

Vonnisbespreking: Die onsekerhede aangaande die toepaslike huweliksgoederebedeling(s) in poligame gewoonteregtelike huwelike by nienakoming van artikel 7(6) van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike

Caroline Müller-Van der Westhuizen

C. Müller-Van der Westhuizen, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

The uncertainties regarding the applicable matrimonial property system(s) in polygamous customary marriages upon non-compliance with section 7(6) of the Recognition of Customary Marriages Act

This discussion assesses whether section 7(6) of the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998 should be interpreted as a requirement for a valid subsequent customary marriage, in light of recent judgments of the North Gauteng high court, the supreme court of appeal and the constitutional court, all in respect of *Ngwenyama*. The purpose of the discussion is to critically examine the uncertainties surrounding the matrimonial property system(s) that arise in polygamous customary marriages should section 7(6) not be complied with.

The discussion is based primarily on the decision of the Supreme Court of Appeal in *Ngwenyama* that section 7(6) is not a requirement for a subsequent customary marriage to be valid, but also considers the judgments of the high court and constitutional court respectively. However, in analysing these three judgments, it becomes clear that the matter is all but clear-cut and that non-compliance with section 7(6) does have problematic consequences.

The case law under discussion contemplates the following scenario: Where a husband marries his first wife without an antenuptial agreement the marriage will be a marriage in community of property. This is in terms of section 7(2) of the act. However, if he marries a second woman and complies with section 3 but not with section 7(6), it may be that the husband will be married simultaneously both in and out of community of property. The second marriage will be a marriage out of community of property, but with no written document to this effect. This may potentially cause great uncertainty pertaining to matrimonial property.

It is proposed that registration of a contract which regulates the matrimonial property system of a polygamous customary marriage must be a requirement for a further customary marriage. This is to ensure legal certainty in such marriages. But section 7(6) needs to be amended to place an obligation on both the man and the prospective wife to register such a contract. However, if the prejudices that might be suffered in instances where there is non-compliance with such a section are taken into account, the answer the courts are looking for might be to declare the subsequent marriage to be a putative one.

Keywords: customary law; matrimonial property system; *Ngwenyama v Mayelane*; polygamous customary marriage; putative marriage; written contract

Trefwoorde: huweliksgoederebedeling; gewoontereg; *Ngwenyama v Mayelane*; poligame gebruiklike huwelik; putatiewe huwelik; skriftelike kontrak

1. Inleiding

Voor die hoogste hof van appèl se uitspraak in *Ngwenyama v Mayelane*¹ was daar verskillende standpunte oor die vraag of die nievoldoening aan artikel 7(6) van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike² enige volgende (en dus poligame³) gebruiklike huwelike ongeldig maak of nie.⁴

Artikel 7(6) bepaal soos volg:

'n Man in 'n gebruiklike huwelik wat 'n verdere gebruiklike huwelik met 'n ander vrou wil sluit na die inwerkingtreding van hierdie Wet moet by die hof aansoek doen om 'n skriftelike kontrak goed te keur wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van sy huwelike reël.

In die *Ngwenyama*-saak het die hoogste hof van appèl op 1 Junie 2012 die betrokke tweede gebruiklike huwelik wat nie aan artikel 7(6) voldoen het nie, as geldig verklaar op grond daarvan dat artikel 7(6) nie as 'n geldigheidsvereiste vir 'n volgende gebruiklike huwelik dien nie. Alhoewel die konstitusionele hof op 30 Mei 2013 dieselfde tweede huwelik ongeldig verklaar het, was die gronde daarvoor nie die nievoldoening aan artikel 7(6) nie. Die hoogste hof van appèl se uitspraak dat artikel 7(6) nie 'n voorvereiste is vir die geldigheid van verdere gebruiklike huwelike nie, staan dus steeds. Tog, wanneer die praktiese implikasies hiervan in samehang met die res van die wetgewing tot hul logiese uiteinde gevoer word, ontstaan 'n verdere vraag, naamlik of 'n persoon tegelykertyd binne en buite gemeenskap van goed getroud kan wees.

Hierdie kritiese bespreking handel derhalwe oor sowel die uitspraak van die hoogste hof van appèl as tersaaklike gedeeltes van die uitspraak van die konstitusionele hof om die onhoudbare gevolge van nievoldoening aan artikel 7(6) bloot te lê. Hiervoor sal daar eerstens kortliks na wetgewing oor die geldigheid van gebruiklike huwelike verwys word. Tweedens val die klem op die huweliksgoederebedelings wat in poligame gebruiklike huwelike kan geld. Derdens volg 'n bespreking van artikel 7(6) in die lig van die onlangse hofuitsprake.

