, met spesifieke klem op die posisie van ’n Moslemvrou en die verskil in die regsgevolge tussen die twee huwelikstelsels, te ontleed. Die toepaslike artikels van die Moslem Huwelike Wetsontwerp (AK 37 SK 33946 van 21 Januarie 2011) word saamgevat en aan die hand van die feite in die *Faro*-saak oorweeg. Voorts word die probleme in die beredderingsproses van intestate Moslemboedels bespreek en die dringendheid van ’n werkbare oplossing vir die problematiek oor Moslemhuwelike beklemtoon.

1.2 Huwelike

'n Burgerlike huwelik word ingevolge die Huwelikswet 25 van 1961 gesluit (Heaton en Roos 2012:94; Skelton en Carnelley 2010:33; Van Schalkwyk 2014:66). So 'n huwelik word regtens, erken aangesien dit deur 'n huweliksbevestiger (artt. 2 en 3) voltrek word (art. 11(1); Van Schalkwyk 2014:126) en, soos vereis in die Huwelikswet, geregistreer word (art. 29A(1); Van Schalkwyk 2014:132). Alhoewel alle Suid-Afrikaners (Moslems ingesluit) ingevolge die Huwelikswet 'n monogame huwelik kan sluit, is dit nie gebruiklik vir persone wat die Islamitiese geloof aanhang om 'n burgerlike huwelik te sluit nie (mits die bevestiger ingevolge die Huwelikswet aangestel is: art.3(1); Rautenbach 2003:123; Rautenbach e.a. 2010:187 e.v.; Skelton en Carnelley 2010:193; Heaton en Roos 2012:82; Carnelley en Bhamjee 2012:490).

Daarteenoor is daar geen wetgewing wat die sluit van 'n Moslemhuwelik reël nie. 'n Godsdienstige leier, die imam, voltrek die huwelik (Carnelley 2007:340; Denson en Carnelley 2009:680; Heaton 2010:231 e.v.; Skelton en Carnelley 2010:194 e.v.; Goolam e.a. 2010:313; Osman-Hyder 2011:233). Imams is nie huweliksbevestigers soos vereis in die Huwelikswet nie (artt. 2,3 en 3(1)). Amien (2014:207) voer aan dat imams hulle nie as huweliksbevestigers laat insweer nie omdat hulle dan verhoed sal word om poliginiese huwelike te voltrek (Moosa en Abduroaf 2014:161 e.v.). Voortspruitend uit die nie-erkenning van die Moslemhuwelik word daar by ontbinding van dié huwelik, deur egskeiding of dood, nie dieselfde regsbeskerming verleen as wat die geval by 'n burgerlike huwelik is nie.

Die klassieke godsdienstige Moslemhuwelik staan bekend as die *nikah* en behels die sluit van 'n kontrak tussen die bruid en bruidegom (die bruid word gewoonlik deur 'n man by kontraksluiting verteenwoordig: Goolam e.a. 2010:312 e.v.; Heaton 2010:232 e.v.; Skelton en Carnelley 2010:194; Carnelley en Bhamjee 2012:490; Amien 2014:216). Vanweë die poliginiese aard van 'n Moslemhuwelik kan dit gesluit word tussen een man en een vrou of een man en meerdere vroue (Goolam e.a. 2010:327). Die *nikah* as huweliksvorm word gewoonlik verkies, soos die geval ook in die *Faro*-saak was. Goolam e.a. (2010:312) verwys na die *nikah* as iets meer as 'n kontrak: "Dit word gesien as 'n heilige ooreenkoms wat belangrike praktiese raad en edel sentimente inhou." Die Moslemvrou geniet weinig finansiële beskerming by ontbinding van dié huwelik (Carnelley en Bhamjee 2012:495; Moosa en Abduroaf 2014:161).

1.3 Egskeiding

Alle huwelike (burgerlik of Islamities) word ontbind deur egskeiding (Carnelley 2007:341; Skelton en Carnelley 2010:199 e.v.; Van Schalkwyk 2014:241). By die burgerlike huwelik geld die Wet op Egskeidings 70 van 1979 (Egskeidingswet) en die Wet op Onderhoud 99 van 1998 (Onderhoudswet). Enigeen van die partye tot 'n burgerlike huwelik kan 'n egskeiding inisieer, waarna die hof 'n bevel te dien effekte sal verleen. Daar moet gronde bestaan vir die egskeiding (onherstelbare verbrokkeling van die huwelik: vgl. art. 7 van die Egskeidingswet; Skelton en Carnelley 2010:121; Heaton en Roos 2012:115; Carnelley en Bhamjee 2012:482; Moosa en Abduroaf 2014:188; Van Schalkwyk 2014:241).

Die Islamitiese reg reguleer alle aspekte van die huwelik *en* die ontbinding daarvan (vgl. Goolam e.a. 2010:321; Skelton en Carnelley 2010:199; Osman-Hyder 2011:233; Moosa en Abduroaf 2014:161; Amien 2014:215). Anders as by burgerlike huwelike kan die man redelik maklik van sy vrou of vroue skei (Carnelley en Bhamjee 2012:495). Die voorskrifte en prosedures wat die man moet volg om 'n egskeiding te bewerkstellig, verskil van dié wat deur 'n vrou gevolg moet word (Goolam e.a. 2010:320 e.v.; Skelton en Carnelley 2010:200 e.v.; Osman-Hyder 2011:233; Carnelley en Bhamjee 2012:495; Moosa en Abduroaf 2014:161). 'n Man wat van sy vrou of vroue wil skei, kan van die *talaq* gebruik maak (hy moet drie keer sê: "Ek skei jou") en hy hoef geen gronde vir die egskeiding aan te voer nie (Denson en Carnelley

2009:683; Goolam e.a. 2010:319; Skelton en Carnelley 2010:200). Die man kan eensydig optree en self die *talaq* verleen sonder die vrou se toestemming (Goolam e.a. 2010: 321; Osman-Hyder 2011:233; Carnelley en Bhamjee 2012:495; Moosa en Abduroaf 2014:161; vgl. Amien 2014:213 vn. 115 se verwysing na die Koran 2.229 wat die *talaq* beskryf as "a no fault based unilateral and exclusive right of the husband to repudiate"). 'n Imam kan die *talaq* bevestig deur 'n sertifikaat uit te reik (soos wat in die *Faro*-saak gebeur het). Daarteenoor kan 'n vrou nie gebruik maak van die *talaq* nie. Sy sal die *khula* of *faskh* moet verkry.[1] Die vrou kan 'n *faskh* op slegs op een van die volgende gronde verkry: besering of onmin; versuim om te onderhou; gebrek aan die kant van die man; die man se afwesigheid sonder rede of indien hy gevangenisstraf uitdien (eie vertaling: vgl. Bakker 2008:540–1; Denson en Van der Walt 2009:188; Goolam e.a. 2010:323; Osman-Hyder 2011:242–3 vn. 105; Carnelley en Bhamjee 2012:490; Moosa en Abduroaf 2014:182).

1.4 Onderhoud by ontbinding van die huwelik

Gedurende die bestaan van die burgerlike huwelik is daar 'n wedersydse onderhoudsplig tussen gades (Van Schalkwyk 2014:254–328), terwyl by die Moslemhuwelik slegs die man 'n onderhoudsplig teenoor sy vrou, vroue en kinders het (ongeag of die vrou self inkomste genereer: Goolam e.a. 2010:316).

Die verlening van 'n egskeidingsbevel sal 'n burgerlike huwelik onmiddellik onvoorwaardelik ontbind (Heaton 2010:125; Skelton en Carnelley 2010:152; Moosa en Abduroaf 2014:176) en die partye sal finansiële beskerming geniet deur middel van 'n skikkingsooreenkoms of hofbevel (Onderhoudswet; Carnelley en Bhamjee 2012:495). Die hof sal 'n bevel verleen ten aansien van die onderhoudsverantwoordelikhede van beide die partye (sien Rautenbach 2003:121 e.v.; 2004:7; Carnelley 2007:341, 347; Goolam e.a. 2010:316; Skelton en Carnelley 2010:194; Du Toit 2009:465; Osman-Hyder 2011:233; Carnelley en Bhamjee 2012:482 e.v.). By die ontbinding van 'n burgerlike huwelik deur dood tree die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 in werking (art. 2(1); Van Schalkwyk 2014:257). 'n Oorlewende gade in 'n intestate boedel, asook 'n gade vir wie daar nie behoorlik in 'n testament voorsiening gemaak is nie, kan ook nadoodse onderhoud eis (vgl. De Waal en Schoeman-Malan 2008:136, 249).

Ingevolge die Islamitiese reg verlaat elke party die huwelik by die ontbinding daarvan met sy of haar eie bates (tensy die *nikah* anders bepaal) (Goolam e.a. 2010:316). Die vrou is na die verlening van die *talaq* (en ook by dood van haar man) vir 'n wagtydperk van hoogstens drie tot vier maande geregtig op onderhoud (Rautenbach 2003:125; 2004:7; Goolam e.a. 2010:321; Skelton en Carnelley 2010:200; Carnelley en Bhamjee 2012:489). Hierdie wagtydperk staan bekend as die *iddah*-periode en by ontbinding van die huwelik deur dood dien dit ook as routydperk vir 'n weduwee (Goolam e.a. 2010:316).

1.5 Erfopvolging

Indien 'n burgerlike huwelik deur die dood van een van die gades ontbind en hy of sy intestaat sterf, vind die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987 toepassing (vgl. art. 1(1)(a) en 1(1)(c)). Daar word geen onderskeid gemaak tussen die wyse waarop mans en vroue se intestate boedels verdeel nie. Die langslewende gade kan selfs die hele intestate boedel erf indien daar nie afstammelinge is nie. Sy sal ten minste 'n kindsdeel of R125 000 (welke ook al die meeste is) erf indien daar wel afstammelinge van die oorledene is (De Waal en Schoeman-Malan 2008:19–20; Du Toit 2009:465; Domingo 2009:51; Moosa en Abduroaf 2014:169; Amien 2014:203, 205).

Die erfreg word as 'n baie belangrike vertakking van die Islamitiese reg beskou. Die intestate erfreg verskil egter van die siviele reg. Die oorlewende vrou of vroue se aanspraak om te erf, word

beperk (Goolam e.a. 2010:369–70; Amien 2014:198 e.v. gee ’n gedetailleerde verduideliking van die Islamitiese testate– en intestate erfregbeginsels). Die Moslemvrou of vroue erf slegs ’n relatief klein persentasie van die man aangesien die beginsel van *voorafbepaalde aansprake deur manlike erfgename* geld (eie beklemtoning; Domingo 2009:52; Amien 2014:200).

’n Getroude persoon (in ’n burgerlike of Moslemhuwelik) kan gedurende sy of haar lewe ’n testament verly. In die siviele reg geld die beginsel van testeervryheid (bates kan nagelaat word aan enige persoon: De Waal en Schoeman-Malan 2011:4–6, 143–5). In die Koran word Moslems aangemoedig om testamente te verly (die vormvereistes ingevolge die Wet op Testamente 7 van 1953 moet nagekom word), maar die Koran skryf terselfdertyd ook voor hoe die boedel in ooreenstemming met die Islamitiese reg testamentêr moet verdeel (Goolam e.a. 2010:359–69; Domingo 2009:52). Die Moslemman se testeervryheid word dus beperk deur die Koran en hy kan slegs oor ’n derde van sy boedel by wyse van ’n testament beskik (vgl. Goolam e.a. 2010:360; Amien 2014:200).

