

Gumede v President of the Republic of South Africa and Others

2009 (3) SA 152 (KH)

1 Inleiding

Die Suid-Afrikaanse familiereg maak tans voorsiening vir drie soorte huwelike. Daar is eerstens, die burgerlike huwelik wat ingevolge die Huwelikswet (25 van 1961) gesluit word. Dan maak die reg ook voorsiening vir gebruiklike huwelike wat ingevolge die bepalings van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike (120 van 1998) gesluit word en laastens maak die *Civil Union Act* (17 van 2006) voorsiening vir huwelike of burgerlike vennootskappe. Die doel van hierdie aantekening is om die belang van die *Gumede*-beslissing vir burgerlike huwelike (en hierby ingeslote huwelike/burgerlike vennootskappe ingevolge die *Civil Union Act* 17 van 2006 waar van toepassing) wat ingevolge die Huwelikswet voltrek is, te beskou. In *Gumede*, soos later meer breedvoerig na verwys word, het die Konstitusionele Hof onder andere oor die grondwetlikheid van artikels 7(1) en 7(2) van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike (*supra*) beslis, wat respektiewelik die vermoënsregtelike gevolge van gebruiklike huwelike gesluit voor en na die inwerking-treding van die Wet beheer en bepaal. Die doel van die aantekening is nie om hierdie aspek van die beslissing te ontleed nie, maar om die belang van die beslissing met verwysing na die grondwetlikheid van die regterlike herverdelingsdiskresie wat artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (70 van 1979) aan 'n hof verleen, te evalueer. Daar word met laasgenoemde evaluasie begin deur eerstens kortliks op die feite van die saak te wys.

2 Feite

Mev Gumede en haar eggenoot, Mnr Gumede, het op 29 Mei 1968 'n gebruiklike huwelik met mekaar gesluit. Dit was ook die enigste gebruiklike huwelik wat Mnr Gumede gesluit het. Hierdie huwelik het vir ongeveer 40-jaar geduur. Gedurende die bestaan van die huwelik het Mev Gumede geen formele werk buite die huis gedoen nie, maar sy was die primêre versorger van hulle kinders gewees. Sy het egter die meubels van die gemeenskaplike huishouding, ter waarde van ongeveer R40 000, verkry. Haar man, wat as voorman vir Rennies Cargo gewerk het, het gedurende die huwelik twee huise bekom, een in Umlazi, waar Mev Gumede tans woonagtig is, en 'n ander by Adams Mission, Amanzimtoti,

(*Gumede v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* Saaknommer 2/2005 (D)) se uitspraak ([2]). Die Hoë Hof het onder andere bevind dat artikel 7(1) van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike (*supra*) (hierna die “Wet”) ongrondwetlik en derhalwe ongeldig is. Die Hoë Hof het ook bevind dat die woorde “. . . wat na inwerking-treding van hierdie Wet gesluit is en . . .” in artikel 7(2) van die Wet ongrondwetlik en derhalwe ongeldig is ([3]). Die Hof het dit gedoen op grond van die inbreukmaking op die gelykheidsbepaling in artikels 9(3) en (5) van die Grondwet omdat dit onbillik diskrimineer op grond van geslag en ras (op 155B).

Die uitspraak van die Konstitusionele Hof, wat as grondslag van hierdie aantekening dien, word vervolgens verder bespreek.

3 Die Belang van die Interpretasie van Artikel 8(4)(a) van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 vir Artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979

3 1 Die interpretasie van artikel 8(4)(a) van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike, 120 van 1998

Artikel 7(1) van die Wet bepaal dat die vermoënsregtelike gevolge van ’n gebruiklike huwelik wat voor die inwerking-treding van hierdie Wet gesluit is, bly onderhewig aan die gewoontereg. Die gewoontereg waarvan hier sprake is, kan in twee onderafdelings verdeel word, te wete “amptelike” of gekodifiseerde gewoonte reg aan die een kant en “lewende” gewoonte-reg aan die ander kant ([11]). Eersgenoemde gewoontereg verwys na die gewoontereg soos opgeneem in wetgewing en waarvan die ontwikkeling deur die kodifikasie daarvan aan bande gelê word ([20]). ’n Spreekende voorbeeld hiervan vind ons in artikel 20 van die KwaZulu Wet op die Kode van Zulu Reg (16 van 1985) wat bepaal dat die familiehoof is die eienaar en die beheerder van alle familie-eiendom in die familiewoning. Artikel 20 van hierdie Wet beheer ook, onder andere, die vermoëns-regtelike gevolge van die applikante se huwelik met Mnr Gumede, aangesien hulle sedert hulle huweliksluiting in KwaZulu-Natal gedomisilieerd is ([11]). (Artikel 22 van die Natal Kode van Zulu Reg bepaal dat ’n huis-genoot/bewoner van die familiewoning ongeag hulle geslag of ouderdom onder die beheer van die familiehoof met betrekking tot familie-aangeleenthede val. Hierdie bepaling is gevolglik ook op applikante van toepassing.) “Lewende” gewoontereg aan die ander kant is ongekodifiseerd en pas gevolglik makliker by veranderde omstandighede aan. (Sien [18], saamgelees met [20].)

as grondwet en ongeldig verklaar. Die diskriminasie wat deur die bepalings teweeggebring is, is ondervang deur artikel 7(1) in sy geheel as ongrondwetlik en ongeldig te verklaar en om die woorde in kursief in artikel 7(2) ook as onkonstitusioneel te bevind ([3]).

