

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID AFRIKA
(TRANSVAALSE PROVINSIALE AFDELING)

Saaknommer: 31117/2003
Datum aangehoor: 17/06/2008
Datum van uitspraak: 05/08/2008

RAPORTEERBAAR

In die saak tussen:

A. H. A. WIESE

EISER

En

C. MOOLMAN

VERWEERDER

UITSPRAAK

DU PLESSIS R:

Die eiser is in 1987 met Lettie Wiese getroud. Die huwelik is in 2003 by wyse van egskeiding ontbind. Die eiser beweer dat die verweerder gedurende die bestaan van die huwelik met die gemelde Lettie Wiese owerspel gepleeg het. Op grond van die beweerde owerspel het die eiser teen die verweerder aksie ingestel vir skadevergoeding. Die verweerder voer in 'n spesiale pleit aan dat 'n aksie gegrond op owerspel nie meer bestaansreg het in die Suid Afrikaanse reg nie en afgeskaf behoort te word.

Die partye het ooreengekom om die vraag wat deur die verweerder se spesiale verweer geopper word as 'n gestelde saak aan hierdie hot vir

beslissing voor te lê. Vir doeleindes van die gestelde saak¹ het die verweerder erken dat hy tussen April 2001 en Mei 2002 op verskeie geleenthede met die eiser se gade owerspel gepleeg het.

Die regspraak wat die partye vir beslissing voorgelê het is die volgende: "Of 'n aksie gegrond op owerspel enige bestaansreg het in die Suid Afrikaanse Reg al dan nie en dan ot 'n aksie gefundeer op die skuldoorsaak van owerspel nie afgeskaf behoort te word nie."

Dit sal in die loop van hierdie uitspraak blyk dat daar appèlhof-gesag vir die bestaan en toestaan van die aksie gegrond op owerspel is. Dit is die verweerder se argument dat gemeenskapsopvattinge sedert daardie beslissing sodanig verander het dat dit nie nou meer geldig is nie. Hierdie hof is gebonde aan beslissinge van die appèlhof. Die verweerder se betoog oopper die interessante vraag of hierdie hof van beslissinge van 'n hoër hof kan afwyk indien dit oortuig is dat daardie beslissing in 'n tyd gegee is dat gemeenskaps oortuigings anders was. Dit is egter nie nou nodig om die vraag te oorweeg nie omdat die verweerder ook aanvoer dat die aksie gegrond op owerspel indruis teen die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika, 1996, en meer in besonder teen bepalinge vervat in die Grondwet se Handves van Regte. As 'n reël van die gemene reg teenstrydig is met 'n grondwetlike bepaling, is hierdie hof verplig om aan die Grondwet gevolg te gee. Dit moet hierdie hof doen al is daar gesag van 'n hoër hof tot die teendeel maar

¹ Die partye kan ooreenkom dat 'n feit slegs vir doeleindes van die gestelde saak erken word: Harms, Civil Procedure in the Supreme Court, 8-225, para. 33.5

daardie gesag het nie die ter saaklike bepaling van die Grondwet in ag geneem nie. Verder het hierdie hot die bevoegdheid om die gemene reg te ontwikkel en moet dit in die proses gevolg gee aan die "gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte" (Artikel 39(2) van die Grondwet; S v Thebus & Another 2003 (6) SA 505 (CC) para. 28). Ek gaan dus voort om die vraag te oorweeg.

Ons reg erken en beskerm 'n wye verskeidenheid van persoonlikheidsregte. Ingesluit daarby is elke persoon se reg op sy ot haar eer en waardigheid. Verder is daarby ingesluit "n versameling van persoonlikheidsregte waarna prot. Neethling (Neethling, Persoonlikheidsreg (4de uitgawe, bl. 35 en verder) as die reg op die gevoelslewe verwys. Sommige van die persoonlikheidsregte word uitdruklik in die Handves van Regte beskerm, en ander by implikasie.

