

Vermoënsregtelike gevolge by die verandering van die huwelikstelsel

Mariana Büchner-Eveleigh

LLB LLM LLD

Senior Lektor, Departement Privaatreg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Patrimonial Consequences at the Conversion of the Marriage System

The Recognition of Customary Marriages Act provides for the “conversion” of a customary marriage into a civil marriage. The Act, however, does not adequately regulate the consequences during the interface between the spouses’ customary marriage and civil marriage. Section 10(2) provides only that if spouses who are married at customary law subsequently enter into a civil marriage with each other, their marriage is in community of property and of profit and loss unless such consequences are specifically excluded in an antenuptial contract which regulates the matrimonial property system of their marriage. This section does not deal with the position where the customary marriage, for example, is in community of property and the spouses want to “convert” their customary marriage in a civil marriage out of community of property. Uncertainty exists as to whether the joint estate of the customary marriage continues to exist or is terminated at the date of the civil marriage, and whether the spouses in the aforementioned example have to enter into an antenuptial contract prior to the civil marriage or have to comply with other requirements. The fact that the Act is silent on the effect of the conversion on the customary marriage contributes to the uncertainty. The purpose of this article is to address these issues.

1 Inleiding

Die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike¹ (WEGH), wat op 15 November 2000 inwerking getree het, gee volle erkenning aan monogame en *de facto* poligiene gebruiklike huwelike ongeag wanneer hulle gesluit is. Die WEGH reël die bevoegdheid van ’n gade in ’n gebruiklike huwelik om ’n burgerlike huwelik² aan te gaan. Artikel 3(2) van die WEGH bepaal dat ’n gade wat ingevolge ’n gebruiklike huwelik getroud is, nie bevoeg is om ’n burgerlike huwelik gedurende die bestaan van die gebruiklike huwelik te sluit nie. Daar is egter een uitsondering op hierdie verbod. Ingevolge artikel 10(1) is ’n man en ’n vrou tussen wie ’n gebruiklike huwelik bestaan, bevoeg om met mekaar ’n burgerlike huwelik te sluit indien nie een van hulle ’n gade in ’n bestaande gebruiklike huwelik met ’n ander persoon is nie. Die WEGH maak dus voorsiening vir die omskepping van ’n gebruiklike huwelik in ’n burgerlike huwelik.

1 120 van 1998.

2 ’n Huwelik kragtens die Huwelikswet 25 van 1961.

Die WEGH reël nie die vermoënsregtelike gevolge by die skeidingsfase van die gades se gebruiklike en burgerlike huwelik behoorlik nie. Artikel 10(2) bepaal slegs dat indien die twee gades in 'n gebruiklike huwelik later ook 'n burgerlike huwelik met mekaar sluit, die huwelik binne gemeenskap van goed en wins en verlies is tensy sodanige gevolge uitdruklik deur die gades in 'n huweliksvoorwaardekontrak, wat die huweliksgoederebedeling van hul huwelik reël, uitgesluit word. Die artikel sit nie die posisie uiteen waar 'n gebruiklike huwelik byvoorbeeld binne gemeenskap van goed is, en die gades die gebruiklike huwelik in 'n burgerlike huwelik met huweliksvoorwaardes wat gemeenskap van goed uitsluit, wil omskep nie. Daar is gevolglik nie sekerheid oor die vrae of die gemeenskaplike boedel van die gebruiklike huwelik bly voortbestaan of beëindig word op datum van die burgerlike huwelik nie, en of die gades in bogenoemde voorbeeld 'n huweliksvoorwaardekontrak moet opstel voor die burgerlike huwelik of aan ander vereistes moet voldoen. Die feit dat die WEGH swyg oor die effek van die omskepping op die voortbestaan van die gebruiklike huwelik dra verder by tot die onsekerheid.

Die doel van die artikel is om die bogenoemde vrae aan te spreek. Die vermoënsregtelike gevolge van gebruiklike huwelike en die verandering van die vermoënsregtelike gevolge van die gebruiklike huwelike word eers bespreek. Daarna volg 'n kritiese bespreking van die vermoënsregtelike gevolge van die burgerlike huwelik in die geval van omskepping van die gebruiklike huwelik in 'n burgerlike huwelik.

