Nahuwelikse onderhandse/buitegeregtelike verandering van die huweliksgoederebedeling *stante matrimonio*

Neil van Schalkwyk

L.N. van Schalkwyk, Departement Privaatreg, Universiteit van Pretoria

Abstract

Post-nuptial and extra-judicial change of the matrimonial property system *stante matrimonio*

This note investigates the extra-judicial change of the matrimonial property system during the subsistence of the marriage. Four possible ways have occurred in our case law whereby extra-judicial change is considered.

The first is referred to as an extra-judicial separation agreement, whereby the property system is also changed. It is accepted as a recognised manner provided that there is an acceptable reason for the separation. Notwithstanding the fact that judicial separation has been abolished, extra-judicial separation still fulfils a need in our law.

The property system can also be changed by last will and adiation by the surviving spouse. But the change occurs only after the marriage has been dissolved by death. It therefore does not qualify as amendment during the subsistence of the marriage.

The third manner refers to an extra-judicial agreement that does not equate to separation. There is support for this view because the prohibition on donations between spouses was abolished. However, this view was rejected by case law with reference to the immutability rule in our common law whereby extra-judicial change is not allowed. This rejection is criticised by some writers because spouses married out of community of property were always allowed to conclude a universal partnership whereby they could change their existing property system.

The force of this criticism has lost its validity to a large extent. The conclusion is reached that a universal partnership is valid only in case of a marriage out of community of property with inclusion of profit and loss. If the matrimonial property system also excludes profit and loss, the conclusion of a universal partnership will also effect change to the property system which is not extra-judicially allowed in terms of the common law immutability principle.

Keywords: accrual; adiation; antenuptial contract; extra-judicial agreement; Divorce Act 70 of 1979; *donatio inter vivos*; *donatio mortis causa*; extra-judicial change; extra-judicial separation; immutability of the matrimonial property system; immutability principle; informal agreement; informal separation; judicial discretion; *lex domicilii matrimonii*; marriage contract; notarial agreement; order of judicial separation; *pacta sunt servanda*; *pactum successorium*; partnership; postnuptial contract; prohibition on donation; Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998; reconciliation; societas; voluntary separation; will

Trefwoorde: aanwas; adiasie; buitegeregtelike ooreenkoms; buitegeregtelike skeiding; buitegeregtelike verandering; *donatio inter vivos; donatio mortis causa;* geregtelike skeidingsbevel*;* huwelikskontrak; huweliksvoorwaardes; *lex domicilii matrimonii*; nahuwelikse kontrak; notariële ooreenkoms; onderhandse ooreenkoms; onderhandse skeiding; onveranderlikheid van huweliksgoederebedeling; onveranderlikheidsbeginsel; *pacta sunt servanda; pactum successorium;* regterlike diskresie; s*ocietas;* testament; vennootskap; verbod op geskenkgewing; versoening; voorhuwelikse kontrak; vrywillige skeiding; Wet op die Erkenning Gebruiklike Huwelike 120 van 1998; Wet op Egskeiding 70 van 1979

1. Inleiding

In *Tomlin v London & Lancashire Insurance Co Ltd*[1] meld regter Caney dat gades wat binne gemeenskap van goed getroud is, geen geldelike of eiendomseise teen mekaar het nie, aangesien daar net een gemeenskaplike boedel is en enige toekenning derhalwe weer in die gemeenskaplike boedel sal terugval. Volgens Hahlo[2]bestaan daar twyfel oor die korrektheid van dié stelling. Hy voer onder andere as rede aan dat, aangesien die verbod op geskenkgewing tussen eggenotes ingevolge artikel 22 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 afgeskaf is, 'n gade wat binne gemeenskap van goed getroud is, sy aandeel van 'n gemeenskaplike bate aan die ander gade kan skenk en is die geskenkte bate(s) die individuele eiendom van die ander gade. Indien hierdie siening korrek is, sê Hahlo,[3] is dit vir gades moontlik om by wyse van geskenkgewing hulle huweliksgoederebedeling *inter partes* na buite gemeenskap van goed te verander sonder om 'n aansoek ingevolge artikel 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere te bring. Artikel 22 van die Wet op Huweliksgoedere het ook tot gevolg dat gades wat buite gemeenskap van goed getroud is met uitsluiting van wins en verlies en die aanwas, 'n universele vennootskap met mekaar mag sluit. Hierdeur kan die bedeling dan ook na byvoorbeeld binne gemeenskap van goed of na buite gemeenskap met insluiting van wins en verlies verander word sonder om die bedeling formeel ingevolge artikel 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere te verander.[4]

In hierdie aantekening val die fokus op die geldigheid al dan nie van onderhandse/buitegeregtelike verandering van die huweliksgoederebedeling. Dit bring mee dat daar nie direk aandag gegee word aan geregtelike wysiging van die huweliksgoederebedeling ingevolge onder andere artikels 8 (bevoegdheid van die hof om verdeling van aanwas te gelas), 9 (verbeuring van die reg op aanwas), 20 (bevoegdheid van die hof om verdeling van die gemeenskaplike boedel te gelas) en 21(1) (verandering van die huweliksgoederebedeling) van die Wet op Huweliksgoedere, of artikel 9 (verbeuring van die vermoënsregtelike voordele van die huwelik) van die Wet op Egskeiding 70 van 1979 nie.

2. Onderhandse maniere om die huweliksgoederebedeling te verander

In *Union Government (Minister of Finance) v Larkan*[5] sê hoofregter Innes onder andere die volgende:[6]

> Apart from statute, then, community once excluded cannot be introduced, and once introduced, cannot be excluded, nor can an ante-nuptial contract be varied by a post-nuptial agreement between the spouses, even if confirmed by the death of one of them. The only exception to the rule is afforded by an underhand deed of separation either ratified or entitled at the time to ratification under a decree of judicial separation.

Dié diktum maak dit duidelik dat buiten vir wetgewing, verandering van 'n bestaande huweliksgoederebedeling onmoontlik is.[7] Nietemin word daar vir een uitsondering op hierdie algemene reël oor die verandering van die huweliksgoederebedeling voorsiening gemaak. Dit word bewerkstellig deur óf 'n skeidingsooreenkoms wat deur 'n geregtelike skeidingsbevel bekragtig word óf deur 'n onderhandse of notariële ooreenkoms wat in die stadium van die ooreenkoms deur 'n geregtelike skeidingsbevel bekragtig kan word.[8] Alhoewel geregtelike skeiding afgeskaf is, is onderhandse of buitegeregtelike skeiding nog toelaatbaar. Direkte en afsonderlike aandag word dus nie aan geregtelike skeiding gegee nie, maar wel aan onderhandse/buitegeregtelike skeiding.