1.6 Grondwetlike onderbou van huwelike

Uit die kort oorsig hier bo blyk dit dat daar sekere Islamitiese regsreëls en gebruike is wat teen Moslemvroue diskrimineer en die waardigheid van vroue ondermyn. Die Grondwet bepaal dat demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid deur die handves van regte bevestig en beskerm word (artt. 7 en 39 van die Grondwet; Venter 1998:46). Alhoewel godsdienstige en kultuurgroepe se fundamentele reg op vryheid van gewete, godsdiens, oortuiging en mening in artikel 15(1)(a) erken word, moet erkenning van die regte strook met die oorhoofse grondwetlike bepalings (vgl. artt. 15(3)(b) en 39). Van Schalkwyk (2014:362) verwys na die siviele huwelik as ’n verbintenis wat deur die reg ingestel is en erken word (Carnelley 2007:341; Denson en Carnelley 2009:680; Skelton en Carnelley 2010:194; Rautenbach e.a. 2010:204–5; Heaton 2010:231–2; Osman-Hyder 2011:233; Heaton en Roos 2012:28). Kulturele en godsdienstige diversiteit word erken in soverre dit nie diskrimineer op grond van geslag en godsdiens nie. (Skelton en Carnelley 2010:193 e.v.; Rautenbach e.a. 2010:201; Heaton 2010:236; Moosa 2011:148; vgl. ook Van Schalkwyk 2014:369 wat van mening is dat die nie-erkenning van Moslemhuwelike ongrondwetlik is).

2. Huidige stand van sake

2.1 Geskiedkundige aanloop (1994–2014)

Ten einde die *Faro*-saak in perspektief te plaas, word die aanloop daartoe oorsigtelik geskets. Die problematiek oor die erkenning van Moslemhuwelike kom oor die afgelope 20 jaar van demokrasie (en 25 jaar van onderhandelinge tussen belanghebbendes). Deur middel van ondersoeke en voorgestelde wetgewing is gepoog om die posisie van die Moslemvrou te verbeter. In die soeke na ’n aanvaarbare middeweg tussen burgerlike huwelike aan die een kant en die godsdiensgebaseerde Moslemhuwelike aan die ander kant het die Suid-Afrikaanse Regshersieningskommissie (SARHK), die howe (insluitende die konstitusionele hof), regsgeleerdes en belangegroepe (insluitende die Women’s Legal Centre (WLC), die Moslem Juridiese Raad (MJR) en teologiese skole soos die Verenigde Ulama-raad van Suid-Afrika (VURSA)[2] – sien Moosa 2011:152–3) tevergeefs gepoog om eenstemmigheid oor erfregtelike en huweliksaangeleenthede te bereik. Die laaste daadwerklike poging deur die regering was in 2011 toe die Moslem Huwelike Wetsontwerp (MHWO) vir kommentaar gepubliseer is (sien bespreking hier onder), maar tot op hede is dit nog nie gepromulgeer nie (Moosa 2011:157).

2.2 Kern van die probleem

Die voor die hand liggende probleme met die Moslemhuwelik sluit die volgende in: (i) die Moslemhuwelik word as ongrondwetlik vanweë die potensiële poligame (poliginiese) aard daarvan beskou (Moosa 2011:143; Williams en Abrahams-Fayker 2011:4; Neels 2012:492; Van Schalkwyk 2014:368); en (ii) "another objection to the current position in Islamic marriages law is that a Muslim marriage is premised on patriarchy, which entails, *inter alia*, that the husband has 'leadership' of the family and his wife must obey him" (Heaton 2010:236; Van Schalkwyk 2014:368). Veral laasgenoemde rede gee daartoe aanleiding dat Moslemvroue vermoënsregtelik en erfregtelik as die mindere geag word.

Die belangrikste verskille tussen die burgerlike huwelik en die Moslemhuwelik (*nikah*) kan soos volg saamgevat word (Carnelley 2007:340–1):

i. 'n Siviele huwelik is nie 'n kontrak nie, maar is gebaseer op wilsooreenstemming tussen partye (Van Schalkwyk 2014:368), terwyl 'n *nikah* wel 'n kontrak tussen die man en vrou of vroue is (Goolam 2010:312).
ii. 'n Siviele huwelik word ingevolge artikel 11(1) van die Huwelikswet deur 'n huweliksbevestiger (artt.2 en 3) bevestig, terwyl die *nikah* behels dat die kontrak (beloftes) in die teenwoordigheid van 'n godsdienstige leier en twee volwasse manlike getuies afgelê word.
iii. Die siviele huwelik is *per se* monogaam, terwyl die *nikah* die man toelaat om tot vier vroue te neem ('n persoon wat volgens die inheemse reg leef, kan ook meerdere vroue neem – hierdie uitsondering op die monogame huwelik word geregverdig op grond van kultuurverskille en nie godsdienstige verskille soos in die geval van die Moslemhuwelik nie (Goolam e.a. 2010:252).
iv. By die siviele huwelik is daar 'n wedersydse onderhoudsplig op die gades, terwyl die man ingevolge die *nikah* die verantwoordelikheid dra om sy vrou of vrouens te onderhou (Osman-Hyder 2011:233).

Probleme met die nie-erkenning van 'n Moslemhuwelik ontstaan gewoonlik eers by die ontbinding daarvan deur dood of egskeiding (sien bespreking hier onder). Die Moslemvrou bevind haar dan in die posisie dat sy nie dieselfde beskerming as haar eweknie in 'n burgerlike huwelik geniet nie (Skelton en Carnelley 2010:194; Carnelley en Bhamjee 2012:497). Die verskille in die huweliksvorme en die regsgevolge daarvan lei tot disharmonie wat betref die huweliksvermoënsregte, die erfreg en onderhoudseise by ontbinding van die huwelik.

3. Moslem Huwelike Wetsontwerp

3.1 Bepalings van die wetsontwerp

Op 21 Januarie 2011 het die Departement van Justisie en Konstitusionele Ontwikkeling 'n hersiene weergawe van 'n vroeëre wetsontwerp (Wet op Moslemhuwelike van 2003) vir kommentaar gepubliseer. Die 2003-wetsontwerp en die 2010-weergawe (die MHWO) is wyd verwelkom, maar ook gekritiseer. Laasgenoemde was die direkte gevolg van twee konstitusionele hofbeslissings: *Daniels v Campbell* 2004 5 SA 331 (KH) en, vyf jaar later, *Hassam v Jacobs* 2009 5 SA 572 (KH) (vgl. ook Du Toit 2009:481; Neels 2012:487–90).

Die volgende aanhef tot die MHWO word verskaf:

The Bill emanates from an investigation by the South African Law Reform Commission (the SALRC) on Islamic Marriages and Related Matters. Its report on the matter contains legislative proposals in the form of a Muslim Marriages Bill. The aim of these legislative proposals is to provide statutory recognition of Muslim marriages *in order to redress inequities and hardships arising from the non-recognition of these marriages* (eie beklemtoning).

3.2 Relevante voorstelle in die MHWO

Vir doeleindes van die vonnisbespreking is die volgende bepalings in die MHWO van belang:

3.2.1 Huwelike (nikah)

Artikel 3 van die wetsontwerp verleen gelyke status en bevoegdhede aan Moslemgades. Die partye het een van drie moontlike keuses vir voltrekking van ’n huwelik:

(a) ’n Monogame huwelik ingevolge die Huwelikswet (soos hier bo bespreek, was dit nog altyd ’n opsie: Neels 2012:488–502). Die huwelik word dan in die nasionale bevolkingsregister aangeteken (art. 2(4)(b) van die MHWO).

(b) ’n Moslemhuwelik ingevolge die wetsontwerp (indien dit as wet aangeneem word). Persone wat reeds getroud is, kan ook kies om die MHWO op hulle van toepassing te maak (vgl. artt. 2(1) en (2)). Dié huwelik moet geregistreer word (art. 6) en sal ingevolge die MHWO geldig wees (vgl. art. 5 vir die geldigheidsvereistes).

(c) Indien partye nie een van hierdie opsies kies nie, kan hulle steeds ’n suiwer tradisionele Islamitiese huwelik sluit (art. 2(3)), maar geen erkenning sal aan dié huwelik gegee word nie. (Die *status quo* sal geld maar vroue sal wel vir sekere doeleindes, o.a. die intestate erfreg en onderhoud, na die dood van hul man as gades erken word, soos reeds bevind in *Daniels v Campbell* 2004 5 SA 331 (KH) en *Hassam v Jacobs* 2009 5 SA 572 (KH).)

Die WLC kritiseer die MHWO op hierdie punt en is van mening dat die wet outomaties toepassing moet vind met die keuse om nie daarvan gebruik te maak nie (“opt-out clause”). Williams en Abrahams-Fayker (2011:34) voer aan: “Due to the socio-economic position of many Muslim women, their ability to persuade their husbands to elect to have the Act apply is questionable” (vgl. ook Neels 2012:488, 494 en vn. 4).

3.2.2 Egskeiding

Die wetsontwerp reël voorts egskeidings by Moslemhuwelike: by opsie (a) sal die Egskeidingwet geld, by opsie (b) sal art. 9 van toepassing wees, en by opsie (c) die Islamitiese gebruike. In die wetsontwerp word ’n meer gereguleerde “egskeiding” ook voorgestel. Die wetsontwerp bepaal onder andere dat (i) ’n eggenoot toestemming van ’n hof moet verkry om ’n verdere huwelik te sluit (artt. 8(6) en (7)), (ii) ’n onherroepbare eensydige egskeiding deur die man (*talaq*) geregistreer en deur ’n hof bevestig moet word (art. 9(3)(a)), en (iii) die vrou of vroue van die voornemende egskeiding in kennis gestel moet word. ’n Vrou kan ook van haar man skei op grond van onherstelbare verbrokkeling van die huwelik (onoplosbare onmin tussen die partye).

3.2.3 Vermoënsregte

Die partye kan ’n huweliksvoorwaardekontrak sluit en die huweliksgoederebedeling selfs in stryd met die klassieke Islamitiese model van koue uitsluiting kies (art. 8(1)). Anders as in die geval van ’n burgerlike huwelik sal die verstekposisie (“default position”) ’n huwelik buite gemeenskap van goed wees. In *Gumede v President of the Republic of South Africa* 2009 3 SA 152 (KH), wat met gewoonteregtelike huwelike handel, is egter reeds bevind dat daar

nie tussen verskillende groepe gediskrimineer mag word nie (vgl. ook Williams en Abrahams-Fayker 2011:32 en Neels 2012:497–8):

> [T]he application of a different default property regime to (a) customary marriages concluded before and these concluded after the date of commencement of the act and(b) customary marriages concluded before the date of the commencement of the act and marriages concluded in terms of the Marriage Act, was unconstitutional.

Die hof sal by ontbinding van die Moslemhuwelik deur egskeiding wye bevoegdhede tot die herverdeling van bates hê (art. 9(8)(b)). Die Moslemgade of -gades kan as eggenoot of eggenotes ingevolge die Wet op Intestate Erfopvolging erf en onderhoud ingevolge die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades eis.(In art.17, gelees met die skedule tot die wetsontwerp, word voorgestel dat dié twee wette, wat handel met onderskeidelik die intestate erfopvolging en onderhoud van die langslewende gade, gewysig word deur in eg. art. 1(4)(g) in te voeg na art. 1(4)(f)), en deur in lg. die definisie van "langslewende" te vervang deur "langslewendes" ten einde vir meerdere gades voorsiening te maak.)