2 Vermoënsregtelike Gevolge van Gebruiklike Huwelike

Voor die konstitusionele hof se beslissing in *Gumede v President of the Republic of South Africa*³ het die vermoënsregtelike gevolge van monogame gebruiklike huwelike wat gesluit is voor die inwerkingtreding van die WEGH verskil van die wat gesluit is na die inwerkingtreding van die WEGH. Die verskil het ontstaan as gevolg van artikel 7(1) en die frase “gesluit na die inwerkingtreding van die wet” in artikel 7(2) van die WEGH. Artikel 7(1) bepaal dat die vermoënsregtelike gevolge van 'n gebruiklike huwelike wat voor die inwerkingtreding van die WEGH gesluit is, onderworpe bly aan die gewoontereg. Artikel 7(2) bepaal dat 'n gebruiklike huwelik wat na die inwerkingtreding van die WEGH gesluit is en waarin 'n gade nie 'n eggenoot in enige ander bestaande gebruiklike huwelik is nie, binne gemeenskap van goed en van wins en verlies is tussen die gades, tensy dit uitdruklik deur die gades in 'n huweliksvoorwaardekontrak uitgesluit is. Die frase “gesluit na die inwerkingtreding van die wet” het beteken dat die reëls met betrekking tot die vermoënsregtelike gevolge van burgerlike huwelike slegs van toepassing

3 2009 3 BCLR 243 (CC).

is op monogame gebruiklike huwelike gesluit na inwerkingtreding van die WEGH.

In die *Gumede*-saak is artikel 7(1) ongrondwetlik bevind sover dit betrekking het op monogame gebruiklike huwelike.⁴ Die rede vir die bevinding is dat die artikel onregverdig op grond van geslag⁵ diskrimineer en dit nie ingevolge die bepalings van artikel 36 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 geregverdig kon word nie.⁶ Die artikel is met onmiddellike effek geskrap. Artikel 7(1) is tans slegs op poligiene gebruiklike huwelike wat voor die inwerkingtreding van die WEGH gesluit is van toepassing. Die hof het ook die woorde “gesluit na die inwerkingtreding van die wet” in artikel 7(2) ongrondwetlik en ongeldig verklaar en dit geskrap van die artikel. Die hof het beslis dat die bevel van ongrondwetlikheid terugwerkend van toepassing is. Gevolglik is alle monogame gebruiklike huwelike, wat voor die inwerkingtreding van die WEGH gesluit is, vanaf 8 Desember 2008 (die datum van die beslissing) in gemeenskap van goed en wins en verlies. Die uitspraak het egter nie betrekking op gebruiklike huwelike wat voor die inwerkingtreding van die datum deur die dood of egskeiding beëindig is nie.⁷

Artikel 7(2) is nou op alle monogame gebruiklike van toepassing terwyl artikel 7(1) slegs van toepassing is op poligiene gebruiklike huwelike wat voor die inwerkingtreding van die WEGH gesluit is. Gevolglik is die vermoënsregtelike gevolge van monogame gebruiklike huwelike, ongeag wanner dit aangegaan is, presies dieselfde terwyl die vermoënsregtelike gevolge van poligiene huwelike steeds afhang van of die huwelik voor of na die inwerkingtreding van die WEGH gesluit is.

2 1 Monogame Gebruiklike Huwelike

Ingevolge artikel 7(2) word die vermoënsregtelike gevolge van monogame gebruiklike huwelike deur dieselfde reëls bepaal as die van burgerlike huwelike. Met ander woorde, as die partye nie 'n huweliksvoorwaardekontrak opstel nie, is die huwelik binne gemeenskap van goed. Die artikel bevestig dat binne gemeenskap van goed dus die outomatiese en primêre huweliksgoederebedeling is.

Artikel 7(3) van die WEGH bepaal uitdruklik dat hoofstuk III en artikels 18, 19, 20 en 24 van hoofstuk IV van die Wet op Huweliksgoedere⁸ van toepassing is op 'n gebruiklike huwelik wat binne gemeenskap van goed is soos beoog in subartikel (2). Hierdie artikels het te doen met die beheer oor die gemeenskaplike boedel, litigasie deur of teen 'n gade wat binne gemeenskap van goed getroud is, vergoeding vir nie-vermoënsregtelike skade wat sodanige gade ontvang of moet betaal, die gade se deliktuele

4 Sien parr 55-56, veral par 56.

5 Sien veral par 34; a 9(3) Grondwet.

6 Sien parr 37-49, veral par 49.

7 Par 52.

8 88 van 1984.

aanspreeklikheid en die statutêre beskermingsmaatreëls wat een gade teen die ander kan gebruik. Dieselfde huwelik “binne gemeenskap van goed” wat geld ten opsigte van ’n burgerlike huwelik, is dus ook op gebruiklike huwelike van toepassing.⁹ Die strekking van hierdie bepaling is ook verder dat gemeenskap van goed by wyse van ’n huweliksvoorwaardekontrak uitgesluit kan word, net soos in die geval van die burgerlike huwelik. Beoog die gades om ook die aanwas uit te sluit, sal dit uitdruklik gedoen moet word.¹⁰