Addisioneel tot bogenoemde manier word nog drie maniere van nader beskou. Die een is 'n onderhandse ooreenkoms[9] wat die huweliksgoederebedeling verander, die tweede 'n testamentêre bepaling,[10] en laastens vennootskapsooreenkomste.[11]

3. Onderhandse/buitegeregtelike skeidingsooreenkomste

In *Smith v Smith*[12] stel regter Hutton die doel van onderhandse/buitegeregtelike skeidingsooreenkomste soos volg:

Coming then to this enquiry, it may first of all be remarked that extra-judicial deeds of separation are of common occurrence in this country; and that they afford a convenient and inexpensive remedy to unhappy spouses, who have found the continuance of marital relations intolerable, but are either unwilling to ventilate their domestic troubles in open Court, or are unable to incur the expense of an action. Personally, therefore, I think that it would be unfortunate if it were now to be held that such deeds are wholly invalid. And holding this view, it is gratifying to find that the validity *inter partes* of such deeds, provided always that they do not violate the law prohibiting donations between husband and wife, has been recognised by an overwhelming weight of judicial authority in South Africa.

Geregtelike skeidingsbevele mag nie meer verleen word nie.[13] Die vraag is egter hoe die afskaffing van geregtelike skeidingsbevele die geldigheid van onderhandse finansiële skeidingsooreenkomste raak. Gedagtig aan die woorde van regter Watermeyer in *Albertus v Albertus' Executors*,[14] waar hy meld dat goedkeuring nie aan 'n onderhandse skeidingsooreenkoms verleen sal word waar die partye sonder rede die finansiële gevolge

wil verander nie, sal private of onderhandse skeidingsooreenkomste myns insiens steeds geldig wees indien die skeiding vir goeie rede(s)[15] aangegaan is.[16]

In *Ziedeman v Ziedeman*[17] beslis die hof dat gades geregtig is om ook ná huweliksluiting met mekaar enige kontrak te kan sluit wat hulle voor huweliksluiting kon sluit, mits dit nie op 'n skenking neerkom nie,[18] en geen kontrak kom op 'n skenking neer nie indien die gade alleen verkry wat ingevolge die ooreenkoms ooreengekom is en geregtig is om af te dwing.[19] Op sterkte van die *Ziedeman*[20] beslis die hof in *Albertus*[21] dat 'n onderhandse skeidingsooreenkoms wat die huweliksgoedere tussen gades verdeel, afdwingbaar is indien 'n hof op die tydstip van die skeidingsooreenkoms 'n geregtelike skeidingsbevel kon verleen.[22] Die onderhandse skeidingsooreenkoms is met ander woorde afdwingbaar indien dit *justa causa* aangegaan is.[23]

Regter Gregorowski beklemtoon in *Danovich*[24] dat die onveranderlikheid van die huweliksgoederebedeling nie sonder goeie rede bestaan nie. Die rede hiervoor is opgesluit in die feit dat dit tot groot ongerief aanleiding sal gee indien partye hul huweliksgoederebedeling van tyd tot tyd kon verander terwyl hulle steeds saamwoon.[25] Hy sluit af:[26] "When parties however cannot continue cohabitation, and they *separate*, different considerations arise, and the Courts have given effect to the new arrangement entered into by the parties *on proof that living together has become intolerable*."[27]

Die geregtelike skeidingsbevel / onderhandse skeidingsooreenkoms (waarby ook die verdeling van huweliksgoed inbegrepe is) is nie permanent nie, maar skort die huweliksgevolge op slegs solank dit van krag is.[28] Die skeidingsooreenkoms word altyd aangegaan met die hoop op versoening.[29] Wanneer die gemeenskap van goed ingevolge 'n skeidingsbevel / onderhandse skeidingsooreenkoms opgeskort is, is daar skeiding van goed tussen die partye en word bates wat hierna verkry word, die alleen-eiendom van die gade wat dit aankoop of op 'n ander regsgeldige wyse verkry.[30] As algemene reël is die onderhandse skeidingsooreenkoms alleen tussen die kontrakterende partye (die gades) geldig en afdwingbaar, en die ooreenkoms bind geen derdes nie,[31]tensy die derde van die onderhandse skeidingsooreenkoms bewus was[32] of die ooreenkoms in 'n geregtelike skeidingsbevel (wat tans afgeskaf is) bekragtig is. Nadat die partye versoen geraak het of die skeidingsbevel/skeidingsooreenkoms tersyde gestel is,[33] smelt die gemeenskap van goed (indien hulle voor verdeling binne gemeenskap van goed getroud was) weer saam.[34] Indien die skeidingsbevel/skeidingsooreenkoms nie voor die dood van een van die partye teruggetrek is of deur versoening tot 'n einde gekom het nie, bly die skeidingsooreenkoms se bepalings van krag.[35]

4. Onderhandse ooreenkomste

Onderhandse ooreenkomste (en let daarop dat hierdie ooreenkomste nie geregtelike of buitegeregtelike skeidingsooreenkomste is nie) wat die gevolge van die huwelik wil verander, onderverdeel Boedenstein[36] in ooreenkomste wat die finansiële gevolge aan die een kant en ooreenkomste wat die persoonlike gevolge van die huwelik aan die ander kant verander.

Met betrekking tot eersgenoemde ooreenkomste kom Bodenstein tot die gevolgtrekking, na 'n breedvoerige bespreking van die gemeenregtelike gesag, dat nahuwelikse onderhandse ooreenkomste ongeldig is. Hy voer twee redes hiervoor aan. Die een rede is dat die huwelik 'n regsinstelling *sui generis* is wat nie soos 'n gewone privaatooreenkoms veranderbaar is nie.[37] Die ander rede is geleë in die openbare belang van die huweliksinstelling as basis/fondament van ons sosiale en huislike lewe. Die openbare orde vereis dat partye nie op eie gesag by magte is om die finansiële gevolge van die huwelik te verander nie.[38]

Bodenstein[39] stel dit só:

> It is certainly no exaggeration to say that marriage is a matter *publici juris* ... It is a matter of such public importance, that the parties should not be allowed lightly to interfere with it on their own authority. A man and wife are bound by law to live together, until death dissolves the union, perfect harmony and accord ... [are] all-important, not only for the sake of themselves, but also for the sake of the children ... To jeopardize this harmony, by throwing a bone of contention between the spouses, is a matter which cannot be countenanced by any legal system in which the institution of marriage occupies such an important place … The possibility of an alteration in the proprietary consequences of marriage would be a source of discord and strife between the parties.

Vandag maak artikel 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere voorsiening daarvoor dat die huweliksgoederebedeling *geregtelik* verander mag word. Kan gades nou na die afskaffing van die verbod op geskenkgewing ook onderhands die huweliksgoederebedeling verander, al bly hulle steeds saam?