3.2.4 Toepassing van die MHWO

Die wetsontwerp is 'n poging om 'n sekere mate van versoening tussen die klassieke Islamitiese reg en Suid-Afrikaanse grondwetlike waardes tot stand te bring. Die MHWO sal, indien dit deur die parlement aanvaar word, binne die bestaande konstitusionele raamwerk moet funksioneer. Soos sy voorganger (die 2003-wetsontwerp – vgl. Rautenbach 2004:34; Du Toit 2009:479 e.v.; Skelton en Carnelley 2010:197; Domingo 2011:384) het die MHWO egter onder fel kritiek deurgeloop en belangegroepe klaarblyklik verder uitmekaar gedryf: die wetsontwerp word as ongrondwetlik afgemaak; dispute sal deur regters in sekulêre howe aangehoor word; die tradisies van die godsdienstige huwelik word afgeskaf; Islamitiese gebruike en tradisies sal verval; die bepalings diskrimineer steeds; en die belang en rol van die MJR word negeer (Moosa 2011:153–62; Williams en Abrahams-Fayker 2011:1–49; Neels 2012:487 e.v.; Moosa en Abduroaf 2014:163 e.v.).

Die onderlinge geskille tussen voorstanders van die klassieke Islamitiese reg (vgl. Moosa 2011:1 e.v.) en menseregtebelangegroepe (WLC) bemoeilik die proses om 'n balans te vind tussen die komplekse Islamitiese godsdienstig-gebaseerde regsreëls en presedente en individuele menseregte (vgl. http://www.mjc.org.za; http://www.uucsa.org.za; Skelton en Carnelley 2010:197 vn. 22; Rautenbach 2010:210 e.v., 214). Skelton en Carnelley (2010:197 vn. 22) voer aan dat "although it is easy to say that the guiding principle of the legislation should be *Qur'an* and the *Shar'ia* the problem remains as to which group would interpret the principles: the traditionalists or the modernist?".

Dit wil dus lyk (in elk geval voor die beslissing in die *Faro*-saak) of die jare lange onderhandelinge die afgelope vier jaar in 'n doodloopstraat beland het (Rautenbach 2010:214–8; Osman-Hyder 2011:233 e.v.; Carnelley en Bhamjee 2012:501). In 2014 is daar steeds nie sekerheid oor die status van die vrou in 'n Moslemhuwelik nie (vgl. Moosa 2011:144 e.v.; MJR-verklaring op die webtuiste (http://www.mjc.org.za)). Dit wil voorkom of pogings om die klassieke Islamitiese beginsels met die Suid-Afrikaanse grondwetlike waardes te versoen, misluk het (Moosa 2011:146, 151; Neels 2012:481; Amien 2014:193).

4. Howe se reddingsboei vir die Moslemhuwelike

Terwyl die wetgewer sloer met wetgewing, het die howe 'n belangrike bydrae tot regshervorming gelewer. Daar was in dié verband oor die afgelope jare 'n lang aanloop tot die *Faro*-saak. Die Moslemvrou, haar status en die Moslemhuwelik het by herhaling in die howe ter sprake gekom

(Moosa en Abduroaf 2014:161). Die howe is telkens versoek om regshulp te verleen en het op 'n ad hoc-basis sekere gevolge aan die Moslemhuwelik toegedig (Rautenbach 2004:6 e.v.; Denson en Van der Walt 2009:196; Denson en Carnelley 2009:700; Skelton en Carnelley 2010:195–6; Heaton 2010:232–5; Osman-Hyder 2011:233 e.v.). Breslaw (2013:246) bespreek die toepaslike sake en maak die volgende gevolgtrekking:[3]

> While it is regrettably obvious that the South African legislature has a long way to go in terms of equalising the rights of Muslim spouses, it is equally apparent that the courts have made every endeavour to make use of the Bill of Rights, as well as the general ethos of the country, where possible, to extend the rights of Muslim spouses so as to afford them the same rights as parties to a civil or customary union.

Regshulp is aanvanklik aan die hand van die gemeenregtelike beginsels van *boni mores* en openbare belang aan die vrou verleen (*Ryland v Edros* 1997 2 SA 690 (K); *Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund* 1999 4 SA 1319 (HHA); *Kahn v Kahn* 2005 2 SA 272 (T); *AM v RM* 2010 2 SA 223 (OKP); vgl. ook Rautenbach 2003:136 e.v.; Carnelley 2007:343 e.v.; Denson en Carnelley 2009:681 e.v.; Rautenbach e.a. 2010:207–14; Skelton en Carnelley 2010:195–6; Osman-Hyder 2011:233, 236; Heaton 2010:232–5). In geen van dié sake is die Moslemhuwelik as sodanig erken (gewettig) nie, maar die howe was "konstitusioneel sensitief" teenoor die Moslemvrou (Goolam e.a. 327).

In *Daniels v Campbell* 2004 5 SA 331 (KH) en *Hassam v Jacobs* 2009 5 SA 572 (KH) het die konstitusionele hof geleentheid gehad om hom oor die geldigheid en gevolge van die Moslemhuwelik uit te spreek. Beide sake het gehandel met die regte van Moslemvroue en hul bevoegdheid om intestaat te erf en onderhoud te eis uit die bestorwe boedels van hulle mans. In *Daniels* is die vrou in 'n monogame huwelik as "'n gade" vir doeleindes hiervan beskou. Daar word bevind dat die nie-erkenning van Moslemhuwelike die waardigheid van Moslemvroue skend op grond van onder andere geloof, gewete en kultuur en boonop diskriminerend van aard is (par. 55). Daar word dus erkenning verleen aan die transformasie wat deur die grondwetlike bestel tot stand gebring is, naamlik dat alle mense geag word gelyk te wees (par. 55; vgl. Skelton en Carnelley 2010:195–6; Amien 2014:206–10; Moosa en Abduroaf 2014:169). In *Hassam v Jacobs* is beide vroue in die poliginiese huwelik toegelaat om van die oorledene (man) te erf. Daar word bevind dat die woorde *gade* en *langslewende* wat nie Moslemvroue insluit nie, teen vroue in poligiene huwelike diskrimineer (parr. 22–43). Die woord *gades* word voorts ingelees om meerdere vroue in te sluit (par. 35; vgl. ook Bakker 2008:540; Denson en Van der Walt 2009:188; Denson en Carnelley 2009:679 e.v.; Rautenbach e.a. 2010:212–4). Die konstitusionele hof het egter nie die Moslemhuwelik as geldig erken nie.

In *Women's Legal Trust v President of the Republic of South Africa* 2009 6 SA 94 (KH) en *Du Toit v Seria* 2006 8 BCLR 869 (KH) is die hof versoek om die parlement te verplig om wetgewing te aanvaar ten einde Moslemhuwelike te erken (sien hier onder), maar die hof was nie bereid om die aangeleentheid as hof van eerste instansie aan te hoor nie.

5. Faro v Bingham

In die *Faro*-saak het die nie-erkenning van die Moslemhuwelik (as instelling) weer ter sprake gekom. In die bespreking van die saak wat hier volg, val die klem op (i) die *nikah* (ii) die ontbinding van die huwelik deur egskeiding (deur middel van *talaq*) en dood, (iii) die regsgevolge van ontbinding, en (iv) die beredderingsproses van 'n bestorwe boedel waar Moslemreg toepassing vind.

5.1 Feite

Die applikante Faro en die oorledene, wyle Moosa (hierna "die oorledene"), het aanvanklik saamgewoon (in "a non-marital cohabitation" – Amien 2014:213–7), maar na die geboorte van hul oudste seun het hulle ingevolge die Islamitiese gebruike (die *nikah*) in die huwelik getree. 'n Imam het die huweliksgeleentheid oorsien (par. 2). Die oorledene is later met kanker gediagnoseer. Gedurende Augustus 2009 het 'n argument oor geld tussen die applikante en die oorledene ontstaan. Die oorledene het besluit dat hy genoeg van applikant se gekla (oor geld vir kos) gehad het. Hy het die imam versoek om 'n *talaq* uit te spreek. Sonder om enigsins met die applikante daaroor te praat, het die imam wel 'n *talaq*-sertifikaat uitgereik (par. 3). Die applikante was sewe maande swanger met haar en die oorledene se tweede kind, wat in Oktober 2009 gebore is (par. 3; vgl. ook Amien 2014:213). Ten spyte van die uitspreek van die *talaq* het hulle steeds saamgewoon tot die oorledene se dood in Maart 2010.

By sy afsterwe word die oorledene oorleef deur die applikante, hul twee minderjarige seuns en die oorledene se meerderjarige seun en dogter, beide uit 'n vorige huwelik (par. 5). Die applikante (as langslewende gade) is as eksekutrise van die oorledene se boedel aangewys. Sy het haarself vir doeleindes van die bereddering as die eggenote van die oorledene beskou. Die oorledene se dogter het egter, sonder die applikante se medewete, 'n sertifikaat van die MJR verkry wat bevestig dat die huwelik op grond van die *talaq* ontbind het (par. 5). Die meester het die applikante vervolgens in kennis gestel om die bereddering van die boedel te staak tot tyd en wyl die dispuut oor die status van die huwelik ten tye van die oorledene se afsterwe uitgeklaar is (par. 6). Die applikante het in reaksie hierop ondersteunende beëdigde verklarings van die oorledene se meerderjarige seun en 'n maatskaplike werker verkry. Sy het die verklarings aan die MJR voorgelê. Die MJR het op grond van die verklarings bevind dat die oorledene en die applikante wel ten tye van sy dood nog getroud was.

Die dogter het daarna die hulp van 'n prokureur (Bingham) bekom en 'n verdere teenstrydige verklaring van haar broer verkry waarin hy aanvoer dat die applikante en oorledene nie versoen geraak het nie (par. 7). Die MJR het van opinie verander en in 'n verdere skrywe verklaar dat die huwelik wel ontbind het (par. 7). Die meester het die applikante in kennis gestel dat sy gevolglik nie as die langslewende gade van die oorledene beskou word nie (parr. 8, 10). Sy is versoek om sekuriteit te stel (art. 25(1) van die Boedelwet 66 van 1965 (hierna die Boedelwet)). Aangesien sy nie oor die finansiële vermoë beskik het om sekuriteit te stel nie, is sy vervolgens uit haar amp onthef (art. 54(1) van die Boedelwet; par. 10). Bingham is as nuwe eksekutrise aangestel. Sy het voortgegaan met die bereddering van die boedel asof die applikante nie die gade van oorledene by sy dood was nie (par. 12).

Hierdie gebeure het tot groot hartseer en ontwrigting vir die applikante gelei. Sy het al haar besittings verloor, moes in skuilings slaap, en van die straat af leef, en daarbenewens is haar kinders van haar weggeneem. Die Women's Legal Centre het namens die applikante toegetree en 'n eis teen die boedel ingedien vir haar om as langslewende te erf en onderhoud te eis (par. 13). Die eksekutrise het die eise afgewys en daar is vervolgens by die meester beswaar gemaak teen die likwidasie- en distribusierekening (hierna die rekening). Die beswaar is ook deur die meester afgewys. Die meester het gesteun op die besluit van die MJR (van September 2010) dat die huwelik deur verlening van die *talaq* ontbind is (par. 16).