2 2 Poligiene Gebruiklike Huwelike

2 2 1 *Huwelike Gesluit Voor die Inwerkingtreding van die Wet*

Soos hierbo aangedui het die *Gumede*-beslissing artikel 7(1) ongeldig verklaar sover dit monogame huwelike wat voor inwerkingtreding van die WEGH gesluit is, aanbetref. Gevolglik word die vermoënsregtelike gevolge van poligiene huwelike wat gesluit is voor die inwerkingtreding van die WEGH steeds deur die gewoontereg gereël. So ’n poligiene gebruiklike huwelik is dus nóg binne nóg buite gemeenskap van goedere.¹¹

2 2 2 *Huwelike Gesluit na die Inwerkingtreding van die Wet*

Ingevolge artikel 7(6) moet ’n man wat in ’n gebruiklike huwelik is en wat na die inwerkingtreding van die WEGH ’n verdere gebruiklike huwelik wil sluit eers ’n skriftelike kontrak wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van sy huwelike sal reel, deur die hof laat goedkeur.¹² Die hof moet die man se bestaande huwelik se huweliksgoederebedeling beëindig en ’n verdeling van die huweliksgoedere bewerkstellig. Dit wil voorkom of die WEGH daarop dui dat slegs een huweliksgoederebedeling vir alle huwelike moet geld.¹³ Voorts blyk dit dat die enigste moontlike opsie buite gemeenskap van goed is.¹⁴

9 Himonga “The advancement of Africa’s women’s rights in the first decade of democracy in South Africa: The reform of the customary law of marriage and succession” 2005 *Acta Juridica* 82 87; Van Schalkwyk *Familiereg* (2010) 346; Van Schalkwyk “Kommentaar op die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998” 2000 *THRHR* 479 481.

10 Vergelyk a 2 hfst 1 Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984.

11 Vir ’n bespreking van die gewoonteregtelike gevolge sien Jansen “Gewoonteregtelike familiereg” in *Inleiding tot Regspluralisme* (reds Rautenbach, Bekker & Goolam) (2010) 64; Heaton *South African Family Law* (2010) 210.

12 Daar is nie sekerheid oor die effek van die afwesigheid van so ’n bevel nie. In *Ngwenyama v Mayelane* 2012 4 SA 527 (HHA) het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat die afwesigheid van so ’n bevel nie nietigheid van die huwelik tot gevolg het nie. Die Konstitusionele Hof het egter in *Mayelane v Ngwenyama and Minister for Home Affairs* 2013 4 SA 415 (CC) die bevel tersyde gestel en vervang met die bevel dat die daaropvolgende huwelik ongeldig is op grond van die feit dat die eerste vrou nie toestemming, soos vereis deur Tsonga-reg, aan haar man gegee het om die tweede huwelik te sluit nie.

13 Die WEGH gebruik net die enkelvoud. Sien ook Jansen 67.

14 Sien Jansen 67; Heaton 212.

Dit dien vermeld word dat indien 'n man in 'n poligiene huwelik, gesluit voor die inwerkingtreding van die WEGH, met nog 'n vrou trou na die inwerkingtreding van die WEGH sal die gewoonteregtelike huweliks-goederebedeling vervang word met 'n burgerlike huweliksgoederebedeling weens die werking van artikel 7(6).¹⁵

Dit is duidelik uit bogenoemde bespreking dat die gewoonteregtelike gevolge van die gebruiklike huwelike, met uitsondering van poligiene gebruiklike huwelike gesluit voor inwerkingtreding van die WEGH, vervang is met die gevolge van burgerlike huwelike.¹⁶ Monogame gebruiklike huwelike het presies dieselfde vermoënsregtelike gevolge as burgerlike huwelike.

3 Vrywillige Verandering van die Huweliksgoederebedeling

Die WEGH maak voorsiening vir twee verskillende wyses waarop die huweliksgoederebedeling van 'n gebruiklike huwelik vrywillig verander kan word, afhangende van die betrokke datum van die huweliksluiting.

3 1 Gebruiklike Huwelike Gesluit Voor Inwerkingtreding van die WEGH

Artikel 7(4)(a) en (b) van die WEGH maak voorsiening vir die verandering van die huweliksgoederebedeling wat van toepassing is op 'n gebruiklike huwelik wat voor die inwerkingtreding van die WEGH gesluit is. Die inhoud van hiedie bepaling stem grootliks ooreen met die bepalings van artikel 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere. Die gades moet gesamentlik die aansoek na die hof bring. Die artikel maak nie net voorsiening vir die verandering van die vermoënsregtelike gevolge van 'n monogame gebruiklike huwelik nie, maar ook 'n poligiene gebruiklike huwelik. In die geval van 'n poligiene gebruiklike huwelik moet al die gades by die verrigtinge gevoeg word.¹⁷ Die hof sal die aansoek net toestaan indien daar goeie rede vir die voorgestelde verandering bestaan, voldoende skriftelike kennisgewing van die voorgenome verandering aan al die skuldeisers van die gades gegee is vir bedrae van meer as R500 of 'n bedrag wat deur die Minister van Justisie by kennisgewing in die staatskoerant bepaal is en geen ander persoon deur die voorgenome verandering benadeel word nie.¹⁸

As die hof die aansoek toestaan sal die huweliksgoederebedeling wat op die huwelik van toepassing is, nie langer van toepassing wees nie. Die bepaling stel dit duidelik dat die verandering nie terugwerkend gemaak

15 Bakker "Die Civil Union Act, Draft Domestic Partnership Bill en moontlike deregulering van die huwelik" 2009 *TRW* 1 16 n 115.