Daar kan op 'n wye verskeidenheid van maniere inbreuk gemaak word op mense se persoonlikheidsregte. Ons reg erken dat een manier waarop daar op 'n getroude persoon se persoonlikheidsregte inbreuk gemaak kan word, is deur owerspel met daardie persoon se eggenoot te pleeg (Vi viers v Kilian 1927 AD 449 op 450). Die eersgenoemde eggenoot ("die onskuldige eggenoot") kan teen die derde party wat met die ander eggenoot ("die skuldige eggenoot") owerspel gepleeg het, die *actio iniuriarum* instel en, indien die elemente van die aksie bewys word, genoegdoening van die derde verhaal (Foulds v Smit 1950 (1) SA 1 (AD)).

Owerspel is "vrywillige geslagtelike verkeer tussen 'n getroude persoon en iemand anders as sy of haar gade" (Vgl. Neethling a.w. bl. 253)). Om die gestelde vraag te oorweeg, is dit nodig om eers te oorweeg waarom ons reg vrywillige geslagsverkeer tussen twee persone as 'n iniuria teen iemand anders (die onskuldige eggenoot) beskou.

Die belang en uniekheid van die huwelik as instelling is al by herhaling deur howe in sowel ons land as in ander lande beklemtoon. Dit is geyk en dus oorbodig vir my om nou weer daarop in te gaan (Vgl. bv. Dawood and Another v Minister of Home Affairs and Others; Shalabi and Another v Minister of Home Affairs and Others; Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others 2000(3) SA 936 (CC) te paragrawe 30, 31, 33, 36 en 37.). Dit is ook geyk dat huwelikspartye hulleself vrywillig daartoe verbind om saam te woon, mekaar te onderhou, mekaar te ondersteun, uitsluitlik binne die huwelik seksueel te verkeer en aan mekaar getrou te wees (Vgl. weer paragraaf 33 van die Dawood-beslissing en die gesag by voetnoot 44). Uit die aard van die intieme persoonlike verhouding waarop die huwelik gegrond is, aanvaar ons reg dat daar uit daardie verhouding vir elkeen van die huwelikspartye 'n versameling persoonlikheidsregte voortspruit wat deur buitstaanders gerespekteer moet word. Die eggenote se onderneming teenoor mekaar en teenoor die buitewêreld² om slegs binne die huwelik seksueel te verkeer en om aan die huweliksverhouding getrou te wees, is wesenlik tot die huwelik en

² Die huwelik is nie slegs 'n ondememing tussen eggenotes nie, maar word regtens gereël en vir openbare kennis geregistreer.

kan nie by ooreenkoms uitgesluit word nie (Joubert, LAWSA, vol. 16 para, 12). Owerspel druis direk teen daardie onderneming in.

In praktyk word gewoonlik beweer dat die owerspel *contumelia* (belediging, hoon) teenoor die onskuldige eggenoot daarstel en dat dit die *consortium* wat uit die huwelik voortspruit, aangetas het (Harms, Amler's Precedents of Pleadings, 6de uitgawe, bl. 20 en 21).

Wat die bewering dat die owerspel *contumelia* daarstel betref, word owerspel nie net as beledigend teenoor die onskuldige eggenoot beskou nie (Neethling, a.w. bl. 254 en 255, veral die verwysing na Foulds v Smith by voetnoot 14). Owerspel word meer algemeen as 'n iniuria beskou: Dit tas volgens die stand van ons reg die eer, waardigheid en die gevoelslewe van die onskuldige eggenoot aan.

Die term *consortium* is een van daardie wye, ondefinieerbare begrippe wat nogtans 'n goed verstaanbare betekenis . Dit behels ondermeer die samesyn, die kameraadskap, die wedersydse vertrouwe, liefde en ondersteuning wat vir die eggenote uit die huwelik voortspruit. Die presiese aard en inhoud van *consortium* verskil van huwelik tot huwelik: elke man soen sy vrou op sy eie manier. Uit hoofde van die huwelik het elke eggenoot 'n persoonlikheidsreg op die *consortium*. Ons reg aanvaar dat owerspel as algemene stelling daardie *consortium* versteur en so op die reg daarop inbreuk maak. Die onskuldige eggenoot kan ook vermoensverlies vorder wat hy/sy as

gevolg van die verlies aan *consortiumly*. Neethling (258) wys daarop dat sulke skade eintlik met die *actio legis Aquiliae* gevorder moet word, maar vir doeleindes van hierdie uitspraak konsentreer ek op die persoonlikheidsregte wat in gedrang is.