2. Wetgewing oor die geldigheid van gebruiklike huwelike in Suid-Afrika

Die erkenning van gebruiklike huwelike is geformaliseer deur die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike (hierna “die wet”), wat op 15 November 2000 in werking getree het.⁵ Volgens die wet is ’n gebruiklike huwelik ’n huwelik wat ooreenkomstig die gewoontereg gesluit is.⁶ *Gewoontereg* word weer omskryf as “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”.⁷ Gebruiklike huwelike wat voor die inwerkingtreding van die wet gesluit is, word ook nou as geldig beskou.⁸ Tog bepaal artikel 3(1) dat gebruiklike huwelike wat ná die inwerkingtreding van die wet aangegaan is, geldig is net indien die partye ouer as agtien is,⁹ albei toestem tot die huwelik ingevolge die gewoontereg, en die huwelik ooreenkomstig die gewoontereg onderhandel en aangegaan of gevier is.

Vir doeleindes van hierdie bespreking is dit belangrik om hier ook na artikel 7(6) te verwys, wat bepaal dat ’n man in ’n gebruiklike huwelik wat ná die inwerkingtreding van die wet ’n verdere gebruiklike huwelik met ’n ander vrou wil sluit, by die hof móét aansoek doen om die goedkeuring van ’n skriftelike kontrak wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van sy huwelike reël. Soos reeds genoem, is daar verskillende standpunte oor of artikel 7(6) ook ’n geldigheidsvereiste vir ’n verdere gebruiklike huwelik daarstel. Hierdie teenstrydige standpunte word hier onder bespreek.¹⁰

3. Die huweliksgoederebedeling van poligame gebruiklike huwelike

Volgens artikel 2(1) van die wet word huwelike wat voor die inwerkingtreding van die wet aangegaan is, as geldige huwelike erken indien daar aan tradisionele vereistes voldoen is, terwyl huwelike wat ná die inwerkingtreding van die wet aangegaan is, volgens artikel 2(2) aan die vereistes van die wet moet voldoen. Artikel 2(3) en (4) verleen spesifiek erkenning aan poligame gebruiklike huwelike.

Sedert die uitspraak in *Gumede v President of the Republic of South Africa*¹¹ in 2008 word alle monogame gebruiklike huwelike wat voor óf na die inwerkingtreding van die wet aangegaan is en waar daar geen kontrak tot die teendeel is nie, as huwelike in gemeenskap van goed beskou.¹² Dít volg nadat die hof artikel 7(1) en ’n gedeelte van artikel 7(2) van die wet ongrondwetlik verklaar het, dog slegs ten opsigte van monogame huwelike. Vir die bespreking later is dit veral belangrik om daarop te let dat alle monogame gebruiklike huwelike wat voor die inwerkingtreding van die wet gesluit is, dus vanaf 8 Desember 2008 (die datum van die uitspraak), huwelike in gemeenskap van goed is.¹³ Die uitspraak het egter nie betrekking op gebruiklike huwelike wat voor hierdie datum deur dood of egskeiding beëindig is nie.¹⁴

Aangesien die *Gumede*-saak nie oor poligame huwelike gehandel het nie, word daar aanvaar dat poligame huwelike wat voor 15 November 2000 aangegaan is, steeds onder die gewoontereg val.¹⁵ Daarom kan ’n mens met sekerheid sê dat ’n poligame gebruiklike huwelik wat voor hierdie datum aangegaan is, nóg in nóg buite gemeenskap van goed is,¹⁶ en dat ’n gebruiklike huwelik wat ’n man met sy eerste vrou aangaan, in gemeenskap van goed is, tensy daar ’n huweliksvoorwaardekontrak bestaan. Die posisie wat betref

huweliksgoederebedeling(s) van 'n huwelik wat 'n poligame huwelik word ná 15 November 2000, is egter onseker, soos uit die bespreking hier onder sal blyk.

4. *MM v MN 2010 4 SA 286 (GNP)*^{17 18}

Die feitestel in bogenoemde saak is kortliks soos volg: Die applikant (vrou) en die oorledene is in 1984 volgens die gewoontereg getroud, maar die huwelik is nooit geregistreer nie. Daar is drie kinders uit die huwelik gebore. Die oorledene het in 2009 gesterf. Ná haar man se afsterwe is die applikant na die departement van binnelandse sake om die huwelik te registreer, maar is meegedeel dat die respondent óók 'n gebruikelike huwelik tussen haar en die oorledene wou registreer. Volgens die respondent is haar huwelik in 2008 aangegaan en is dit dus onderworpe aan die Wet op Erkenning van Gebruikelike Huwelike wat in 2000 in werking getree het.

Die applikant het egter aangevoer dat die beweerde huwelik tussen die respondent en die oorledene *ab initio* nietig was, aangesien die oorledene haar nie geraadpleeg het voordat daardie huwelik aangegaan is nie, en daar ook nie aan die voorskrifte van artikel 7(6) van die wet voldoen is nie. Die partye was dit eens dat daar nie voor die tweede huwelik by die hof 'n aansoek ingedien is om 'n bevel ingevolge artikel 7(6) nie. Die oorledene se ouer broer het ook in 'n beëdigde verklaring bevestig dat volgens hulle gewoonte en tradisie, die eerste vrou geraadpleeg moet word voordat 'n tweede huwelik aangegaan word. Die man se bloedverwante moet ook getuies van die tweede huwelik wees.