Hierdie vraag is beantwoord in *Honey v Honey*.[40] Die eiseres en die verweerder is getroud ingevolge huweliksvoorwaardes wat die aanwas op die huwelik van toepassing maak. Die partye sluit egter later 'n onderhandse nahuwelikse kontrak wat die aanwas en ook enige vorm van wins en verlies uitsluit en notarieel verly is maar nie ingevolge artikel 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere gemagtig is nie. Die eiseres dagvaar die verweerder vir 'n egskeiding en voer aan dat die onderhandse nahuwelikse kontrak die huweliksgoederebedeling is wat *inter partes* geld.[41] Die verweerder is onder andere van mening dat die onderhandse nahuwelikse kontrak ongeldig is.[42]

Die hof stem met die verweerder saam en voer twee redes hiervoor aan.

(a) Artikel 2 van die Wet op Huweliksgoedere bepaal dat elke huwelik wat ingevolge huweliksvoorwaardes buite gemeenskap van goed gesluit is, die aanwas insluit tensy dit deur huweliksvoorwaardes uitgesluit is. Die Engelse teks gebruik die term *antenuptial contract* vir *huweliksvoorwaardes*. Regter Du Plessis interpreteer *huweliksvoorwaardes* wyd en sluit daarby ongeregistreerde informele huweliksvoorwaardes in.[43] Hy beperk huweliksvoorwaardes tot voorhuwelikse kontrakte na aanleiding van die Engelse bewoording van artikel 2 en maak glad nie gewag van die Afrikaanse teks, wat bloot van "huweliksvoorwaardes" melding maak, nie. Volgens regter Du Plessis kan die aanwas deur huweliksvoorwaardes uitgesluit word slegs indien dit deur 'n voorhuwelikse kontrak gedoen word en nie deur 'n nahuwelikse kontrak nie.

Douglas[44] kritiseer hierdie interpretasie van artikel 2:[45]

> It is respectfully suggested that the court went far beyond the words of the section in its interpretation. All that the section provides is that if the parties execute an antenuptial contract their marriage will automatically be subject to the accrual system unless and to the extent they otherwise provide in the antenuptial contract. This section does not say that thereafter the marriage will be immutably subject to the accrual system.
>
> Is there any basis on which such an extension of meaning can be implied? I think not. Such an extension is irreconcilable with the abolition of the prohibition on donations between spouses by s 22 of the Act. … The cancellation of the accrual system was a waiver by the party who stood to benefit by the system, of that benefit. This was a donation. A donation is authorized by s 22. What warrant is there then for giving an extended meaning to s 2 which the words do not mandate and which renders s 22 substantially ineffective?

Ek stem volmondig met die eerste paragraaf van die aanhaling saam.[46] Met verwysing na die tweede paragraaf van die aanhaling is dit nie ’n uitgemaakte saak of ’n skenking ter sprake is nie. Die reg op aanwasdeling val eers by beëindiging van die huwelik toe.[47] Voor ontbinding doen die persoon nie afstand van ’n reg nie en daarom is dit onseker of daar nou reeds van ’n skenking sprake kan wees.[48] Die posisie in die geval van ’n huwelik binne gemeenskap van goed verskil hiervan as die een gade sy halwe aandeel aan die ander skenk.

(b) Die tweede rede word vanuit die gemenereg gemotiveer en vorm ook die *ratio decidendi* van die beslissing.[49] Die onveranderlikheid van die huweliksgoederebedeling word gemeenregtelik om verskillende redes as ’n substantiewe reël met ’n onafhanklike bestaan gesien en kan nie as afgeskaf beskou word omdat een van die redes, naamlik die verbod op geskenkgewing tussen eggenotes, helaas herroep is nie.[50] Volgens die hof is die onveranderlikheidsreël nie bloot ’n toepassing van die gemeenregtelike verbod op geskenkgewing tussen eggenotes nie,[51] maar ’n selfstandige reël met ’n aparte bestaan.[52]

Douglas[53] kritiseer hierdie standpunt as sou daar benewens die verbod op geskenkgewing ook nog redes bestaan vir die handhawing van die verbod op onderhandse verandering en waarop die hof nie ingaan nie.[54]

Ook Heaton[55] is van mening dat hierdie saak verkeerd beslis is. Sy gee as rede aan dat, nieteenstaande die onveranderlikheidsreël wat deur die hof as rede aangevoer word vir die verbod op die onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling, dit nog altyd vir gades wat buite gemeenskap van goed getroud is, toelaatbaar was om byvoorbeeld ’n universele vennootskap met mekaar te sluit wat tot gevolg het dat die huweliksgoederebedeling tussen die gades verander is.[56]

Nadat die hof bogemelde gevolgtrekking maak, beoordeel die hof die gesag wat Nugent, die regsverteenwoordiger van die eiseres, aanvoer vir die argument dat die huweliksgoederestelsel *stante matrimonio* verander mag word.

(i) Nugent verwys na 'n ongepubliseerde artikel van Davis[57] waar Douglas die gemeneregskrywers se redes vir die onveranderlikheidsreël ontleed. Hy bevind dat daar vier redes vir die bestaan van die onveranderlikheidsreël is. Die eerste rede wat die meerderheid skrywers gee, is die verbod op geskenkgewing.[58] Hierdie rede is deur artikel 22 van die Wet op Huweliksgoedere afgeskaf en bestaan dus nie meer nie. Tweedens dien die onveranderlikheidsreël ter beskerming van skuldeisers.[59] Al wat hierdie rede inhou, sê Douglas, is dat onderhandse veranderings aan die huweliksgoederebedeling nie derdes sal bind waar die verandering 'n statusverandering (handelings- en verskyningsbevoegdheidverandering) tot gevolg het nie; die onderhandse verandering sal egter wel *inter partes* afdwingbaar wees.[60] Gevolglik, as die verandering nie 'n statusverandering meebring nie, bind die verandering ook derdes.[61] Derdens, in die geval van die huwelik binne gemeenskap van goed is die vrou onder die maritale mag van die man en 'n "minderjarige" in status.[62] Douglas toon tereg aan dat hierdie rede natuurlik nie geld vir die huwelik buite gemeenskap van goed waar die maritale mag uitgesluit is nie.[63] Die maritale mag bestaan vandag nie meer nie en daarom verval ook hierdie rede, al word dit nie deur Douglas vermeld nie.[64] Vierdens is huwelikskontrakte menigmaal familie-ooreenkomste wat nie op inisiatief van die gades alleen verander mag word nie.[65] Douglas wys daarop dat hierdie praktyk slegs van historiese belang is, aangesien dié praktyk uitgesterf het.[66] Aangesien die redes, afgesien van die rede wat die belange van derdes/skuldeisers beskerm, nie meer geld nie, is Douglas van mening dat onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling ten minste *inter partes* geldig is.[67] Hierdie ontleding en argument aanvaar die hof egter nie, omdat Douglas se navorsing volgens die hof nie volledig is nie, aangesien daar gemeneregskrywers is wat ook ander redes aanvoer.[68]