Om op te som: Owerspel druis direk in teen die eggenotes se onderneming teenoor mekaar en teenoor die buitewêreld om slegs binne die huwelik seksueel te verkeer. As sodanig beskou ons reg dit as 'n inbreuk op 'n versameling persoonlikheidsregte wat vir elke eggenoot uit die huwelik spruit.

Teen die bogemelde agtergrond moet die verweerder se spesiale pleit nou oorweeg word. Hy voer in die eerste plek aan dat die opvatting dat owerspel 'n iniuria daarstel onbestaanbaar is met, en "nie in harmonie met die moderne konsepte van die huwelik is nie".

Ek het nie verstaan dat mnr Ras vir die verweerder betoog dat onskuldige eggenote in die moderne tyd nie meer deur owerspel seergemaak word nie. Hy het, soos ek verstaan, ook nie betoog dat die aard en inhoud van die *consortium* sodanig verander het dat owerspel nie daarop inbreuk maak nie. Dit is geykte reg dat die hof in elke geval op die feite moet bepaal wat die aard van die eggenotes se verhouding was en of owerspel inderdaad op die onskuldige eggenoot se persoonlikheidsregte inbreuk gemaak het. Ek meen egter nie dat die algemene stelling gemaak kan word dat geen eggenoot meer iniuria ervaar en dat geen *consortium* meer deur owerspel versteur word nie.

Liefdesdriehoeke en die heftige gevoelens wat daarmee saamgaan bly vandag nog met soos vroeër die substans van baie vorms van skrywerskuns. Liefdesdriehoeke bly vandag nog net soos vroeër ook die motivering vir verskeie misdade. Kortom, die aard van die mens, al noem hy homself *homo sapiens sapiens*, is nou eenmaal so dat owerspel gevoelens seermaak en verhoudings versteur.

Die verweerder se pleit opper eintlik die vraag of die aard ("konsepsie") van die huwelik sodanig verander het dat dit nie meer onregmatig is om deur middel van owerspel daarmee in te meng nie. Anders gestel, is die vraag of die gemeenskapsopvatting, die *boni mores*, sodanig verander het dat owerspel as objektief redelik beskou word (vgl. oor die vraag na onregmatigheid, Neethling a.w. bl. 67). Die vraag na onregmatigheid verg dus van die hof om 'n waardeoordeel te maak oor wat op die bepaalde tydstip die gemeenskap se oortuigings is. Artikel 39(2) van die Grondwet bepaal: "By die... ontwikkeling van die gemene reg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder." Dit beteken dat die hof die gemeenskapsoortuigings altyd deur die lens van die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte moet beskou en oorweeg.

Dit mag so wees dat al hoe meer mense deesdae meen dat die huwelik nie die enigste gepaste manier is om seksuele- en gesinsverhoudings tot uitdrukking te bring nie. Die wat in die huwelik tree, doen dit egter nog

steeds vrywillig en maak nog steeds aanspraak op die uitsluitlike seksuele verhouding wat daaruit voortspruit. Al is hulle in die minderheid, wat ek nie aanvaar nie, bly die wat besluit om in die huwelik te tree geregtig daarop dat hulle oortuigings oor die huwelik gerespekteer word. Die "gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte" is juis om tot die hoogste moontlike mate gevolg te gee aan elke mens se individuele reg om sy of haar lewe volgens sy of haar persoonlike oortuigings in te rig en om daarvoor gerespekteer te word. "Elkeen het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word" (Artikel 10 van die Grondwet). Die verskanste regte is "'n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika" (Artikel 7(1)) en die Staat sowel as natuurlike – en regs persone moet dit respekteer (Art. 8). In *Volks N.O. v Robinson and Others* 2005 (5) BCLR 446 (CC) het Skweyiya R namens die meerderheid van die Grondwetlike Hof 5005 volg aan die huwelik en die regte wat daaruit voortspruit erkenning gegee: "Marriage and family are important social institutions in our society. Marriage has a central and special place, and forms one of the important bases for family life in our society." In paragraaf 81 van dieselfde uitspraak het Ngcobo R dit onomwonde gestel dat ons Grondwet die huwelik as instelling erken. Daarmee het die meerderheid van die Grondwetlike Hof ook saamgestem. Uit die *Volks en Dawood* uitsprake (en nog meer) blyk dit dat die huwelik as instelling nie alleen van regsweë erken en gerespekteer word nie, maar dat die aard en inhoud daarvan, insluitende die reg en verpligting tot uitsluitlike seksuele verhoudings, erken word.