Applikante doen nou aansoek ter bevestiging van hierdie beslissing in die Konstitusionele Hof. Die Konstitusionele Hof bevind dat hierdie bepalings op ten minste een grond diskriminerend is en dit is op grond van geslag ([34]). Volgens adjunk-hoofregter Moseneke diskrimineer hierdie bepalings tussen man en vrou omdat alleen vroue aan hierdie diskriminasie in terme van artikel 20 van die KwaZulu Wet op die Kode van Zulu Reg (*supra*) onderworpe is en geen eiendomsreg besit nie. Hierdie diskriminasie is op grond van 'n gelyste grond soos vermeld in artikel 9(3) van die Grondwet en as gevolg daarvan is dit onbillik tensy dit as billik bevind kan word. ([34]; [36]. Sien a 9(5) van die Grondwet.) Die Konstitusionele Hof bevind dat daar ook tussen vroue getroud ingevolge die gewoontereg gedifferensieer word ingevolge artikels 7(1) en (2) van die Wet. Hierdie differensiasie word ook as onbillike diskriminasie bevind ([34]–[36]). Die vermelde vorme van onbillike diskriminasie kan regverdig/billik bevind word, indien die diskriminasie ingevolge artikel 36 van die Wet geregverdig kan word [37].

Die staat beweer dat die diskriminasie geregverdig kan word en gevolglik rus die bewyslas op hulle ([37]). Die staat beweer dat die diskriminasie regverdig is en voer een hoofrede en twee addisionele redes hiervoor aan ([38]). Die hoofrede word verwerp en dit word aanstons oorweeg, maar ek kon geen verdere bespreking of verwysing na enige van die addisionele redes in die hofverslag terugvind nie. As hoofrede word artikel 8(4)(a) van die Wet opgehaal wat bepaal dat “'n [h]of wat 'n bevel vir die ontbinding van 'n gebruikelike huwelik verleen – beskik oor die bevoegdheid soos beoog in artikels 7, 8, 9 en 10 van die Wet op Egskeiding, 1979, en artikel 24(1) van die Wet op Huweliksgoedere, 1984 (Wet No. 88 van 1984) . . . ”. Die relevante bepaling waarop die staat steun, is artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*):

“(3) 'n Hof wat 'n egskeidingsbevel verleen ten opsigte van 'n huwelik buite gemeenskap van goed–

- (a) wat voor die inwerkingtreding van die Wet op Huweliksgoedere, 1984, gesluit is ingevolge huweliksvoorwaardes waardeur gemeenskap van goed, gemeenskap van wins en verlies en aanwasbedeling in enige vorm uitgesluit is; of
- (b) wat voor die inwerkingtreding van die Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg, 1988, gesluit is ingevolge artikel 22(6) van die Swart Administrasie Wet, 1927 (Wet No. 38 van 1927), soos dit bestaan

gevolg het dat artikel 20 van die KwaZulu Wet op die Kode van Zulu Reg (*supra*) se diskriminerende bepaling genegatiewer word. Die Konstitusionele Hof verwerp hierdie argument, omdat hierdie argument van die staat slegs by egskeiding aanwending vind en nie met die verhouding *stante matrimonio* handel nie. ([39]. Sien ook die bespreking in hierdie verband hieronder.) Applikante se regsverteenvoerders voer dan ook aan dat dit onnodig is om op die betekenis van artikel 8(4)(a) met verwysing na die regterlike herverdelingsdiskresie ingevolge artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) in te gaan, aangesien die diskriminerende eis sonder 'n antwoord op die uitleg of betekenis van artikel 8(4)(a) in hierdie opsig, beslis kan word ([41]). Die Hof is egter van oordeel dat die betekenis van artikel 8(4)(a) in hierdie verband ten nouste met die regverdigingsondersoek verbonde is en dat daar oor die betekenis daarvan beslis moet word (op 170H). Die Hof aksentueer hierdie siening met verwysing dat daar reeds ten volle oor die uitleg of betekenis van die artikel in hierdie verband geargumenteer is en ook omdat dit nie altyd prakties uitvoerbaar of bekostigbaar is om die Konstitusionele Hof te nader oor die betekenis van 'n bepaling wat litigante by egskeiding, en dan veral ten aansien van gebruikelike huwelike, so innig beïnvloed nie (op 171A).

Die Konstitusionele Hof wys op die onsekerheid oor die betekenis van die bepalings van artikel 8(4)(a). Die Hof verwys na die siening van Cronjé en Heaton (*South African Family Law* (2004) 195–196) wat volgens die Hof van mening is dat 'n egskeidingshof die bevoegdheid ingevolge artikel 8(4)(a) het om bates te verdeel hetsy die gades binne of buite gemeenskap van goed getroud is ([41]). Die Hof wys ook op die siening van Bennett (*Customary Law in South Africa* (2004) 42) waar hy, volgens adjunkhoofregter Moseneke se siening van wat Bennett beweer, sê dat om sodanige gevolgtrekking te bereik “. . . requires an ‘adventurous interpretation’ of s 8(4)(a)” (op 170G). Die Hof is van oordeel dat om tot die ware betekenis van die bepaling te kom, “. . . we are obliged to give a purposive meaning to the provisions of s 8(4)(a) of the Recognition Act” (171B). Die bepalings van die Wet moet binne die konteks van die “dominant purpose” van die Wet verstaan word (171B). Die “dominant purpose” van die Wet is “. . . to recognize and reform the law on customary marriages and, in particular, to equalize the status and capacity of spouses” (op 171B). Deel van hierdie hervorming waarvan melding gemaak word, het betrekking op die finansiële gevolge van die huwelik en hulle ontbinding onder regterlike toesig. Ten aansien hiervan merk die Hof op:

restricts the powers of 8(4)(a) of the Recognition Act confers on courts in relation to customary marriages.” (Op 171C–F)

Die Hof gee ook drie addisionele redes aan om bogenoemde betekenis wat aan die vermelde artikel toegedig word, te versterk. Ek wys op die tweede daarvan omdat dit, myns insiens, binne die konteks van die doel van hierdie aantekening veral relevant en betekenisvol is. Die Hof is van oordeel dat die finansiële gevolge van ’n gebruiklike huwelik nie deur die lens van die gemenerereg of egskedingswetgewing wat burgerlike huwelike reguleer, bekyk moet word nie. Nee, gebruiklike huwelike moet vanuit hulle eie opset beskou en beoordeel word en dit plaas geen premie/belang op die onderskeid tussen huwelike in en huwelike buite gemeenskap van goed nie (op 171G–H).