16 Bakker 2009 *TRW* 1.

17 Heaton 215, Jansen 65.

18 Jansen 65.

kan word nie. Die partye word dan gemagtig om 'n skriftelike kontrak te sluit waardeur die toekomstige huweliksgoederebedeling van hulle huwelik of huwelike gereël word, onderworpe aan voorwaardes deur hof bepaal. Die hofbevel en gesertifiseerde afskrif van die kontrak moet dan aan elke registrator van aktes in die gebied waar die hof gesetel is, gestuur word.

3 2 Gebruiklike Huwelike Gesluit na die Inwerkingtreding van die WEGH

Artikel 7(5) van die WEGH bepaal dat gades in 'n monogame gebruiklike huwelik wat gesluit is na die inwerkingtreding van die WEGH by die hof aansoek kan doen ingevolge artikel 21 van die Wet op Huweliksgoedere vir toestemming om die huweliksgoederebedeling te verander. Die WEGH brei dus die bepaling van die Wet op Huweliksgoedere uit na gebruiklike huwelike.¹⁹ Die artikel is beperk tot monogame gebruiklike huwelik wat gesluit is na die inwerkingtreding van die WEGH.²⁰

Die gades moet 'n voorgestelde huweliksgoederebedeling in 'n notariële kontrak uiteensit en by die hof indien. As die hof die verandering magtig, moet die goedgekeurde notariële kontrak geregistreer word ingevolge artikel 89 van die Registrasie van Akteswet.²¹ Die hof sal slegs die aansoek goedkeur as daar goeie rede vir die voorgestelde verandering bestaan, voldoende skriftelike kennisgewing van die voorgenome verandering aan al die skuldeisers van die gades gegee is en geen ander persoon deur die voorgenome verandering benadeel word nie.²² Die artikel stel dit egter nie duidelik of die verandering terugwerkend gemaak kan word of nie.²³

In beide bogenoemde gevalle (bespreek in 3 1 en 3 2) is 'n hoë hof bevel noodsaaklik vir verandering en vir die registrasie van 'n kontrak wat die huweliksgoederebedeling van die huwelik reël in die akteskantoor. Gedagte aan wat hierbo gesê is, geld presies dieselfde vermoënsregtelike gevolge vir monogame gebruiklike huwelike (ongegag wanneer hulle gesluit is) en burgerlike huwelike. Die huwelike is binne gemeenskap van goed tensy dit uitdruklik uitgesluit is in 'n huweliksvoorwaardekontrak. Indien gades hulle huweliksgoederebedeling wil verander na die sluiting van die monogame gebruiklike huwelik (ongegag of dit voor of na inwerkingtreding van die WEGH gesluit is) sal die huweliksgoederebedeling na enige van die gebruiklike huweliksgoederebedelings wat ook op 'n burgerlike huwelik van toepassing is, verander kan word.²⁴ Dit blyk uit die WEGH dat partye in 'n poligiene gebruiklike huwelik, gesluit voor die inwerkingtreding van die WEGH, die gewoonteregtelike huweliksgoederebedeling van hul

19 Himonga 2005 *Acta Juridica* 82 88.

20 Heaton 215 n 61.

21 47 van 1937.

22 Heaton 104; Jansen 65.

23 Heaton 104.

24 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479 490.

huwelik kan verander na een van die huweliksgoederebedelings wat op burgerlike huwelike van toepassing is. Daar word aan die hand gedoen dat min, indien enige huwelike so verander sal word, aangesien dit baie duur sal wees.²⁵ Dit sal ook vir vroue in 'n poligiene huwelik moeilik wees om hul gades te oorreed om hulle uitsluitlike beheer oor die huweliksgoedere prys te gee.²⁶

4 Verandering van Huwelikstelsel en die Vermoënsregtelike Gevolge

Soos reeds aangedui²⁷ bepaal artikel 10(1) dat 'n man en 'n vrou tussen wie 'n gebruikelike huwelik bestaan, bevoeg is om 'n burgerlike huwelik kragtens die Huwelikswet te sluit, solank as wat geeneen van hulle 'n gade in 'n bestaande huwelik met 'n ander persoon is nie. Indien die man 'n gade in ander gebruikelike huwelike is, moet die ander gebruikelike huwelike van die man eers ontbind word alvorens die oorblywende gebruikelike huwelik tussen hom en sy vrou omskep kan word in 'n burgerlike huwelik. Artikel 10(2) bepaal dan as volg:

Wanneer 'n huwelik soos beoog in subartikel (1) gesluit is, is die huwelik in gemeenskap van goed en wins en verlies, tensy sodanige gevolge uitdruklik deur die gades in 'n huweliksvoorwaardekontrak wat die huweliksgoederebedeling van hulle huwelik reël, uitgesluit word.