Dit volg dat dit die oortuigings van die gemeenskap is dat die uitsluitlike seksuele verhoudings wat die huwelik meebring gerespekteer moet word en dat dit onregmatig is om daarmee in te meng. Regspolities is dit na my oordeel in elk geval noodsaaklik om die uitsluitlikheid van seksuele verhoudings waartoe eggenote hulleself verbind het te beskerm teen inmenging deur derdes.

Eerstens meen ek dat die reg nie 'n boodskap uit behoort te stuur dat owerspel regmatig is nie. Tweedens veroorsaak owerspel heftige gevoelens waarvoor die reg by wyse van die *actio iniuriarum*'n noodsaaklike uitlaatklep moet bied. As die reg versuim om dit te doen, bestaan die gevaar dat die gevoelens op ander, onregmatige, maniere uitgelaat sal word.

In die tweede plek voer die verweerder in sy spesiale pleit aan dat die aksie gegrond op owerspel verouderd is en nie meer in harmonie is met die moderne gemeenskap se siening nie. Vir die redes reeds gemeld, meen ek dat die betoog uit die oog verloor dat daardie mense wat nog in die uitsluitlike seksualiteit van die huwelik glo, se regte beskerm moet word. Mnr Ras het in die loop van sy betoog daarop gewys dat owerspel lankal nie meer as misdadig in ons reg beskou word nie en dat die onregmatige daad waarom dit tans gaan dieselfde pad behoort te volg. Ek het reeds daarop gewys dat In uitlaatklep vir die heftige gevoelens wat owerspel veroorsaak noodsaaklik is.

Regtens kan die onskuldige eggenoot nie teen die skuldige een op

grond van laasgenoemde se owerspel die *actio iniuriarum* instel nie (Neethling, a.w. 253 met die gesag by voetnoot 106). Die verweerder voer aan dat dit 'n anomalie is omdat die derde wel met die *actio iniuriarum* aangespreek kan word terwyl hy of sy geensins in 'n vertrouensverhouding met die eggenote is nie. Die betoog hou nie rekening daarmee dat die onskuldige eggenoot se aksie teen die derde nie op die bestaan van 'n vertrouensverhouding tussen die eiser en die derde gebaseer is nie, maar daarop dat die derde onregmatig ingemeng het met die verhouding tussen die eggenote. In elk geval stel die skuldige eggenoot se owerspel wel 'n onregmatige daad teenoor die onskuldige eggenoot daar (Asinovsky v Asinovsky 1943 CPD 131 op 132 en 1331; Neethling, a.w. bl. 253 en 254). Die onskuldige kan vir regspolitieke redes nie die *actio iniuriarum* teen die skuldige instel nie. Die onskuldige eggenoot se remedie is om die skuldige vir egskeiding aan te spreek as die owerspel vir hom of haar onbestaanbaar is met die voortbestaan van die huwelik (Artikel 4(2)(b) van die Wet op Egskeiding, 70 van 1979) Die onskuldige eggenoot kan ook ten aansien van die verskillende regsmiddels wat in artikel 7 van die gemelde wet verleen word, aanvoer dat die owerspel 'n faktor is wat die toestaan van die betrokke remedie beïnvloed.

Ten slotte voer die verweerder aan dat die aksie gegrond op owerspel indruis teen die Handves van Regte, meer in besonder teen artikels 9, 10, 15 en 18 van die Grondwet.

Mnr Ras het aangevoer dat om die aksie op grond van owerspel toe te staan indruis teen die gelykheidsbepalings van artikel 9 van die Grondwet omdat slegs getroude persone daarop aanspraak kan maak en omdat, so het hy betoog, eggenote in 'n enkel-geslag huwelik nie die reg het nie. Wat laasgenoemde betref, het die Grondwetlike Hof erkenning verleen aan een geslag huwelike (Sien Minister Of Home Affairs V Fourie (Doctors For Life International And Others, Amici Curiae));