5.2 Aansoek voor die hof

Die applikante het 'n aansoek gebring waarin aangevoer is dat die meester se bevindinge ter syde gestel moet word (par. 19) Die hof is versoek om te bevind (parr. 23 e.v.) dat: (i) dié huwelik ingevolge die Islamitiese reg voltrek is en nie ten tye van die oorledene se dood reeds ontbind was nie; (ii) die applikante ingevolge die intestate erfreg en vir doeleindes van onderhoud

derhalwe 'n gade van die oorledene is; (iii) die optrede van die meester onkonstitusioneel is; en (iv) die meester se versuim om 'n ondersoek na die geldigheid van die huwelik in te stel (ingevolge die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000), op onregmatige en ongrondwetlike optrede neerkom (par. 19).

Die hof is voorts versoek om te gelas dat: (i) die meester die nodige stappe moet doen om toe te sien dat die applikante en die minderjarige kinders hul onderskeie gedeeltes uit die boedel verkry; (ii) 'n huwelik wat voltrek is ingevolge die Islamitiese reg, geag word 'n huwelik ooreenkomstig die Huwelikswet te wees; (iii) die gemeenregtelike definisie van *huwelik* uitgebrei word om Moslemhuwelike in te sluit; (iv) die minister (van justisie en konstitusionele ontwikkeling) binne 18 maande beleide en prosesse moet daarstel rakende die wettiging van Islamitiese huwelike en egskeidings; (v) die versuim van die minister om stelsels en prosedures daar te stel op onregmatige en ongrondwetlike implementering van die reg dui (par. 19).

6. Toeligting van aspekte in die Faro-saak

6.1 Die huwelik

In die *Faro*-saak was die bevestiging van die Moslemhuwelik (*nikah*) nie in dispuut nie. Die aansoek voor die hof handel met die ontbinding van dié huwelik. Die hof is nietemin versoek om te bevind dat die huwelik (*nikah*) ten tye van oorledene se dood nog geldig was: "Declaring that the marriage concluded in terms of the Islamic law between the applicant and one Moosa Ely subsisted at the time of his death" (par. 19.B1); en verder: "Declaring marriages solemnised according to the tenets of Islamic law be deemed to be a valid marriage in terms of the Marriage Act 25 of 1961" (par. 19.B7). Die erkenning van die huwelik sal outomaties meebring dat die Egskeidingswet ook toepassing vind (par. 1; Skelton en Carnelley 2010:122 e.v.; Van Schalkwyk 2014:241 e.v.).

In die verlede is die Moslemhuwelik nie as huwelik erken nie, en ook is die Moslemhuwelik en burgerlike huwelik nie aan mekaar gelykgestel nie. Die hof is in die *Faro-sa*ak ook nie geneë om so 'n drastiese stap te doen nie. 'n *Nikah* word nie deur 'n huweliksbevestiger voltrek nie (hier is dit deur 'n imam oorsien) en kan daarom nie erken word nie (par. 1). Uit die feite blyk dit dat die applikante juis steun op die geldige totstandkoming van die *nikah.* Die versoek is dus dat daar sekere gevolge aan dié huweliksvorm wat volgens die Islamitiese reg gesluit is, geheg moet word. Die gevolge moet dieselfde wees asof die huwelik ingevolge die Huwelikswet gesluit is.

Die hof kan nie (soos versoek) sonder meer die huwelik gelykstel aan burgerlike huwelike nie, aangesien die Huwelikswet net monogame huwelike toelaat én vereis dat so 'n huwelik deur 'n huweliksbevestiger voltrek moet wees, wat die imam nie was nie (vgl. ook Denson en Van der Walt 2011:191; Rautenbach 2003:120; Osman-Hyder 2011:235; *Daniels v Campbell* parr. 21, 24, 54, 108; *Hassam v Jacobs* parr. 27, 28, 33). Die hof bevind dat daar wel 'n huwelik (waaraan die hof sekere regsgevolge kan heg) tot stand gekom het.

Soos hier bo gesien, word daar in die MHWO voorsiening gemaak vir 'n keuse deur die partye tot die huwelik. 'n Huwelik ingevolge die Islamitiese reg word egter nie gelykgestel aan 'n burgerlike huwelik nie. Ingevolge die wetsontwerp sal 'n Moslemhuwelik binne 'n bepaalde raamwerk erken word met beter beskerming aan die vrou (artt. 2 en 9 van die MHWO). Die regsgevolge sal deur die keuse van die huweliksvorm bepaal word.

6.2 Gevolge van die huwelik

6.2.1 Huwelik ontbind deur egskeiding

Oorledene het die *nikah* eensydig ontbind deur die uitspreek van die *talaq (*wat moontlik is: vgl. Goolam e.a. 2010:321; Skelton en Carnelley 2010:199; Osman-Hyder 2011:233; Moosa en Abduroaf 2014:161; Amien 2014:215). Die uitspreek van die *talaq* deur die oorledene en bevestiging deur die imam word nie in die aansoek betwis nie (dit is nie duidelik of die oorledene die *talaq* drie keer uitgespreek het (deur te sê: "Ek skei jou") en of die imam die *talaq* ter bevestiging verleen het óf self uitgereik het nie). Ook die beginsel van eensydige egskeiding word nie in dispuut geplaas nie. Die applikante voer aan dat die oorledene gedurende die *iddah*-periode (drie tot vier maande) die *talaq* teruggetrek (herroep) het (par. 4; Koran 65.6; *Ryland v Edros* 1997 1 BCLR 77 (K); Carnelley 2007:340–1; Goolam e.a. 2010:320). Die MJR se besluit dat die huwelik wel ontbind het, het jammerlike negatiewe gevolge vir die applikante ingehou (par. 30). Sy sou by verlening van die *talaq* (egskeiding) hoogstens vir die *iddah*-tydperk onderhoud kon eis. Die driemaandetydperk sou dan reeds voor die oorledene se dood verval het.

Die kern van die dispuut lê dus in die vraag of die *talaq* wel herroep is (dan was daar 'n huwelik by die oorledene se dood) al dan nie (dan was die applikante nie die gade van oorledene nie). Die *talaq* kan uitdruklik of stilswyend deur die man herroep word. Die hof bevind dat die *talaq* nie uitdruklik herroep is nie, maar wel stilswyend, deurdat die applikante en die oorledene as man en vrou in 'n intieme verhouding saamgewoon het (par. 4). Die bevinding van die hof word gerugsteun deur die onbetwiste feite voor die hof: die applikante was swanger; twee maande later het sy geboorte gegee; en die oorledene het in Maart 2010 gesterf terwyl hy en applikante nog saamgewoon het. Myns insiens bevind die hof tereg om die besluit van die meester, gebaseer op die MJR se bevindinge oor die ontbinding van die huwelik, ter syde te stel (par. 32). Amien (2014:215) meen egter dat die MJR, en nie die hof nie, die bevinding moes maak. Sy gee egter toe dat die MJR nie al die verklarings in ag geneem het nie en meen dat die hof wel tot die regte gevolgtrekking geraak het deur in effek Islamitiese reg toe te pas.

Indien die MHWO gepromulgeer word (en die partye het die Moslemhuwelik gekies), sou die prosedure vir die verlening van die *talaq* verskil het van die posisie soos dit in die *Faro-sa*ak daar uitsien. Die applikante sou egter wel ten minste kennis gedra het van haar status aangesien die *talaq* geregistreer moet word. Die Egskeidingwet sou slegs toepassing vind (soos versoek is) indien die partye 'n opvolgende burgerlike huwelik gesluit het (wat nie hier die geval was nie).

6.2.2 Huwelik ontbind deur dood

Die noodwendige gevolg van die hof se bevinding dat die huwelik ten tye van die oorledene se afsterwe bestaan het, is dat die applikante as intestate erfgenaam kwalifiseer. Sy sal óf ingevolge die Wet op Intestate Erfopvolging 'n kindsdeel of R125 000 erf (aangesien daar afstammelinge is) óf ingevolge die Islamitiese reg op hoogstens 'n agtste van die boedel geregtig wees (Goolam e.a. 2010:359 e.v.; Amien 2014:202).

Aangesien die konstitusionele hof reeds in die *Daniels*- en *Hassam*-sake uitsluitsel gegee het oor die meriete van die erkenning aan die Moslemvrou se reg om te erf en nadoodse onderhoud te eis, ag die hof dit nie nodig om weer op dié twee aspekte in te gaan nie (par. 24; vgl. Rautenbach e.a. 2010:210–3; Osman-Hyder 2011:239–41). Die konstitusionele hof het in albei hierdie sake die Moslemhuwelik en egskeiding in beginsel erken, maar bevind dat die sivielregtelike gevolge geld. Daar vind in dié sake en ook in die *Faro*-saak dus 'n subtiele vermenging van twee regstelsels plaas. Die geldigheid van die huwelik en geldigheid van die *talaq* is volgens die Islamitiese reg bepaal, maar die siviele reg geld ten aansien van die

verdeling van die boedel. Die saak is nog 'n sprekende voorbeeld van die kompleksiteit van 'n Moslemhuwelik en gevolge daarvan binne die Suid-Afrikaanse regstelsel.

6.3 Kwesbaarheid van Moslemvroue

Die onbenydenswaardige posisie waarin die Moslemvrou haar by ontbinding van die huwelik bevind, loop soos 'n goue draad deur die saak, en haar weerloosheid kom weer onder die vergrootglas. Dié saak verskil egter van ander sake in die sin dat die herroeping van die *talaq* hier ter sprake kom. 'n Moslemvrou is ingevolge die Islamitiese reg aan die volgende reëls onderworpe (vgl. ook Rautenbach 2003:121; Denson en Carnelley 2009:683; Goolam e.a. 2010:319; Neels 2012:494; Moosa en Abduroaf 2014:161 e.v.; Amien 2014:218): (a) 'n man mag sonder enige teenstand of moeite eensydig besluit om van sy vrou of vroue skei (Moosa 2011:121); (b) 'n man mag met tot vier vroue gelyktydig trou (par. 2; Goolam e.a. 2010:319–23; Moosa 2011:37–40; Moosa en Abduroaf 2014:162); (c) 'n vrou is na 'n egskeiding op net drie tot vier maande onderhoud geregtig (Goolam e.a. 2010:316); (d) 'n vrou word by die dood van haar man of by egskeiding nie toegelaat om vir die *iddah*-tydperk (wat bereken word volgens 'n vrou se menstruele siklus) van drie tot vier maande te trou nie en 'n vrou wat verwagtend is, mag nie weer trou voor die geboorte van die kind nie (Goolam e.a. 2010:319); (e) 'n Moslemvrou mag nie met 'n nie-Moslem man in die huwelik tree nie (Goolam e.a. 2010:315; Moosa 2011:32–7); (f) elke party verlaat die huwelik met sy of haar eie boedel (Moosa 2011:117); (g) 'n vrou mag na die dood van haar man in 'n beperkte mate onderhoud van die boedel eis; en (h) ingevolge die Islamitiese reg mag 'n vrou net 'n klein gedeelte van die intestate boedel erf (Goolam e.a. 2010:359–69; Amien 2014:218).