In die hoë hof oorweeg regter Bertelsmann die gelyke status en bevoegdheid van gades in gebruikelike huwelike en kom tot die gevolgtrekking dat artikel 7(6) daarop toegespits is om sowel die bestaande as die voorgenome gade se vermoënsregtelike belange te beskerm. Hy noem ook dat alhoewel die wet nie 'n uitdruklike bepaling van ongeldigheid by die nienakoming van artikel 7(6) bevat nie, die hof se rol oorbodig sou wees indien die nienakoming van die artikel nié ongeldigheid meebring nie. Dus bevind hy die tweede gebruikelike huwelik *ab initio* nietig, omdat artikel 7(6) volgens hom as geldigheidsvereiste vir 'n verdere gebruikelike huwelik dien. Hierdie bevinding het berus op die gebiedende bewoording van artikel 7(6) dat 'n man by die hof "moet" aansoek doen om 'n skriftelike kontrak wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van sy huwelike reël,¹⁹ asook op die bepaling in artikel 7(7)(b)(iii) van die wet dat die hof by magte is om registrasie van die voorgestelde kontrak te weier.²⁰

5. *Ngwenyama v Mayelane 2012 4 SA 527 (HHA)*

In appèl was die regspraak of die man se versuim om die hof om goedkeuring van 'n skriftelike kontrak oor die goederebedeling van sy huwelike te nader, sy volgende huwelik nietig maak,²¹ veral aangesien die wet nie uitdruklik bepaal dat sodanige huwelik nietig is nie. Daar is namens die respondent aangevoer dat artikel 7(6) daarop toegespits is om die bestaande vrou se belange te beskerm, wat dan ook die rede is waarom sy deel moet wees van die verrigtinge om te besluit oor die kontrak wat die toekomstige huweliksgoederebedeling moet reël.²²

Die argument namens die appellant was dat dit nie die wetgewer se bedoeling kon wees om die geldigheid van 'n tweede huwelik in poligame gewoonteregtelike omstandighede aan die toestemming van 'n hof te onderwerp nie, en dat die hof *a quo* se vertolking teenstrydig met artikel 39(2) van die Grondwet is.^{23,24} Verdere argumente teen die ongeldigheid van die tweede huwelik het gehandel oor die tweede vrou se reg op waardigheid en gelykheid, wat deur 'n beslissing van ongeldigheid geskend sou word. Die hof is ook gewys op die impak wat 'n ongeldigheidsbevinding op, onder andere, die tweede vrou en haar kinders se sosiale status, erfreg, ens. sou hê. Daar is verder aangevoer dat die wet ten doel het om alle vroue in poligame huwelike te beskerm deur 'n meganisme vir 'n sekere en gelyke huweliksgoederebedeling daar te stel. Hiervolgens, het die appellant beweer, kon die nienakoming van artikel 7(6) nie 'n gebruikelike huwelik in die geheel ongeldig maak nie, aangesien dit bloot 'n meganisme is om 'n gepaste goederebedeling vir huwelike daar te stel. Vir hierdie gevolgtrekking het die appellant se regspraak hulle ook daarop verlaat dat die wet nie 'n strafbepaling vir die nienakoming van die artikel gee nie.²⁵

Die hof beslis dat alhoewel artikel 7(6) bepaal dat 'n man voor verdere huweliksluiting by die hof "moet" aansoek doen, en 'n mens die wetgewer se bedoeling kan aflei deur die gewone betekenis van die bewoording van die bepaling te oorweeg, die doel van die spesifieke bepaling ook oordink en teen die agtergrond van die doel en konteks van die wet in die geheel gelees moet word. Dit is veral die geval waar beweer word dat die hof *a quo* se vertolking van artikel 7(6) op 'n skending van sekere regte in die Grondwet neerkom. Die hof het ook gewys op die belang daarvan om die artikel so te vertolk dat dit met artikel 39(2) van die Grondwet strook.²⁶ Die bedoeling van die wet is om die regte van vroue wat ooreenkomstig die gewoontereg getroud is, te bevorder deur aan hulle bepaalde regte op huweliksgoedere te gee wat hulle nie voor die inwerkingtreding van die wet gehad het nie. Dus kan die vertolking van die wet nie met diskriminasie ingekleur word nie. Sodanige vertolking sal hierdie vroue se reg op waardigheid en gelyke status in die huwelik, asook hul fisiese en emosionele integriteit skend. Daarbenewens wys die hof daarop dat die uitwerking van diskriminasie ook na die kinders sou uitkring, aangesien die ongeldigheid van die huwelik sou beteken dat die kinders as buite-egtelik beskou word.