Artikel 10(3) bepaal verder dat as die huwelik binne gemeenskap van goed is, is hoofstuk III en artikels 18, 19, 20 en 24 van hoofstuk IV van die Wet op Huweliksgoedere van toepassing daarop.²⁸

Soos reeds aangedui²⁹ reël die WEGH nie die vermoënsregtelike gevolge by die skeidingsfase van die gades se gebruikelike en burgerlike huwelik behoorlik nie. Die artikel vermeld byvoorbeeld nie wat die posisie is waar 'n monogame gebruikelike huwelik binne gemeenskap van goed is, en die gades die gebruikelike huwelik in 'n burgerlike huwelik met huweliksvoorwaardes wat gemeenskap van goed uitsluit, wil omskep nie. Daar is nie sekerheid oor die vrae of die gemeenskaplike boedel van die gebruikelike huwelik bly voortbestaan of beëindig word nie, en of die gades in bogenoemde voorbeeld 'n huweliksvoorwaardekontrak moet opstel voor die burgerlike huwelik of aan ander vereistes moet voldoen. Die feit dat die WEGH ook swyg oor die effek van die omskepping op die voortbestaan van die gebruikelike huwelik dra ook by tot die onsekerheid.

Die weglating van die effek van die omskepping op die voortbestaan van die gebruikelike huwelik gee aanleiding tot die vraag of die gebruikelike

25 Jansen 65.

26 *Ibid.*

27 Par 1.

28 Sien die bespreking van die verskil in bewoording van die Afrikaanse en Engelse tekste hieronder.

29 Par 1.

huwelik bly voortbestaan met die gevolg dat gades tegelykertyd ingevolge twee regstelsels getroud is, soos wat in *Kumalo v Jones*³⁰ beslis is. In die saak het die hof, deur gewoontereg toe te pas, beslis dat die gebruikelike huwelik nie deur die burgerlike huwelik beëindig word nie en dat die eiser se aksie, wat ontleen is aan die gebruikelike huwelik, ingelyks nie beïnvloed is nie. Dit impliseer dat 'n dubbele huwelik bestaan en dat “*the union of both parties as man and wife continues uninterruptedly, albeit under two different forms of nuptial union*”.³¹ Gevolglik in bogenoemde voorbeeld sal binne gemeenskap van goed van toepassing wees op die gebruikelike huwelik en buite gemeenskap van goed op die burgerlike huwelik. Die gemeenskaplike boedel bly voortbestaan en die gades sal ook voor die burgerlike huwelik 'n huweliksvoorwaardekontrak moet opstel. Dit is twyfelagtig of die hof die uitspraak in die toekoms sal volg aangesien die gelyktydige bestaan van twee huwelike 'n onhoudbare situasie skep.³² Ten eerste verskil die huweliksgoederebedelings van die gebruikelike huwelik en burgerlike huwelik fundamenteel van mekaar en sal dit myns insiens regtens en prakties onmoontlik wees om gelyktydig effek te gee aan beide huweliksgoederebedelings. Ten tweede al is beide huwelike statutêr binne gemeenskap van goed, beteken dit dat indien die huwelik deur egskeiding ontbind wil word, twee egskeidingsbevele verkry sal moet word aangesien twee huwelike bestaan.³³ Dit dien vermeld word dat die gebruikelike huwelik net weens een grond, naamlik die onherstelbare verbroekeling van die huwelik, deur egskeiding ontbind kan word.³⁴ Die ander twee egskeidingsgronde wat vir die burgerlike huwelik geld, naamlik geestesongesteldheid³⁵ en voortdurende bewusteloosheid³⁶ van die Wet op Egskeiding³⁷ is nie van toepassing by egskeiding van 'n gebruikelike huwelik nie. Dit kan tot gevolg hê dat twee verskillende gronde vir egskeiding gebring moet word om die huwelik te beëindig. Dit kon beslis nie die wetgewer se bedoeling gewees het nie.³⁸ In die verslag wat die WEGH voorafgegaan het, het die Suid-Afrikaanse Regshervormingkommissie ook die “*impossibility of enforcing both common- and customary-law regimes simultaneously*” erken.³⁹

Heaton⁴⁰ doen aan die hand dat as mens artikel 10(2) versigtig lees die bepaling daarvan slegs van toepassing is op datum van die burgerlike huwelik. Sy redeneer soos volg:⁴¹

30 1982 AHK 111 (S).

