

AANTEKENINGE

FETAL “RIGHTS”? THE NEED FOR A UNIFIED APPROACH TO THE FETUS IN THE CONTEXT OF FETICIDE

1 Introduction

The issues of fetal protection, fetal rights and the status of unborn life have been debated on a variety of levels in a variety of disciplines over the past centuries. One needs only think of John Milton who asked the “hard” question: “For man to tell how human life began / Is hard: for who himself beginning knew?” (*Paradise lost* (1667) Bk 8 251–252). While the issue of fetal rights most often arises in abortion debates, the issue of fetal rights in the context of feticide has received scant attention in South Africa. (For a thought-provoking general discussion of fetal rights, see Du Plessis “Jurisprudential reflections on the status of unborn life” 1990 *TSAR* 44; Van Niekerk (ed) *The status of prenatal life* (1991) and Kahn (ed) *The sanctity of human life* (1983).) This note seeks to initiate a discussion on the current legal position in South Africa in respect of feticide. To put the general discussion of feticide into context it is useful to consider the strange and disturbing circumstances of *S v Mshumpa* 2008 1 SACR 126 (E), circumstances which Froneman J described in *Alice-in-Wonderland* terms in the judgment as becoming “curiouser and curiouser” (para 4).

On Valentine’s Day 2006, David Best drove his heavily-pregnant girlfriend, Melissa Shelver, to St Dominics Hospital in East London for a final check-up. The ultrasound revealed that their 38-week old unborn baby girl was fully developed and in perfect health. This examination followed many regular visits to the hospital where the would-be parents followed the progress of what was to be little Jenna-May. As of Valentine’s Day, she was due to be born in two weeks.

The horrific events that followed this visit were captured by a local newspaper, the headlines of which read: “Gunman shoots unborn baby girl in hijacking” (*Daily Dispatch* 15 February 2006). In the article, the newspaper described how a gunman shot Best in the shoulder before shooting Shelver twice in the stomach after hijacking the couple’s vehicle. The article described how Best despite his injury valiantly managed to drive himself and his injured girlfriend to the hospital.

While both would-be parents survived the ordeal, the 38-week old fetus was not so fortunate. Despite an emergency caesarean, she was stillborn. The neonatal surgeon’s evidence showed that the fetus had died in the womb as a direct result of the two gunshots fired into Ms Shelver’s uterus, shattering parts of the fetus’s cervical spine. According to the surgeon, “hierdie baba het dieselfde pynsensasie as ’n baba na geboorte of ’n groter kind tot en met ouderdom van 11 jaar” (affidavit of Gerhardus Kirsten, *Mshumpa* para 16). This evidence (ie that

the fetus “felt pain”) would become relevant to the legal argument that was to follow.

A 10 000-strong march in support of Best and Shelver and in protest against violence in the city was being organised by city residents (“Hijack shooting: Appeal for 10 000-strong protest march”: *Daily Dispatch* 17 February 2006) when the true horror of the incident emerged – the police arrested Best. It transpired, and was later accepted by the court, that Best had hired the two men and had orchestrated the hijacking. He intended to and succeeded in killing the fetus; ostensibly as a solution to his entangled love relationships with both the mother of the child and a former girlfriend (*Mshumpa* para 6).

In light of this intention, the state attempted to argue (in count 2 of the indictment) that both Mshumpa (the gunman hired by Best) and Best himself, should be convicted of the murder of the unborn child. This argument was problematic as the definition of murder has always been understood as requiring that the person killed had to be born alive (para 53). The state sought to overcome this problem by arguing that the 2000 year-old born-alive principle, which provides that a fetus attains legal subjectivity only once it breathes outside the womb, should be developed in light of medical advancements to include a fetus in the womb, thus ensuring that Mshumpa and Best could be convicted of murder (para 10).

In his judgment, Froneman J found that Mshumpa and Best were guilty of attempted murder of the mother. In declining to find Mshumpa and Best guilty of any offence relating to the fetus as set out in count 2 of the indictment, the court relied on the Constitutional Court judgment handed down the day before, namely *Masiya v Director of Public Prosecutions* 2007 2 SACR 435 (CC). According to Froneman J, the *Masiya* judgment prevented him from convicting the accused of murder because of “the legality principle explicitly recognised as a fundamental right itself in s 35(3)(l) of the Constitution” (*Mshumpa* para 58). Nonetheless, Froneman J found that the conviction of the attempted murder of the mother in these circumstances could embrace or incorporate the act of killing the fetus. He reasoned that the act of killing the fetus would be considered at the sentencing stage and would thus provide appropriate redress for the action where the aggravation of the assault on the mother, in the form of harm to the fetus in her stomach, would be taken into account. He found that, by incorporating the act into the offence relating to the mother, the law would provide adequate protection for the fetus, since the mother and the fetus experience a special kind of togetherness during pregnancy (para 64). During the later sentencing hearing, Froneman J imposed on Best an effective 21 years’ imprisonment made up of various counts, but mainly for the attempted murder and assault of the pregnant woman (20 years’ and 6 months’ imprisonment respectively). In addition, in terms of section 276B of the Criminal Procedure Act 51 of 1977, Froneman J ordered that Best would not be considered for parole for a period of 13 years. In respect of the hired hand, Mshumpa, the court imposed an effective 15 years’ imprisonment (paras 84–87). In sentencing, Froneman J commented that “[i]t is difficult to conceive of a more aggravated form of assault on a pregnant mother than the attempted murder on Ms Shelver in this matter” (para 81).

2 The context of the discussion

To put this comment on fetal rights into perspective, I consider whether Froneman J’s decision in *Mshumpa* is appropriate by considering the idea that the

mother and fetus experience a “special type of togetherness”. This comment does not take into account the legality principle dimension of the decision since this has been argued elsewhere (De Villiers “Parlementêre voete-sleep en uitgediende misdaaddefinisië – is regterlike ingryping die oplossing?” 2007 *TSAR* 769) and such dimension does not take the particular issue of fetal “rights” any further. Second, I discuss whether the state’s argument in *Mshumpa* for the protection of the fetus is appropriate in the types of circumstances highlighted in the set of facts above. Finally, I turn to the third part of my discussion which is to suggest that, before we work out *how* to protect the fetus *post-Mshumpa* (whether by extending the common law or legislating), we should ask the antecedent question: *why* should we protect the fetus?

The rationale for asking the *why* question stems from my belief that South Africa lacks a theoretically-unified approach to the question of fetal rights and/or protection – a problem that is not ours alone (see eg Milligan’s discussion of the United States of America’s bifurcated fetal-rights scheme in “A theory of stability: John Rawls, fetal homicide, and substantive due process” 2007 *Boston Univ LR* 1177). This much is evidenced by the actions of the National Prosecuting Authority (“NPA”) *post-Mshumpa*. In the weeks after the decision by Froneman J, the NPA displayed an ambivalence and anxiety about how best to anticipate and recommend the appropriate course to follow regarding fetal rights. In a flurry of letters between various Deputy Directors of Public Prosecutions, the Director of Public Prosecutions and legal advisors after Froneman J’s decision, this anxiety is evident.

On the one hand, the NPA wanted to challenge the correctness of Froneman J’s decision by means of section 333 of the Criminal Procedure Act which allows the minister to apply to the Supreme Court of Appeal for a ruling on the correctness of a question of law decided by a high court. Implicit in such a procedure is the NPA’s belief that the fetus should be recognised as alive after viability, that it has legal subjectivity and therefore it should be included in the common-law definition of murder. This I will later refer to, in Dworkinian terms, as a *derivative claim* to protection.

On the other hand, the NPA wanted to approach the South African Law Reform Commission asking for specific legislation that would create a separate offence for the deliberate killing of an unborn child by third parties – something that has been done by most other countries. This request implies a recognition that the fetus after viability needs protection but does not constitute a person for the purposes of murder, and hence the need for the creation of a separate offence. This I will later refer to, in Dworkinian terms, as a *detached claim* to protection.

Even beyond these immediate approaches, there has been the question of whether the fetus could have been adequately protected had the NPA decided to charge Mshumpa and Best, not for murder, but rather for the common-law crime of unlawful abortion (see eg Buthulezi “Killing with impunity: The story of an unborn child” unpublished conference paper *Law Teachers Conference* University of Pretoria (2008)). The argument here is that the common-law crime of abortion still exists and adequately deals with the situation. In short, the NPA would have been ill-advised to proceed along this route for a number of reasons.

It is highly unlikely that a court would find that the common-law crime of unlawful abortion still exists in the light of legislative repeal of the crime by the Abortion and Sterilisation Act 2 of 1975 (“ASA”) and its subsequent repeal by the Choice on Termination of Pregnancy Act 92 of 1996 (“CTOP”). Here the

argument proffered is that, while the ASA replaced the common-law crime of unlawful abortion by section 2 of ASA (*S v Kruger* 1976 3 SA 290 (O)), such section was subsequently omitted by the 1996 Act, and therefore such omission revived the common-law crime of unlawful abortion. However, this argument ignores section 12(2)(a) of the Interpretation Act 33 of 1957 which makes it unlikely that the common-law crime can be revived since “[w]here a law repeals any other law, then unless the contrary intention appears, the repeal shall *not* revive anything not in force or existing at the time at which the repeal takes effect”.

Even if a court found that the common-law crime had been revived, one would need to show that the crime has not been abrogated by disuse.

Even if the common-law crime still existed, one would have to consider whether the crime is constitutionally sound given that, on one reading, it was originally based on the Roman-law concept of a violation of the father’s right to his offspring (Edelstein *The Hippocratic oath* (1943) 13–14, quoted in *Roe v Wade* 410 US 113 (1973) para 6).