In antwoord op die hof *a quo* se argument dat dit nie die wetgewer se bedoeling kon gewees het om die rol van die howe oorbodig te maak nie, en dat dít juis is wat sou gebeur as nienakoming van artikel 7(6) nie op ongeldigheid neerkom nie, het die hoogste hof van appèl egter na teenoorgestelde gesag verwys. Die hof²⁷ haal onderskeidelik sowel Maithufi en Moloji²⁸ as Bakker²⁹ met goedkeuring aan. Maithufi en Moloji verklaar:³⁰

It is further submitted that non-compliance with this requirement in these circumstances will not lead to the nullity of the marriage and that such marriages will be regarded as out of community of profit and loss. The main purpose of the requirement is to avoid unnecessary litigation concerning property brought into the marriage and property that may be acquired during the subsistence of the marriage.

Insgelyks sê Bakker:³¹

The second marriage should therefore be valid even when the requirements of section 7(6) have been disregarded. Non-compliance with section 7(6) will not affect the first wife negatively where she was married out of community of

property with the exclusion of the accrual system. Where the first wife was married out of community of property the property system will continue after her spouse marries his second wife. The only contract that can be drafted is an agreement to continue with the marriage out of community of property. Therefore non-compliance will have no effect on the first wife if the first marriage is out of community of property.

Laastens verwys die hof na die tweede vrou se regte en vra waarom sy benadeel moet word as haar man nie aan die vereistes van artikel 7(6) voldoen het nie. Die hof beslis dat die gelykheid waarna die wet streef, ernstig ondermyn sou word indien artikel 7(6) 'n voorvereiste vir 'n verdere geldige gebruiklike huwelik sou uitmaak.³²

In sy gevolgtrekking sê waarnemende appèlregter Ndita dat artikel 7(6) nie verband hou met artikel 3(1) wat die vereistes vir 'n geldige huwelik stel nie.³³ Die hoofdoel van artikel 7(6) is om huweliksgoederebedelings te reguleer en nie om 'n andersins geldige gebruiklike huwelik ongeldig te verklaar nie. Dienooreenkomstig bevind die hof dat die tweede huwelik wél geldig was.

Die hof se beslissing het dus nie gehandel oor die respondent se bewering dat haar vooraf toestemming ingevolge hul gewoonte en tradisie nodig was nie, maar slegs oor die vertolking van artikel 7(6).³⁴

Wat verder van belang is, is appèlregter Ponnar se opmerking in sy instemmende uitspraak rakende die huweliksgoederebedeling wat by die nienakoming van artikel 7(6) geld, naamlik:

I hold instead that the consequence of such non-compliance is that the subsequent marriage would be valid but that it would be one out of community of property. It plainly cannot be a marriage in community of property as that would imply the existence of two joint estates, which it is clear cannot co-exist.³⁵

Hierdie opmerking sluit dus aan by en bevestig bostaande standpunte van Maithufi, Moloi en Bakker.

6. MM V MN 2013 4 SA 415 (KH)

Toe die saak in die konstitusionele hof eindig, wys die hof daarop dat nóg die hoë hof nóg die hoogste hof van appèl dit nodig geag het om die Tsonga-gewoontereg oor die kwessie van toestemming te oorweeg. Soos reeds hier bo genoem is, het die vrou in die bestaande huwelik aangevoer dat sy nooit ooreenkomstig hul gewoontereg tot die sluiting van die tweede beweerde huwelik toegestem het nie. In dié verband oorweeg die hof of die toestemming van die eerste vrou ingevolge die wet 'n vereiste was; of haar toestemming ingevolge lewende Tsonga-gewoontereg 'n vereiste was; en indien dit nié volgens die wet óf Tsonga-gewoontereg 'n vereiste was nie, of die Grondwet in dié opsig ontwikkeling van die reg noodsaak.³⁶ Hierdie vrae word vervolgens bespreek.

6.1 Toestemming as 'n vereiste ingevolge die wet³⁷

Die hof wys daarop dat artikel 3(1) van die wet oor die geldigheidsvereistes van gebruikelike huwelike, en artikel 7 oor die vermoënsregtelike gevolge daarvan, handel. Hieruit kan moontlik afgelei word dat die hof nie artikel 7(6) as geldigheidsvereiste vir 'n verdere gebruikelike huwelik ag nie, maar slegs die vereistes van artikel 3(1). Die hof maak die volgende stelling oor artikel 7: "Nevertheless, section 7 cannot be read to found a requirement of the first wife's consent for the validity of a subsequent marriage and thus cannot assist Ms Mayelane in the present circumstances." Die hof beaam dus die hoogste hof van appèl se interpretasie van artikel 7(6).³⁸

Wat artikel 3(1)(a) betref, verklaar die hof egter dat hierdie gedeelte slegs oor die vereiste dat albei voorgenome gades tot 'n huwelik moet toestem, handel; artikel 3 bepaal nie dat die eerste vrou se toestemming as 'n vereiste vir die man se verdere huweliksluitings dien nie.