Die dilemma waarin Faro haar bevind (Moosa en Abduroaf 2014:161), is: (i) sy weet nie of die *talaq* herroep is al dan nie; (ii) sy het nie 'n eie boedel opgebou nie; en (iii) sy word nie as die gade van oorledene geag nie. Boonop word van haar verwag om bewys te lewer dat die *talaq* herroep is, die huwelik herstel is en dat sy en haar oorledene man seksueel intiem verkeer het. Die oorledene het die *talaq* teen sy vrou uitgespreek sonder om 'n rede aan te voer. Die hof merk tereg op (par. 38): "The vulnerability of women in Islamic marriages arises primarily *from the ease and relative informality with which an Islamic union may be dissolved* at the instance of the husband" (eie beklemtoning). Die hof simpatiseer met die kwesbaarheid van die Moslemvrou en meen dat die menslike drama en emosies wat in hierdie aangeleentheid afgespeel het, nie maklik beskryf kan word nie (parr. 2, 38). Regter Rogers vat die dilemma van die vrou soos volg saam (par. 38):

> The vulnerability of women in Islamic marriages does not arise from evidential problems peculiar to their situation. In the present case, for example, the question whether the Islamic union had been dissolved depended on whether there was a resumption of sexual relations between the parties during the "Iddah" period. That is a sensitive but not particularly difficult evidential question. Far more difficult and complex matters of proof may arise in relation to more mundane disputed claims which are nevertheless of vital importance to the claimants.

6.4 Moslem Juridiese Raad (MJR)

Die besware teen die boedelrekening is gebaseer op die meester se aanvaarding van die MJR se aanbevelings. Die status en rol van die MJR kom pertinent in die *Faro-saa*k ter sprake. Die MJR word deur die Moslemgemeenskap as die hoogste Moslemtribunaal in die Wes-Kaap beskou (Moosa en Abduroaf 2014:174; Amien 2014:215). Hulle neem besluite deur middel van imams wat onderleg is in Islamitiese gebruike, presedente en reëls insake huweliksluiting en die ontbinding daarvan (hulle kan ook besluite oor poliginie, voogdy, sorg van kinders,

die erfreg en onderhoud neem (vgl. Moosa 2011:10; Rautenbach 2014:536; Moosa en Abduroaf 2014:177).

Die hof moes noodwendig die MJR se bevindinge oorweeg, aangesien dit van deurslaggewende belang in die meester se besluitneming oor die eise en besware was. Die hof erken die rol en funksie van die MJR (Rautenbach 2014:534), maar bevind dat die raad egter geen statutêre of godsdienstige bevoegdheid het om te bepaal of 'n huwelik tot stand gekom het of ingevolge die beginsels van Islam ontbind is nie. Hierdie stelling kan waar wees ten aansien van die siviele huwelik, maar die MJR en lede van die Moslemgemeenskap aanvaar die gesag van die liggaam *inter partes* (par. 34; Rautenbach 2014:536). Amien (2014:215) meen dat die hof verkeerdelik bevind dat die MJR nie oor Moslemhuwelike en verbandhoudende aangeleenthede mag beslis nie. Sy vervolg: "However, the court's second observation that the MJC also lacks the religious authority to do so would most likely not go uncontested within the Cape Town Muslim community." Sy wys daarop dat sowel die Ulama-liggame (bv. VURSA, MJR) as die aanhangers van dié geloof vir baie jare lank reeds aangeneem het dat hulle wel die bevoegdheid het om oor Moslem persoonlike reg te besluit (vgl. ook Moosa en Abduroaf 2014:189; Rautenbach 2014:535). Sy stem saam dat die raad nie oor die beginsels en toepassing van die siviele reg kan besluit nie.

Die standpunt van die hof dui op die verwarring wat kan ontstaan indien daar nie 'n duidelike onderskeid gemaak word tussen die godsdienstige en die burgerlike huwelik nie. Indien die MHWO aanvaar word, sal die rol en werksaamhede van 'n liggaam soos die MJR spesifiek verband hou met die tradisionele huwelik, terwyl die hof die rol van die raad sal vervul by ontbinding van Moslemhuwelike .

6.5 Boedelbereddering

6.5.1 Algemeen

In die *Faro*-saak wentel die aansoek rondom die verdeling van die intestate boedel van die oorledene. Ingevolge die Boedelwet word die boedels van alle Suid-Afrikaners wat te sterwe kom (ongeag die huweliksvorm) by die meester aangemeld (artt. 7–9; Abrie e.a. 2011:2; Amien 2014:202). Die administratiewe proses neem sy verloop onder die beheer en toesig van die meester (art. 95 bepaal dat die besluite van die meester onderhewig is aan hersiening). Die aanstelling van die eksekuteur word deur die meesterskantoor gedoen en daar word veronderstel dat 'n eksekuteur die nodige kennis van toepaslike regsaspekte het om die boedel na behore te beredder. Dit is veral belangrik waar aspekte van godsdienstige reg ter sprake is. Die administratiewe proses moet streng volgens die Boedelwet en ander toepaslike wetgewing uitgevoer word (Abrie e.a. 2011:3–6). Daar word van die eksekuteur verwag om, na gelang van die geval, die boedel te verdeel ooreenkomstig die testament of die intestate erfreg. Spesiale kennis van hierdie multidissiplinêre proses word geverg (Abrie e.a. 2011:6), en waar die huwelik ingevolge die Islamitiese reg gesluit is, sal die eksekuteur ook daarvan kennis moet dra (*Daniels v Campbell*; *Hassam v Jacobs*; Carnelley 2007:350; Rautenbach e.a. 2010:207–14).

Uit die feite in die *Faro*-saak kan afgelei word dat die eksekutrise, Bingham (wat ook die dogter se prokureur was), kennis gedra het van die uitwerking van die *talaq*. Anders as by die siviele huwelik (waar egskeiding deur die Egskeidingswet gereël word) sal daar in geval van die Moslemhuwelik op die *talaq* gesteun word. Soos hier bo verduidelik, was die probleem nie met die beginsels van die *talaq* nie. Die dispuut hou verband met die beredderingsproses en die gevolge van die besluit van die MJR, eksekutrise en meester. Die eksekutrise het vir doeleindes van die bereddering van die oorledene se boedel van die veronderstelling uitgegaan dat die applikante nie die langslewende gade was nie aangesien die huwelik reeds

voor die oorledene se afsterwe ontbind het. Dit gee daartoe aanleiding dat die applikante tydens die beredderingsproses eers 'n eis teen die boedel ingestel het en eers nadat die eis afgewys is, teen die rekening beswaar gemaak het.

Die MHWO (indien dit aanvaar sou word) handel nie met die administrasie van boedels nie, alhoewel dit indirek sal impakteer deur die huweliksgoedereregbedeling wat gekies is. Indien die wetsontwerp aanvaar word, sal die take van die eksekuteur wel vergemaklik word en sal die egskeidingsbevel of registrasiedokument van die *talaq* aandui wat die status van die huwelik is.

6.5.2 Betwiste eise

Die applikante se eis teen die boedel is ingestel op die basis dat die *talaq* herroep is, en dat sy as langslewende gade geregtig is om te erf en nadoodse onderhoud te eis. 'n Onderhoudseis deur die langslewende gade word ingevolge artikel 29 van die Boedelwet hanteer (vgl. *Nedbank Ltd v Samsodien* 2012 5 SA 642 (GNP)). Die eksekuteur sal eise in die eerste instansie oorweeg, en indien daar onsekerheid oor die geldigheid van 'n eis is, kan die eksekuteur ingevolge artikel 32 handel (par. 28; Abrie e.a. 2011:134–5). Die eksekuteur moet behoorlik navraag doen om alle nodige inligting te bekom ten einde die begunstigdes te identifiseer (*Rubinow v Friedlander* 1953 1 SA 1 (K) 15C–D). Indien 'n eksekuteur 'n eis betwis, kan skriftelike redes ter stawing daarvan versoek word. Die eksekuteur kan ook versoek dat die meester die aangeleentheid moet aanhoor (art. 33).

In die *Faro*-saak het die applikante bogenoemde proses gevolg. Die eksekutrise het die eis na die meester verwys en dié het op haar beurt ook die eis afgewys (par. 12). Ten opsigte van die afwys van die applikante se eise bevind die hof dat indien die eksekutrise 'n eis na die meester verwys en die meester nie 'n bevinding kan maak nie (soos hier die geval was), die eksekuteur se aanvanklike bevinding bly staan (par. 37). Die bevinding van die hof dat die huwelik nie ontbind het nie, beteken dat die applikante wel geldige eise het. Die hof stel daarom die bevinding van die meester en eksekuteur ter syde.

6.5.3 Besware teen die rekening

Gewoonlik sal 'n persoon wat te na gekom voel deur die afwysing van sy/haar eis deur die eksekuteur, beswaar maak teen die boedelrekening (par. 13). Die applikante het vervolgens beswaar daarteen gemaak (ingevolge art. 35(7); vgl. *Jonker v Meester van die Hooggeregshof* [1986] ZASCA 64; *Pienaar v Meester van die Vrystaat Hooggeregshof* 2011 6 SA 338 (HHA)).

Vir doeleindes van dié bespreking is die besware teen die boedelrekening wat handel met die applikante se *bevoegdheid om te erf* en haar *eis vir onderhoud* van belang (vgl. boedelnr. 4190/2010). Die eksekutrise het (kragtens art. 35(8); par.14) gereageer op die besware en aangevoer dat sy in besit was van die sertifikaat van die MJR wat bevestig dat die huwelik voor die dood van die oorledene ontbind is (vgl. parr. 8–9). Die meester het op haar beurt die eksekutrise se weergawe aanvaar. Die hof handhaaf ook die besware en stel die meester se bevinding ter syde (par. 19.B3). Dit het tot gevolg dat die boedelrekening dienooreenkomstig aangepas moet word (par. 19.B6).

6.6 Besluit en bevindinge deur die meester

6.6.1 Algemeen

Die sentrale rol wat die meester vertolk tydens die beredderingsproses en die impak van besluite wat geneem word in die proses, tree hier na vore. In die aansoek word hoofsaaklik regshulp en optrede teen die meester gevra. Dit sluit in dat die besluite van die meester om

die applikante nie as die gade of langslewende te ag nie, ter syde gestel word (bede 3); dat die optrede van die meester onregmatig en onkonstitusioneel was (bede 4); en dat die meester versuim het om 'n ondersoek ingevolge die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000 (hierna PAJA-wet) te hou (bede 6).

Die aansoek is ingevolge artikel 35(10) van die Boedelwet gebring. Die subartikel bepaal dat iemand wat hom verontreg voel deur 'n bevinding ('n lasgewing of opdrag) van die meester of deur 'n weiering van die meester om beswaar te handhaaf, by wyse van mosie by die hof aansoek kan doen om 'n bevel wat die meester se besluit ter syde stel.

Alhoewel die aansoek ingevolge artikel 35(10) gebring is, beskou die hof die aansoek as nóg 'n hersieningsaansoek nóg 'n gewone appèl (parr. 12 en 27). Dit word hanteer as 'n spesiale appèl en verdere beëdigde verklarings is toegelaat (par. 34; Amien 2014:216).