Die gevolg van hierdie interpretasie van die betekenis van artikel 8(4)(a) druk adjunk-regterpresident Moseneke in die volgende woorde uit:

“This means that every divorce court granting a divorce decree relating to a customary marriage has the power to order how the assets of the customary marriage should be divided between the parties, regard being had to what is just and equitable in relation to the facts of each particular case.” (172C)

Dit moet egter beklemtoon word, en dit doen die Hof ook, dat hierdie uitleg van die betekenis van artikel 8(4)(a) geen antwoord verskaf op die vraag of die onbillike diskriminasie soos geskep deur artikels 7(1) en (2) van die Wet geregverdig kan word nie (op 172E). Die toepassing van artikel 8(4)(a) is slegs van toepassing by egskeding en het nie betrekking op die situasie gedurende die bestaan van die huwelik nie. (Op 172F–G; vgl ook hierdie opmerking hierbo na verwys.) Hierdie opmerking van die Hof is vir hierdie aantekening besonder belangrik. Dit maak die beslissing met betrekking tot die betekenis, aanwending en toepassing van artikel 8(4)(a) van die Wet sekerlik ’n *obiter dictum*. (Die Hof kom dan tot die gevolgtrekking dat die diskriminasie wat artikels 7(1) en (2) tot gevolg het, onbillik op grond van geslag is (173G); dat geen regverdiging daarvoor deur die staat aangevoer kon word nie (173B, 173G) – en word die bevel van die hof *a quo* bevestig (173G). Hierbo 2.) Dit dien hier vermeld te word dat die bevinding dat artikel 7(1) van die Wet ongrondwetlik en ongeldig bevind is, beperk word tot monogame gebruiklike huwelike en dat die vermoënsregtelike gevolge van poligiene gebruiklike huwelike steeds deur die gewoontereg beheer word (176F–G). Die bevinding van adjunk-hoofregter Moseneke met betrekking tot die betekenis, aanwending en toepassing van artikel 8(4)(a) van die Wet is, myns insiens, vir kritiek vatbaar. Die verwysing na Cronjé en Heaton wat van oordeel is dat artikel 8(4)(a) van toepassing is op huwelike binne of buite gemeenskap van goed is, myns insiens, nie ’n getroue weergawe van wat die skrywers

her own, that the power to redistribute assets upon divorce was introduced into civil marriages which were concluded prior to the coming into operation of the two Acts [verwysende na die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 en die Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg 3 van 1988] which reformed the matrimonial property systems in those marriages . . . Surely, the intention of the legislator in enacting section 8(4)(a) could not have been to deny customary wives who find themselves in exactly the same, or even worse position because they married prior to the Act which reformed their matrimonial property systems, the possibility of obtaining a redistribution order.

As section 8(4)(a) of the Recognition of Customary Marriages Act does not limit the power to redistribute assets to customary marriages which were concluded prior to the coming into operation of the Act, the power also applies to marriages which were concluded subject to complete separation of property after the coming into operation of the Act. In the case of civil marriages, the power is restricted to marriages which were concluded prior to the coming into operation of the two reforming Acts. In this regard there is thus inequality before the law and unequal protection and benefit of the law between civil and customary marriages which violates section 9(1) of the Constitution of the Republic of South Africa 108 of 1996.”

Cronjé en Heaton is dus van mening dat artikel 8(4)(a), netsoos in die geval van artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) slegs op gebruikelike huwelike buite gemeenskap van goed betrekking het, maar voeg dan by dat dit nie saak maak of die huwelik voor of na inwerkingtreding van die Wet gesluit is nie. Hulle standpunt ondersteun dus nie adjunk-hoofregter Moseneke se siening nie. Ook Bennett se woorde “adventurous interpretation”, hierbo na verwys, is met respek gesê, buite konteks. Nadat hy wys op die siening dat artikel 8(4)(a) nie op gebruikelike huwelike wat voor inwerkingtreding van die Wet op die Erkenning van Gebruikelike Huwelike gesluit is nie, toepassing kan vind nie, sê hy (op 282):

“A more adventurous interpretation of s 8(4) . . . might result in judicial discretion being extended to cover customary marriages. Section 8(4) not only incorporates the relevant provisions of the Divorce Act but also gives the courts the general *powers* contemplated in those provisions to effect an equitable distributions of the estate. This interpretation is certainly in line with the general policy underlying the Customary Marriages Act, which was to improve the economic position of vulnerable parties. If it is followed, then wives who were denied any share in the marital estate could be granted some relief.”