In antwoord op die hof se kritiek wys Douglas[69] op twee addisionele redes wat deur gemeneregskrywers aangevoer word ter handhawing van die onveranderlikheidsreël. Die eerste is dat indien 'n *pactum successorium* in die voorhuwelikse kontrak opgeneem is, dit tot gevolg sal hê dat daar met die bepalings van die *pactum successorium* ingemeng word, en dit is nie geoorloof nie. Douglas is van mening dat dit slegs die bepalings van die *pactum successorium* tref en nie die huweliksgoederebedeling nie.[70] Tweedens word die onveranderlikheidsreël deur sommige gemeneregskrywers as 'n onafhanklike reël gesien.[71] Hierdie standpunt vind ook nie by Douglas aanklank nie.[72] Van Leeuwen,[73] beweer hy,[74] is met betrekking tot hierdie onafhanklike reël dubbelsinnig en hy self[75] klaar hierdie dubbelsinnigheid op deur die verbod op geskenkgewing as basiese rede vir die onveranderlikheidsreël aan te gee. Douglas aanvaar nie dat De Groot,[76] wat ook die onveranderlikheidsreël sonder rede vermeld, dit as 'n onafhanklike/selfstandige reël aangee nie "having regard to the synoptic nature of the *Inleidinge*".[77]

Bodenstein[78] bespreek twee tekste van De Groot. In 3.21.11 vermeld De Groot dat die gemeenskap van goed in 'n huwelik binne gemeenskap van goed beëindig word by die dood van enige van die partye, deur 'n hofbevel na aanleiding van owerspel, asook deur vrywillige skeiding van goed sover dit die partye self en hulle erfgename betref. Bodenstein[79] vra of De Groot met hierdie stelling te kenne gee dat die huwelik binne gemeenskap van goed deur 'n vrywillige onderhandse ooreenkoms, in die afwesigheid van 'n geregtelike skeidingsbevel, beëindig word. Hy verwys dan na 2.12.5 waar De Groot dit baie duidelik stel dat na huweliksluiting geen verandering aan die huweliksgoederebedeling gedurende die leeftyd van die gades gemaak mag word nie.[80] Nou vra Bodenstein[81] weer eens watter een van die

twee stellings dan korrek is. Hy probeer die twee standpunte versoen eerder as om 'n keuse uit te oefen. Hy doen dit met verwysing na Van Bijnkershoek.[82] In 2.9 bespreek Van Bijnkershoek die gevolge van geregtelike skeiding:[83]

> Ik voor my zou alle accoorden voor goed houden, die by de scheiding, op gezag van den Rechter geschied, gevoegt worden; 't welk ook de Groots gevoelen is [en dan verwys hy na 3.21.11], en ik weet niemant, die nu van eene andere meening is. Door deze accoorden verleent de Rechter niet alleen daaglyks zyn gezag, maar maakt die ook wereldkundig, op dat ze anderen tot geen nadeel zouden strekken.[84]

Bodenstein[85] is van mening dat Van Bijnkershoek "understood *De Groot* in this sense, that if once the spouses had been separated from bed, board and co-habitation by the Court, then the parties may enter into a voluntary division, binding on themselves but not on creditors, unless such division, after confirmation by the Court, has been duly published". Hierdie siening van Van Bijnkershoek is vir Bodenstein aanneemlik,[86] nieteenstaande die feit dat die huwelik nog nie ontbind is nie. Hy verduidelik dit soos volg:[87]

> There does not seem to be the least objection to allowing a private division of the joint estate, after a judicial separation for good and sufficient cause. Such a separation is such a material derogation from the essence of the marriage, that to maintain the prohibition of an agreement of such nature between the parties would be senseless, when of the marriage nothing more is left than merely its shadow and name.[88]

Indien die werklike bedoeling van De Groot in 3.21.11 is dat 'n onderhandse skeiding van goed alleenstaande, sonder 'n geregtelike skeidingsbevel, geldig is, huiwer Bodenstein vir geen oomblik nie om die onderhandse ooreenkoms in 3.21.11 te verwerp en om 2.12.5 te aanvaar.[89] Die rede waarom Douglas buitegeregtelike verandering toelaatbaar vind en Bodenstein nie, is opgesluit in die siening dat Douglas die rede vir die veranderlikheidsverbod op die verbod op geskenkgewing fundeer (wat herroep is), en Bodenstein die verbod grondves op die feit dat die huwelik 'n kontrak *sui generis* is en nie soos 'n gewone kontrak *inter partes* veranderbaar is nie. Dit is ook die mening van die hof in *Honey*[90] dat die onveranderlikheidsbeginsel die produk van verskillende redes beliggaam en nie alleen op die verbod op geskenkgewing gegrondves is nie.

Hierdie meningsverskil het verskillende gevolge. Indien die beslissing van die hof en die mening van Bodenstein korrek is, geld die onveranderlikheidsreël en is geen onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling geldig nie. Indien Douglas korrek is, is onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling geldig. Bloot met verwysing na die ontleding van die gemeenregtelike gesag hier bo, is ek van mening dat die grondige gemeenregtelike ondersoek van Bodenstein bo die siening van Douglas te verkies is en skaar ek my dus by die beslissing in *Honey*[91] en die mening van Bodenstein.

(ii) Nugent verwys ook na regspraak wat volgens hom die onveranderlikheidsreël fundeer op die verbod op geskenkgewing tussen gades. Die eerste saak waarna hy verwys, is *Larkan*.[92] In *Honey*[93] verwerp regter Du Plessis myns insiens tereg Nugent se standpunt.[94] Hier bo[95] is aangetoon dat *Larkan* beslis het dat die

huweliksgoederebedeling *stante matrimonio* verander kan word slegs by wyse van 'n geregtelike skeidingsbevel of 'n onderhandse skeidingsooreenkoms in omstandighede wat deur 'n geregtelike skeidingsbevel bekragtig kan word.