6.2 Toestemming as 'n vereiste ingevolge lewende Tsonga-gewoontereg³⁹

Met betrekking tot die vraag of die eerste vrou se toestemming volgens die Tsonga-gewoontereg 'n vereiste is vir die man om 'n tweede huwelik te kan aangaan, het die hof beëdigde verklarings van vier kategorieë persone ontvang. Hierdie persone het egter nie almal dieselfde mening gehad oor wat presies die stand van sake in die Tsonga-gewoontereg is nie. Alhoewel die hof meen dat dié verklarings bewys lewer van 'n tegemoetkomende benadering tot die eerste vrou en haar mening, voer hy nietemin aan: "[I]t must be emphasised that, in the end, it is the function of a court to decide what the content of customary law is, as a matter of law not fact. It does not depend on rules of evidence: a court must determine for itself how best to ascertain that content."

Die hof kom tot die gevolgtrekking dat hoewel die Tsonga-gewoontereg tegemoetkomend blyk te wees teenoor die eerste vrou en haar familie se besorgdhede, dit die man se keuse bly of hy 'n verdere huwelik wil aangaan of nie.

6.3 Grondwetlike vereiste om die reg te ontwikkel⁴⁰

Hierop laat die regter volg dat, in soverre Tsonga-gewoontereg nog nie vir die eerste vrou se toestemming voorsiening maak nie, die Grondwet vereis dat die gewoontereg uitgebrei moet word om sodanige toestemming as voorvereiste vir die geldigheid van 'n verdere gebruikelike huwelik te stel. Die eerste vrou het immers 'n grondwetlike reg op waardigheid en gelykheid. Alhoewel die hof verder uitgebrei oor die eerste vrou se regte ingevolge die Grondwet en artikel 6 van die wet,⁴¹ val 'n volledige bespreking daarvan buite die bestek van hierdie bydrae.

Voorts verwys die hof na die vereistes vir 'n geldige gebruikelike huwelik soos dit in artikel 3(1) van die wet, en in die besonder artikel 3(1)(b), vervat word, naamlik "dat die

huwelik ooreenkomstig die gewoontereg beding en gesluit of voltrek moet word". Die hof wys egter daarop dat die gewoontereg steeds onderworpe is aan die Grondwet,⁴² en dat dit dus ontwikkel moet word om die regte in die handves van regte te bevorder.

Uiteindelik bevind die hof dat dit duidelik is dat die eerste vrou volgens Tsonga-gewoontereg ten minste oor die voorgenome huwelik ingelig moet wees, en dat daar geen bewyse is dat die aansoeker inderdaad ooit oor 'n tweede huwelik met die eerste respondent ingelig is nie. Derhalwe het die hof die tweede gebruiklike huwelik as ongeldig verklaar.

7. Bespreking

Vir die doeleindes van hierdie bespreking is dit belangrik om noukeurig op die inhoud van artikels 2(4), 7(2) en – by herhaling – ook artikels 3(1) en 7(6) van die wet te let.

Artikel 2(4) bepaal dat indien 'n persoon 'n gade in meer as een gebruiklike huwelik is, alle sodanige huwelike wat ná die inwerkingtreding van die wet gesluit is en aan die “vereistes van hierdie Wet” (synde die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike) voldoen, vir alle doeleindes as huwelike erken word. Die frase “die vereistes van hierdie Wet” impliseer duidelik dat daar aan die vereistes van die wet in die geheel voldoen moet word, en nie slegs aan die vereistes van artikel 3(1) nie. Uit dié bewoording van artikel 2(4), saamgelees met die woord “moet” in artikel 7(6), volg dan dat artikel 7(6) wél as 'n voorvereiste vir die geldigheid van 'n verdere gebruiklike huwelik sou kon dien.

Dit sou op een lyn wees met die hoë hof se benadering, waar die hof die primêre reël van die teksgebaseerde benadering van wetsuitleg⁴³ gevolg het en die woord “moet” in artikel 7(6) volgens die letterlike betekenis daarvan uitgelê het. Die goue reël van wetsuitleg is egter dat indien die wetteks dubbelsinnig, vaag of misleidend is, of indien 'n streng letterlike betekenis absurd sou wees, die hof van die letterlike betekenis mag afwyk om sodoende absurditeit (belaglikheid) te vermy.⁴⁴ Laasgenoemde reël is deur die hoogste hof van appèl toegepas met inagneming van die nadelige gevolge vir die tweede vrou indien haar huwelik ongeldig verklaar sou word.