Finally, and following on from the problem highlighted above, one would need to consider whether the common-law definitions of abortion diverge to such an extent so as to make the common-law treatment of that crime inconsistent and unworkable in any context (Van Oosten “Vrugafdrywing: ’n Misdaad sonder omskrywing en met ’n twyfelagtige inhoud?” 1986 *De Jure* 48 230). For example, some definitions are to the effect that abortion consists in causing the untimely *expulsion* of a fetus from the uterus. It is not explicitly stated that abortion is the *killing* of the fetus (see eg Voet 47 11 3: “the untimely forcing out or getting rid of an embryo”; and the definition given by Gardiner and Lansdown *South African criminal law and procedure* (1958) quoted in Milton *South African criminal law and procedure* (1990) 322: “any means by which the untimely expulsion of the foetus is effected”). By emphasising expulsion as a hallmark of abortion, the common law appears to have defined it in that particular way: It is the *method* of termination of a pregnancy rather than the *consequence* (death of the fetus) which criminal law seeks to prevent (*ibid*). In the first edition of *South African criminal law and procedure*, it was insisted that the common-law crime did not consist merely in the killing of the fetus but that actual expulsion from the uterus was necessary to constitute the completed crime (Hunt *South African criminal law and procedure* (1970) 312).

Having disregarded the common-law crime of unlawful abortion, the discussion turns to an exposition and discussion of the current status of the fetus in the specific context of a deliberate killing of an unborn child by a third party.

3 Froneman J’s approach in *Mshumpa*: The current position

As mentioned above, Froneman J found that the act of killing the 38-week-old fetus was not an offence. To this he added that the act would not go unpunished since the act of “killing” the fetus would be punished as part of the offence committed against the mother, whether that be murder, attempted murder or any other kind of assault upon the mother (*Mshumpa* para 57).

Froneman J reasoned that this approach recognised that a pregnant mother and the child in her womb are uniquely “together” and punishment in the sentencing stage for any existing crimes of assault against the pregnant woman would in fact punish the act complained of, even if a formal name was not given to the crime (para 63).

Whilst Froneman J makes no reference to the case, the basis for his decision is strikingly similar to the decision of the European Court of Human Rights in *VO v France* No 53924/00 19 (Eur Ct HR 8 July 2004) (available at www.echt.coe.int) – a matter involving a 20- to 24-week-old fetus which had to be aborted due to a case of mistaken identity. In this matter, two women of Vietnamese origin, Mrs Thi-Nho Vo and Mrs Thi Thanh Van Vo attended Lyons General Hospital in France on the same day. The first Mrs Vo was in her sixth month of pregnancy while the second Mrs Vo was due to have a contraceptive coil removed. Both women had difficulty in understanding French. The doctor on duty called the first Mrs Vo into the examination room but mistakenly consulted the second Mrs Vo's medical file. Acting on the information on the file in respect of second Mrs Vo, he sought to remove the coil from the first Mrs Vo who was pregnant. He did so without examining the pregnant Mrs Vo beforehand and, as a result, pierced her amniotic sac. The situation could not be remedied and her pregnancy had to be terminated. In declining to find that any offence had been committed against the fetus, the court found that a criminal-law remedy may be unnecessary, *as long as an adequate remedy was provided* (my emphasis). It found that providing the mother with an action for damages in the administrative courts of France was sufficient, and found that the mother had no cause of action on the fetus's behalf because "the life of the fetus was intimately connected with that of the mother and could be protected through her" (*VO v France* paras 49 and 86). *VO v France* and *Mshumpa* are similar in that, unlike abortion legislation which governs cases where the interests of the mother and the fetus are presumably at odds, both cases dealt with a scenario in which the mother's interests were aligned with the further development of the fetus (see Goldman "VO v France and fetal rights: The decision not to decide" 2005 *Harvard Human Rights J* 277 279 fn 14; but cf Schroedel *et al* "Women's rights and fetal personhood in criminal law" 2000 *Duke J of Gender Law and Policy* 89 117).

The "unique togetherness" motif in both *VO v France* and *Mshumpa* can also be found in an *obiter* statement of the English Court of Appeal in *Attorney General's Reference (No 3 of 1994)* [1996] 2 All ER 10, [1996] QB 581, albeit in a different context. The *obiter* statement sought to establish that even if a person intends to kill a fetus only but the mother dies as a result, that person can be convicted of the murder of the mother since

"[i]n the eyes of the law the fetus is taken to be a part of the mother until it has an existence independent of the mother. Thus an intention to cause serious bodily harm to the fetus is an intention to cause serious bodily injury to a part of the mother just as an intention to injure her arm or her leg would be so viewed" (593).

Wells and Morgan, two English commentators, in a similar vein state that the focus on the status of the fetus is misdirected and one should concentrate on "the complex web of interdependence between a pregnant woman, fetus and her newborn baby" ("Whose fetus is it?" 1991 *J of Law and Society* 431). Professor Catharine McKinnon, a prominent feminist lawyer in America, and Adrienne Rich, an American poet, comment in more philosophical terms on the unique togetherness of the woman and her unborn child in respective striking passages: "More than a body part but less than a person, where it [the fetus] is, is largely what it is. From the standpoint of the pregnant woman, it is both me and not me" and "[t]he child that I carry for nine months can be defined neither as me nor not-me" (quoted in Dworkin *Life's dominion* (1994) 54 55).

Thus here we have commentary supporting Froneman J's statements about the unique character of the relationship between the pregnant woman and her fetus.

It is without doubt that the mother has an intense physical and emotional investment in the fetus, unlike that of any other person, even its father; and because of these physical and emotional connections it is as wrong to say that the fetus is separate from her as to say that it is not (*idem* 55). Indeed, this seems in accordance with the rights of control that a woman is given over her body through section 12 of our Constitution (Constitution of the Republic of South Africa, 1996), thereby recognising the mother's special interest or claim over the fetus.

However, just because the mother and unborn child share a special type of relationship, it does not mean that they should be treated as one person in circumstances such as these. In the context of *Mshumpa*, the grouping of the action under another offence relating to another person, albeit the mother, seems inadequate and unsatisfactory when the intention was not only directed at the fetus itself but when one considers the mother's own feeling that the law had failed her: failed her in that she could not ensure the fetus's protection from third party threat or injury. When judgment was handed down, the mother of the killed fetus in *Mshumpa* is reported to have said: "My child is dead. She was my life. Is nobody guilty of murdering her?" ("Who'll pay for killing my baby, asks mother" *Daily Dispatch* 12 May 2007). The theme of failure is certainly repeated in *VO v France* mentioned earlier, where the mother's choice to press criminal charges was premised on her belief that it was the only remedy capable of securing judicial acknowledgement of the "unintentional homicide of her child" and that a criminal investigation would aid in the task of "establishing responsibility" (*VO v France* para 50). Nevertheless, her choice was rejected on the very basis that the fetus could be protected through her (para 86). There is a certain irony here that the very recognition of a special relationship between the mother and child denies the mother the converse interest or claim of ensuring the fetus's protection from third party threat or injury.

The issue here is that, despite the "me-but-not-me" image set out earlier, the fetus is a distinct organism from the mother and cannot be treated as a bit of human tissue of the mother comparable to her kidney, one of her appendages or her appendix. It is a separate living organism, whose destruction is something to be regretted in itself regardless of what has happened to the mother carrying it. It is convenient here to consider part of a debate in the United States Congress on the federal Unborn Victims of Violence Act of 2004 ("UVVA"). This Act was passed largely as a result of a similar situation as *Mshumpa*, except that both the mother and fetus died as a result of the assault on the mother (Laci Petersen), hence the alternative title of the Act: "Laci and Conner's Law". While debating whether the Act should adopt a "single-victim" offence (ie that the fetus should not be treated as a separate victim from the mother), the mother of Laci Petersen wrote to the United States senators, stating that the adoption of a single-victim approach "would be a painful blow to those . . . who are left alive after a two-victim crime, because Congress would be saying that Conner [the fetus] and other innocent unborn victims like him are not really victims – indeed, *that they never really existed at all*" (my emphasis) (quoted in Milligan 2007 *Boston Univ LR* 1177 1184 fn 21).

Our knowledge had indeed proceeded well beyond the Stoic notion that a fetus is part of its mother as it is part of the plant and as trees are part of the earth (as noted by both Du Plessis 1990 *TSAR* 44 50 and Howe "Prenatal care and the rights of the child: A Canadian perspective" 2002–2003 *Children's Legal Rights J* 1 10). Treating the fetus in this way amounts to what logicians call a transitive

relation where there is a relation of part to whole resulting in absurd consequences. In other words, if A is part of B and B is part of C, then A must be part of C. Take for example: If a wall is part of a room and the room is part of a building, then the wall must be part of that building. If a toe is part of a foot and a foot is part of a body, then the toe is part of the body. So far so good. However, if you say that the foetus is a part of the mother, then the parts of the foetus must be parts of the mother. In that case, every pregnant woman has four eyes and four feet, and roughly half of all pregnant women have penises! (This example is based on supplementary argument filed by the Pro-Life South Africa in *Christian Lawyers of South Africa v Minister of Health* 1998 4 SA 1113 (T), 1998 11 BCLR 1434 (T) on 11 July 1996. Cf Suzman "The moral rights of the unborn" in Khan (ed) 13). Clearly, the absurd conclusion comes from the incomplete premise that the fetus is only part of the mother.

This example is simply to remind us that we recognise the fetus as distinct from the mother despite the undoubted unique togetherness of pregnancy. This much was noted by the House of Lords (*Attorney General's Reference (No 3 of 1994)* [1997] 3 All ER 936) in disagreeing with the statement, set out above, in the English Court of Appeal in *Attorney General's Reference (No 3 of 1994)* [1996] 2 All ER 10, [1996] QB 581 regarding the treatment of the fetus as part of the mother. Here Lord Mustill opined that

"[t]he relationship [between a mother and her fetus] is of bond, not identity. The mother and the foetus were two distinct organisms living symbiotically, not a single organism with two aspects. The mother's leg was part of the mother; the foetus was not".

To consider the mother and fetus as one, so Lord Mustill envisaged, would involve "one fiction too far" (943).