Dié kritiek is egter nie ingrypend of veelseggend nie, aangesien die uitleg wat aan die bepaling van artikel 8(4)(a) gegee is, ’n “purposive meaning” is. Met hierdie betekenis/uitleg van artikel 8(4)(a) is daar sekerlik nie fout te vind nie.

is op nuwelike gesluit voor die alspedaatums

Die eerste aspek het betrekking op die stelling van Cronjé en Heaton hierbo, naamlik, dat artikel 7(3) beperk is tot huwelike gesluit voor inwerkingtreding van die Wet op Huweliksgoedere (*supra*) en die Wysigingswet op Huweliks- en Huweliksgoederereg (*supra*) terwyl artikel 8(4)(a) nie so beperk word nie. Volgens hulle is hierdie differensiasie, 'n inbreukmaking op artikel 9(1) van die Grondwet wat gelykheid voor die reg, en die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg waarborg. Indien hierdie argument korrek is, beteken dit dat partye wat na inwerkingtreding van die vermelde Wette buite gemeenskap van goed getroud is, ook aansoek om herverdeling tydens egskeiding kan doen. Hierdie argument is nie 'n nuwe argument nie. Daar is reeds voordat artikel 8(4)(a) inwerkinggetree het, 'n soortgelyke argument geopper. Visser en Potgieter (*Inleiding tot die Familiereg* (1998)) skryf oor die differensiasie wat artikel 7(3) op grond van die datum van huweliksluiting meebring, die volgende:

“Daar kan moontlik in die toekoms aangevoer word dat die beperking van die hof se diskresie tot bepaalde huwelike op onbillike diskriminasie neerkom en dus ongeldig verklaar word. In so 'n hipotetiese geval sal die Konstitusionele Hof moet oorweeg of daar aanvaarbare gronde vir die differensiasie op grond van huweliksdatum is.’ (Op 185–186. Sien ook Costa “He loves me not – and what was it worth?” 2005 *De Rebus* 17 waar hy ook die mening huldig dat artikel 7(3), weens die differensiasie op grond van die datum van huweliksluiting, 'n arbitrêre bepaling en ongrondwetlik is op grond van die inbreukmaking op artikels 9(1) en 36 van die Grondwet. Hy gaan, netsoos Visser en Potgieter, nie verder hierop in nie. Sien ook Heaton *Bill of Rights Compendium: Family Law and the Bill of Rights* para 3C26. Cronjé & Heaton 133 vn 47 maak ook melding van die datum van huweliksluiting as onderskeidende kriterium vir die toepassing van die diskresie en vermeld dan dat dit onduidelik is of dit grondwetlik is. Sinclair *Family Rights* in Van Wyk, Dugard, De Villiers en Davis (Reds) *Rights And Constitutionalism: The New South African Legal Order* (1994) 549–553 het reeds in 1994 betreklik uitvoerig aangedui dat die differensiasie op grond van die datum van huweliksluiting ingevolge artikel 7(3) op onbillike diskriminasie neerkom. Sy gaan selfs verder deur die herverdelingsdiskresie op alle huweliksforme waar ongeregtegtigheid voorkom, van toepassing te maak – op veral 552. Sien ook Sinclair bygestaan deur Heaton *The Law of Marriage Vol 1* (1996) 143–148 waar dieselfde standpunt, woordeliks met dié in *Family Rights* in *Rights And Constitutionalism: The New South African Legal Order* hierbo na verwys, voorkom.)”

Dit is gevolglik belangrik om 'n gefundeerde opinie oor die grondwetlikheid van artikel 7(3) van die Grondwet te gee en om 'n voorspelling met betrekking tot die beslissing van die Grondwethof te waag.

Hierdie formulering van die interpretasie van artikel 9(1) van die Grondwet na aanleiding van die Grondwethof in *Harksen v Lane NO* (*supra*) behels volgens Albertyn (in Cheadle, Davis en Haysom *South African Constitutional Law: The Bill of Rights 2002*) 'n drie-punt-toets:

“1 *Has there been a differentiation between individuals or groups?*

The establishment of a differentiation between individuals or groups is the first step of the section 9(1) enquiry. If there is no differentiation, there can be no violation of section 9(1).” (Op 67)

Die antwoord met betrekking tot ons ondersoek is sekerlik, ja. Dit word ook deur die gesag hierbo na verwys, gestaaf:

“2 *Is there a legitimate government purpose?*

The impugned action must have a legitimate purpose. Here, the court will evaluate the reasons given by the government to determine whether there is such a legitimate purpose. To meet the criterion of legitimacy under section 9(1), it seems that the government merely has to show that its purpose is neither arbitrary nor irrational. Legitimacy is, thus, equated with rationality. The government does not have to justify its purpose against substantive constitutional values or any concept of ‘the general good’ as it might under the justification enquiry contemplated in section 36.” (Op 68)

Die regering is hiervolgens nie verplig om die differensiasie te regverdig nie, maar moet alleen aantoon dat dit rasioneel (redelik) is. Albertyn konkludeer dan, al wat die staat/regering moet bewys is dat daar redes vir die wetgewing bestaan en hiervolgens sal die meeste wetgewing die grondwetlike toets onder hierdie bepaling slaag (op 69). 'n Rede vir die differensiasie onder bespreking sal waarskynlik wees dat huwelike wat na die afsnydatum algehele wins en verlies uitsluit, dit doen nadat 'n bewuste keuse hieroor in die huwelikskontrak verwoord is. Die handhawing van hierdie keuse respekteer kontrakteervryheid en is nie sonder meriete nie. (Sien ook Heaton *Bill of Rights Compendium: Family Law and the Bill of Rights* paras 3C26 op 3C-43.) Gevolglik slaag die differensiasie ook die tweede punt van die toets:

“3 *Is there a rational relationship between the means and the purpose?*

The final question considers whether the scheme or measures chosen by Parliament or the government is rationally connected to the purpose.

...

Although this aspect of the test suggests that a court should investigate the government's reasons for differentiating in one way rather than another, the Constitutional Court appears to have adopted a weaker test that merely requires reasons for the government's decision.” (Op 68)

minasie word daar van twee bene binne die ondersoek gebruik gemaak. (Albertyn in Cheadle, Davis en Haysom op 85 verkies om van 'n drie-fase-toets te praat.)

