Botha v Botha
2005 5 SA 228 (W)

Egskeiding – onderhoud van gade – wysiging van bevel – artikel 8(1) van Wet op Egskeiding 70 van 1979 alleen van toepassing op onderhoudsbevele ten gunste van kinders en nie op onderhoudsbevel ten gunste van gade nie – effek van wysiging deur Onderhoudshof op onderhoudsbevel van Hooggeregshof

1 Feite

Die feite van hierdie saak is eenvoudig, maar die beslissing van die hof minder duidelik. Die huwelik tussen applikant en respondent is op 2002-

04-12 deur egskeiding ontbind. Tydens hierdie verrigtinge is applikant onder andere die volgende beveel: "The defendant [applikant] shall pay maintenance in respect of the plaintiff at the sum of R8 500 per month."

Hierdie bevel is op 2004-06-01 tot R5 418 per maand deur die Onderhoudshof gewysig, nadat die partye 'n ooreenkoms bereik het.

Applikant nader die Hooggeregshof nou om die oorspronklike onderhoudsbevel ten gunste van respondent te wysig tot so 'n mate dat die klousule alleen vir vyf jaar nadat die bevel gemaak is (maw vanaf 2002-04-12 – 2007-04-11) sal geld.

Bewaring van die egpaar se enigste kind, is op grond van ooreenkoms aan respondent tydens die egskeidingsverrigtinge toegeken. Die partye kom nou ook ooreen dat die bewaring aan applikant toegeken word.

2 Beslissing

Die hof maak die volgende bevel (par 13):

> "(1) The agreement of settlement between the parties . . ., is varied by awarding the custody . . . to applicant (. . .) subject to the respondent's rights of reasonable access.
>
> (2) . . .
>
> (3) The application to limit the applicant's obligation to pay maintenance for the respondent for a period of five years from 12 April 2002 is dismissed.
>
> (4) The applicant is to pay the costs of the application."

Klousule (3) van die bevel is die onderwerp van bespreking van hierdie vonnisbespreking. Daar moet op gelet word dat die aansoek ingevolge klousule 3 van die bevel nie toegestaan word nie en dat die hof nie bevind het dat dit geen jurisdiksie het nie. Die hof kom tot hierdie bevinding, myns insiens, op grond van die volgende redes: Die hof sê dat beide regsverteenwoordigers van die applikant en respondent saamstem dat daar geen gerapporteerde saak is wat met hierdie saak se regsvraag ooreenstem nie (232A). Die hof verwys dan na artikel 8(1) van die Wet op Egskeiding (70 van 1979) wat voorsiening maak vir die intrekking of wysiging van 'n onderhoudsbevel of 'n bevel met betrekking tot die bewaring van, of voogdy oor, of toegang tot 'n kind ingevolge hierdie Wet gegee, of vir die opskorting van 'n onderhoudsbevel of 'n bevel met betrekking tot die bewaring van 'n kind ingevolge hierdie Wet gegee en sê dan die volgende (232D):

> "It seems to me that this subsection relates to orders given in respect of children and not spouses. Moreover, the interpretation contended for by Ms *Engelbrecht* [vir die applikant] would, to say the least be difficult to reconcile with the *Steyn* and *Purnell* cases."

Indien ons na hierdie rede kyk dan is dit verbasend/verstommend dat artikel 8(1) slegs betrekking het op bevele ten gunste van kinders en nie ook op onderhoudsbevele ten gunste van "'n gade" nie. Dit is die eerste (en enigste) saak waarvan ek bewus is wat hierdie interpretasie aan die bepalings van artikel 8(1) gee. (Dit moet in gedagte gehou word dat voor a 8(1) op die wetboek geplaas is, is onderhoudsbevele ten gunste van "'n gade" by egskeiding gewysig ingevolge a 10(1) en (2) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953. Met die inwerkingtreding van die

Wet op Egskeiding 70 van 1979 is dit algemeen aanvaar dat die bevoegdhede wat a 10(1) en (2) van die Wet op Huweliksaangeleenthede 37 van 1953 verleen het, deur a 7(1) en (2) en 8 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 oorgeneem is.) Barnard (sien Barnard *Die Nuwe Egskeidingsreg* (1979) 96–97) is die eerste skrywer waarvan ek bewus is, wat op hierdie moontlikheid van interpretasie van artikel 8(1) wys. Hy sê egter (97):

> "Myns insiens bestaan daar egter min twyfel dat die woord "onderhoudsbevel" in artikel 8(1) nie slegs op die onderhoud van kinders betrekking het nie. Artikel 8(1) gee aan die hof die bevoegdheid om: (a) 'n onderhoudsbevel, dit wil sê ten gunste van 'n gade of die kinders; of (b) . . . in te trek of te wysig, . . ., terwyl 'n onderhoudsbevel of bevel met betrekking tot toegang tot 'n kind ook opgeskort kan word."