It seems doubtful then that treating the mother and fetus together is appropriate in the context of feticide. Nevertheless, the position in South Africa currently is that, for the fetus to be protected in any way in these circumstances, an act against it must include an act against the mother for it to attract the law's protection. This approach involves one fiction too far (to borrow Lord Mustill's words) and is inadequate if we recognise, as most of us do, that the fetus is a potential life: a separate organism which will, all things being equal, in due course become a life; and that we value life. Even if it is conceded that courts are flexible on punishment (and 21 years and 15 years for attempted murder in *Mshumpa* certainly reflects this flexibility), this cannot be a complete answer to the problem.

If Froneman J's decision based on the "unique togetherness" between mother and child is inadequate, the next question is whether one should accept the state's argument in *Mshumpa* that the fetus should be deemed alive after viability and thereby recognise it as a person for the purposes of the common-law crime of murder.

4 State's approach in *Mshumpa*

The state's argument is certainly compelling. In *Mshumpa* we were told that the fetus was, in effect, "breathing" in the womb even after having been shot. The evidence of the neonatal surgeon showed that the breathing was a result of the trauma to which the fetus was subjected, the same reflex that causes a child to start breathing after birth. Given the advances in medical technology, and community conviction, the state argued that the court declare that the killing of the unborn child in these circumstances constitutes murder. Whilst this was not

referred to in the judgment, the state referred to the historical reasons for the born-alive rule and argued that medical technology now obviated the need for such a rule, making it a legal anachronism which needed to be addressed (state's heads of argument in *Mshumpa* para 44). The killing of an unborn child would constitute murder since the fetus was alive medically even if not legally. The effect of such argument in Dworkinian terms is to state that the fetus has rights and that any claim to protect that fetus is a claim *derived* from those rights (see para 6 below).

5 Practical difficulties in following the state's approach

However, the issue is not as simple as pinpointing viability and granting legal subjectivity at that point; and this is where reformulating the born-alive rule becomes problematic. While the attractions of the argument are plain, not least its simplicity, such reformulation would have to be qualified to preserve so many existing competing rights so as to render the exercise more befitting on a legislature than a single judge sitting with two assessors. The fact is that the born-alive principle has never been developed in the manner suggested by the state in *Mshumpa* by other countries where murder is a common-law crime (*Mshumpa* para 57). Nonetheless, even if we acknowledge that the fetus is alive and is a bearer of rights at the stage of viability, then it seems that the court cannot restrict the development of the common-law crime of murder to third parties only (as suggested by the state) because the relation of the party causing the death of the victim has almost always been irrelevant in the definition of murder, bar issues of capacity (the focus here is on the status of the accused *vis-à-vis* the victim and thus does not cover the defences of, for example, self-defence).

If the court cannot restrict the definition of murder of unborn children to third parties, then it would have to include the mother and theoretically we would need to hold an inquest every time a mother loses her child after viability in unnatural circumstances (see s 5(2) of the Inquests Act 58 of 1959. Note that the extension of the born-alive rule would necessarily override the decision in *Van Heerden v Joubert* 1994 2 SACR 597 (SCA) where it was held that there cannot be an inquest when a child is stillborn). An extension of the born-alive rule would also call into question how the extended murder definition would fit with the provisions of the Choice on Termination of Pregnancy Act 92 of 1996 ("CTOP") (*Mshumpa* para 59). If the fetus is deemed alive after viability, and therefore has legal subjectivity, it would be very hard, although not impossible, to show that the circumstances in the third trimester (or the second trimester for that matter – depending on when you pinpoint viability) are a reasonable and justifiable limitation on the fetus's right to life (in terms of s 36 of the Constitution). The circumstance of "a threat to the mother's life" might well constitute the defence of necessity. However, the circumstances of aborting because of "the threat of abnormality" or "danger to the fetus's life" would be questionable. If the born-alive rule was extended, this extension would raise an unborn child's right to life above most rights a woman might have to abortion (bar a threat to her own life) given the necessary consequence of extending the born-alive rule, namely, extending the right to life. However, this extension is problematic, since many of us share a general belief that abortion in circumstances where the child will suffer severe abnormalities or circumstances that threaten the life of the child are nonetheless justifiable.

One of the problems in this debate is that poignantly, the fetus in the later stages of its development is recognisably human, a fact which anti-abortionists in

England make use of when they sent hundreds of plastic fetuses to Members of Parliament during a debate on abortion (Glanville Williams “The fetus and the ‘Right to Life’” 1994 *Cambridge LJ* 71 78) or in the case of *Mshumpa* where photographs of the 38-week-old Jenna-May were displayed at the trial with steel rods through her spine to indicate the trajectory of the bullets through her body. This argument relies on an emotional and visceral response which states that a fetus at a certain stage not only looks human but *is* human. But here we are getting tied up with words. The fetus is, in one sense, human from the start, just as an acorn is quercine (ie a potential oak tree) from the start. The question then is not whether the fetus of Jenna-May was human or alive (as she clearly was) but whether she should have been given the same legal protection as you and me. Thus, even if the fetus is not granted legal subjectivity as such, are there any considerations which, while not relying on the fetus’s rights, might nevertheless apply?

6 Dworkin and Meyerson: A way forward?

Ronald Dworkin’s book, *Life’s dominion: An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom* (1994) (see also *idem* “Unenumerated rights: Whether *Roe v Wade* should be overruled” 1992 *Univ Chicago LR* 381), and Denise Meyerson’s article “Abortion: The constitutional issues” 1999 *SALJ* 50 (see also Meyerson *Rights limited: Freedom of expression, religion and the South African Constitution* (1997) 175) can provide guidance. While neither author deals with the question of feticide directly, their arguments about fetal rights in the context of abortion provide a structure which could ensure that we approach feticide in a consistent and coherent manner. In his book, Dworkin’s strategy is to show us that arguments that appear to be about the right to life and status of the fetus are really arguments about the intrinsic value to be assigned to human life independent of a human entity’s rights or interests. Instead of focusing on status, he sets out that the fetus must be protected on the basis of our respect for the intrinsic, innate value of human life (11). Dworkin argues that the value of each human life (its intrinsic rather than its personal value) can be explained in terms of our valuing the natural, divine, or human process that brought it about. He states:

“The life of a single human organism commands respect and protection then, no matter in what shape or form, because of the complex creative investment it represents . . . The horror we feel in the wilful destruction of a human life reflects our shared inarticulate sense of the intrinsic importance of each of these dimensions of investment” (84).

Dworkin suggests here that claims to value human life are made on either a derivative or detached basis – terms that I mentioned earlier in connection with the NPA’s actions. These terms refer to the basis used to value human life.

In the first instance, the basis is that the entity involved is a person with rights and interests, in which case the basis is “derivative” of the status as a “person” because it presupposes and derives from a person’s rights and interests. This much was argued by the state in *Mshumpa*, namely, that the fetus should be recognised as a person.

In the second instance, the basis is that human life is itself intrinsically valuable regardless of status as a person, hence the phrase “detached” – meaning that the basis for valuation is detached from a view of the entity or a person with rights and interests.

And this is where Dworkin shifts our focus. He claims that disputes that appear to be over derivative respect for human life are really disputes about value of human life – they are about us valuing and respecting the intrinsic sanctity of life, not the rights and interests of a particular entity. For Dworkin, this account of the sacred value of life better explains opposing views about abortion than do arguments when the fetus is a person (Robertson “Review: Autonomy’s dominion: Dworkin on abortion and euthanasia” 1994 *Law and Social Inquiry* 457–460).

If we accept Dworkin’s appeal to protect the fetus, not because it is already a person with rights, but because it represents the intrinsic value of life, then the inevitable clash between the rights of mother and fetus is avoided.

But what basis is there for us to accept this kind of rationale in South Africa? Denise Meyerson’s comment on *Christian Lawyers of South Africa v Minister of Health* presents us with a constitutional link, albeit in the context of abortion issues.

Meyerson links the destruction of a fetus to the value of human dignity enshrined in our Constitution. She states that “[a]lthough it [the destruction of human life] violates no constitutionally protected subject’s right to human life, nevertheless such destruction undermines human dignity” (56). Thus, while the Constitution does not expressly confer any fundamental rights, most importantly, the right to life, on the unborn child (*Mshumpa* para 55), that is not the end of the matter since there is more to the Bill of Rights than the protection of the rights which it enshrines. Section 39(1) of the Constitution provides that the Bill of Rights must be interpreted in such a way which promotes, amongst others, the value of dignity.

In the context of feticide then, the emphasis should be placed on the value of dignity in our Constitution which calls us to respect and to value the intrinsic humanness of the fetus and its potential to become a human person. Here Dworkin and Meyerson are talking the same language: that of respect for the intrinsic value of life. By using the value of dignity to protect the fetus, issues around abortion are avoided: When it is not the fetus’s *right to life* which is at stake, but the value of human dignity, this value (unlike the right to life) is capable of being weighed against – and outweighed by – the pregnant woman’s rights. At the same time, the recognition of this value allows us to recognise and protect the fetus.

It is perhaps worth noting that this approach is encouraged not only by international conventions (see eg the preamble to the UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (1997), the preamble to the Council of Europe’s Convention on Human Rights and Biomedicine (1996) and the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (1999)) which refer to dignity as a basis for protecting the fetus, but also by the German Federal Constitutional Court. This court has held that the potential capabilities lying in human existence from its inception onwards are sufficient to justify human dignity. In *BVerfGE* 88, 203 (255) (1993), the idea that dignity is the source of protection for the fetus was supported by that court when it found that the mere existence of human life (eg in the form of the fetus) and its inherent potential human capabilities merits human dignity.

In *VO v France*, mentioned earlier, although the court side-stepped the issue of the status of the fetus, it also endorsed this view of dignity when it suggested, though without making any finding, that

“[a]t best it could be regarded as common ground between States that the embryo/fetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person . . . require protection in the name of human dignity, without making it a ‘person’ with the ‘right to life’ for the purposes of article 2” (para 84).