Hierdie kritiek geld ook teen *Ziedeman v Ziedeman*,[96] *Pugh v Pugh*[97] en *Coulthard v Coulthard*[98] wat as gesag aangegee word.[99]

Die eiseres in *Honey*[100] gebruik ook *Ex parte Marx et Uxor*[101] as gesag. Die applikante in *Marx*[102] is in Duitsland buite gemeenskap van goed getroud. Terwyl hulle nog daar woonagtig en gedomisilieerd is, verander hulle hul huweliksgoederestelsel na binne gemeenskap van goed. Tydens die aansoek onder bespreking is hulle in Suid-Afrika gedomisilieerd. Hulle doen nou aansoek dat hulle huweliksgoederebedeling van binne gemeenskap na buite gemeenskap van goed verander word. Die hof keur die aansoek om drie redes af. Die eerste is dat "they [die bepalings van die ooreenkoms][103] are in conflict with what seems to us to be the provisions of the German law relating to a marriage out of community".[104] Hierdie rede kan na die *lex domicilii matrimonii* verwys, omdat die verandering nie deur die Duitse reg gemagtig word nie. Dit is in volkome ooreenstemming met die *lex domicilii matrimonii*-reël.[105] Die tweede rede verwys na die reël in die *Larkan*-saak.[106] Hierdie reël, verklaar die hof, "is a fatal objection to the granting of this application".[107] Hiermee gee *Marx*[108] te kenne, soos in *Larkan*[109], dat nahuwelikse onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling in ons reg ontoelaatbaar is. Dit is natuurlik reg, maar die toepassing van die *Larkan*-reël in hierdie omstandighede is misplaas en ontoelaatbaar in die lig van die reeds vermelde *lex domicilii matrimonii*. Regter Du Plessis kom weer eens korrek tot die gevolgtrekking dat ook die *Marx*[110]-saak nie die eiseres in *Honey*[111] steun nie.[112]

Soos gepoog is om hier bo aan te toon, is die beslissing in *Honey* korrek.[113]

Ook Sonnekus[114] stem met die *Honey*-saak saam, maar doen dit om twee redes wat verskil van dié van die saak. Sy eerste rede is gefundeer op die aard van die aanwas. Voor beëindiging van die huwelik het nie een van die twee gades 'n reg op aanwas nie. Daar kan dan voor hierdie tydstip geen skenking wees nie, aangesien die reg nie gevestig het nie.[115] Gevolglik is dit onjuis om te sê dat die afskaffing van die verbod op geskenkgewing tussen gades dit veroorloof.[116] Sy tweede rede sluit nou aan by die *Honey*-beslissing se *ratio decidendi*.[117] In ooreenstemming met die spreuk *pacta sunt servanda* moet daar uitvoering aan die huwelikskontrak gegee word wat vir die duur van die huwelik van toepassing is.[118] Dit bring mee dat die partye nie sommer lukraak, sonder tussenkoms van die hof, hulle huweliksgoederebedeling kan verander nie. Die onveranderlikheid van die huweliksgoederebedeling is "soos van die ander 'onveranderlike gevolge van die huwelik' nie by wyse van onderlinge afspraak daarna te wysig nie".[119]

5. Testament

In *Larkan*[120] verklaar hoofregter Innes dat dit duidelik is dat onderhandse verandering van gemeenskap van goed die verbod op geskenkgewing tussen eggenotes oortree. Dit bring hom by die vraag of hierdie verbod absoluut is en of daar gesag is wat die verandering deur dood bevestig.[121]

Die hof beantwoord die vraag onder andere soos volg:[122]

> Now there is substantial authority in favour of the view that community may be excluded or ante-nuptial contracts revoked by act *inter vivos*, provided that the agreement come to is confirmed by the death of one of the spouses. It takes effect only as and when ratified by the decease of the first-dying.

As gesag vir bostaande stelling verwys hoofregter Innes na Cos, Arntzenius en Schorer.[123] Die verandering wat hier ter sprake is, word teweeggebring deur 'n *donatio mortis causa,* omdat die verandering op die vroegste eers by dood van die gewer vestig.[124] Die hoofverskil tussen 'n *donatio mortis causa* en 'n *donatio inter vivos* berus op die herroepbaarheid daarvan. In geval van die geskenk *inter vivos* is die skenkingsooreenkoms, as algemene reël, onherroepbaar, terwyl die geskenk *mortis causa* herroepbaar is.[125]

Die hof neem die bespreking egter verder waar gesê word:[126]

> The preponderance of opinion, however, is the other way. There is great weight of authority for the proposition that these changes cannot be validly effected by contract *inter vivos*. And the only way in which the relationship of spouses to one another in respect of rights of property can be altered, is by last will.

Lybrechts, Wassenaar, Van Leeuwen en Voet steun hierdie standpunt.[127] Na aanleiding van bostaande uiteensetting van die reg, kom hoofregter Innes tot die volgende slotsom:[128]

> Apart from statute, then, community once excluded cannot be introduced, and once introduced, cannot be excluded, nor can an ante-nuptial contract be varied by a post-nuptial agreement between the spouses, even if confirmed by the death of one of them. The only exception to the rule is afforded by an underhand deed of separation either ratified or entitled at the time to ratification under a decree of judicial separation.[129] But community may be changed, and an ante-nuptial contract may be altered by mutual will of the spouses. Either party may by later will revoke the provisions as to alteration; or the survivor may elect to repudiate the alteration and adhere to the original position. But if the survivor adiates and accepts benefits under the mutual will, he will be obliged to stand by its provisions modifying the previous relationship of the spouses. As pointed out in *Hancke's* case (1915, A.D., 64), the obligation to abide by the terms of a mutual will rests upon the doctrine of election. And that being so, it may be possible to effect an alteration in community, or in terms of an ante-nuptial contract by the will of one party only. Where, as here, one spouse with the knowledge and consent of the other, and with a view to the disposition of their estate upon a new basis, bequeaths the property of the other as upon such basis, then upon the death of the testator and upon adiation and acceptance of the benefits by the survivor, the latter would be bound by the provisions of the will so disposing of his property. These testamentary arrangements *inter conjuges* however, cannot prejudice the rights of creditors. They come into force only after the death of one of the spouses, and in the words of

> *Lybrechts* [*Vertoog,* Vol. 1., c. 8, p. 112][130] have the effect of securing greater freedom of disposition.

Die verandering deur testament tree eers by dood en aanvaarding van die bepalings van die testament in en nie gedurende die bestaan van die huwelik nie.[131] Verandering van die huweliksgoederebedeling deur testament is dus nie 'n geval van onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling *stante matrimonio* nie, aangesien die verandering eers na ontbinding van die huwelik en na adiasie in werking tree.

6. Vennootskapsooreenkomste

Soos aangedui,[132] kritiseer Visser en Potgieter[133] en Heaton[134] die beslissing in *Honey.*[135] Hulle voer aan dat, nieteenstaande die onveranderlikheidsreël wat die hof as rede vir die verbod op die onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling gee, dit nog altyd vir gades wat buite gemeenskap van goed getroud is, toelaatbaar was om byvoorbeeld 'n universele vennootskap met mekaar te sluit wat tot gevolg het dat die huweliksgoederebedeling verander is.

Die juistheid van hierdie kritiek verdien verdere bespreking.

Die reg maak voorsiening vir twee soorte vennootskappe, naamlik universele vennootskappe aan die een kant en buitengewone vennootskappe aan die ander kant.[136] Die vennootskappe waarna Visser en Potgieter en Heaton verwys, is universele vennootskappe.