(a) Behels die differensiasie, onbillike diskriminasie?

Die eerste been binne die ondersoek verwoord regter Goldstone in *Harksen v Lane NO (supra)* so:

“[46] The determination as to whether differentiation amounts to unfair discrimination under s 8(2) [van die interim Grondwet en tans a 9(3) van die Grondwet] requires a two stage analysis. Firstly, the question arises whether the differentiation amounts to ‘discrimination’ and, if it does, whether, secondly, it amounts to ‘unfair discrimination’.”

Die eerste been van die ondersoek bestaan uit 'n twee-fase-analise. Die eerste fase van die analise handel oor of die differensiasie op diskriminasie neerkom. Diskriminasie behels volgens *Harksen v Lane NO (supra)*:

“[47] Section 8(2) [tans a 9(3)] contemplates two categories of discrimination. The first is differentiation on one (or more) of the . . . grounds specified in the subsection (a ‘specified ground’). The second is differentiation on a ground not specified in ss (2) [(3)] but analogous to such ground (. . . called an ‘unspecified ground’) . . .

There will be discrimination on an unspecified ground if it is based on attributes or characteristics which have the potential to impair the fundamental dignity of persons as human beings, or to affect them adversely in a comparably serious manner.”

Die geval onder bespreking val nie onder een van die gespesifiseerde gevalle/gronde in artikel 9(3) van die Grondwet nie. Kan die feit dat vroue, wat na die inwerkingtreding van die vermelde wette getroud is en nie die herverdelingsdikresie kan gebruik nie en as gevolg hiervan materiële skade ly, daarop neerkom dat hulle fundamentele waardigheid as mens aangetas word? Daar is myns insiens steun hiervoor te vind. Albertyn sê:

“Although the court has not directly addressed the relationship between dignity and material disadvantage in relation to the equality right, recent judgments on socio-economic rights suggest that the vulnerability to both social and economic disadvantage can be embraced by the concept of human dignity.” (Op 98)

Adjunk-hoofregter Moseneke in die *Gumede*-saak onder bespreking bevind onder andere dat die bepalinge in die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike (*supra*) wat onderskei tussen die finansiële posisie van vroue in huwelike gesluit voor en na inwerkingtreding van die vermelde wet op onbillike diskriminasie neerkom. Hy stel dit in die volgende woorde:

“And within the class of women married under customary law, the legislation differentiates between a woman who is a party to an ‘old’ or

Grondwet nie. Myns insiens is hierdie bevinding van onbillike diskriminasie in die *Gumede*-saak, die geval waarvan Albertyn hierbo melding maak. Dit bring dus mee dat differensiasie vermeld in artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) op diskriminasie neerkom.

Dit bring my by die tweede fase van die analise onder hierdie been van die ondersoek naamlik: Is die diskriminasie met verwysing na die afsperdatums onbillik? In die woorde van regter Goldstone in *Harksen v Lane NO* (*supra*):

“[48] . . . If the answer is in the affirmative, however, then it is necessary to proceed to the second stage of the analysis and determine whether the discrimination is ‘unfair’. In the case of discrimination on a specified ground, the unfairness of the discrimination is presumed, but the contrary may still be established. In the case of discrimination on an unspecified ground, the unfairness must still be established before it can be found that a breach of s 8(2) [9(3)] has occurred.”

Om te bepaal of die diskriminasie onbillik is, vermeld die Grondwethof in *Harksen v Lane NO* (*supra*):

“[52] In order to determine whether the discriminatory provision has impacted on complainants unfairly, various factors must be considered. These would include:

- (a) the position of the complainants in society and whether they have suffered in the past from patterns of disadvantage, whether the discrimination in the case under consideration is on a specified ground or not;
- (b) the nature of the provision or power and the purpose sought to be achieved by it . . .
- (c) with due regard to (a) and (b) above, and any other relevant factors, the extent to which the discrimination has affected the rights or interests of complainants and whether it has led to an impairment of a comparably serious nature.

These factors, assessed objectively, will assist in giving ‘precision’ and ‘elaboration’ to the constitutional test of unfairness . . . In any event, it is the cumulative effect of these factors that must be examined and in respect of which a determination must be made as to whether the discrimination is unfair.”

Hierdie fase van die analise vermeld Albertyn (op 115) behels in wese ’n morele ondersoek, maar kan miskien ook ’n ondersoek omvat wat betrekking het met die regstel van sosiale en ekonomiese agterstande. Bogenoemde faktore word nou afsonderlik oorweeg met betrekking tot beantwoording van die vraag of die diskriminasie neerkom op onbillike diskriminasie.

totaal uitgeskakel nie, aangesien gades steeds buite gemeenskap van goed met uitsluiting van enige vorm van winsdeling mag en kan trou. Gades wat dus nie die aanwasbedeling kies nie, kan steeds dieselfde negatiewe finansiële ontberings ervaar as die gades voor gemelde datums. Daar word dus nie vir hierdie gades voorsiening gemaak nie en hulle kan ook, netsoos in die verlede, dieselfde finansiële ontberings ervaar. Vervolgens word die tweede faktor oorweeg:

“(b) the nature of the provision or power and the purpose sought to be achieved by it . . .”