Vergelyk ook Hahlo and Sinclair (*The Reform of the South African Law of Divorce* (1980) 49) waar hulle nie eens na die interpretasie van Barnard verwys nie en aanneem dat artikel 8(1) na onderhoudsbevele ten gunste van "'n gade" sowel as 'n afhanklike kind verwys. Gevolglik word hierdie standpunt van die hof verwerp. Die hof erken hiermee egter nie dat dit nie jurisdiksie het nie, maar soos aangetoon, word die aansoek van die hand gewys en hierop word hieronder teruggekom.

Die laaste sin van die aanhaling hierbo as rede vir die beslissing van die hof is van groot belang. Dit word algemeen aanvaar dat *Steyn* (1990 2 SA 272 (W)) en *Purnell* (1993 2 SA 662 (A)) korrek beslis is. Die relevansie van hierdie sake is dat gemeenregtelik slegs die hof wat die bevel verleen, in staat is om die bevel in te trek, op te skort of te wysig, tensy daar statutêre magtiging vir 'n ander hof is om die bevoegdhede uit te oefen. Die Onderhoudshof besit die bevoegdheid om ook 'n ander hof se onderhoudsbevel as sy eie te wysig (sien hiervoor *Rubenstein v Rubenstein* 1992 2 SA 709 (T); Van Schalkwyk 1995 *De Jure* 204–210), maar die Hooggeregshof besit nie die bevoegdheid om 'n onderhoudshof se onderhoudsbevel te wysig nie (sien *Steyn v Steyn; Purnell v Purnell supra; contra: Sher v Sher* 1978 SA 728 (W) 730C). Gedagtig hieraan beteken dit dat toe die oorspronklike onderhoudsbevel van die Hooggeregshof van R8 500 per maand deur die onderhoudshof gewysig is na R5 418 per maand, die oorspronklike bevel van die Hooggeregshof tot 'n einde gekom het (vgl oa *Purnell v Purnell supra* 667C–D; sien ook die bepaling van artikel 16(1)(b) saamgelees met artikel 22 van die Wet op Onderhoud 99 van 1998) en met die bevel van die Onderhoudshof vervang is, wat nie deur die Hooggeregshof verander kan word nie. Dit beteken dan vir die geval onder bespreking dat die wysigingsaansoek voor die Hooggeregshof nie deur die Hooggeregshof beslis kon word nie, aangesien die Hooggeregshof nie jurisdiksie het nie en moes die aansoek, myns insiens, om hierdie rede verwerp word.

Dit is egter nie wat gebeur nie. Die hof is van mening dat die regsvraag in hierdie aansoek nog nie voorheen beslis is nie. (Sien ook die opmerking hierbo gemaak.) Presies wat hiermee bedoel word, is vir my onduidelik. Soos reeds na verwys, is dit gemeen dat 'n Hooggeregshof nie die onderhoudsbevel van die Onderhoudshof kan wysig nie en kon dit nie die bedoeling met die uitlating gewees het nie. Die ander geval waarna die uitlating kan verwys, hou myns insiens, verband met die saak van *Cohen v*

Cohen (2003 3 SA 337 (HHA) op 231F van *Botha* na verwys). Hierdie was 'n geval waar 'n onderhoudsbevel onderhewig aan 'n ontbindende voorwaarde gemaak is. Die bevel word deur die Onderhoudshof gewysig, en word daar later aangevoer dat die ontbindende voorwaarde deur die vervanging van die bevel ook in die slag gebly het. Die Hoogste Hof van Appèl verwerp hierdie standpunt en beslis:

> "It is obvious that the variation order made by magistrate Venter was limited to a variation of the amount of maintenance payable and was never intended to deal with, vary or delete the *dum casta* condition." (Par 12.)

Die volgende aanhaling uit dieselfde saak kan, myns insiens, bygevoeg word om dieselfde gedagtegang te illustreer naamlik:

> ". . . the existing Supreme or High Court order ceases to be of force and effect, but only insofar as the order of the maintenance court expressly or by necessary implication replaces such order". (Par 18.)

Dit is my mening dat die hof met die opmerking hierbo, as sou hierdie die eerste saak wees waar hierdie regsvraag voorkom, met die bogenoemde aanhaling in *Cohen* verband hou. Die hof vermeld dit egter nêrens uitdruklik nie. Dit is my mening dat die hof nou vir die eerste keer die relevansie van *Cohen* moet toepas en uitvoer en om hierdie rede van mening is dat hierdie 'n "eerste" saak is. Dit wil vir my voorkom dat die hof par 12 letterlik opneem. Ek haal die hof, by monde van regter Willis aan om hierdie siening van my te steun (par 11):

> "It follows from the *Cohen* case that the order made by Vermeulen AJ as to the implicit indefinite duration of the maintenance due to the respondent still stands. Although the maintenance court varied the amount of maintenance, it did not deal with the question of the duration thereof."