7 Conclusion

To summarise, this note suggests that we need to have a theoretically-unified approach to the issue of fetal rights in the context of feticide (and perhaps wider), using the facts of *Mshumpa* as an appropriate point of departure. While I considered the decision in *Mshumpa* to be inadequate to protect the fetus, I also found the state’s argument problematic that the fetus be recognised as alive and thus having legal subjectivity at viability. Going forward, Dworkin’s approach, together with the work done by Meyerson, offers us a proper basis for protecting pre-natal life: that of the intrinsic value of life as protected by the value of dignity. The practicality of how protection is then to be afforded is best left to the legislature who will need to carefully think through the wording of any statute seeking to protect the unborn child. While Froneman J in *Mshumpa* found the “unique togetherness” motif sufficient for protection, he himself did not discount the possibility of legislation when he stated at the end of his judgment:

“I am not saying that there is no merit in making the killing of an unborn child a crime, either as part of the crime of murder or as a separate offence, only that in my view the legislature is, as the major engine for law reform . . . better suited to effect that radical kind of reform than the courts” (*Mshumpa* para 65; but cf De Villiers 2007 TSAR 769).

Given that South Africa has a disturbing high rate of violence against women, this legislation is sorely needed to cover situations like *Mshumpa*. While courts, scientists, philosophers and theologians may never resolve the question of whether the fetus is a “person”, protecting the fetus as potential life in legislation will at least coincide with our innate reactions that life is sacred and deserves protection in the name of dignity. In a prescient statement even before the drafting of the Constitution with its value of dignity, Du Plessis 1990 TSAR 44 58 stated:

“A state involving itself in the protection of unborn life is not meddling in the private affairs of its citizens. Nor is it making moral choices which can best be made at a personal level. It is simply protecting life – which is its duty . . . Prenatal and postnatal life are both *life* and should be protected accordingly.”

HJ KRUUSE
Rhodes University

HUWELIKSLUITING, DIE OUDERDOM EN ANDER BEPERKINGS

1 In meerdere gemeenskappe word die bevoegdheid om in die vorm van ’n huwelik ’n verbintenis van keuse aan te gaan as ’n sogenaamd basiese “mense-reg” erken. Artikel 12 van die Europese Verdrag van die Regte van die

Mens erken dit as 'n fundamentele persoonlikheidsreg (sien reeds Baeteman *Overzicht van het personen- en gezinsrecht* (1993) 315 met verwysing na Benabent "La liberté individuelle et le mariage" 1973 *RTDC* 440–495); "Human personality rights cannot be conceived outside the family, and we cannot protect human rights without concerning ourselves with family rights" (Serrarens soos aangehaal deur Van Grunderbeeck *Beginselen van personen- en familierecht – Een mensenrechtelijke benadering* (2003) v 198; sien ook a 16 van die Universele Verdrag van die Regte van die Mens; a 23(2) en (3) van Internasionale Verdrag insake Burgerregte en Politieke Regte).

Die erkenning van die kompetensie as fundamentele "mensereg" wat sonder aansien van geslag of ouderdom gesonde volwassenes toekom, is egter geensins die vrug van sonderlinge moderne insig of humanitêre denke nie. Voet het reeds beklemtoon dat sedert Justinianus in sy verordening aan Johannes as *praefectus praetoria* (C 5 4 27) die beletsels vanuit die *Lex Iulia vel Papia* teen huweliksluiting deur vroue b6 50 en mans b6 60 opgehef het, ook "bejaardes" die vreugde van 'n (nuwe) huweliksverbintenis van keuse mag smaak en dat 'n dergelike huwelik op geen enkele wyse of van geen enkele kant verhinder kan word nie (23 2 28). Menige moderne grondwet gee eweneens erkenning aan die gemeenskapsnorm in di6 verband en veranker die kompetensie van 'n volwassene om na vrye keuse sy of haar lewensmaat of lewensgenoot te kies (ongeag die tersake individu se ander statusverwante posisies), in die reg van vrye assosiasie sodat georganiseerde dwanghuwelike nie langer as kulturele unikum beskerm behoort te word nie. (Vgl bv die bre6 interpretasies van a 2 van die Duitse *Grundgesetz*.)

Totaal sonder statuskwalifikasie is di6 kompetensie nie, soos reeds uit die statusvereiste van meerderjarigheid vir voornemende gades blyk. (Sien a 24 van die Huwelikswet 25 van 1961 en die gelykluidende beperking van vrye huweliksbevoegdheid in § 1303 onder die opskrif *Ehemündigkeit* van die Duitse *BGB*.) Huweliksluiting is immers 'n statuswysigende regshandeling en in beginsel moet 'n voornemende eggenoot voljarig en mondig wees alvorens die huwelik sonder bystand gesluit kan word.

Dit is gebruikelik dat die vrye bevoegdheid of bekwaamheid om 'n huwelik te mag sluit in 'n monogame huweliksbestel wel gekwalifiseer word in die sin dat nie een van die voornemende huwelikspartye ten tyde van huweliksluiting reeds getroud mag wees nie. Selfs op daardie gewaand "heilige" beginsel (sien Van Grunderbeeck 218 § 293) word in die Suid-Afrikaanse Grondwet 'n uitsondering gemaak en erkenning verleen aan die kompetensie van bepaalde mans om tegelyk met meerdere vroue wettig getroud te mag wees danksy die poligene huweliksbestel waaronder die man homself kultureel ingedeel het. Met verwysing na die kulturele herkoms van die re6s soos dit in sommige van die Suid-Afrikaanse gemeenskappe toegepas word, word egter niteenstaande die mooi klinkende gelykheidsbeginsel vervat in die Grondwet geen erkenning verleen aan 'n gelykluidende bevoegdheid vir 'n vrou om tegelyk met meerdere mans getroud te mag wees nie, terwyl juis di6 in byvoorbeeld die Tibettaanse kultuur gebruikelik 6n wettig is. (Sien a 15(3)(a) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996 saamgelees met a 7(4)(b) en 7(6) van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998.) In die woordomsrywingsartikel van laasgenoemde wet word bepaal: "'gebruiklike huwelik' [is] 'n huwelik wat ooreenkomstig die gewoontereg gesluit is" en "'gewoontereg' [is] die gewoontes en gebruike wat tradisioneel onder die inheemse bevolkingsgroepe van Suid-Afrika nagekom word en wat deel vorm van die kultuur van daardie

bevolkingsgroepe". Met die eksklusiewe omskrywing is die moontlikheid uitgeslote vir 'n burger wat nie tot die omskrewe bevolkings- of kulturele groep behoort nie om 'n bykomstige gade wettig te trou en sodoende 'n ekstra skoonmoeder te verwerf. Skrale troos is die wete dat ook die Europese verdragstate nie verplig is om enige erkenning aan bigame verbintenisse as poligene huwelike te verleen nie (Van Grunderbeeck 219–220 en die uitvoerige gesag aldaar).

2 Lastiger is die kwalifikasie in die aanvangsformulering hierbo dat geen ander statusbelemmering (dan dat die partye beide ten tyde van huweliksluiting mondig en nie reeds getroud met 'n ander mag wees nie) die kompetensie om 'n huwelik te kan sluit van voornemende huweliksluiters demp nie.

Gestel 'n lewenslustige maar effe vergeetagtige tagtigjarige wat om dié rede reeds 'n *curator bonis* het om hom met sy finansiële sake by te staan, wil in die spreekwoordelike beseringstyd tog nog in die aftree-oord waar hy versorg word 'n huwelik sluit met 'n eweneens bejaarde inwoonster. (Die verliefdes is van mening dat sonder 'n wettige huwelik hulle in die moeilikheid mag beland as hulle sommer net saamhok en die kerk wil nie sodanige verhouding inseën tensy dit ook wettig 'n huwelik is nie – sien Beskrywingspunt B12.4 van Die Algemene Sinode van die NG Kerk (2002) 436.) Sekerlik kan die hoogs persoonlike regshandeling van huweliksluiting nie afhanklik gestel word van die bystand deur sy benoemde *curator bonis* nie (*Pienaar v Pienaar's Curator* 1930 OPD 171 174). In beginsel bestaan immers by ontstentenis van uitdruklike andersluidende regsreëls geen bystand tot die verrigting van hoogs persoonlike regshandelinge soos testing en huweliksluiting nie – die gemeenregtelike huweliksluiting “met die handskoen” word trouens verbied (a 29(4) van Wet 25 van 1961) en die postume huwelik het nooit hier posgevat nie. (In die Franse reg is wel erkenning verleen aan laasgenoemde veral as uitweg om kinders “egtelik” te ag.)

Die Duitse reg stel uitdruklik as deel van die huwelikspesifieke voorskrifte dat die voornemende eggenote handelingsbevoegd moet wees, “Wer geschäftsunfähig ist, kann eine Ehe nicht eingehen” (§ 1304 *BGB*), terwyl die Suid-Afrikaanse Huwelikswet geen gelykluidende statutêre voorskrif het nie. Coester-Waltjen (“Formation of marriage” in Glendon (red) *IV International Encyclopedia of Comparative Law* (1997) 41–44) toon dat verskillende Europese stelsels verskillende maatreëls ten aansien van huweliksbeletsels vir geestesgebrekkiges het, maar dat deurgaans daarvan uitgegaan word dat die pasiënt wel mag trou hoewel die gevolge in die pasiënt se eie belang beskermend beperk word.