31 Par 118. Sien ook Jansen 75.

32 Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479 481; Jansen 75; Heaton 226.

33 Sien ook Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479 481.

34 A 8(1) WEGH.

35 A 5(1) Wet op Egskeiding.

36 A 5(2) Wet op Egskeiding.

37 70 van 1979.

38 Sien ook Van Schalkwyk 2000 *THRHR* 479 481.

39 *Report on Customary Marriages* Projek 90 par 3.2.9.

40 226.

41 *Ibid.*

Artikel 10(2) skryf die vermoënsregtelike gevolge in 'die huwelik' voor '[w]anneer 'n huwelik soos beoog in subartikel (1) gesluit is'. Artikel 10(1) reël die bevoegdheid van gades tussen wie 'n gebruiklike huwelik bestaan 'om 'n huwelik kragtens die bepalings van die Huwelikswet ... met mekaar te sluit', dit wil sê hulle bevoegdheid om 'n siviele huwelik aan te gaan.

Gevolglik reël die artikel die vermoënsregtelike gevolge van die burgerlike huwelik. Volgens haar word die vermoënsregtelike gevolge van die gebruiklike huwelik beëindig op die datum waarop die burgerlike huwelik gesluit word, maar die beëindiging is nie terugwerkend nie.⁴² Jansen⁴³ neem dieselfde standpunt in. In die bogenoemde voorbeeld sal binne gemeenskap van goed van toepassing wees tot die datum van die burgerlike huwelik waarna die bepaling van artikel 10(2) sal geld. Al die bates verkry voor die burgerlike huwelik word dus gereël deur die reëls van toepassing op gemeenskap van goed terwyl al die bates verkry vanaf die datum van die burgerlike huwelik, die gades se aparte bates bly, onderhewig aan die aanwasbedeling of nie. Volgens die standpunt sal die partye voor die burgerlike huwelik 'n huweliksvoorwaardekontrak moet opstel waarin die waardes van hulle onderskeie boedels by die aanvang van die burgerlike huwelik verklaar word.

Van Schalkwyk⁴⁴ is ook van mening dat artikel 10(2) die vermoënsregtelike gevolge van die burgerlike huwelik reël. Hy verwys egter ook na artikel 10(3) en dui op die verskil in die bewoording van die Afrikaanse en Engelse weergawes van hierdie subartikel. Artikel 10(3) bepaal dat hoofstuk III en artikels 18, 19, 20 en 24 van hoofstuk IV van die Wet op Huweliksgoedere van toepassing is op 'n "*gebruiklike huwelik wat in gemeenskap van goed is soos beoog in subartikel (2)*" (my beklemtoning). Die Engelse bepaling sê dat hoofstuk III en artikels 18, 19, 20 en 24 van hoofstuk IV van die Wet op Huweliksgoedere van toepassing is "*in respect of any marriage which is in community of property as contemplated in subsection (2)*" (my beklemtoning). Van Schalkwyk is van mening dat die Engelse teks eerder sin maak en tot gevolg het dat die gebruiklike huwelik beëindig en vervang word deur die burgerlike huwelik. Volgens hom kan die Afrikaanse teks alleen sin maak indien die gebruiklike huwelik nog van krag is. Die resultaat is dat twee huwelike gelyktydig bestaan en dit skep volgens hom 'n onuithoudbare situasie. Hy skryf die verskil in bewoording toe aan onnoukeurige wetsopstelling en dui daarop dat die Afrikaanse subartikel woordeliks ooreenkom met die Afrikaanse subartikel (3) van artikel 7.⁴⁵ Dit dui daarop dat die wetgewer die subartikel 3 van artikel 7 net so oorgeneem het sonder om die nodige aanpassings, te maak.

42 *Idem* 227.

43 Jansen 75.

44 2000 *THRHR* 479 493.

45 Sien par 2 1 hierbo.

Volgens Van Schalkwyk⁴⁶ is die gevolg van artikel 10(2) en (3) dat die gebruiklike huwelik beëindig en vervang word met die burgerlike huwelik.⁴⁷ Hy sê:

[a]rtikel 10(2) stel dit duidelik dat die normale gevolge van 'n burgerlike huwelik 'n huweliksgoederebedeling binne gemeenskap van goed is, tensy dit deur huweliksvoorwaardes uitgesluit word.⁴⁸

Hy erken die artikel vermeld nie wat die gevolg is waar die gebruiklike huwelik buite gemeenskap van goed is, en hul later die gebruiklike huwelik wil omskep in 'n burgerlike huwelik binne gemeenskap van goed en wins en verlies. Hy is egter van mening dat indien die standpunt wat hy huldig, korrek is, die burgerlike huwelik die gebruiklike huwelik beëindig en vervang en die burgerlike huwelik binne gemeenskap van goed sal wees. Indien Van Schalkwyk se standpunt van toepassing gemaak word op die voorbeeld waar die gebruiklike huwelik binne gemeenskap van goed is en later omskep word in 'n burgerlike huwelik buite gemeenskap van goed sal die partye ook moet toesien dat 'n huweliksvoorwaardekontrak voor die burgerlike huwelik opgestel word.