Sou die hoogste hof van appèl egter wel die bevinding van die hoë hof rakende artikel 7(6) gehandhaaf het, word die vraag gestel of verligting in die vorm van 'n putatiewe huwelik⁴⁵ moontlik 'n oplossing kon bied. Die vereistes vir 'n putatiewe huwelik is dat een of albei partye ten tye van voltrekking van die huwelik onbewus moet wees van die defek wat die huwelik ongeldig maak en in goeie trou moet glo dat hul regmatig getroud is.^{46 47} Mevrou Ngwenyama sou moontlik kon geargumenteer het dat sy onbewus daarvan was dat haar man nie voldoen het aan die vereiste ingevolge artikel 7(6) nie, en dat sy in goeie trou geglo het dat sy wel regmatig met die oorledene getroud was. Indien die hof haar huwelik as 'n putatiewe huwelik verklaar, sou dit beteken dat sekere van die gevolge van 'n geldige huwelik steeds toepassing sou vind, byvoorbeeld die moontlikheid dat sy steeds sou kon erf⁴⁸ en dat haar kinders nie as buite-egtelik geag sou word nie.⁴⁹ Die toepassing van die primêre reël van die teksgebaseerde benadering van wetsuitleg sou waarskynlik dus nie tot absurditeite lei nie.

Nóg 'n artikel in die wet wat hier genoem kan word, is artikel 4, wat oor die registrasie van gebruiklike huwelike handel. Subartikel 4(9) bepaal spesifiek dat versuim om 'n gebruiklike huwelik te registreer, nie sodanige huwelik ongeldig maak nie. Alhoewel die hof in *Thembisile v Thembisile*⁵⁰ beslis dat dit onnodig is om te oorweeg of die gebruiklike huwelik behoorlik geregistreer was, merk die hof op dat die versuim om sodanige huwelik te

registreer in elk geval nie die geldigheid van die huwelik raak nie⁵¹ en bevestig dus die toepassing van subartikel 9. Ook in die meer onlangse beslissing in *MG v BM*⁵² is die toepassing van artikel 4(9) bevestig.⁵³ Artikel 7 bevat egter nie 'n soortgelyke bepaling nie; daar word dus nie uitdruklik bepaal dat nienakoming van artikel 7 nié die geldigheid van 'n gebruiklike huwelik raak nie. Kan 'n mens dus ook hiéruit aflei dat die wetgewer artikel 7(6) wél as 'n geldigheidsvereiste bedoel het, soos die hoë hof inderdaad bevind het? Tog sluit artikel 3, wat spesifiek na die vereistes vir die geldigheid van gebruiklike huwelike verwys,⁵⁴ nie artikel 7(6) as geldigheidsvereiste in nie. Hiéruit weer kan dus afgelei word dat artikel 7(6) nié 'n geldigheidsvereiste is nie – die beskouing wat deur die hoogste hof van appèl gehandhaaf is. Soos reeds deur Jansen⁵⁵ geargumenteer, is dit belangrik dat die wetgewer in direkte taal spesifiseer wat die gevolge is as daar 'n versuim is om aan vereistes wat deur die wetgewer voorgeskryf word, te voldoen. Aan die ander kant, deur nie die gevolge te spesifiseer nie, word die deur oopgehou vir die howe om 'n billike en regverdige beslissing te maak.⁵⁶

Hoe ook al, die gevolge van nienakoming van artikel 7(6) is problematies: die feite voor die hof in *Ngwenyama v Mayelane* het gehandel oor 'n eerste huwelik wat voor die inwerkingtreding van die wet aangegaan is, maar eers ná die uitspraak in die *Gumede*-saak deur die dood ontbind is. Dit impliseer dat die huwelik tussen die oorledene en die aansoeker 'n huwelik in gemeenskap van goed was.⁵⁷ Die oorledene besluit toe om 'n tweede huwelik aan te gaan deur te voldoen aan die geldigheidsvereistes van artikel 3 en sluit, volgens die uitspraak van die hoogste hof van appèl, 'n geldige poligame gebruiklike huwelik. Tog versuim hy om te voldoen aan artikel 7(6) wat bepaal hoe hy te werk moet gaan om die goederebedeling van sy huwelike te reël. Soos reeds hier bo aangedui, beskryf artikel 7 van die wet nie die gevolge van nienakoming van artikel 7(6) nie, en volgens die hoogste hof van appèl is verdere huwelike wat nie aan artikel 7(6) voldoen nie, buite gemeenskap van goed. Appèlregter Ponnar stel dit so: "I hold instead that the consequence of such non-compliance is that the subsequent marriage would be valid but that it would be one out of community of property." Die antwoord op my vraag in die inleiding hier bo, naamlik of 'n persoon terselfdertyd in en buite gemeenskap van goed getroud kan wees, is dus hiérvolgens 'n verwarrende dog logiese ja.

Maithufi⁵⁸ stel dit as volg:

This implies that the first customary marriage may be in community of property, while the second one is out of community of property. It is submitted that the interests of the spouses to these marriages cannot be sufficiently safeguarded by holding that the second or further customary marriage should be regarded as a marriage out of community of property.