Die Belgiese Wetboek bepaal uitdruklik dat onderskei word tussen die wilsbevoegdheid benodig om te wil trou en die bekwaamheid om te mag trou. Daar word ook uitdruklik bepaal dat die blote aanstelling van 'n geregtelike raadsman of kurator, soos ook van 'n “voorlopige” bewindvoerder, hoogstens dien ter aanvulling van 'n begrensde bevoegdheid om regshandelinge sonder sodanige bystand te mag verrig met uitgesproke vermoënsregtelike gevolge. Die geregtelike raadsman of bewindvoerder se instemming of bystand word nie sonder meer binne die formulering van artikel 509 *BW* vereis vir huweliksluiting deur 'n meerderjarige wat wilsbevoeg is nie. (Sien Swennen *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht* (2000) 711 n 5056 ev mbt die bekwaamheidsvereistes tav persone onder kuratele.) Swennen betoog oortuigend dat ook 'n *curandus* steeds 'n reskapasiteit aan persoonlikheidsreg behou wat sover as moontlik eerbiedig moet word onder andere deur erkenning te verleen aan die kompetensie om 'n wettige huwelik te mag aangaan mits die reg voorsiening maak dat geen derdes

byvoorbeeld vermoënsregtelik daardeur benadeel sou word nie (717). Dit is ook die aanbeveling van die Raad van Europa. (Sien beginsel 3.2 van Aanbeveling R (99)4 van die Raad van Europa waarna Swennen 717 n 5106 verwys.)

Die Nederlandse artikel 1:382 *BW* laat eweneens geen twyfel dat die blote benoeming van 'n kurator vir 'n persoon (bv weens sy verkwistende neigings of drankmisbruik) geensins sy bekwaamheid om familieregtelike regshandelinge te verrig, beïnvloed nie. Saamgelees met artikel 1:378 *BW* dek die formulering van dié twee voorbeelde van oorsake vir die plasing onder kuratele klaarblyklik nie die derde moontlikheid vermeld in artikel 1:378.1a *BW* nie: “Een meerderjarige kan door de rechtbank onder curatele worden gesteld: a. wegens een geestelijke stoornis, waardoor de gestoorde, al dan niet met tussenpozen, niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen behoorlijk waar te nemen.” Hierdie formulering is klaarblyklik ook van toepassing op 'n Alzheimerpatiënt en senior burger wat ly aan toenemende demensie en sodanige *curandus* behoef wél die bystand van die kantonregter (maar nie van sy kurator nie) vir huweliksluiting: “Hij die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, mag geen huwelijk aangaan zonder toestemming van de kantonrechter” (a 1:38 *BW*). Die indruk bestaan dat die kantonregters nie self as kwasie-psigiaters fungeer nie maar nie sonder vooraf inspraak van die naaste familieledes van die voornemende huweliksluiter en sy arts sy toestemming verleen nie. Die inspraak plaas die klem op die mate waarin die voornemende huweliksluiting met inagneming van alle omringende omstandighede as *verstandig* geag word. (Sien Koens en Vonken *Personen- en familie-recht* (2006) 73–74.)

3 Hoewel statusbeperking ook in die Suid-Afrikaanse reg 'n gevolg van die sekwestrasie van 'n reghebbende van 'n insolvente boedel is en hy nie sonder die medewerking van die kurator van sy bankrotboedel regshandelinge kan verrig wat potensieel nadelige vermoënsregtelike gevolge vir hom kan inhou nie, word nêrens beweer dat 'n insolvent wat onder sodanige beperking op sy handelingsbevoegdhede gebuk gaan, om daárdie rede nie mag trou nie.

Gemeenregtelik was daar ook geen beletsel teen huweliksluiting deur 'n verklaarde verkwister nie – wat veelseggend is indien aanvaar word dat verkwistende neigings tot sekwestrasie van 'n bankrot reghebbende van die insolvente boedel kan voer. Brouwer, die erkende gesaghebbende ou-skrywer oor die huweliksreg vermeld:

“Die verlowing wat deur 'n verkwister sonder sy kurator aangegaan is, terwyl die beskikking oor sy goed deur die praetor vir hom verbied is, is bindend en geldig. Want aangesien 'n verkwister nêrens in ons reg verbied word om sonder sy kurator 'n huwelijk te kontrakteer nie, behoort dieselfde beslissing aangaande die vestiging van 'n verlowing vir ons te bestaan” (*De jure connubiorum* (1714) 1 4 18 – vert Van Warmelo en Bosman).

Die helder logika wat die beredenering van die aangeleentheid by Brouwer onderlê, werk steeds verfrissend en wat hy destyds formuleer het ten aansien van verkwisters kan sonder omhaal vandag toegepas word op vergeetagtige effe demente bejaardes wat eweneens om dieselfde redes liefs 'n kurator benodig om hul met die bestuur van hul sake behulpsaam te wees. Dit is egter ver verwyder daarvan om te beweer dat sodanige *curandus* om dusdanige redes huweliks-onbekwaam en enige huwelik gesluit sonder die bystand van die kurator sonder meer nietig moet wees:

“[W]at sou die rede wees dat die verkwister nie 'n huwelijk kan beloof sonder dat die toestemming van sy kurator bygekom het nie? Aangesien hy by sy volle

verstand is, kan hy toestem, en sy persoon is ook nie onderhewig aan die kuratele van 'n ander nie . . . want [die benoeming van 'n kurator is bloot omdat] die beheer van sy goed nie aan hom toevertrou is nie, nie asof hy werklik 'n rasende en iemand met onbeheerste verstand is nie, maar omdat hy nie oor gesonde gewoontes beskik nie: met dié gevolg dat daar 'n vrees bestaan dat hy 'n kranksinnige gevolg sal bewerkstellig deur sy goed te vermors, te verkwis en oordadig uit te gee" – Brouwer 1 4 18.

Die hantering van die beperkte handelingsbevoegdheid van 'n gesekwestreerde binne die raamwerk van artikel 23(2) van die Suid-Afrikaanse Insolvensiewet 24 van 1936 strook met die voorgaande vertrekpunte.

"Die feit dat iemand wat 'n kontrak aangaan, insolvent is, doen geen afbreuk aan die geldigheid van daardie kontrak nie, *mits die insolvent daardeur nie voorgee om goed van sy insolvente boedel te vervreem nie*: Met dien verstande dat 'n insolvent nie sonder skriftelike toestemming van die kurator van sy boedel 'n kontrak mag aangaan nie wat 'n nadelige uitwerking het of waarskynlik sou hê op sy boedel of op 'n bydrae tot sy boedel waartoe hy verplig is, maar in beide gevalle behoudens die bepalinge van sub-artikel (1) van artikel vier-en-twintig" (my kursivering).

Die gesekwestreerde gaan immers net onder 'n beperking van sy handelingsbevoegdheid gebuk en word nie plotseling algeheel regsonbevoegd nie. Dit impliseer dat niesteenstaande die feit dat 'n finale sekwestrasiebevel teen die voornemende bruidegom uitgevaardig is, hy steeds as insolvent in die huwelik kan tree met sy gewillige bruid. Daar word ook trouens nêrens in die Huwelikswet 25 van 1961 voorsiening gemaak dat die kurator van die bankrotboedel van 'n insolvent hom met sy huweliksluiting moet bystaan nie. Die Wet maak net voorsiening daarvoor dat minderjariges (nou diegene wat nog nie agtien jaar oud is ten tyde van huweliksluiting nie) deur beide hul ouers as voogde bygestaan moet word (a 24 van Wet 25 van 1961 saamgelees met a 1(2)(a) van die Wet op Voogdy 192 van 1993). Dít niesteenstaande die feit dat huweliksluiting sekerlik ook vermoënsregtelike gevolge vir die partye inhou ongeag welke huweliks-goedereregtelike bedeling op hul huwelik van toepassing gemaak word.

Die algehele afwesigheid van enige gerapporteerde regspraak in dié verband laat die indruk dat ongerehabiliteerde gesekwestreerdes nie ideale huweliksmateriaal uitmaak nie. Menige voornemende bruid se vader let moontlik onbewustelik op die solvensie van die kavalier met sy direkte navraag oor die vryer se geskiktheid om sy voornemende bruid en eventuele nageslag te kan onderhou, alvorens die seën oor die voorgenome huwelik uitgespreek word. Sou die bruidegom wel nog 'n ongerehabiliteerde insolvent wees, sal die versigtige ouers van die bruid haar waarskynlik ferm oorrede om nie in gemeenskap van goed te trou nie. Die bruidegom sal in so 'n geval waarskynlik wel deur die kurator van sy insolvente boedel in die verlyding van die huweliksvoorwaardeskontrak bygestaan moet word aangesien geargumenteer kan word dat dít 'n regshandeling is waarvoor die insolvent nie oor die nodige ongekwalifiseerde handelingsbevoegdheid beskik indien die klousules in die kontrak enige gevolg wat in artikel 23(2) van die Insolvensiewet vermeld word, te weeg sou bring.

Sonder die verlyding van 'n geldige huweliksvoorwaardeskontrak wat minstens gemeenskap van goed en van wins en verlies uitsluit, loop die solvente bruid immers gevaar om dadelik na huweliksluiting ook bloot te staan aan die onbevredigde skuldeisers van haar ongerehabiliteerde insolvente man as gesamenderhandse mede-eienaar van die gemeenskaplike boedel waartoe haar bankrot man slegs sy skuld bygedra het. Hoewel die uitstaande verpligtinge van die man reeds vóór huweliksluiting gevestig het, sal dit as uitstaande verpligting

deel vorm van die boedel van die man wat met huweliksluiting in die gemeenskaplike boedel val. Anders as wat die geval met sogenaamde na-sekwestrasieskulde is wat nie deel van die insolvente boedel vorm nie, het die Suid-Afrikaanse reg nog nie na voorbeeld van die Nederlandse *Hamm*-arres meevalers van ná sekwestrasie in 'n afsonderlike kompartement geplaas ten einde dit van die verhaal van die skuldeisers van die bankrotboedel te vrywaar nie (sien die bespreking van die regsposisie nav *De Ontvanger v Hamm* HR 5 Sept 1997, NJ 1998, 437 by Sonnekus "Transfer of funds and the *rei vindicatio*?" in Zwolve en Koops (reds) *The past and future of money* (2008) 40–102).