West⁴⁹ verskil van Heaton en Van Schalkwyk. Hy meen, dat aangesien die vermoënsregtelike gevolge van monogame gebruiklike huwelike en burgerlike huwelike presies dieselfde is⁵⁰ en die WEGH voorsiening maak vir die verandering van die huweliksgoederebedeling,⁵¹ die vermoënsregtelike gevolge van 'n monogame gebruiklike huwelik nie beëindig word op die datum van die burgerlike huwelik nie, maar dat dit bly voortbestaan en van toepassing is op die daaropvolgende burgerlike huwelik. Volgens hom bly die burgerlike huwelik binne gemeenskap van goed indien die partye 'n monogame gebruiklike huwelik (voor of na die inwerkingtreding van die WEGH) gesluit het sonder dat 'n huweliksvoorwaardekontrak geregistreer is. Die burgerlike huwelik sal alleenlik 'n huwelik buite gemeenskap van goed wees in die volgende twee gevalle:⁵²

- (i) Waar die partye, na inwerkingtreding van die wet, 'n gebruiklike huwelik gesluit het met 'n huweliksvoorwaardekontrak wat gemeenskap van goed en wins en verlies uitgesluit het of
- (ii) Waar die partye, voor inwerkingtreding van die wet, 'n gebruiklike huwelik gesluit het en ingevolge artikel 7(4)⁵³ die huweliksgoederebedeling verander het na buite gemeenskap van goed met of sonder die aanwasbedeling.

46 2000 *THRHR* 479 494.

47 Vir dieselfde mening sien Bonthuys & Pieterse "Still unclear: The validity of certain customary marriages" 2000 *THRHR* 616 623.

48 *Idem* 494.

49 "Change of customary marriage system into a civil marriage system" *Praktyksgewing 75 van 2012 Aktes-opleiding* 1-4.

50 Sien die bespreking in par 2 1 hierbo.

51 Sien die bespreking in par 3 hierbo.

52 West 4.

53 Sien bespreking in par 3 1 hierbo.

Volgens West kan die partye dus nie 'n huweliksvoorwaardekontrak voor die burgerlike huwelik opstel nie en moet hulle as hulle die huweliksgoederebedeling wil verander by die omskepping van die huwelik 'n aansoek ingevolge artikel 21, soos hierbo bespreek, bring.⁵⁴

Dit blyk uit West se benadering dat die huweliksvorm (gebruiklike of burgerlike huwelik) moontlik nie meer relevant is om die regstelsel (gewoontereg of gemenerereg) wat die vermoënsregtelike gevolge by omskepping reël, te bepaal nie. Dit blyk ook dat die vraag oor die effek van die omskepping op die voortbestaan van die gebruiklike huwelik nie meer, sover dit die vermoënsregtelike gevolge aanbetref, relevant is nie. Die volgende besware kan egter teen West se standpunt geopper word: Ten eerste verwys hy slegs na die gevolge waar 'n monogame gebruiklike huwelik omskep word in 'n burgerlike huwelik. Hy vermeld en neem nie die feit dat die gebruiklike huwelik poligienies van aard mag wees en sy eie besonderse probleme mag oplewer in ag nie. 'n Voorbeeld sal dit illustreer. Gestel 'n man het 'n poligiene huwelik met twee vroue gesluit voor inwerkingtreding van WEGH. Ingevolge artikel 7(1) van die WEGH word die vermoënsregtelike gevolge van die poligiene huwelik deur die gewoontereg beheer.⁵⁵ Die partye in die poligiene gebruiklike huwelik bring ook nie 'n gesamentlike aansoek vir verandering van die huweliksgoederebedeling ingevolge artikel 7(4) van die WEGH nie.⁵⁶ Die eerste gebruiklike huwelik word nou deur egskeiding ontbind. Die man en vrou in die oorblywende huwelik wil hul gebruiklike huwelik omskep in 'n burgerlike huwelik. Die vraag is wat is die vermoënsregtelike gevolge van die oorblywende huwelik? Is die oorblywende huwelik nou 'n monogame huwelik wat outomaties binne gemeenskap van goed is? Na my mening bepaal die WEGH nie dat beëindiging van een gebruiklike huwelik noodwendig beteken die gewoonteregtelike vermoënsregtelike gevolge wat in die oorblywende gebruiklike huwelik geld ook beëindig word nie. Verder, ingevolge artikel 8(4)(b) van die WEGH het die hof wat die individuele huwelik ontbind wat deel vorm van 'n poligiene gebruiklike huwelik slegs die bevoegdheid om die gades se bates te herverdeel as die hof meen dat herverdeling billik is. Die artikel maak nie voorsiening vir 'n bevel wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van die oorblywende huwelik reël nie. Indien gewoontereg steeds die vermoënsregtelike gevolge van die oorblywende huwelik reël en die gades die huwelik wil omskep in 'n burgerlike huwelik sal die vermoënsregtelike gevolge van die twee huwelikstelsels fundamenteel verskil. West se benadering kan nie hier toegepas word nie. Die huweliksvorm is in die geval steeds relevant om die regstelsel wat die vermoënsregtelike gevolge reël te bepaal. Heaton en Van Schalkwyk se benadering sal wel toegepas kan word met die gevolg dat die oorblywende huwelik en die gewoonteregtelike gevolge daarvan beëindig word op datum van die burgerlike huwelik. Artikel 10(2) bepaal die vermoënsregtelike gevolge van die burgerlike huwelik. Indien die