6.6.2 Hantering van besware

Die eerste aspek waaroor die hof uitsluitsel moes gee, was of die meester in die oorweging van besware (teen die rekening: vgl. par. 17; Abrie e.a. 2011:98) behoorlik ondersoek ingestel het na die gronde van dié besware (par. 35–7; Abrie e.a. 2011:141; *Jewaskewitz v The Master of the High Court Polokwane* [2013] ZAGPPHC 118). Uit die stukke voor die hof blyk dit dat die meester hoofsaaklik op die bevinding van die MJR gesteun het om die eis en besware af te wys. Alhoewel aangevoer is dat die meester nié die standpunt huldig dat sy in sake wat handel met Moslemhuwelike, *geregtig is* om op die MJR se bevinding te steun nie (par. 34), is dit klaarblyklik presies wat hier gebeur het. Die meester het haar (so te sê blindelings) laat lei deur die besluit van die eksekutrise, wat op haar beurt nie 'n behoorlike onafhanklike ondersoek gehou het nie. Die hof bevraagteken die ondersoek deur die meesterskantoor (par. 35) en spreek die mening uit dat die hof oortuig is dat indien dieselfde getuienis as wat die hof oorweeg het, deur die eksekutrise voor die meester geplaas was, die meester waarskynlik tot dieselfde gevolgtrekking as die hof sou kom. Die hof laat hom soos volg oor die optrede van die meester uit (par. 35):

> She could not properly have dismissed the objection merely because at some stage in the past the MJC had issued a letter that the marriage had been dissolved. The Master is obliged properly to assess the factual material before her in order to determine whether the objection should be allowed or disallowed. She cannot abdicate her function to a body such as the MJC. It is important that the Master's adjudicative function should be properly and diligently performed so that an objector is not put to unnecessary expense by having to approach a court.

6.6.3 Die meester se bevoegdheid ten aansien van feitedispute

Die meester verrig verskeie funksies, waarvan sekeres kwasijudisiële funksies is. Besluite van die meester is altyd onderhewig aan hersiening of appèl (ingevolge art. 35(10) teen die boedelrekening en art. 95 teen die beredderingsproses). Die vraag word vervolgens gevra of die meester in die besluitnemingproses mondelinge getuienis mag aanhoor ten einde feitedispute by te lê. Die erkende prosedure is om bestrede aangeleenthede deur 'n verhoorhof te laat besleg (parr. 27, 38; vgl. ook *Ferreira v Die Meester* 2001 3 SA 364 (O); *Jasat v Jazzbhai* 2012 JDR 0166 (KZP)). Die hof meen dat 'n growwe onreg teen litigante gepleeg word indien een of meer van hulle verhoed word om die gewone prosedure in geval van geskille te volg. Die korrekte standpunt word uiteengesit in *Jewaskewitz v Master of the High Court Polokwane* [2013] ZAGPPHC 118 (par. 8):

The Master is not a judicial officer. To expect the Master to adjudicate whether a claim for maintenance should, upon consideration of the facts and the applicable law, be allowed or

rejected, where an objection had been lodged, in my view, would not be fair or in the interests of justice. In this regard I am in respectful agreement with the views expressed in *Broodryk v Die Meester* 1991 4 SA 825 (C) and *Ferreira v Die Meester* 20013 SA 365 (O).

Die hof bevestig die posisie dat die meesterskantoor nie feitegeskille mag aanhoor nie.

6.6.4 Toepassing van Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid

Die hof word in bede 5 van die aansoek versoek om te bevind dat die meester versuim het om 'n behoorlike ondersoek ingevolge die PAJA-wet te doen (par. 19). Dié wet vereis van administrateurs wat besluite neem wat belanghebbendes kan benadeel, om (i) billike prosedures te volg by besluitneming; (ii) hul besluite goed te verduidelik; (iii) belanghebbendes van hulle reg tot interne appèl of hersiening in te lig; en (iv) belanghebbendes van hulle reg om vir skriftelike redes te vra, in te lig. Die eerste vraag is of die meester 'n administratiewe taak verrig het. Die antwoord is voor die hand liggend, aangesien die partye ooreengekom het dat die meester se bevindings in dié saak 'n administratiewe handeling daarstel vir doeleindes van die wet.

Die opvolgende vraag is of die meester in sy ondersoek na die besware die voorskrifte hier bo genoem, moes gevolg het. Was die artikel 35(10)-prosedure in die Boedelwet van toepassing of artikel 4 van die PAJA-wet? Uit regspraak (vgl. par. 6.6.3 hier bo; *Ferreira v Die Meester* 2001 3 SA 364 (O); *Jasat v Jazzbhai* 2012 JDR 0166 (KZP); *Jewaskewitz v Master of the High Court Polokwane* [2013] ZAGPPHC 118) is dit duidelik dat die meester nie oor feitegeskille uitsluitsel mag gee nie. Artikel 35(9) van die Boedelwet maak ook nie voorsiening vir die lei van mondelinge getuienis nie. In *Minyuku v Minyuku* ([2012] ZALMPHC 4) is bevind dat die meester se optrede vir die uitreik van eksekuteursbriewe (ingevolge art. 22(1) van die Boedelwet) wel 'n administratiewe handeling daarstel. Dit wil dus voorkom of besluite wat die meester neem, ook binne die strekwydte van die PAJA-wet kan val. Die hof bevind (par. 38): "The mandatory holding of hearings by the Master when the dissolution of an Islamic marriage is in dispute would not address this source of vulnerability, which is a matter of substantive Islamic law."

Na my mening word daar genoeg beskerming aan persone in die Boedelwet verleen om dispute met die meester by te lê (artt. 95, 35(10)). Die hof neem egter nie standpunt in oor of die PAJA-wet hier toepassing vind (naas die Boedelwet) of nie (par. 19.B9), maar laat 'n bevinding in dié verband oorstaan tot 'n latere datum (die hof voorsien dat die konstitusionele beginsels so geïnterpreteer kan word dat 'n ondersoek met mondelinge getuienis in die toekoms gehou sal moet word).

6.7 Die hof en substansiële reg

Die vraag na die hof se bevoegdheid om reg te skep (in hierdie geval om die Islamitiese huwelik geldig te verklaar) kom pertinent in die *Faro*-saak ter sprake. Nie alleen word die hof versoek om te verklaar dat 'n Moslemhuwelik ingevolge die Huwelikswet geldig is nie (par. 19.B7), maar, alternatief, dat die gemeenregtelike definisie van *huwelik* uitgebrei moet word ten einde Moslemhuwelike in te sluit (par. 19.B8).

Moosa en Abduroaf (2014:162) dui aan dat die howe in die verlede onwillig was om die rol van die wetgewer oor te neem. In *Du Toit v Seria* 2006 8 BCLR 869 (KH) en *Women's Legal Trust v President of the Republic of South Africa* 2009 6 SA 94 (KH) was die konstitusionele hof nie bereid om die parlement te verplig om wetgewing te aanvaar ten einde Moslemhuwelike te erken nie. Die hof laat die vraag oop en bevind dat hulle nie as hof van die eerste instansie die vraagstuk mag aanhoor nie. Die Wes-Kaapse hoë hof sit wel as hof van eerste instansie. Regter Rogers beskou hierdie aspek egter as 'n "sensitiewe aangeleentheid". Hy meen dat

die proses wyer konsultasie verg en dat die reëls en regulasies van toepassing op Islamitiese huwelike meer gedetailleerde bepalings behels as wat die hof in 'n bevel kan inkorporeer (parr. 39–44). Die hof merk voorts op dat so 'n bevel aanstoot kan gee aan sekere groepe van die Islamitiese gemeenskap sonder dat hulle gekonsulteer is. Hy verwys daarna dat "Ms Bawa acknowledged that the orders sought in prayers B7 and B8 would be very blunt instruments" (par. 44).

Die hof spreek wel sy misnoeë met die regering uit en kritiseer die hantering van die aangeleentheid. Keerdatums word telkens uitgeskuif wanneer navrae gedoen word en die WLC word aan 'n lyntjie gehou oor vordering met die wetsontwerp (vgl. par. 42). Die hof is wel bereid om 'n sperdatum te stel ten einde die minister tot verantwoording te roep. Die aansoek om die alternatiewe regshulp (bedes 7–10) word uitgestel vir 'n tydperk van tien maande, op die basis dat die minister onderneem om 'n beëdigde verklaring te liasseer ten einde aan te toon welke vooruitgang met die MHWO gemaak is (parr. 43–5; sien hier onder vir die huidige stand van sake). Die hof voorsien dat daar in die toekoms 'n tyd kan kom waar die hof sal móét inmeng indien die uitvoerende gesag veel langer met wetgewing sloer (par. 44: "owing to continued lethargy or paralysis").

7. Faro v Bingham – Nuwe wending met Moslemhuwelike

7.1 Aanloop tot Faro-saak

Die uitsprake in die *Daniels*- en *Hassam*-sake is onderskeidelik in 2004 en 2009 gelewer. In 2009 het die aansoek in die *Women's Legal Trust*-saak ook voor die konstitusionele hof gedien. Die vraag wat in 2013 in die *Faro*-saak beantwoord moes word, was of die wetgewer tussen 2010 en 2013 iets konkreet gedoen het (anders as om die MHWO in Januarie 2011 te publiseer vir kommentaar). Die antwoord op die vraag blyk 'n onomwonde "nee" te wees. Regter Rogers vat die verloop van sake sedert 2009 soos volg saam (parr. 41–2):

> In January 2010 the Department informed the WLC that the Bill was on the legislative timetable for 2010. In the event, the Bill was only published in December 2010, with comments to be submitted by 15 March 2011. During July 2011 the Department informed the WLC that comments were being evaluated and that the intention was to obtain Cabinet's approval by October/November 2011. About a year later, on 6 November 2012, the WLC asked the Department to furnish it with the revised version of the Bill. The Department's response was that a revised draft of the Bill did not yet exist and that the Department was still in the process of evaluating comments. ... From the applicant's replying papers it seems that the Bill is not in truth on the legislative calendar for this year. There is no evidence from the Master or Minister as to what has happened since 2009.

7.2 Na die uitspraak in die Faro-saak

Sedert Januarie 2011 is geen daadwerklike vordering met die erkenning van Moslemhuwelike gemaak nie (o.a. die MJR, WLC, Neels 2012:486 e.v. en Bakker 2013:116 e.v. het kritiek gelewer op die aanbevelings in die MHWO). Die vraag is vervolgens of daar iets (positiefs) gebeur het sedert die *Faro*-saak. Die antwoord op die vraag is inderwaarheid "ja".

In April 2014 het die Minister meer as 100 imams uit KwaZulu-Natal en die Wes-Kaap laat oplei ten einde as huweliksbevestigers te kwalifiseer. Die imams is daarop as huweliksbevestigers ingevolge die Huwelikswet aangestel (artt. 2 en 3(1) van die Huwelikswet; Maregele en Hartley 2014; Kamadien 2014). Die aanstellings is wyd verwelkom. In die pers is daar soos volg berig: "It was labelled as the realisation of one of Home Affairs' 'greatest goals' when 100 imams

were handed certificates on Wednesday morning, officially making them marriage officers" (Legg 2014; Maregele en Hartley 2014).