Net soos die gesekwestreerde erfregtelike bevoordeelde nie kan verhinder dat 'n erfregtelike bevoordeling wat hom toeval deel van die verhaalsobjek van sy skuldeisers vorm nie, sou die skuldeisers van die bankrotboedel van die man na die meevaller van die huweliksluiting in gemeenskap van goed deur hul bankrot skuldenaar eweneens van vreugde juig. (Sien *Du Plessis v Pienaar* NO 2003 1 SA 671 (HHA); Sonnekus "Privé bates van gades getroud in gemeenskap – insolvensie en die erfreg" 2003 TSAR 575–579.) Hoewel die bruid dus nie ook die status van 'n insolvent "erf" met huweliksluiting in gemeenskap van goed met haar bankrot bruidegom nie, sal dit die gevolg wees indien haar bates wat nou deel van die gemeenskaplike boedel vorm minder is as die uitstaande verpligtinge van die bruidegom. Nieteenstaande die feit dat dit nie die nuwe gemeenskaplike boedel is wat destyds bankrot verklaar was met die sekwestrasie van haar man nie en sy om daardie rede nie ook die gebrekkige status van 'n insolvent sonder meer verwerf nie, loop sy gevaar om die onbevredigde skuldeisers van die insolvent te moet afweer. Slegs in die geval van die ontbinding van die gemeenskaplike boedel, hetsy met die ontbinding van die huwelik of met toepassing van artikel 20 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984, sal sy die hof kan vra om haar belange te beskerm. In die geval van egskeiding sou ook om 'n verbeurdverklaringsbevel ingevolge artikel 9 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 aansoek gedoen kan word mits aan daardie vereistes voldoen word. Sy sal dus goed geadviseer wees om wel 'n huweliksvoorwaardeskontrak met koue uitsluiting te oorweeg: jou goed én jou skuld is joue en myne bly myne alleen.

4 In die lig van die voorgaande gevolgtrekking dat die blote feit dat 'n persoon wat byvoorbeeld weens sekwestrasie onder die statusbeperking van beperkte handelingsbevoegdheid gebuk gaan, se kompetensie om 'n wettige huwelik te kan sluit nie sonder meer beperk word nie, word vervolgens gelet op die uitwerking op 'n *curandus* se bevoegdheid om sonder bystand 'n huwelik te mag sluit indien hy as senior burger weens voortsluipende "verkalking van die are" onder kuratele geplaas is.

In enkele gerapporteerde uitsprake is tersluitse opmerkings te vind wat dit leen vir die waninterpretasie as sou alle persone wat nie meer ten volle handelingsbevoegd is nie om die rede ook totaal onbevoeg wees om 'n geldige huwelik te kan sluit. In *Francescutti v Francescutti ex parte Francescutti* 2005 2 SA 442 (W) beslis regter Willis:

"The leading case on the question of a person having the mental capacity to enter into a valid marriage is the case of *Lange v Lange* 1945 AD 332. In that case the court referred with approval to the judgment of Innes CJ in *Pheasant v Warne* 1922 AD 481 at 488, where the test for a valid marriage was expressed in the following terms:

'[W]hether the person concerned is incapable of managing his affairs.'

In other words, it seems to me obvious that, if one finds, as a matter of fact and law, that Mr Francescutti senior was incapable of managing his own affairs on 19 November 2003, he would be incapable of concluding a valid marriage" (448F–G).

In daardie geval is bevind dat die tagtigjarige ten tyde van huweliksluiting nie in staat was om sy eie sake te behartig nie en was die huwelik dus nietig (448D). In werklikheid volg nie uit die gemenerereg dat iedere beperking op die handelingsbevoegdheid van die voornemende gade sy gevolglike huweliksluiting nietig maak nie. Dit sal wel die geval wees as hy dermate geestesongeskik is dat hy hoegenaamd nie die aard van die tersake regshandeling (heweliksluiting) kan begryp nie, maar dit is iets anders as om die gevolg van huweliksonbekwaamheid sonder meer te koppel aan 'n beperking op sy handelingsbevoegdheid – anders mag geen ongerehabiliteerde insolvent trou nie, en dit is nie waar nie.

In *Pheasant v Warne* 1922 AD 481, waarna die hof in *Francescutti* vir gesag verwys, het huweliksluiting nie ter sprake gekom nie, maar wel spesifieke nakoming van 'n koopkontrak. Om dan uit 'n *obiter*-opmerking van hoofregter Innes só 'n afleiding ten aansien van huweliksonbekwaamheid in die algemeen te maak, is minder oortuigend. Om die rede is ook die beroep op die destydse *Lange*-saak nie sonder meer oortuigend nie want geen getuienis is in die hof *a quo* gelei oor die geestetoestand van die gedepoteerde krygsgevangene ten tyde van sy huweliksluiting in 1940 nie. Die enigste mediese getuienis het betrekking gehad op sy moontlike geestetoestand in 1942 en tog het die appèlhof die appèl gehandhaaf en die huwelik nietig verklaar op grond van die vermeend demente toestand van die destydse bruidegom (1945 AD 332 334–335). Die hof het aanvaar dat hy waarskynlik so ver heen was dat hy nie die aard van die huwelik kon waardeur het nie. Ook in dié geval is daar nie sprake van 'n persoon onder kuratele se huweliksbevoegdheid nie, maar wel van die algehele handelingsbevoegdheid van 'n geesteskranke. Dit is ook in ooreenstemming met Voet 23 2 6 se opmerking “the consent of the very persons who contract marriage is so far needful that the lack of it renders a marriage *ipso iure* void. This happens if a person is insane when he contracts it” (vert Gane), waarna die hof tersluiks in *Lange* (341 – dog met ander vertaling) verwys het. Uit die bespreking van die vereiste deur Voet is dit egter duidelik dat gemeenregtelik die klem op die werklike geesteskrankheid of kranksinnigheid van 'n voornemende gade geval het en dat die blote feit dat 'n vergeetagtige oupa 'n *curator bonis* het om hom met sy finansiële sake by te staan, geensins as analoog hanteer is en om daardie rede die oupa huweliksonbekwaam sou maak nie. In die “moderne” reg waarna Voet later in dieselfde teks verwys ten einde dit van die “ou” Romeinse reg te onderskei, verskuif die klem na die versigtige afweeg van die nakoming van dié vereistes reeds by die verlowingsooreenkoms en die opgawe van die gebooie om juis sodoende vroegtydig te kan bepaal of die voornemende gades die aard van hul regshandeling begryp. Die insolvent soos die verkwister onder kuratele waarna Brouwer en Voet verwys, gaan nie in dermate onder sodanige statusgebrek gebuk dat hy huweliksonbekwaam is nie.

Meer oortuigend én gepas vir die hof in *Francescutti* sou 'n verwysing na die uitspraak van regter Solomon in *Prinsloo's Curators Bonis v Crafford and Prinsloo* 1905 TS 669 wees. In daardie saak moes die hof beslis oor die aansoek van die benoemde *curator bonis* ter nietigverklaring van die *curandus* se huwelik in gemeenskap van goed met Crafford terwyl hy nog formeel onder kuratele was. Die hof bevind egter dat alle getuienis daarop dui dat die *curandus* ten tyde van die huweliksluiting ten volle by sy positiewe was en die aard en gevolge van sy huweliksluiting in gemeenskap van goed terdeë begryp het (673–674). Die hof wys om die rede die aansoek van die kurator van die hand en bevestig dat die huwelik geldig is én die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik die normale verstekposisie van in gemeenskap van goed is. (Dit blyk dat die kurator

verkeerdlik van die *curandus* se swak beheersing van Engels afleidings oor die vermeende geestesongeskiktheid van die *curandus* gemaak het, terwyl die medici wat wél met hom in sy moedertaal kon kommunikeer, bevind het dat hy ten volle *capax* was. Dít is 'n vroeë voorbeeld waar die taalbehindering van die assessor die geassesseerde verkeerdlik ten nadeel gereken is – 675.)

5 Gestel die voornemende bruidegom is 86 jaar oud, reeds meer as anderhalf jaar onder kuratele geplaas deur 'n gepaste bevel van die hoë hof weens stadig aftakelende Alzheimers en die *curator bonis* wat vir hom benoem is, voer bewind oor sy aansienlike boedelbates van R20 miljoen. Gestel voorts die voornemende bruid is nie die ou tante van die vorige voorbeeld nie, dog 'n blondine van kwalik 25 maar met 'n wêreldwyse blik wat beweer sy wil haar geliefde nét vir die liefde van die saak trou. Indien die *curandus* sonder die bystand van sy *curator bonis* kan trou, sal die huwelik klaarblyklik regsgeldig wees mits die huweliksbevestigter hom vergewis dat daar regtens geen beletsel teen die huwelik ingebring kan word nie én mits hy alle formaliteitsvereistes vir die voltrekking van die huwelik stiptelik nakom. Ervaring hier te lande en ook in Nederland bevestig dat huweliksbevestigters geneig is om minder presies met die materiële regsvereistes by huweliksbevestiging (soos trouens die getuies by testamentsverlyding ook doen) om te gaan en eerder op die strikte nakoming van die formaliteitsvereistes konsentreer.

6 Daar word sonder meer aanvaar dat die *curandus* in die voorbeeld (in § 5 hierbo) nie sonder die bystand van sy *curator* 'n geldige huweliksvoorwaardeskontrak kan laat verly nie. Die huweliksvoorwaardeskontrak is per definisie 'n ooreenkoms wat vermoënsregtelike gevolge vir die boedel van die *curandus* meebring en gevolglik ontbreek dit aan die nodige handelingsbevoegdheid om sodanige regshandeling sonder bystand te kan verrig. Daar kan egter geargumenteer word dat ook die “besluit” om sonder 'n huweliksvoorwaardeskontrak te trou vermoënsregtelike gevolge meebring omdat daardeur met huweliksluiting 'n gemeenskaplike boedel ontstaan waartoe beide gades onverdeelde halwe aandeelhouders of reghebbendes is weens die aard van die gebonde mede-eienaarsverhouding. Hoewel nie sprake is van 'n formele eiendomsoordrag tussen die gades waarvoor nakoming van alle vereistes van *traditio* vereis word nie, kom dit wél neer op 'n “eiendomsoorgang” as vermoënsverskuiwing. Indien dié betoog aanvaar sou word, sou dit weliswaar nie die nietigheid van die huwelik meebring nie, maar minstens 'n herbesinning oor die vermoënsregtelike gevolge van sodanige huwelik noodsaak hoewel onduidelik is kragtens welke bevoegdheid. Gemeenregtelik word nie gewag gemaak van 'n inherente bevoegdheid van die hof om sonder meer in te meng in die effektiewe huweliksvermoënsregtelike bedeling wat op 'n geldige huwelik van toepassing is nie, sodat sonder statutêre nuuttreëling in die verband 'n hof se bevoegdheid om wel in te meng, verdag is.