In aansluiting by die aanhaling hier bo lê die problematiek van só 'n situasie daarin dat persone wat buite gemeenskap van goed getroud wil wees, 'n huweliksvoorwaardekontrak moet laat registreer, aangesien die primêre huweliksgoederebedeling in Suid-Afrika gemeenskap van goedere is.⁵⁹ In die geval soos hier bo geïllustreer, is daar hoogstens 'n informele huweliksvoorwaardekontrak tussen die man en die tweede vrou, en veral in die geval waar die man reeds oorlede is, sal dit moeilik wees om vas te stel wat die inhoud van sodanige kontrak was. Daarom is so 'n stand van sake nie wenslik nie en word dit by implikasie gerugsteun deur die bewoording van artikel 7(6), wat na

die “huweliksgoederebedeling” van die man se huwelike verwys en nie die “huweliksgoederebedelings” nie.

Die onsekerhede wat ontstaan oor die vermoënsregtelike gevolge van poligame gewoonteregtelike huwelike by nienakoming van artikel 7(6), is duidelik.⁶⁰ Daar word aan die hand gedoen dat die registrasie van ’n kontrak om die huweliksgoederebedeling van ’n poligame huwelik te reël, ’n voorvereiste vir ’n geldige gebruikelike huwelik behoort te wees. Artikel 7(6) van die wet plaas egter die verpligting om op te tree op die man en dit is nie wenslik dat die vrou in hierdie opsig afhanklik is van die man om geldigheid van die huwelik te verseker nie. Sodanige verpligting behoort op beide partye te rus en artikel 7(6) behoort dienooreenkomstig gewysig te word. By nienakoming, veral waar een of beide partye bona fide optree, behoort dit egter, soos reeds gestel, oorweeg te word om die huwelik as ’n putatiewe huwelik te verklaar, sodat die onskuldige party so min as moontlik benadeel word. Smith⁶¹ se voorstel oor hoe om te werk te gaan met die verdeling van die boedel wanneer daar reeds ’n huwelik in gemeenskap van goed is en ’n latere verbinding as ’n putatiewe huwelik verklaar word, kan in hierdie verband geraadpleeg word.

8. Gevolgtrekking

Hierdie bespreking is gerig op die onsekerhede en verwarring wat ontstaan oor die goederebedeling(s) wat geld by poligame gewoonteregtelike huwelike wanneer daar nie voldoen is aan artikel 7(6) van die wet nie. In *MM v MN* het die hoë hof bevind dat artikel 7(6) wél ’n voorvereiste is, en dat ’n man ’n geldige volgende gebruikelike huwelik kan aangaan slegs indien hy by die hof aansoek doen om die goedkeuring van ’n skriftelike kontrak wat die toekomstige goederebedeling van sy huwelike reël. Hierdie bevinding is gebaseer op die primêre reël van die teksgebaseerde benadering van wetsuitleg. Daarteenoor bevind die hoogste hof van appèl in dieselfde saak (*Ngwenyama v Mayelane*) dat artikel 7(6) nie ’n geldigheidsvereiste vir verdere gebruikelike huwelike is nie in die lig van die benadeling van die tweede vrou as daar bevind word dat haar huwelik ongeldig is. Alhoewel die konstitusionele hof later die tweede huwelik ongeldig verklaar het, was dit op ander gronde as die nienakoming van artikel 7(6).

Die onsekerheid wat spruit uit wanneer ’n persoon tegelykertyd in en buite gemeenskap van goed getroud is, is duidelik uit die bespreking hier bo. Dit is veral die geval omdat daar geen skriftelike dokument is wat die inhoud van die huwelik buite gemeenskap van goed reël nie.

Daar word aan die hand gedoen dat ’n artikel soortgelyk aan artikel 7(6) wel as geldigheidsvereiste vir ’n verdere gebruikelike huwelik moet dien en dat by nienakoming daar oorweeg moet word om die verdere huwelik as ’n putatiewe huwelik te verklaar om sodoende die verreikende, nadelige gevolge van ’n nietigverklaring so ver moontlik te beperk.