54 West 4.

55 Sien bespreking in par 2 2 1 hierbo.

56 Sien bespreking in par 3 1 hierbo.

partye 'n burgerlike huwelik buite gemeenskap van goed wil sluit sal 'n huweliksvoorwaardekontrak voor die burgerlike huwelik opgestel moet word.

Ten tweede kan gevra word wat is dan die doel van artikel 10(2) soos dit tans op die wetboek is? Indien West se standpunt toegepas word sal die artikel min sin maak en waardeloos wees.

Om praktiese en administratiewe probleme te vermy word 'n eenvormige benadering wat die vermoënsregtelike gevolge by omskepping van die gebruiklike huwelik in 'n burgerlike huwelik reël voorgestel. Die benadering van Heaton en Van Schalkwyk is myns insiens die mees praktiese benadering, naamlik dat die gebruiklike huwelik en die vermoënsregtelike gevolge daarvan beëindig word op datum van die burgerlike huwelik en dat artikel 10(2) van die WEGH die vermoënsregtelike gevolge van die burgerlike huwelik reël. Indien die partye hul gebruiklike huwelik wil omskep in 'n burgerlike huwelik wat gemeenskap van goed uitsluit moet 'n huweliksvoorwaardekontrak opgestel word voor die burgerlike huwelik. Dit sal ook meer koste-effektief wees as om 'n hoë hof aansoek ingevolge artikel 21 te bring soos West voorstel.

Dit is ook belangrik om daarop te let dat die wetgewer voorsiening maak vir verskillende huweliksvorme naamlik, 'n burgerlike huwelik wat gereguleer word deur die Huwelikswet en die Wet op Huweliksgoedere, 'n gebruiklike huwelik wat gereguleer word deur die WEGH en 'n burgerlike verbinding ("*civil union*") wat gereguleer word deur die *Civil Union Act*.⁵⁷ Solank as die wetgewer onderskei tussen die huweliksvorme moet effek daaraan gegee word. As partye hul gebruiklike huwelik wil omskakel in 'n burgerlike huwelik moet daar aan die vereistes vir sluiting van 'n burgerlike huwelik voldoen word, asook die registrasie daarvan soos uiteengesit in die Huwelikswet. Artikel 10(2) van die WEGH bevestig myns insiens die normale gevolge van die burgerlike huwelik soos in die Wet op Huweliksgoedere uiteengesit naamlik, dat gemeenskap van goed en wins en verlies die outomatiese en primêre huweliksgoederebedeling is en indien partye dit wil uitsluit hulle 'n huweliksvoorwaardekontrak moet opstel voor die burgerlike huwelik.

5 Slot

Dit is duidelik uit voorafgaande bespreking dat omrede die wetgewer nie die vermoënsregtelike gevolge by die skeidingsfase van die gades se gebruiklike en burgerlike huwelik behoorlik reël nie, en ook swyg oor die effek van die omskepping op die gebruiklike huwelik, dit aanleiding gee tot uiteenlopende standpunte oor die vermoënsregtelike gevolge by die verandering van die huwelikstelsel. Veral kommerwekkend is die uiteenlopende standpunte oor wanneer die huweliksvoorwaardekontrak

57 17 van 2006.

opgestel moet word as 'n gebruiklike huwelik binne gemeenskap van goed later omskep word in 'n burgerlike huwelik buite gemeenskap van goed. Die spoedige aandag van die wetgewer word bepleit aangesien notarisse moontlik verkeerdelik huweliksvoorwaardekontrakte opstel of nie opstel nie voor die burgerlike huwelik en so gades onder die verkeerde indruk bring ten opsigte van hulle huweliksgoederebedelings.