Die Hof in *Beaumont v Beaumont* (1987 1 SA 967 (A)) omskryf die aard en doel van artikel 7(3) in die volgende woorde:

“Subsection (3) introduced an entirely novel concept into this branch of our law: the power of a Court under certain circumstances to order the transfer of assets of the one spouse to the other. An order in terms of ss (3) may conveniently be referred to as a redistribution order. The creation of a power enabling a Court to make a redistribution order was obviously a reforming and remedial measure (*cf* Kriegler J [*Beaumont v Beaumont* 1985 4 SA 171 (W)] at 179G–H). What the measure was designed to remedy is trenchantly demonstrated by the facts of the present case: *the inequity which could flow from the failure of the law to recognize a right of a spouse upon divorce to claim an adjustment of a disparity between the respective assets of the spouses which is incommensurate with their respective contributions during the subsistence of the marriage to the maintenance or increase of the estate of the one spouse or the other.*” (Op 987H–I; my kursivering. In *Buttner v Buttner* 2006 3 SA 23 (HHA))

Hierdie wetgewende remedie ontbreek nou vir gades getroud na inwerkingtreding van die vermelde wette:

“(c) . . . the extent to which the discrimination has effected the rights or interests of the complainants and whether it has led to an impairment of a comparably serious nature.”

In die lig van die kumulatiewe effek van die bespreking van faktore (a) en (b) hierbo is dit, myns insiens, nie misplaas om tot die gevolgtrekking te kom dat die diskriminasie onbillik is nie. Hierdie gevolgtrekking word versterk, indien ingedagte gehou word dat gades wat voor die inwerkingtreding van die vermelde wette getroud is, die keuse gegun is om hulle huweliksgoederebedeling te kon verander. (Sien hiervoor die uitgediende bepaling van a 21(2)(a) van die Wet op Huweliksgoedere (*supra*.) Desnieteenstaande hulle nie die keuse uitgeoefen het nie, is die herverdelingsdiskresie steeds tot hulle beskikking. Hierdie weiering om van die huweliksgoedereveranderingsproses gebruik te maak, plaas hulle myns insiens nie in ’n swakker posisie as gades wat na inwerkingtreding

of the enquiry as to whether the provision can be justified under s 33 of the interim Constitution [a 36 van die huidige Grondwet], the limitations clause. *This will involve a weighing of the purpose and effect of the provision in question and a determination as to the proportionality thereof in relation to the extent of its infringement of equality.*" (My kursivering)

Hierdie ondersoek, vermeld Albertyn (op 115), verskil van die ondersoek na onbillike diskriminasie. Die onbillike diskriminasie moet nou geregverdig word deur verwere en regverdigings wat deur die staat aangevoer word. Ingevolge artikel 36(1) van die Grondwet mag die regte in die Handves van Regte beperk word of anders gestel, mag die onbillike diskriminasie geregverdig word. Volgens Cheadle (in Cheadle, Davis en Haysom op 707):

"[I]n order to determine whether a law of general application meets the standard of justification under section 36(1), the law must, first, have a purpose sufficiently serious to justify the limitation of a right. It must, thereafter, be determined whether there is any rational connection between the limitation and its purpose. It is only after these two enquiries that proportionality is applied: the importance of the purpose weighed against the extent of the infringement. The doctrine of proportionality will normally involve a consideration of the nature of the right and whether the same purpose cannot be achieved by employing less restrictive means. This is the terrain of proportionality."

Hierdie uiteensetting van die toepassing van artikel 36(1), behels 'n drie-ledige-ondersoek.

Eerstens, moet die wetsbepaling 'n doel hê wat ernstig genoeg is om die beperking van 'n grondwetlike reg te regverdig. Soos hierbo na verwys, is die doel van artikel 7(3) volgens die *Baumont*-saak, om 'n gade vir direkte of indirekte bydraes te kompenseer. Dié doelstelling moet (volgens Cheadle op 710) teen die waardesisteem van die Grondwet wat 'n oop en demokratiese samelewing gegrondves op menswaardigheid, gelykheid en vryheid vooropstel, opgeweeg word. Die doelstelling is sekerlik in ooreenstemming met die waardesisteem van die Grondwet.

Tweedens moet (volgens Cheadle op 710) daar 'n rasonale verband tussen die beperking en die doel wees. Myns insiens is die rasonale verband tussen die beperking en doel afwesig. Hierdie rasonale verband is afwesig aangesien die gades na die afsperdatums ook op dieselfde finansiële kompensasië geregtig behoort te wees. Cheadle (op 708) vermeld:

"The right in section 9(3) not to be unfairly discriminated against is a right the formulation of which makes it very difficult to conceive of limitation – all the work is done in the concept of 'unfair'."

The limitation must be cost-efficient. The harm done must be proportionate to the benefits achieved. It should be noted that it is the nature and extent of the limitation of the right that is the subject of the enquiry, not the severity of the consequences of the limitation for the rights holder." (As gesag vir hierdie stelling word *S v Meaker* 1998 8 BCLR 1038 (W) 1054 aangehaal.)

Met hierdie woorde in gedagte is daar nie twyfel dat die onbillike diskriminasie van die reg op gelykheid, die beperking nie regverdig nie. Tweedens, word "the relation between the limitation and its purpose" soos vermeld in artikel 36(1)(d) oorweeg. Vervul die beperking (die onbillike diskriminasie van die reg op gelykheid) die doel? Natuurlik vervul dit die doel om kompensasie te verskaf in gevalle waar daar 'n bydrae gemaak is, maar hierdie doelstelling word nie deurlopend bereik ten opsigte van huwelike gesluit na die afsperdatums nie. Laastens, kyk mens na die "less restrictive means to achieve the purpose" soos in artikel 36(1)(e) gevind word. Hierdie faktor loop hand aan hand met artikel 36(1)(c), hierbo vermeld. (Sien Cheadle op 711.) Kan dieselfde doel bereik word deur nie die reg op gelykheid aan te tas nie? Indien die antwoord hierop ja is, is die beperking nie redelik en regverdigbaar nie. Hierdie vraag kan ook positief beantwoord word. Maak die diskresie ook beskikbaar vir huwelike gesluit na die afsperdatums.