Bibliografie

- Bakker, P. 2007. The new unofficial customary marriage: Application of section 7(6) of the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, (70):481–9.
- Bekker, J.C. en D.S. Koyana. 2012. The judicial and legislative reform of the customary law of succession. *De Jure*, 45(3):568–84.
- Botha, C. 2012. *Wetsuitleg. 'n inleiding vir studente*. Kaapstad: Juta & Kie, Bpk.
- Heaton, J. en A. Roos. 2012. *Family and succession law in South Africa*. Die Nederlande: Kluwer Law International BV.
- Jansen, R-M. 2010. Gewoonteregtelike familiereg. In Rautenbach e.a. (reds.) 2010.
- . 2003. Multiple marriages, burial rights and the role of *lobolo* at the dissolution of the marriage. *Tydskrif vir Regswetenskap*, 28(1):120–32.
- Maithufi, I.P. 2012. MM v MN 2010 (4) SA 286 (GNP). *De Jure*, 45(2):405–12.
- . 2013. To be or not to be: Does this question still arise? *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, (4):723–33.
- Maithufi, I.P. en G.M.B. Moloi. 2002. The current legal status of customary marriages in South Africa. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, (4):599–611.
- Rautenbach, C., J.C. Bekker en N.M.I. Goolam (reds.). 2010. *Inleiding tot regspluralisme*. 3de uitgawe. Durban, Johannesburg, Kaapstad: LexisNexis.
- Smith, B.S. 2010. Rethinking the application of the putative spouse doctrine in South African matrimonial property law. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 24(3):267–99.
- West, A. 2013. Validity of polygamous marriages. *Ghost Digest*. 4 Julie. <http://www.ghostdigest.co.za/articles/validity-of-polygamous-marriages/54365> (4 Julie 2013 geraadpleeg).
- West, A. en J.C. Bekker. 2012. Possible consequences of declaring civil and customary marriages void. *Obiter*, 33(1):351–9.

Eindnotas

¹ 2012 4 SA 527 (HHA).

² 120 van 1998.

³ Alhoewel daar deurlopend in die bydrae verwys word na “poligame gebruikelike huwelike”, wat streng gesproke beteken dat die man óf die vrou meer as een gade op ’n slag mag hê, wys Heaton en Roos (2012:92) daarop dat gewoontereg slegs poliginie toelaat.

⁴ O.a. Jansen (2010:66–7), Bakker (2007:481–9), Maithufi (2012:405–12) en *MM v MN* 2010 4 SA 286 (GNP).

⁵ Art. 2.

⁶ Art. 1.

⁷ Art. 1. Vir kritiek op hierdie omskrywing, sien Bekker en Koyana (2012:574–5).

⁸ Art. 2(1).

⁹ Sien art. 3(3)–(5) oor huweliksluiting met minderjariges.

¹⁰ Sien par. 7 hier onder.

¹¹ 2009 3 BCLR 243 (KH).

¹² Jansen (2010:64–5).

¹³ Jansen (2010:63).

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Jansen (2010:64).

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ In sowel die hoë hof as die konstitusionele hof is die *Ngwenyama*-saak as *MM v MN* gerapporteer.

¹⁸ *Ngwenyama* (HHA) parr. 1–7.

¹⁹ *Ngwenyama* (HHA) par. 13.

²⁰ Par. 16.

²¹ Par. 8.

²² Art. 7(8).

²³ 108 van 1996.

²⁴ Art. 39(2) bepaal dat elke hof, tribunaal of forum by die uitleg van enige wetgewing en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoontereg, die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte moet bevorder.

²⁵ Sien parr. 9–11 vir die argumente vir en teen die ongeldigheid van die tweede huwelik.

²⁶ Parr. 14–15.

²⁷ Par. 16.

²⁸ 2002.

²⁹ 2007.

³⁰ (2002:609).

³¹ (2007:488).

³² Par. 20.

³³ Par. 22.

³⁴ Sien parr. 14–17, 19–22, 38 vir die hofbeslissing.

³⁵ Par. 38.

³⁶ *MM v MN* (KH) par. 12.

³⁷ Parr. 35, 36, 40, 41.

³⁸ Sien ook Maithufi (2013:730).

³⁹ Par. 54, 61 en 70.

⁴⁰ Parr. 71, 75, 76, 87.

⁴¹ Art. 6 bepaal dat 'n vrou in 'n gebruikelike huwelik, op grond van gelykheid met haar man en onderhewig aan die goederebedeling wat die huwelik reël, oor volle status en bevoegdhede beskik, met inbegrip van die bevoegdheid om bates te bekom en van die hand te sit, kontrakte te sluit en te litigeer, asook enige regte en bevoegdhede wat sy dalk kragtens gewoontereg het.

⁴² Art. 211(3).

⁴³ Botha (2012:97).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Jansen (2003:126–7).

⁴⁶ Jansen (2003:127).

⁴⁷ Smith (2010:269–70).

⁴⁸ Smith (2010:270).

⁴⁹ Jansen (2003:127).

⁵⁰ 2002 2 SA 209 (T).

⁵¹ Parr. 8–9.

⁵² 2012 2 SA 253 (GSJ).

⁵³ Par. 13.

⁵⁴ Art. 3 is getiteld “Geldigheidsvereistes van gebruikelike huwelike”, en handel ook oor huweliksluiting met minderjariges.

⁵⁵ (2003:126).

⁵⁶ Jansen (2003:126).

⁵⁷ Sien ook Maithufi (2013:730).

⁵⁸ Sien ook *ibid.*

⁵⁹ Heaton en Roos (2012:192).

⁶⁰ Sien ook Maithufi (2013:730).

⁶¹ Smith (2010:288–91).