7 Die Transvaalse hoë hof in Pretoria het in November 2007 die aansoek van die hand gewys van die rekenmeester wat in 2006 as *curator bonis* vir die bejaarde mnr Lehmann aangestel is om die huwelik van die bejaarde *curandus* wat eerder die jaar in gemeenskap van goed gesluit is, nietig te verklaar. (Sien *Ex parte Botha: in re Lehmann en Van Rensburg* saakno 23016/2007 ongerapporteerde uitspraak van Botha R van 2007-11-26.)

Die hoë hof het in *Lehmann* bevind dat onomstootlike getuienis gelei is om te bevestig dat die bejaarde inderdaad ten tyde van huweliksluiting voldoende

compos mentis en dus wilsbevoeg was om te kon trou. Daarmee is dus bevind dat niks met die geldigheid van die huwelik haper nie. In die opsig volg die deurdagte uitspraak dus in die spoor van die *Prinsloo*-saak 1905 TS 669 en die betoog van Brouwer van ouds.

Die hof het egter *mero motu* die egpaar *gelas* om 'n aansoek te bring om hul huweliksgoedereregtelike bedeling te wysig ván binne gemeenskap van goed ná “een van 'n huwelik buite gemeenskap van goed onderworpe aan die aanwas bedeling” (bevel 2). Hoewel die gewenstheid en billikheid van dié bevel (of selfs van 'n bevel om na koue uitsluiting te verander) buite kyf is, bestaan onduidelikheid kragtens welke bevoegdheid die hof sodanige bevel kon verleen en of dit impliseer dat die kurator dan wel die *curandus* moet bystaan met die verlyding van die aangeduide huweliksvoorwaardeskontrak.

Daar word aanvaar dat die latere aansoek om wysiging van die vermoënsbedeling soos gelas ingevolge artikel 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 gebring sal moet word met nakoming van alle statutêre en praktyksvereistes aangesien dit die enigste manier is waarop wettig 'n aansoek om wysiging van 'n andersins geldige huweliksbedeling ontvanklik kan wees en waarlangs die registrateur gelas kan word om die nuwe huweliksgoedereregtelike bedeling op die huwelik van toepassing te maak. (Sien die bykomende vereistes vermeld in *Ex parte Lourens* 1986 2 SA 291 (K) 293B–E wat sedertdien in alle afdelings van die hoë hof toegepas word.)

Aangesien artikel 21(1) slegs voorsiening maak vir die nuutreëling van die toekomstige huweliksgoedereregtelike bedeling van gades se sake, maar *geen terugwerking* geniet nie, sal sodanige wysiging nie die probleem dat die bruid reeds met huweliksluiting aanspraak op die halwe onverdeelde aandeel van die gemeenskaplike boedel verwerf het, uit die weg ruim nie. Trouens, die gevolg van enige nuwe huweliksgoederebedeling kragtens die artikel ter wysiging van 'n bestaande huwelik in gemeenskap van goed is allereers 'n verdeling van die gemeenskaplike boedel soos by boedelskeiding en pas daarna begin die nuwe vermoënsregtelike bedeling werking geniet. Die argumentasie van die hof in *Ex parte Oosthuizen* wat tot dié gevolgtrekking voer, is juis (1990 4 SA 15 (OK) 17E 18C–I 19F). Sou 'n egpaar selfs onderling ooreenkom op 'n afwykende verdelingsverhouding sal daar geen ander regsgrondslag vir die afwykende verdeling wees as dat dit op 'n vervreemding sonder teenwaarde deur die een aan die ander neerkom nie wat sekerlik skenkingsbelasting aantrek. Die artikel lui:

“en die hof *kan . . . gelas* dat daardie huweliksgoederebedeling nie meer op hul huwelik van toepassing sal wees nie en hulle magtig om 'n notariële kontrak te sluit *waardeur hul toekomstige huweliksgoederebedeling gereël word* op die voorwaardes wat die hof goedvind” (my kursivering).

Daar is geen aanduiding uit die uitspraak dat die hof rekening gehou het met dié aspek of met die polemieë wat oor die nie-terugwerking van sodanige wysiging heers as die wysiging nie vir 'n gemeenskaplike boedel of vir aanwasdeling voorsiening maak nie. (Sien ook *Ex parte Krös* 1986 1 SA 642 (NK) en *Ex parte Burger* 1995 1 SA 140 (D) en vir die akademiese gesprek in die verband Heaton en Jacobs 1995 *THRHR* 513; Van Schalkwyk 1995 *De Jure* 443 en Sonnekus 1991 *THRHR* 133.) Die wetgewer verleen eenvoudiging nie in die artikel aan die hof die bevoegdheid om die bestaande vermoënsbedeling te ignoreer en vir die totale duur van die huwelik te vervang met 'n ander bedeling nie. Die blote inwilliging van die partye in *Lehmann* tot die voorgestelde wysiging van hul toekomstige huweliksgoedereregtelike bedeling sou dus geensins verseker dat

die mevrou nie tóg reghebbende van die helfte van die waardevolle gemeenskaplike boedel bly nie en verskaf dus geen uitweg uit die dilemma weens die verstekposisie wat volg op die erkenning van die huwelik as regsgeldig nie.

Die vermeende bron van die hof in *Lehmann* se bevoegdheid om hoegenaamd sodanige bevel te kon verleen, is onduidelik. Die gemeenregtelike kenbronne bevat geen aanduiding dat enige hof 'n inherente bevoegdheid sou hê tot sodanige wysigingsbevele nie. Die afwesigheid van sodanige gemeenregtelike inherente bevoegdheid lê trouens aan die wortel van die noodsaak vir die wetgewer om hoegenaamd by wyse van artikel 21(1) van Wet 88 van 1984 voorsiening te maak vir wysigings aan die vermoënsregtelike bedeling *stante matrimonio*. As daar sprake van sodanige inherente bevoegdheid sou wees om 'n dergelike verklarende bevel te verleen, was die wetswysiging mos nie nodig nie.

Die enigste statutêre verwysing na 'n bevoegdheid van 'n hof om 'n ander vermoënsregtelike bedeling te gelas as waarop die partye tot 'n *geldige* huwelik in gemeenskap afgespreek het, hou verband met 'n artikel 20-aansoek wat nie in die geval toepaslik was nie. Artikel 20 van Wet 88 van 1984 kom ter sprake waar die hof deur één van die gades suksesvol genader is onder omstandighede waar dit redelikerwys blyk dat sy belange deur die optrede van die ander gade dreigend benadeel word en is die eweknie-bepaling van artikel 8 met betrekking tot aanwasdelende huwelike. (Die uitspraak in *Reeder v Softline Ltd* 2001 2 SA 844 (W) plaas egter 'n ernstige demper op die verwagting dat wesenlike regshulp langs dié weg bekom kan word – sien Sonnekus 2001 *De Jure* 614–627.) *In casu* het geeneen van die gades die hof genader nie – wel die kurator van die *curandus*, maar die artikel is nie daarop van toepassing nie.

“20(1) 'n Hof kan op aansoek van 'n gade, indien hy daarvan oortuig is dat die gade se belang in die gemeenskaplike boedel deur die optrede of voorgenome optrede van die ander gade ernstig benadeel word of waarskynlik ernstig benadeel sal word, en dat ander persone nie daardeur benadeel sal word nie, die onmiddellike verdeling van die gemeenskaplike boedel in gelyke dele of op die ander grondslag wat die hof billik ag, gelas.

(2) 'n Hof wat 'n lasgewing kragtens subartikel (1) uitreik, *kan gelas* dat die gemeenskap van goed *vervang word* deur 'n ander huweliksgoederebedeling, onderworpe aan die voorwaardes *wat hy goedvind*” (my kursivering).

Die wye bevoegdheid wat die wetgewer in artikel 20(2) aan die hof verleen om na goeiddunke 'n vervangende nuwe bedeling te gelas, kom nie in die onderhawige geval ter sprake nie.

8 Anders as wat die geval met minderjarige troulustiges is, skryf die Huwelikswet nie afsonderlik voor dat benewens die “normale” vereiste bystand wat vir die aangaan van 'n geldige vermoënsregtelike verbintenis benodig word óók die medewerking en instemming van die kurator as “voog” van die *curandus* vir die aangaan van laasgenoemde se huwelik benodig word nie. Die huwelik as statuswysigende gebeure sal dus *geldig* wees ook by ontstentenis van die kurator se medewerking en bystand mits die huweliksbevestiger hom vergewis het dat die partye bewus is van die aard van die regshandeling wat hulle voltrek (di wilsbevoegd is) en die gevolge daarvan begryp (a 30 van Wet 25 van 1961). Van geen huweliksbevestiger word verwag om soos 'n kwasie-regsgeleerde die voornemende egpaar te ondervra oor hul regsinsig in die vermoënsregtelike gevolge van hul voornemende huweliksverbintenis nie – daar gelaat dat die kleinste self daarvoor klaarheid mag hê.