Ingevolge bogenoemde uiteensetting van die grondwetlike ondersoek is die gevolgtrekking dat die diskresie ongrondwetlik is. Indien dit ook tot die beskikking is vir huwelike na die afsperdatums gesluit, verval die ongrondwetlikheid van die diskresie met verwysing tot hierdie ondersoek.

3 3 Die grondwetlikheid van die diskresie omdat dit beperk is tot huwelike buite gemeenskap van goed met uitsluiting van aanwasdeling in enige vorm

Die tweede aspek van die grondwetlike ondersoek het betrekking op die feit dat artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) beperk is tot huwelike buite gemeenskap van goed met uitsluiting van enige vorme van winsdeling en nie soos artikel 8(4)(a) van die Wet nie wat nie beperk is tot 'n bepaalde huweliksgoederebedeling nie en onder andere ook toepassing vind by huwelike in gemeenskap van goed. Is hierdie statutêre beperking ingevolge artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) grondwetlik? Dieselfde proses as wat hierbo bespreek is, moet weer gevolg word. Om herhaling uit te skakel, word die bespreking toegespits op alleen daardie aspekte van die grondwetlike ondersoek wat myns insiens, betrekking het.

huwelike in en buite gemeenskap van goed vind nie op een van die vermelde gronde in artikel 9(3) plaas nie. Tas die differensiasie egter die waardigheid van 'n gade getroud in gemeenskap van goed aan? Dit is my mening dat dit nie die geval is nie. Indien hierdie siening nie aanvaar word nie, is daar dan wel diskriminasie en is die volgende stap om te bepaal of dit onbillik is. Die antwoord op die vraag na die onbillikheid van die diskriminasie is myns insiens ook negatief. Die volgende redes dien as motivering. Een, die gade getroud in gemeenskap van goed trotseer nie dieselfde nadele as 'n gade getroud buite gemeenskap van goed nie. Die gade getroud in gemeenskap van goed word outomaties ingevolge die finansiële gevolge van die huwelik in gemeenskap van goed finansiël gekompenseer vir direkte of indirekte bydraes gelewer. Twee, dit is juis om kompensasië vir die gade getroud buite gemeenskap van goed te bewerkstellig waarop hy/sy andersins regtens geen aanspraak het nie, dat die herverdelingsdiskresie gepromulgeer is. Gevolglik indien daar sprake van diskriminasie is, is dit nie onbillik nie en sluit dit die grondwetlike ondersoek hieroor af. Die feit dat die herverdelingsdiskresie in terme van artikel 7(3) nie voorsiening vir byvoorbeeld huwelike in gemeenskap van goed maak nie, is dus aan die einde van hierdie ondersoek nie ongrondwetlik nie.

Hiermee is die grondwetlike ondersoek, myns insiens, nie voltooi nie. Die feit dat artikel 8(4)(a) van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike (*supra*) voorsiening maak dat die diskresie toepassing vind ongeag die huweliksgoederebedeling ter sprake, opper weereens 'n vraag na die grondwetlikheid van artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*). Kom hierdie differensiasie tussen die twee herverdelingsbevoegdhede op 'n oortreding van artikel 9(1) van die Grondwet neer? Die Hof in die *Gumede*-saak ag dit nie nodig om 'n beslissing oor die grondwetlikheid van artikel 7(3) te gee nie, aangesien hierdie aspek nie vir beslissing in die Hof *a quo* aangevoer en oorweeg is nie (op 173E). Die feit dat adjunkhoofregter Moseneke rede(s) aanvoer vir die betekenis, aanwending en toepassing van artikel 8(4)(a) van die Wet vgl die woorde van adjunkhoofregter Moseneke (veral op 171C–H), bring egter nie mee dat die differensiasie tussen die twee herverdelingsdiskresies geen oorskryding van artikel 9(1) tot gevolg het nie. Die rede vir die uitleg van die betekenis wat aan artikel 8(4)(a) van die Wet gegee word, het nie as rede gedien vir die vraag of die differensiasie tussen artikel 8(4)(a) van die Wet en artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) op inbreukmaking van artikel 9(1) van die Grondwet neerkom nie. Myns insiens is daar geen rede vir hierdie differensiasie aan te voer nie en gevolglik is dit 'n inbreukmaking of oortreding van artikel 9(1) van die Grondwet. Cronjé en Heaton (hierbo 3 2)

huwelike ingestel van die huweliksgoederbedeling 100 te pas bring genoeg om die inbreukmaking op artikel 9(1) van die Grondwet te regverdig? Indien dit die geval mag wees, is die rasonele verband tussen die inbreukmaking en die doel nie verantwoordbaar nie. Dit moet in gedagte gehou word dat ingevolge die *Gumede*-uitspraak, die gebruikelike huwelik presies dieselfde vermoënsregtelike gevolge as die burgerlike huwelik het en dat artikel 8(4)(a) van die Wet direk tot artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) teruggevoer kan word. Desnieteenstaande vind die diskresie ook op die gebruikelike huwelik in gemeenskap van goed toepassing. Dieselfde bevoegdheid ontbreek ten opsigte van die burgerlike huwelik en daarom is die rasonele verband tussen die beperking en die doel, myns insiens, nie verantwoordbaar nie. Gevolglik bring dit mee dat artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) ongrondwetlik is en ook voorsiening moet maak vir enige huweliksgoederebedeling ook vir byvoorbeeld huwelike in gemeenskap van goed.

4 Slot

Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) ongrondwetlik is omdat dit beperk is tot afsperdatums (3 2 hierbo) en alleen ten opsigte van die huwelik buite gemeenskap van goed met uitsluiting van enige vorm van winsdeling toepassing vind (3 3 hierbo).