Lesbian And Gay Equality Project And Others V Minister Of Home Affairs 2006 (1) Sa 524 (Cc). Daar is regtens geen rede waarom eggenote in sulke huwelike nie presies die regte het wat hierbo uiteengesit is nie. Wat die betoog betref dat die aksie gegrond op owerspel slegs getroude persone toekom, is dit eenvoudig so omdat owerspel 'n huwelik veronderstel. Persone wat verkies om in andersoortige verhoudings saam te leef maak self daardie keuse en kan hulle nie beklaas die gevolge van 'n huwelik, wat hulle self besluit het om nie aan te gaan nie, nie op hulle van toepassing is nie. Daarby moet in ag geneem word dat ons reg nie 'n geslote aantal handeling erken wat persoonlikheidsregte kan krenk nie. 'n Persoon wat bewys dat sy of haar persoonlikheidsregte onregmatig aangetas is met die nodige opset, kan op genoegdoening met die *actio iniuriarum* aanspraak maak.

Wat artikel 10 betref, meen ek nie dat die derde daarop aanspraak kan maak dat sy of haar menswaardigheid nie gerespekteer word as daar bevind word dat hy of sy opsetlik met ander mense se privaatverhouding ingemeng

het en daarom aanspreeklik is nie.

Die pleit dat die aksie inbreuk maak op artikels 15 en 18 van die Grondwet kan saam oorweeg word. Artikel 15 beskerm die reg op "vryheid van gewete, godsdiens, denke, oortuiging en mening" terwyl artikel 18 bepaal elkeen "het die reg op vryheid van assosiasie". Dit is betoog dat die aksie gegrond op owerspel inbreuk maak op die derde en die skuldige eggenoot se reg om hulle liggame volgens hulle eie oortuigings aan te wend. Die betoog verloor uit die oog dat die skuldige eggenoot vrywillig daardie reg beperk het deur in die huwelik te tree en dat die derde daarvan bewus was. Laasgenoemde is so omdat die reg opset aan die kant van die derde vereis.

Ter ondersteuning van die pleit dat die aksie gegrond op owerspel op artikels 15 en 18 inbreuk maak, het mnr Ras daarop gewys dat die aksie aanvanklik slegs vir die man beskikbaar was en nie vir die vrou nie. Dit is nou geykte reg dat die vrou ook die aksie kan instel (*Tutt v Tutt* 1929 CPD 51; *Rosenbaum v Margolis* 1944 WLD 147; *Foulds v Smith* (*supra*)). Die feit dat die aksie aanvanklik slegs mans toegekom het toon, so is betoog, dat dit eintlik daaruit spruit dat die vrou en haar liggaam as die eiendom van die man beskou is. Die betoog was verder dat 'n aksie wat daaruit voortspruit dat mense se liggame nie aan hulleself behoort nie, nie in ons grondwetlike bestel tuishoort nie. Ek aanvaar dat die aksie uit 'n tyd spruit dat vrouens minderwaardig as mans geag is. (De Groot, Inleidng 3.35.9 meld by. net dat owerspel op hoon teenoor die man neerkom en dat vermoënsverlies wat

daardeur veroorsaak word, deur die man en die kinders geëis kan word.) Soos wat ek hierbo probeer aantoon het, het die aksie egter tred gehou met ontwikkeling op die gebied van die beskerming van persoonlikheidsregte. Dit is tans 'n aksie wat 'n unieke verhouding en persoonlikheidsregte wat daaruit voortspruit beskerm ongeag die geslag van die betrokkenes. Dit is na my mening onlogies om die ontwikkeling op die gebied van die persoonlikheidsreg te ignoreer en om owerspel as regmatig te beskou bloot omdat die reg nie nog altyd ingesien het dat veel meer as die man se reg op sy waardigheid aangetas word nie.

Die eiseres is deur twee advokate verteenwoordig. Die aard van die geskil is sodanig dat dit 'n redelike stap was.

Die volgende bevel word gemaak:

Die verweerder se spesiale pleit word van die hand gewys met koste, insluitende die koste van twee advokate.

B. R. DU PLESSIS
REGTER VAN DIE HOOGGEREGSHOF

Advokaat Applikant:	Adv. R. Tolmay, SC Adv. L. Houpt
Prokureur vir die Applikant:	Van Vuuren Strydom & Neuhoff

Advokaat vir die Respondent: Adv. F. Ras
Prokureur vir die Respondent: E.A.L. Muller Prokureurs