Daar is op hul beurt ook weer twee soorte universele vennootskappe, by name *societas universorum / omnium bonorum* (algehele universele vennootskap) en *societas universorum quae ex quaestu veniunt* (kommersiële universele vennootskap).[137] Eersgenoemde vennootskap "covers all their acquisitions whether from commercial undertakings or otherwise".[138] Die huwelik binne gemeenskap van goed is die algemene voorbeeld van hierdie vennootskap tensy daar andersins uitdruklik hierop ooreengekom is.[139] In *Butters v Mncora*[140] beslis appèlregter Brand dat algehele universele vennootskappe nie net beperk is tot die huwelik binne gemeenskap van goed nie en, soos enige ander kontrak, ook stilswyend tot stand mag kom.

Die tweede voorbeeld, naamlik die kommersiële universele vennootskap kan gesien word waar "[t]he parties thereby contract a partnership of all that they may acquire during its continuance, from every kind of commerce. They are considered to enter into this kind of partnership when they declare that they contract together a partnership without any further explanation."[141] Dié vennootskapsooreenkoms kan uitdruklik of stilswyend tot stand kom, selfs ook waar die partye buite gemeenskap van goed met mekaar getroud is.[142] Die bates van die kommersiële universele vennootskap word proporsioneel volgens die bydrae van elke vennoot verdeel en die bates word gelykop verdeel alleen waar die bydraes gelyk is of waar dit onmoontlik is om te bevestig dat een meer as die ander bygedra het.[143] Hierdie vennootskap verskil van die algehele universele vennootskap (*societas universorum bonorum*) in die sin dat as algemene reël nie alle bates en laste deel van dié vennootskap

vorm nie, behalwe in die teoretiese geval waar die partye met niks begin nie en al die bates deel van die kommersiële universele vennootskap vorm.

Die wesenlike bestanddele of vereistes vir ’n universele vennootskap is die volgende:[144]

> (a) Elke vennoot moet iets in die vennootskap inbring, soos geld, arbeid of vaardigheid. In *Butters*[145] huldig die hoogste hof van appèl die standpunt dat ’n algehele universele vennootskap nie beperk is tot ’n besigheid of kommersiële onderneming nie. Gevolglik hoef die bydrae van beide gades nie tot ’n winsgewende onderneming begrens of ingeperk te word nie.[146]
>
> (b) Die besigheid moet vir die voordeel van die vennote wees. Omdat ’n algehele universele vennootskap wyer strek as ’n besigheid of kommersiële onderneming, sluit hierdie vereiste ook ’n niekommersiële onderneming in.[147]
>
> (c) Daar moet ’n winsmotief wees.
>
> (d) Die vennootskapsooreenkoms moet wettig wees. *Butters*[148] laat hierdie vereiste buite rekening, aangesien dit vir álle ooreenkomste ’n vereiste is en nie net vir vennootskapsooreenkomste nie.

In *JW v CW*[149] is die partye buite gemeenskap van goed met uitsluiting van wins en verlies en die aanwas getroud. Die eiser eis onder andere ’n egskeiding[150] en die verweerderes bring ’n teeneis wat onder andere inhou dat ’n *societas universorum quae ex quaestu veniunt* onder die naam JPW Boerdery stilswyend gesluit is.[151] Die eiser teken beswaar teen die teeneis aan, ook op die alternatiewe grond dat dit op ’n ongeldige (onderhandse) verandering van die voorhuwelikse kontrak neerkom.[152]

Die hof maak hieroor die volgende bevinding:[153]

> The problem is, however, that the alleged agreement would in my view have amounted to a revocation, or at the very least an amendment, of the very essence of the antenuptial contract in this case. That could not have been done, even with ‘the mutual consent of the parties’, without an order of court.

Die hof keur die buitegeregtelike verandering van die huweliksgoederebedeling af en verwys[154] onder andere na *Ex parte Smuts*[155] en *Ex parte Dunn*[156] as gesag. In eersgenoemde saak het dit oor wysiging van (’n klousule in) ’n voorhuwelikse kontrak gegaan. Die wysigingsbevoegdheid word gemeenregtelik fundeer. Hierdie bevoegdheid van die hof word egter in ander hofsake ontken.[157] Dit is egter nie nodig om hieroor standpunt in te neem nie, aangesien die wetgewer[158] vandag uitdruklik aan die hof hierdie bevoegdheid verleen.

Dit is egter jammer dat hiervan niks in die beslissing vermeld word nie. *Dunn* handel oor regstelling van die voorhuwelikse kontrak wat nog altyd gemeenregtelik toelaatbaar is. Die hof verwys na *JW*, waar bevind is dat die verweerderes se vertroue op *Mühlmann v Mühlmann*[159] misplaas is, aangesien dit in laasgenoemde beslissing oor ’n *societas universorum quae ex quaestu veniunt* gegaan het en nie oor ’n *societas universorum*

bonorum nie. In *Dunn* bevind die hof na 'n lang bespreking dat die tipe vennootskap in die *JW*-saak 'n *societas universorum bonorum* en nie 'n *societas universorum quae ex quaestu veniunt* is nie.[160] Gevolglik is die *Mühlmann*-beslissing te onderskei van die vennootskap in die *JW*-saak en is dus nie van toepassing nie.[161]

Die rede waarom die hof nie die beslissing in *Mühlmann* verwerp nie, is te vinde in die volgende uitlating en beskouing:[162]

> The establishment of a partnership like that alleged by the defendant [nl. 'n societas universorum quae ex quaestu veniunt soos in Mühlmann]163 would have defeated the clear purpose of the terms agreed upon in clauses 1 an 2 [nl. buite gemeenskap van goed met uitsluiting van wins en verlies, par. 11 van die verslag]164 of the antenuptial contract. It would in effect have substituted the matrimonial property regime agreed upon in the antenuptial contract with a regime which would have the opposite effect. The partnership envisaged in the counterclaim would not have been a legal entity separate from the matrimonial property regime which was supposed to apply between the parties. It would have encompassed that, and more. The conclusion of such an agreement would not have been in the spirit envisaged in clause 4 of the antenuptial contract [nl. dat daar ooreengekom is om in die gees van die voorhuwelikse kontrak te handel wanneer dit o.a. die eiendom van die partye aangaan].165

Hiervolgens stem die hof met die *Mühlmann*-beslissing saam dat 'n *societas universorum quae ex quaestu veniunt* geldig gesluit mag word indien die partye buite gemeenskap van goed met insluiting van wins en verlies getroud is. Indien wins en verlies ook uitgesluit is, druis die ooreenkoms teen die gees van die voorhuwelikse kontrak in en kom dit op 'n ongeldige en onaanvaarbare verandering van die kontrak neer. Indien die partye buite gemeenskap van goed met insluiting van wins en verlies getroud was, kon 'n *societas universorum quae ex quaestu veniunt* gesluit word, aangesien die vennootskap beskou word as 'n "regsentiteit" wat los van die huweliksgoederebedeling bestaan wat tussen die partye geld.