Die volle konsekwensie van dié verwikkeling is egter nog onduidelik. Seedat en Ismail (2014) merk op: "The prompt designation of imams as marriage officers contrasts with the 20-year-long process begun in 1994." Dié aanstellings val vreemd op, gedagtig daaraan dat (i) die howe (ingesluit die konstitusionele hof) nie bereid was om erkenning aan *Shar'ia*-reg en Moslemhuwelike te verleen nie; (ii) die MHWO voorsiening maak vir 'n keuse tussen 'n siviele huwelik, 'n tradisionele Moslemhuwelik en 'n Moslemhuwelik ingevolge dié wet gesluit; en (iii) daar letterlik vir dekades gepoog is om wetgewing buite om die Huwelikswet daar te stel om Moslemhuwelike te reguleer.

Verdere voorbehoude deur belangegroepe sluit die volgende in:

- Eenvormige wetgewing vir alle huwelike in Suid-Afrika word lank reeds onsuksesvol bepleit (Williams en Abrahams-Fayker 2011:40–9; Neels 2012:490–1; Bakker 2013:142 stel een sekulêre wet voor om alle intieme verhoudings te reguleer).
- Daar was nog altyd die moontlikheid vir imams om as huweliksbevestigers ingevolge die Huwelikswet te kwalifiseer (Amien 2014:200 wys daarop dat hulle dit doodeenvoudig in die verlede nie versoek het nie).
- Imams wat as huweliksbevestigers geregistreer is, sal net monogame huwelike ingevolge die Huwelikswetkan bevestig (Abrahams-Fayker 2014; Kamadien 2014).
- Die verstekposisie by sodanige huwelike sal 'n huwelik binne gemeenskap van goed wees, tensy 'n huweliksvoorwaardekontrak tussen die partye aangegaan is (Rautenbach 2003:124 vn.7; Neels 2012:486).
- 'n Suiwer Islamitiese huwelik sal steeds nie erkenning geniet nie (MJR by http://www.mjc.co.za; Abrahams-Fayker 2014; Kamadien 2014).
- Die Egskeidingswet sal ingevolge die Huwelikswet by ontbinding van die huwelik toepassing vind, en nie die *talaq* nie (par. 1.3 hier bo; Seedat en Ismail 2014).

Ook Seedat en Ismail (2014) spreek hul twyfel oor die aanstellings uit: "Among the questions that arise now is how imams and the state intend to manage the mismatch between the civil law system of marriage and the Islamic law system of marriage, especially at the point of death or divorce." Die adjunkpresident van die MJR, Sheikh Riad Fataar, stel dit duidelik dat huwelike wat deur die imams bevestig word, steeds op een lyn sal wees met die beginsels van *Shar'ia*-reg (MJR by http://www.mjc.co.za; Maregele en Hartley 2014; Kamadien 2014). Die raad waarsku in 'n verklaring dat die amptelike aanstelling van die imams as huweliksbevestigers deur die hoofstroom media buite konteks geneem is:

> The statement that with the graduation of the Muslim Marriage Officers, the Muslim marriages has been legalised is not correct. We wish to rectify any incorrect perception created through the graduation of the Muslim Marriage Officers or media reporting that the current formula used by Imams to conclude marriages is now legally recognised. *The truth is that it is still not legally recognised*. It is of utmost importance that the couple signs an Ante–Nuptial Contract (ANC) as approved by a religious authority before having their marriage solemnised by a Marriage Officer. (MJR by http://www.mjc.co.za; eie beklemtoning)

Objektief beskou, hou die stap deur die Minister niks nuuts vir Moslemhuwelike in nie. Dit was nog altyd moontlik om die *nikah* op te volg met 'n burgerlike huwelik. In die praktyk sou dit beteken dat die sekulêre howe net die burgerlike huwelik erken het en die MJR die *nikah* (vir "dual validity" vgl. Moosa 2011:147; Carnelley en Bhamjee 2012:495; Moosa en Abduroaf 2014:161; Abrahams-Fayker 2014). Bakker (2013:122) merk in dié verband op dat "a dual

marriage is created: one marriage with secular consequences that are recognised by the state and another that is recognised in the religious community".

Die positiewe van die stap is dat 'n geregistreerde imam nou ook 'n huwelik wat aan die vereistes van die Huwelikswet voldoen, kan bevestig indien die partye dit sou verkies. Die aanstellings is moontlik 'n stap in die rigting van eenvormige wetgewing vir alle intieme verhoudings. Bakker (2013:142) stel dit soos volg:

> Creating one secular Act that regulates intimate relationships would bring about more legal certainty in the currently chaotic family law system. The Act would promote diversity by providing the parties with an option to regulate the nature of their intimate relationship by contract, and as such would promote private autonomy while acknowledging the diverse nature of South African families.

8. Gevolgtrekking

Soos hier bo aangedui, het die gesloer met die daarstelling van wetgewing vir die erkenning van Moslemhuwelike daartoe gelei dat die howe soms nie anders kon as om die siviele regsbeginsels aan te pas en uit te brei ten einde die Moslemvrou te beskerm nie. Die *Faro*-saak is 'n sprekende voorbeeld van waar die substantiewe familiereg en die Moslem persoonlike reg in mekaar vervleg word (Moosa 2011:10; Moosa en Abduroaf 2014:161).

Met die aanstelling van imams as huweliksbevestigers ingevolge die Huwelikswet kan vooruitsigte op die inwerkingtreding van die MHWO in sy huidige formaat besig wees om te kwyn (Du Toit 2009:487 waarsku dat regshervorming moeilik sal wees). Voorstanders van die wetsontwerp bepleit steeds die spoedige aanvaarding daarvan (Williams en Abrahams-Fayker 2011:1–40; Moosa 2011:158–60; Neels 2012:486 e.v.; Moosa en Abduroaf 2014:191). Daar is egter teenstand vanuit die Moslemgemeenskap, veral deur die VURSA (http://www.uucsa.org.za), teen die wetsontwerp. Alhoewel Moosa en Abduroaf (2014:162-3) die dringendheid van wetgewing beklemtoon, gee hulle toe dat daar interpretasieprobleme sonder die hulp van die Ulama Raad kan wees. Ook die MJR ondersteun wetgewing, maar met die volgende voorbehoud: "The MJC as a founder member of United Ulama Council South Africa (UUCSA) clarifies and unequivocally states that we remain committed to the ongoing process of the recognition of the MPL [Moslem persoonlike reg] under UUCSA directive." Neels (2014:487 e.v.)[4] wys op verskeie aspekte van die wet wat nie die toets van grondwetlikheid sal deurstaan nie. Volgens koerantberigte is die MHWO egter steeds hoog op die prioriteitslys van die minister (vgl. Maregele en Hartley 2014; Kamadien 2014; Abraham-Fayer 2014).

In hul soeke na gelykheid vir en billikheid teenoor die Moslemvrou, is die howe ook soms aan kritiek onderwerp. Osman-Hyder (2011:233) waarsku dat die howe inkonsekwent in hul toepassing van die siviele en Islamitiese regsbeginsels is. Sy stel voor dat as 'n tussentydse maatreël regters wat kennis dra van Islamitiese reg aangewys moet word om die sake te hanteer. Moosa en Abduroaf (2014:190) waarsku met verwysing na die *Hassam*-saak dat die howe se interpretasie van Islamitiese reg foutief kan wees. Die howe was ook nie geneë om die Moslemhuwelik formeel te erken nie en het die aangeleentheid telkens na die wetgewer terugverwys (Domingo 2011:381).

Die bydrae wat die *Faro*-saak in die regshervormingsproses maak, moet nie misgekyk word nie. Die problematiek wat ontstaan by die ontbinding van 'n huwelik word opnuut benadruk. Dit is geen maklike taak om 'n balans te vind tussen individuele menseregte en godsdienstige regte nie (Domingo 2011:378). Die gemeenskap en wetgewer word opnuut bewus gemaak van die Moslemvrou se kwesbaarheid by ontbinding van die huwelik deur egskeiding of dood, asook die impak wat die huwelik kan hê op die vrou se vermoënsregte (Moosa 2011:117–8).

Die hof se standpunt vir sover dit die rol van die MJR en meester (by dood van 'n gade) betref, word verwelkom. Dit is duidelik dat besluitnemers nie toegelaat sal word om arbitrêr op te tree nie. Die liggame is gemaan om sorg te dra dat hulle in die toekoms behoorlike en deurdagte ondersoeke doen voor bevindings gemaak word (par. 34; Amine 2014:216; Moosa en Abduroaf 2014:190). Die hof se frustrasie met die wetgewer is verstaanbaar. Regter Rogers wys egter in dié verband daarop dat "t]he Master says, and I have no reason to doubt, that the topic is a sensitive one and that some Islamic stakeholders consider that the proposed legislation will trench upon their fundamental rights of freedom of religion as guaranteed by s 15(1) of the Constitution. Nevertheless, the nettle will need to be grasped sooner or later."

Dit blyk duidelik uit die *Faro*-saak dat die probleme met Moslemhuwelike nie sonder meer gaan verdwyn nie. Die bal is (vir moontlik 'n laaste keer) in die hande van die minister. Die hof sal waarskynlik voor die einde van 2014 terugvoer deur die wetgewer oor welke vordering gemaak is, kan oorweeg (dit blyk by navraag dat die saak nie op die keerdatum in Augustus 2014 voortgegaan het nie, maar uitgestel is tot in Oktober 2014 (e-pos-gesprek met WLC op 10 September 2014).

Die verskillende opsies wat die hof kan oorweeg, sluit die volgende in:

(a) Indien die hof tevrede is dat die aanstellings van die imams as huweliksbevestigers dui op die minister se ernstige bedoeling om tussentydse maatreëls te tref (met die oog op wetgewing), kan die hof bevind dat die bevele soos versoek in bedes 7 tot 10 nie langer nodig is nie. Dit kan wees dat dié aanstelling van die imams aan Moslems groter vrymoedigheid sal verleen om 'n burgerlike huwelik te sluit. Indien partye dié stap doen, sal die vrou uiteraard in dieselfde posisie as enige ander vrou in 'n burgerlike huwelik wees (Amien 2014:215).

(b) Die hof kan die bevele soos versoek verleen indien daar nie 'n bevredigende antwoord van die wetgewer is nie. Die hof is versoek om te bevind dat 'n Moslemhuwelik ingevolge die Huwelikswet geldig is (par. 19.B7) en, alternatief, dat die gemeenregtelike definisie van "huwelik" uitgebrei moet word ten einde Moslemhuwelike in te sluit (par. 19.B8). Die hof het reeds bevind dat die applikante mag erf en nadoodse onderhoud eis (*Daniels*- en *Hassam*-saak). Die probleem by Moslemhuwelike is egter meer kompleks en nie beperk tot die woorde *gade* en *gades* nie. Soos hier bo gesien, word die vrou of vroue ook in ander opsigte as die mindere geag. Dit gaan dus nie net oor die Wet op Intestate Erfopvolging en Wet op Onderhoud van Langslewende Gades nie. Die hof is al in die verlede versoek om te bevind dat die gemeenregtelike definisie van *huwelik* uitgebrei moet word ten einde ook voorsiening te maak vir ander huwelike (hier Moslemhuwelike par. 19.B8; vgl. *Gory v Kolver* 2007 3 BCLR 249 (KH); *Minister of Home Affairs v Fourie* 2006 1 SA 524 (KH)). Die konstitusionele hof het ook reeds bevind dat die Huwelikswet onkonstitusioneel is vir sover daar gediskrimineer word teen persone van dieselfde geslag (vgl. *Gory v Kolver*en *Minister of Home Affairs v Fourie*) en vroue in inheemse huwelike (*Bhe v Khayelitsha Magistrate* 2005 1 SA 580 (KH)). Nietemin het nog geen hof die Moslemhuwelik as sodanig geldig verklaar nie. Amien (2014:207) spreek haar twyfel uit of die hof in die *Faro*-saak sal afwyk van sy vroeëre standpunt dat die erkenning van Moslemhuwelike aan die wetgewer oorgelaat moet word. Die wetgewer het in die verlede op sy beurt, in 'n poging om verby die ongrondwetlikheid van die Huwelikswet te kom, die roete van afsonderlike wetgewing gevolg (Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998; *Civil Union Act* 17 van 2006).