In die lig van die voorgaande word aanvaar dat die blondine in die bogemelde voorbeeld (in § 5) sonder veel beslommernis die plaaslike pastoor as huweliksbevestiger behoort te kan oorrede om hul huwelik in die teenwoordigheid van die ander inwoners van Huis Vergenoegd te voltrek. Daarmee tree die wetlike vermoënsregtelike gevolge van 'n huwelik in gemeenskap van goed sonder meer in aangesien dit steeds die verstek-huweliksgoederebedeling in die Suid-Afrikaanse reg is. Die bruid in die voorbeeld is danksy die wetlike verstekposisie dadelik die halwe onverdeelde reghebbende van die nuutgevormde gemeenskaplike boedel ten bedrae van R20 miljoen – en sy het slegs vir die liefde van die saak getrou.

9 Duidelik is die ongemak met die huweliksluiting van die paar in die voorbeeld nie terug te voer na 'n afgunstigheid van 'n gemeenskap wat die paartjie geen geluk gun nie, maar hou in werklikheid verband met die wesenlike vermoënsregtelike bevoordeling wat die blondine danksy die huweliksluiting in gemeenskap van goed toeval, welke voordeel geaksentueer word deur die aansienlike omvang van die bruidegom se boedelbates. Indien die verstekposisie in die Suid-Afrikaanse reg sou wees dat die paar nie in gemeenskap van goed getroud is nie (soos wel die geval in byvoorbeeld die Duitse, Belgiese en na die jongste wetswysiging ook die Nederlandse reg is), sou daar geen outomatiese deling wees ten aansien van die reeds verworwe bates bloot weens die huweliksluiting nie en sou die huweliksluiting sonder meer as geldig geag word mits die partye maar net tot die bevrediging van die huweliksbevestiger die aard van die regshandeling begryp het. Die angel sit dus in die verstekbedeling wat die gemeenskaplike boedel met gepaardgaande ingrypende vermoënsregtelike gevolge outomaties meebring.

10 In die geval van minderjariges wat sonder die nodige toestemming trou, bevat die tersake Suid-Afrikaanse wetgewing wel uitdruklike bepalings wat moontlik aanduidend kan wees van hoe die vermoënsregtelike posisie ook van ander voornemende gades hanteer behoort te word waar die nodige bystand ontbreek onder omstandighede waar dit aangewese mag wees, as die wetsbepalings meer volledig was. Artikel 24A van Wet 25 van 1961 bevestig dat sodanige huwelik nie sonder meer nietig is nie, maar hoogstens vernietigbaar mag wees en dan slegs mits die juiste applikant binne die voorgeskrewe tydperk 'n aansoek tot die oortuiging van die hoë hof bring. Dit kan daarop dui dat die huwelik van die *curandus* eweneens nie bloot weens die ontbrekende medewerking van sy *curator bonis* nietig sal wees nie en vermoedelik het regter Botha hom in *Lehmann* minstens onbewustelik daardeur ook laat lei.

Omdat die huwelik van die minderjarige sonder toestemming nie as sodanig nietig is nie, moet by ontstentenis van 'n andersluidende statutêre of ander regsvoorskrif ook die “normale” vermoënsregtelike gevolge van die huwelik intree.

Die wetgewer het in die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 'n verwysing na die vermoënsregtelike gevolge van sodanige huwelik wat nie weens ontbrekende toestemming ontbind is nie, ingesluit:

“Indien so 'n huwelik nie ontbind word nie, is die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik dieselfde asof die minderjarige ten tyde van die sluiting van die huwelik meerderjarig was en word enige huweliksvoorwaardes ingevolge waarvan die aanwasbedeling ingesluit is en wat met die oog op so 'n huwelik verly is, geag geldig verly te wees” (a 24).

Dié bondige voorskrif laat veel te wense wat klaarheid betref: Luidens die tweede sinsnede moet aanvaar word dat indien die minderjarige wél sonder

bystand só 'n notarieel verlyde huweliksvoorwaardeskontrak kon aangegaan het met die bedenkbare medewerking van die onagsame notaris wat nie kennis geneem het van haar gebrekkige status nie, dit as geldig “geag” sal word. Dit impliseer dat 'n ander huweliksvoorwaardeskontrak wat nie aanwasdeling insluit nie, inderdaad nie as “geldig geag” kan word nie. Sodanige stereotipe huweliksvoorwaardeskontrak is dus nietig al is die huwelik geldig en al het dieselfde onagsame notaris die nietige kontrak behoorlik verly en laat registreer. Dán vind die eerste sinsnede van artikel 24 toepassing en is die huwelik sonder 'n geldig verlyde huweliksvoorwaardeskontrak dus 'n huwelik in gemeenskap van goed – dit is immers die gevolge wat by verstek aan 'n huwelik geheg word én die vermoënsregtelike gevolge van 'n minderjarige se huwelik word dān geag dieselfde te wees asof die partye meerderjarig was. Dit bly die geval ook indien die minderjarige die spreekwoordelike erfgenaam van die hotelmagnaat se miljoene is en die vermeende kavalier wat haar sonder toestemming getrou het, danksy dié regsvoorskrif ryklik vir sy moeite beloon word.

11 Die wetgewer sou moontlik kon oorweeg om die regsposisie juis in die lig van die verlaagde meerderjarigheidsgrens te hersien want die implikasie van die tydsebeperking vervat in artikel 24A van Wet 25 van 1961 is dat nōg die ouers (of voogde) van die troulustige minderjarige nōg die voormalige minderjarige self ná drie maande nadat die minderjarige agtien jaar oud geword het die hof om die uitoefening van sy bevoegdhede vervat onder subartikel 24A(1) kan nader om die huwelik te ontbind:

“kan dit deur 'n bevoegde hof op grond van die gebrek aan toestemming *ontbind word indien* aansoek om die ontbinding van die huwelik gedoen word

- (a) deur 'n ouer of voog van die minderjarige *voordat* hy meerderjarigheid bereik *en* binne ses weke vanaf die datum waarop die ouer of voog van die bestaan van die huwelik bewus word; of
- (b) deur die minderjarige *voordat* hy meerderjarigheid bereik *of binne drie maande* daarna” (my kursivering).

12 Indien die hart van die gelukkige bruidegom in die laaste voorbeeld nie kan tred hou met sy nuutgevonde geluk nie en hy helaas na 'n maand die ondermaanse met 'n laaste glinster in die oog verlaat, staan die jong weduwee sekerlik ook 'n goeie kans om as langselewende gade alles te erf indien die erflater voor sy dood sy vorige testament herroep en 'n nuwe verly het en haar as enigste erfregtelike bevoordeelde benoem het – ter uitsluiting van sy kinders en kleinkinders uit sy vorige huwelik. (In *Lehmann* het die bruidegom inderdaad by wyse van sy nuwe testament sy bruid as primêre begunstigde benoem kort voor sy afsterwe.)

Die testeerbevoegdheid van die testateur word in die Suid-Afrikaanse reg geensins ingeperk met die benoeming van 'n *curator* vir die *curandus* nie. Die Wet op Testamente 7 van 1953 vereis steeds net dat die testateur sestien jaar of ouer moet wees en wanneer hy die testament maak nie verstandelik onbekwaam moet wees om die aard en uitwerking van sy handeling te begryp nie. Die bewyslas dat hy op daardie tydstip verstandelik onbekwaam was, rus op die persoon wat dit beweer (a 4) – en die gerapporteerde regspraak hier en in Engeland bevestig dat dit 'n uiters lastige bewyslas is. (Sien Sonnekus “Testamentsvervalsing en wilsonderskuiwing van verswakke bejaardes” 2001 *TSAR* 357–370.) Die blote feit dat die testateur 'n *curator bonis* gehad het, is alleenstaande nie voldoende om dié bewyslas te kwyd nie. Die testateur hoef immers nie handelingsbevoegd

te wees nie (daarom kan kinders van 16 testeer) en die *prima facie* beperking van die *curandus* se handelingsbevoegdheid ná die benoeming van die *curator bonis* as bewindvoerder is nie deurslaggewend nie (sien Sonnekus “Testeerbevoegdheid, herroeping van ’n testament en kuratele sorg” 2004 *Stell LR* 450–463; “‘Testeervryheid’ as leidende beginsel vir die erfreg – die reël *coacta voluntas* . . . en probleme weens verouderende testateurs” in Swennen en Barbaix (reds) *Over Erven – Liber Amicorum Mieke Puelinckx-Coene* (2006) 431–455).

13 Hoewel eerder aangetoon is dat daar ruimte is om in die geval van testing deur ’n persoon onder kuratele of bewind wel met tussenkoms van ’n senior regter van die hoë hof in te gryp indien die verstekposisie weens bepaalde omstandighede té onbillik sou werk, is ’n wysiging aan die bestaande verstekposisie wat die huweliksvermoënsregtelike aspek betref makliker haalbaar.

’n Klaarblyklik billiker vermoënsregtelike posisie, wat enige kans op ’n onbehoorlike baattrekking deur ’n slinkse verleier van ’n persoon met beperkte oordeel of handelingsbevoegdheid sou kortwiek, lyk aangewese. *De lege ferenda* word voorgestel dat by enige sodanige huweliksluiting – waar op die ou einde die huwelik as statuswysigende gebeure intak gelaat word onder andere uit respek vir die inherente kompetensie en mensereg van die individu om te mag kies om te wil trou – die verstekvermoënsregtelike posisie *nie* in werking tree nie, maar die huwelik as met koue uitsluiting geag word *tensy* by die eventuele ontbinding van die huwelik die hof op versoek oortuig word dat ’n ander bedeling tot die voordeel van die eertydse *curandus* of minderjarige persoonlik (en nie alleen sy boedel of skuldeisers nie) sou wees.

Sodanige aanpassing van die regsposisie is myns insiens verkieslik bô hetsy die daarstel van ’n vrye diskresie aan die hof om in alle gevalle van ouetjies met geringe demensie wat troulustig raak namens die *curandus* ’n huweliksvoorwaardeskontrak te versin in weerwil van die reg se afkeer aan die gedagte dat die hof namens regsobjekte vir hul ’n kontrak kan opdring waartoe geen wils-ooreenstemming verkry kan word nie óf om star dié burgers die vreugde van huweliksluiting te ontsê.

JC SONNEKUS
Universiteit van Johannesburg