Hierdie beskouing ontlok minstens twee kritiese opmerkings. In eerste instansie is die opmerking dat die vennootskap as 'n regsentiteit apart van die huwelik buite gemeenskap van goed beskou word, 'n vreemde beskouing. 'n Vennootskap is nie 'n regsentiteit op sy eie nie. Aansluitend hierby: selfs al word die *societas universorum quae ex quaestu veniunt* as 'n regsentiteit beskou, bring die totstandkoming daarvan mee dat die huwelikskontrak verander word. Winsdeling word ingevolge 'n huwelik buite gemeenskap van goed met uitsluiting van wins en verlies verbied en die vermelde vennootskap bring winsdeling mee wat tot 'n verandering van die huwelikskontrak aanleiding gee. Die beslissing regverdig die gevolgtrekking dat die kommersiële universele vennootskap geldig tot stand kan kom alleen indien wins en verlies nie uitgesluit is nie. Dan word die wese van die huwelikskontrak nie verander nie, aangesien die wins en verlies voorsiening vir 'n kommersiële universele vennootskap maak.

Dieselfde kan nie gesê word waar ook wins en verlies uitgesluit is nie. Indien die vennootskap in laasgenoemde geval as geldig beskou word, word die huweliksgoederebedeling buitegeregtelik verander, wat nie sonder 'n hofbevel gedoen mag

word nie. Hierdie siening van die hof ondersteun met ander woorde die beslissing in*Honey*[166] sonder om na laasgenoemde te verwys. Die juistheid van hierdie interpretasie word vertroebel as in gedagte gehou word dat in *Mühlmann*[167] slegs vermeld word dat die partye buite gemeenskap van goed getroud was, sonder vermelding of ook wins en verlies uitgesluit was.

In *Fink v Fink*[168] is ’n kommersiële universele vennootskap erken waar die partye ook met uitsluiting van wins en verlies getroud was. Laasgenoemde beslissing is dus regstreeks in konflik met vermelde interpretasie van die *JW*-beslissing. Desnieteenstaande het die hof in *Fink* tot dié beslissing gekom aangesien daar regtens geen verbode geskenkgewing ter sprake was nie (daar was ’n vennootskap) en die onveranderlikheid van die huweliksgoederebedeling waarskynlik alleen na die verbod op geskenkgewing tussen gades herleibaar was.

Samevattend kan die volgende gestel word:

(a) ’n *Societas universorum quae ex quaestu veniunt* is toelaatbaar indien die partye buite gemeenskap van goed getroud is.[169]

(b) Sluit die voorhuwelikskontrak egter gemeenskap van wins en verlies uitdruklik uit en verbied dit enige vorm van winsdeling, is ’n *societas universorum quae ex quaestu veniunt* ongeldig, aangesien dit op verandering van die huweliksgoederebedeling neerkom wat nie onderhands toelaatbaar is nie.[170]

(c) Die sluit van ’n algehele universele vennootskap indien partye buite gemeenskap van goed (ook met insluiting van wins en verlies) getroud is, is ongeldig, omdat al die bates in die vennootskap opgeneem word en verandering van die huweliksgoederebedeling tot gevolg het, wat onderhands ontoelaatbaar is.

7. Slot

Die bostaande navorsing regverdig die volgende gevolgtrekkings:

(a) Onderhandse/buitegeregtelike skeidingsooreenkomste, waar die partye soos geskeides (na egskeiding) leef, maar die huwelik nog nie ontbind is nie, is die enigste geval van erkenning van nahuwelikse onderhandse/buitegeregtelike verandering van die huweliksgoederebedeling. Dié verandering het egter beperkte toepassing, omdat dit net *inter partes* en moontlik teenoor derdes met kennis van die skeidingsooreenkoms afdwingbaar is. Indien versoening plaasvind of die skeidingsooreenkoms opgehef word, verval die verandering en kom die oorspronklike huweliksgoederebedeling weer in werking.[171]

(b) Die regsposisie met betrekking tot verandering van die huweliksgoederebedeling deur onderhandse ooreenkomste word korrek in *Honey* neergepen. Die Suid-Afrikaanse reg maak nie gemeenregtelik of na die afskaffing van die verbod op geskenkgewing tussen eggenote vir hierdie verandering voorsiening nie.[172]

(c) Die verandering by wyse van testament na afsterwe van die eerssterwende en na aanvaarding van die bepalings van die testament deur die langslewende bring ook geen onderhandse verandering *stante matrimonia* mee nie. Die verandering tree eers na ontbinding van die huwelik in werking.[173]

(d) Verandering by wyse van 'n kommersiële universele vennootskap is ook net beperk moontlik. Die vennootskapsooreenkoms behoort geldig te wees alleen indien die huweliksgoederebedeling vir winsdeling voorsiening maak. 'n Algehele universele vennootskapsooreenkoms is ook in die geval van 'n huwelik buite gemeenskap van goed met winsdeling ongeldig, aangesien dit onderhandse verandering van die huweliksgoederebedeling tot gevolg het.[174] Omdat 'n kommersiële universele vennootskap net beperk toepassing vind, sluit dit 'n aanspraak hierop uit waar partye buite gemeenskap met uitsluiting van wins- en verliesdeling getroud is. Die *Mühlmann*-toepassing,[175] indien die partye sonder wins- en verliesdeling getroud was, word met ander woorde uitgesluit in die lig van die beskouing wat hier gehuldig word. Dit beklemtoon die noodsaaklikheid van die uitbreiding van die toepassingsveld van die regterlike diskresie ingevolge artikel 7(3) van die Wet op Egskeiding. Steun hiervoor word verder versterk deur die konstitusionele hof se toepassing in *Gumede v President of the Republic of South Africa*[176] van die regterlike diskresie ingevolge artikel 8(4)(a) van die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998.

Bibliografie

Anoniem. 1911. Notes on some controverted points of law. LXXIII – Contracts between husband and wife. *South African Law Journal*, 28 322–7.

—. 1916. Notes. The force of post-nuptial agreements. *South African Law Journal*, 33:187–8.

Bodenstein, H.D.J. 1917. The validity of pacts between husband and wife. *South African Law Journal*, 34 11–36.

De Groot, H. 1952. *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*. Leiden: Universitaire Pers.

Delport, P.A. 2011. *The new companies act manual including closed corporations and partnerships*. 2de uitgawe. Durban, Johannesburg, Kaapstad: LexisNexis.

De Waal, M.J. en M.C. Schoeman-Malan. 2008. *Erfreg*. 4de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Douglas, K.J. 1991. Change of matrimonial property system without an order of court. *De Rebus,* Maart:205–11.