(c) Bede 9 versoek die hof om die minister te beveel om binne 18 maande na die verlening van dié bevel, beleide en prosedures daar te stel soos uiteengesit in die Wet op die Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000. Die aansoek is spesifiek gerig op die probleme wat in die saak met die besluite van die meester en MJR ervaar is. Die Boedelwet verleen

egter genoeg beskerming vir hersiening of appèl teen die besluite in die beredderingsproses (artt. 35(10) en 95).

(d) In *Women's Legal Trust v President of the Republic of South Africa* 2009 6 SA 94 (KH) is die hof versoek om die parlement te verplig om wetgewing te aanvaar ten einde Moslemhuwelike te erken. Die hof was nie bereid om die aansoek as hof van die eerste instansie aan te hoor nie. Die aansoek in die *Faro*-saak kan dien as 'n geleentheid om so 'n bevel te verleen. Die hof moet 'n teikendatum stel waarbinne wetgewing wat Moslemhuwelike reguleer, aanvaar moet word (*Gory v Kolver*2007 3 BCLR 249 (KH); *Minister of Home Affairs v Fourie* 2006 1 SA 524 (KH)). Daarmee word nie bedoel dat die MHWO in sy huidige formaat toepassing moet vind nie. Indien die teikendatum nie gehaal word nie, moet die Moslemhuwelik vir alle doeleindes ingevolge die Huwelikswet as wettig beskou word (daar moet 'n alternatief wees indien die teikendatum nie gehaal word nie: vgl. die sake hier bo genoem).

Die ideaal sal natuurlik wees indien belanghebbendes 'n middeweg kan vind tussen die konstitusioneel gefundeerde siviele reg en die godsdienstige Islamitiese reg en gebruike (vgl. ook Williams en Abraham-Fayker 2011:1–49; Neels 2012:486 e.v.; Bakker 2013:142 e.v.; Moosa en Abduroaf 2014:160 e.v.; Abraham-Fayker 2014;Amien 2014:192 e.v.).

Bibliografie

Abraham-Fayker, H. 2014. Registration of Muslim priests as marriage officers. 30 April. http://www.wlce.co.za. (30 Augustus 2014 geraadpleeg).

Abrie, W., B. de Clerq, C.R. Graham, M.C. Schoeman-Malan en P. de W. van der Spuy. 2011. *Bestorwe boedels*. Pretoria: Proplus.

Amien, W. 2014. The viability for women's rights of incorporating Islamic inheritance laws into the South African legal system. *Acta Juridica*, (1):192–218.

Bakker, P. 2008. Toepassing van Islamitiese reg in Suid-Afrika – Hassam v Jacobs [2008] 4 All SA 350 (C). *Obiter*, 29(3):533–41.

—. 2009. Die *Civil Union Act, Draft Domestic Partnership Bill* en moontlike deregulering van die huwelik. *Tydskrif vir Regswetenskap*, 34(1):1–20.

—. 2013. Chaos in family law: a model for the recognition of intimate relationships in South Africa. *Potchefstoom Elektroniese Regsblad*, 16(3):116–50.

Breslaw, S. 2013. Muslim spouses – Are they "equally' married? *De Rebus*, 30:246.

Carnelley, M. 2007. Enforcement of the maintenance rights of a spouse, married in terms of Islamic law in the South African Courts. *Obiter*, 28(2):340–51.

Carnelley, M. en S. Bhamjee. 2012. Protecting a wife financially at the time of divorce – A comparison between South African women married in terms of South African civil law and Islamic law, with special reference to the Mahr. *Obiter*, 33(3):482–502.

Denson, R. en M. Carnelley. 2009. The awarding of post-divorce maintenance to a Muslim ex-wife and children in the South African courts: The interaction between divine and secular law. *Obiter*, 30(3):679–701.

Denson, R. en G. van der Walt. 2009. Cold comfort for parties to a Muslim marriage. *Obiter*, 30(2):188–96.

De Waal, M.J. en M.C. Schoeman-Malan. 2008. *Erfreg*. 4de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Domingo, W. 2009. Succession in terms of Islamic law and its application in South Africa. *Speculum Juris*, 1:40.

—. 2011. Muslim personal law in South Africa: until two legal systems do us part or meet? *Obiter*, 32(2):377–92.

Du Toit, F. 2009. The constitutional family in the law of succession. *South African Law Journal*, 126(3):463–88.

Goolam, N.M.I., J.G.H. Badat en N. Moosa. 2010. Moslemreg. In Rautenbach, Bekker en Goolam (reds.) 2010.

Heaton, J. 2010. *South African family law*. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Heaton, J. en A. Roos. 2012. *Family and succession Law in South Africa.* Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

Kamadien, Y. 2014. Muslim marriages now legal in South-Africa. 1 Mei. http://yazkam.wordpress.com/2014/05/01/muslim–marriages–now–legal–in–south–africa (15 Mei 2014 geraadpleeg).

Legg, K. 2014. Historic day for Muslim marriages. *Cape Argus*, 13 April. Beskikbaar by http://www.iol.co.za/news/south-africa/western-cape/historic-day-for-muslim-marriages-1.1681947 (20 Mei 2014 geraadpleeg).

Maregele, B. en A. Hartley. 2014. Muslims can wed legally. *Cape Times*, 30 April. Beskikbaar by http://www.iol.co.za/news/politics/muslims-can-wed-legally-1.1681781. (20 Mei 2014 geraadpleeg).

Moosa, N. 2011. *Unveiling the mind: The legal position of women in Islam – A South African context*. 2de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Moosa, N. en M. Abduroaf. 2014. Faskh (divorce) and intestate succession in Islamic and South African law: impact of the watershed judgement in Hassam v Jacobs and the Muslim Marriages Bill. *Acta Juridica*, 1:160–91.

Moslem Juridiese Raad. 2014. http://www.mjc.org.za/index (15 Julie 2014 geraadpleeg).

Neels, J. 2012. Constitutional aspects of the Muslim Marriages Bill. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:490–506.

Osman-Hyder, M. 2011. The impact and consequences of *Hassam v Jacobs NO* on polygamous Muslim marriages [a discussion of *Hassam v Jacobs NO* 2009 11 BCLR 1148 (CC)]. *Stellenbosse Regstydskrif*, 22(2):233–46.

Rautenbach, C. 2003. Islamic marriages in South Africa: Quo vadimus? *Koers*, 69(1):121–52.

—. 2004. Some comments on the current (and future) status of Muslim personal law in South Africa. *Potchefstroom Elektroniese Regsblad*, 7(2):1–34.

—. 2014. The modern-day impact of cultural and religious diversity: managing family justice in a diverse society. *Potchefstoom Elektroniese Regsblad*, 17(1):521–2.

Rautenbach, C., J.C. Bekker en N.M.I. Goolam (reds.). 2010. *Inleiding tot regspluralisme.* 3de uitgawe. Pietermaritzburg: LexisNexis.

Rautenbach, C., N.M.I. Goolam, en N. Moosa. 2010. Godsdienstige regstelsels: Grondwetlike uitleg. In Rautenbach, Bekker en Goolam (reds.) 2010.

SAnew.gov. 2014. Full legal status for Muslim marriages in South Africa (2 Mei). http://www.southafrica.info/services/rights/muslim–020514.htm (5 Mei 2014 geraadpleeg).

Seedat, F. en F. Ismail. 2014. Muslim nuptial contracts – progress at last? (9 Mei). http://mg.co.za/article/2014–05–08–muslim–nuptial–contracts–progress–at–last (25 Mei 2014 geraadpleeg).

Skelton, A. en M. Carnelley. 2010. *Family law in South Africa*. 3de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.

Suid-Afrikaanse Regskommissie. 2003. Verslag. *Islamic Marriages and related matters*. Julie 2003. Projek 59.

The Muslim Community. 2011. Beyond the Muslim Marriages Bill (24 April). http://www.theislamiccommunity.com/article (5 September 2014 geraadpleeg).

Van Schalkwyk, L.N. 2014. *Algemene beginsels van die familiereg*. 5de uitgawe. Printburo: Pretoria.

Venter, F. 1998. Die betekenis van die bepalings van die 1996 Grondwet. *Potchefstoom Elektroniese Regsblad*, 1(1):32–93.

Williams, J. en H. Abrahams-Fayker. 2011. Women's Legal Centre. Submissions on the Muslim Marriages Draft Bill (31 Mei). Persverklaring, 1–49.

Eindnotas

1) Die vrou mag slegs van 'n *faskh* (ook genoem *khula)* gebruik maak en een van die gelyste gronde moet aanwesig wees: besering of onmin; versuim om te onderhou; gebrek aan die kant van die man; of man se afwesigheid sonder rede of hy dien gevangenisstraf uit (eie vertaling; Rautenbach e.a. 2010:323). Dit is onduidelik of die man die *faskh* mag herroep. In *Hassam v Jacobs* is bevind dat die man dit wel mag doen (Osman-Hyder 2011:242–3 vn. 105; Denson en Van der Walt 2009:188), terwyl Bakker (2008:540–1) en Moosa en Abduroaf (2014:182) aanvoer dat die hof die beginsels oor die *faskh* verkeerd geïnterpreteer het en dat dit nie herroepbaar is nie.

2) Die Verenigde Ulama Raad van Suid-Afrika is 'n oorkoepelende liggaam wat bestaan uit Moslem teologiese formasies (soos die MJR) wat verantwoordelik is vir die voltrekking van huwelike en uitreiking van sertifikate van gemeenregtelike Moslemhuwelike. Hulle is ook verantwoordelik vir die bemiddeling van huweliksprobleme. In die afwesigheid van so 'n versoening het die raad die nodige godsdienstige gesag om hom oor die ontbinding van die huwelik uit te spreek. Vgl. http://www.uucsa.org.za.

3) 2013:246 e.v.: *Ismail* v Ismail 1983 1 SA 1006 (A); Moola v Aulsebrook 1983 1 SA 687 (N); Solomons v Abrams 1991 4 SA 437 (W); S v Makwanyane and Another 1995 3 SA 391 (KH); Ryland v Edros 1997 2 SA 690 (K); Amod v Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund Commission for Gender Equality intervening 1999 4 SA 1319 (HHA); Daniels v Campbell 2004 5 SA 331 (KH) Hassam v Jacobs 2009 5 SA 572 (KH); Khan v Kahn 2005 2 SA 272 (T) Mahomed v Mahomed 2009 JOL 23733 (OKP); Du Toit v Seria 2006 8 BCLR 869 (KH); Butters v Mncora 2012 4 SA 1 (HHA).

4) Aspekte wat volgens Neels (102:502) kommer wek, is die inherente en formele geldigheid van die huwelik; poligamie; die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik; ontbinding van die huwelik; mediasie; onderhoud van gewese gades; onderhoud van kinders; en toesig en voogdy van kinders.