Die grondwetlike ondersoek kom tot die gevolgtrekking dat artikel 7(3) uitgebrei moet word om, netsoos wat artikel 8(4)(a) van die Wet op die Erkennung van Gebruikelike Huwelike (*supra*) met betrekking tot gebruikelike huwelike doen, voorsiening vir alle burgerlike huwelike ongeag die datum van huweliksluiting of die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik te maak.

Die Grondwethof in die *Gumede*-saak gaan egter nie verder op die toepassing van die herverdelingsdiskresie ingevolge artikel 8(4)(a) van die Wet in nie, behalwe om te sê dat die verdeling billik en regverdig moet wees (sien 172C) en

“[t]his would require that a court should carefully examine *all the circumstances relevant* to the customary marriage and in particular *the manner* in which the property of the marriage has been *acquired, controlled and used* by the parties concerned in order to determine, in the final instance, what would be a just and equitable order on the proprietary consequences of the divorce.” (172C–D; My kursivering)

Die wyse waarop die eiendom deur die gades verkry, beheer en gebruik is, is faktore wat nie uitdruklik in artikel 7(5) van die Wet op Egskeiding (*supra*) vermeld word nie, maar wat, myns insiens, sekerlik onder enige

hierdie betoog is nou baie wyer as wat aanvanklik voorvoorstelling gemaak is. Tog, by nadenke, verkoel die aanvanklik gunstige reaksie. Twee redes wil ek hiervoor aandui. Eerstens, propageer Heaton (“Striving for substantive gender equality in family law: Selected issues” 2005 *SAJHR* 547), ’n herverdelingsdiskresie wat ook op alle huwelike, ongeag die huweliksgoederebedeling, betrekking het (op 562–563), maar waarvan die kwalifiserende vereiste billikheid en regverdigheid alleen is. ’n Indirekte of direkte bydrae wat tans een van die vereistes vir die herverdelingsdiskresie is, word nie vereis nie. (Sien ook haar waardevolle kritiek teen die huidige toepassing van die artikel 7(3); herverdelingsdiskresie op 558–562.) Heaton maak onder die vermelde ruimer herverdelingsdiskresie, wat sy propageer, melding van faktore wat in ag geneem kan word om die billikheid en regverdigheid asook die omvang van die verdeling te bepaal. Hierdie faktore is ook nie sonder waarde vir die uitgebreide herverdelingsdiskresie ingevolge óf artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) óf artikel 8(4)(a) van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike (*supra*) nie. (Sien in hierdie verband veral Heaton 563–565.) Tweedens, verdien artikel 8(4)(b) van die Wet ook vermelding. Hierdie bepaling verleen, myns insiens, aan die hof, wat ’n bevel vir die ontbinding van ’n gebruiklike huwelik, in die geval van ’n man wat ’n gade in meer as een gebruiklike huwelik is, ’n herverdelingsbevoegdheid van bates in veel ruimer woorde as artikel 8(4)(a) van die Wet. Hierdie differensiasie tussen die twee herverdelingsbevoegdhede is nooit in die *Gumede*-saak oorweeg nie. Myns insiens mag daar in die toekoms bevind word dat hierdie differensiasie, ’n inbreukmaking op artikel 9(1) van die Grondwet is.

Gevolgtlik, is die betekenis wat aan artikel 8(4)(a) van die Wet verleen is asook die betoog dat artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding (*supra*) ongrondwetlik is, desnieteenstaande die aanvanklike gunstige reaksie, mostert na die maal. Die wetgewer moet, myns insiens, ’n ruimer herverdelingsdiskresie soos deur Heaton gepropageer, bewillig.

L NEIL VAN SCHALKWYK
Universiteit van Pretoria

of the judiciary and members of the different legal professions may contribute. No preference is given to authors from any particular institution. The decision to publish any submission depends on whether it meets the high quality standards of *De Jure* and whether space is available for publication.

3. Contributions in both English and Afrikaans are published and may consist of articles, notes, discussions of recent cases and book reviews. A translated title and a brief summary of approximately 300 words in Afrikaans must accompany an article written in English. In the case of Afrikaans articles a similar requirement applies regarding an English title and summary.
4. In order to be considered for publication a contribution must be the result of original research by the author(s), meet with all applicable legal principles in respect of publication (such as copyright, etc), contribute something sufficiently new to the existing legal literature and conform to the linguistic, technical and stylistic requirements for publications in *De Jure*. Authors are personally responsible to ensure that their submissions meet all these requirements.
5. Submissions are only accepted for consideration on the basis that while the editorial committee makes the final decision on publication, submissions will be subjected to appropriate peer and expert review, as well as review by members of the advisory committee when necessary. The editorial committee further reserves the right to edit all submissions accepted for publication in terms of the editorial policy, as well as to shorten submissions if necessary.
6. Manuscripts may only be submitted in electronic format (utilising MS Word) through an e-mail to the editor or on an electronic disc delivered to the editor's office. In addition, authors —
 - (a) must supply their relevant contact particulars, especially e-mail address(es) and telephone numbers;
 - (b) guarantee that they are legally entitled to have the full submission published and that it, or a part of it, has not been published elsewhere before;
 - (c) disclose whether it, or a part of it, has been submitted to any other journal for publication; and
 - (d) undertake to give reasonable notice to the editor if the submission is withdrawn for any reason.
7. Unless prior arrangements have been made with the editor, an article (including footnotes and the summary) may not exceed 8000 words and other contributions may not exceed 5500 words.
8. Technical guidelines for authors are available on the website of the Faculty of Law of the University of Pretoria: <http://www.up.ac.za/academic/law/dejure>.