Die Hooggeregshof het dus hiervolgens steeds jurisdiksie, omdat hier met twee bevele gewerk word. Die een bevel is die bevel van die Onderhoudshof waar die aanvanklike bedrag onderhoud van R8 500 per maand vervang is met R5 418 per maand. Hierdie bevel kan nie deur die Hooggeregshof gewysig word nie en as gesag hiervoor geld onder andere *Steyn* en *Purnell*. Daar is egter ook nog die oorspronklike bevel van die Hooggeregshof wat nie deur die Onderhoudshof vervang is nie en dit hou verband met die onbepaalde duur van die bevel. Dis my mening dat hierdie deel van die oorspronklike bevel steeds volgens die hof bestaan en nie deur die Onderhoudshof se bevel vervang is nie en vir wysiging deur die Hooggeregshof vatbaar is. Ek vind hierdie siening, indien dit is wat die hof bedoel, moeilik om te aanvaar. Die bedoeling van die aanhaling uit *Cohen* is myns insiens dat die ongewysigde/nie-vervangende dele van die oorspronklike bevel, stilswyend deel van die vervangende bevel vorm en dat die oorspronklike bevel in die woorde van artikel 22 van die Wet op Onderhoud (99 van 1998) ophou om van krag te wees. Myns insiens is daar dus nie twee bevele nie en is die hof steeds sonder jurisdiksie. Indien my siening in hierdie verband foutief is en aanvaar word dat die dele van die oorspronklike bevel wat nie vervang/gewysig is nie steeds voortbestaan, ondervind ek steeds 'n probleem met die hof se jurisdiksie om die aansoek aan te hoor. Die hof het self die uitlating hierbo gemaak dat artikel 8(1) nie van toepassing is op onderhoudsbevele ten gunste van 'n "gade" nie. Dit beteken dat die jurisdiksie om die wysigingsaansoek aan te hoor nie op artikel 8 gefundeer is nie. Het die hof gemeenregtelik hierdie

jurisdiksie? Sekerlik nie, aangesien die hof gemeenregtelik nie die jurisdiksie gehad het om by egskeiding onderhoud te kon gelas nie. Indien die hof se opmerking oor die trefwydte van artikel 8 slegs *obiter* is en die hof nou bloot voortgaan om artikel 8 hier toe te pas, is dit steeds vreemd dat die hof die aansoek aanhoor. Alhoewel die Hooggeregshof dan wel jurisdiksie het, word die Onderhoudshof as forum aanbeveel omdat die Wet op Onderhoud 99 van 1998 'n goedkoper en vinniger proses daarstel (sien hieroor oa *Troskie v Troskie* 1968 3 SA 370 (W) 370–371; *Sher v Sher* 1978 4 SA 728 (W) 729H; *Osman v Osman* 1992 1 SA 751 (W) veral 756D–F; Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (1985) 140 n 87). Dit bly, myns insiens, vreemd dat die hof hierdie wysigingsaansoek, uit watter hoek ookal gesien, beslis het en dat die hof nie die applikant na die Onderhoudshof verwys het nie.

Die hof keer egter die aansoek af. As rede hiervoor voer die hof aan dat omdat die oorspronklike bevel berus op 'n ooreenkoms deur die partye bereik, die beginsel van *pacta sunt servanda* gevolg moet word. Die bevel kan wel gewysig word as daar veranderde omstandighede aanwesig is. Hierdie aansoek kan nie slaag nie aangesien geen dwingende/gebiedende saak op die stukke voor die hof uitgemaak is nie (par 12 veral 234C–E).

3 Slotbeskouing

Ek volstaan met die volgende punte as slotbeskouing en opsomming: (a) Die standpunt (hetsy *obiter* hetsy nie) dat artikel 8(1) van die Wet op Egskeiding (70 van 1979) alleen van toepassing is op onderhoudsbevele ten gunste van kinders en nie ten gunste van 'n "gade" nie, is met respek foutief en onaanvaarbaar; (b) die Hooggeregshof het in hierdie saak geen jurisdiksie gehad om die wysigingsaansoek aan te hoor nie en gevolglik kon die hof nie die aansoek afgewys het en 'n bevel hieroor gemaak het nie. Indien hierdie standpunt verkeerd is en die Hooggeregshof wel jurisdiksie het om die aansoek te beslis, is die korrekte forum nie die Hooggeregshof nie, maar moes die aansoek om hierdie rede na die Onderhoudshof verwys gewees het.

LN VAN SCHALKWYK
Universiteit van Pretoria