—. 1991. Changing matrimonial property systems. *De Rebus,* April:221–2.

Elliott, R.C. 1926. Notarial deeds of separation between husband and wife. *South African Law Journal*, 46 145–9.

Hahlo, H.R. 1975. *The South African law of husband and wife.* 4de uitgawe. Kaapstad, Wynberg, Johannesburg: Juta.

—. 1985. *The South African law of husband and wife.* 5de uitgawe. Kaapstad: Juta.

Heaton, J. 2010. *South African family law*. 3de uitgawe. Durban, Johannesburg, Kaapstad: LexisNexis.

Sonnekus, J.C. 1992. Onderhandse wysiging van huweliksvoorwaardekontrak onaanvaarbaar. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*, November:683–90.

Van Bijnkershoek, C. 1747. *Verhandelingen over burgerlyke rechtszaaken in IV boeken, met veele gewysdens der beide hooge gerechtshoven doormengt.* Vertaal uit Latyn in Nederlands. Amsterdam: Isaak Tirion.

Van der Vyver, J.D. en D.J. Joubert. 1991. Persone- en Familiereg. 3de uitgawe. Kaapstad, Wetton, Johannesburg: Juta.

Van Leeuwen, S. 1664. *Het Rooms-Hollands-regt: waar in de Rooms wetten, met het huydendaagse Neerlands regt.* Leyden: Hackens.

—. 1741. *Censura Forensis*. Lugduni in Batavis: Sumptibus Samuelis Luchtmans et Cornelii Haak.

Van Schalkwyk, L.N. 1993. Honey v Honey 1992 3 SA 609 (W). *De Jure,* 26(1):215–21.

Visser, P.J. en J.M. Potgieter. 1998. *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse familiereg*. 2de uitgawe. Kenwyn: Juta.

Yeats, Y.P. 1945. Die algehele huweliksgemeenskap van goedere. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 99:100–26

Eindnotas

[1] 1962 2 SA 30 (D) 33.

[2] (1985:159–60).

[3] (1985:283–4).

[4] Hahlo (1985:284, 290 vn. 28); sien ook Douglas (1991:Maart 205 e.v.).

[5] 1916 AD 212.

[6] 224.

[7] Sien ook *Ex parte Marx et Uxor (2)* 1936 CPD 499, 502; *Ex parte Dunn et Uxor* 1989 2 SA 429 (NK) 431B; Anoniem (1916:188).

[8] Hier onder par. 3.

[9] Hier onder par. 4.

[10] Hier onder par. 5.

[11] Hier onder par. 6.

[12] 1918–1923 GWLD 188, 192–3.

[13] Art. 14 van die Wet op Egskeiding 70 van 1979.

[14] (1857-1860) 3 Searle 202.

[15] Soos gedrag wat die lewe saam gevaarlik of ondraaglik maak – sien Elliott (1929:146); Yeats (1945:100).

[16] Vgl. ook Hahlo (1985:321–3). Van der Vyver en Joubert (1991:591) is van mening dat onderhandse finansiële skeidingsooreenkomste steeds 'n plek vervul en geldig en afdwingbaar is, selfs al (kom dit op 'n skenking neer en) word dit sonder 'n *justa causa,* soos die gemenereg vereis, bereik. Ook Heaton (2010:109) is van mening dat onderhandse skeidingsooreenkomste geldig is en dat die partye "may also agree on the proprietary consequences which are to operate while they live apart".

[17] (1838) 1 Menzies 238, 239.

[18] Vir die begrip *skenking* sien *De Beer v De Beer* 1940 TPD 230, 235.

[19] Aanvaar in *Albertus v Albertus' Executors* (1857–1860) 3 Searle 202, 210; *Pugh v Pugh* 1910 TS 792, 796, 797, 799 per De Villiers RP; *Coulthard v Coulthard* 1922 WLD 13, 16–7; *Smith v Smith* 1918-1923 GWLD 188, 193;*Lamont v Lamont* 1939 SR 182; Elliott (1929:146–7).

[20] (1838) 1 Menzies 238.

[21] (1857-1860) 3 Searle 202, 207–8, 214.

[22] Sien ook *Gibbon v Gibbon* (1881–1882) 2 EDC 280, 294; *Pugh v Pugh* 1910 TS 792, 802; *Danovich v Danovich's Executors* 1919 TPD 198, 210; *Banks v Clement* 1921 CPD 197, 200–1 by implikasie, aangesien dit hier oor 'n geregtelike skeidingsbevel gehandel het; *Coulthard v Coulthard* 1922 WLD 13, 16; *Theron v Theron*1923 CPD 387, 388–9; *Ex*

parte De Jongh 1937 TPD 394; *Ex parte Roscoe* 1938 CPD 126, 128–9; *Lobley v Lobley* 1940 CPD 420, 430, 431, 434, 436; *De Beer v De Beer* 1940 TPD 230, 233. Daar is egter ook gesag wat die onderhandse skeidingsooreenkoms wat sonder *iustae causae* aangegaan is, as geldig beskou: sien o.a.*Brownjohn v Brownjohn* 1944 WLD 80, veral 81–2. Lg. siening toon erkenning van die onderhandse nahuwelikse ooreenkoms net soos erkenning van 'n informele voorhuwelikse kontrak. Vir erkenning van informele voorhuwelikse kontrakte sien *Ex parte Spinazze* 1985 3 SA 650 (A).

[23] Vir kritiek teen die *justa causa*-standpunt sien *Pugh v Pugh* 1910 TS 792, veral 801, 807–8; *Danovich v Danovich's Executors* 1919 TPD 198, 211; sien vir soortgelyke kritiek Anoniem (1911:326); Bodenstein (1917:28).

[24] 1919 TPD 198.

[25] 212. In dieselfde saak verkies Mason R (201) die rede wat deur Brouwer *De Jure Con* 2.29.4 vir die onveranderlikheid van die huweliksgoederebedeling aangevoer word, nl. "that community being a necessary incident of the public status conferred by marriage, that status cannot be altered by private agreement in respect of community any more than in any other respect".

[26] 212; sien Bodenstein (1917:26) vir 'n soortgelyke siening.

[27] My beklemtoning.

[28] Sien *Neale v Neale* 1903 SC 198, 199; *Smit v Smit* 1909 TS 1067, 1069; *Banks v Clement* 1921 CPD 197, 201, 202, 208; *Levine v Levine* 1939 CPD 97, 102; *Smith v Smith* 1939 TS 191, 198; Yeats (1945:104).

[29] *Gibbon v Gibbon* (1881-1882) 2 EDC 280, 299; *Smit v Smit* 1909 TS 1067, 1069; *Ex parte van der Spuy* 1910 CPD 347, 349; *Fischer v Fischer* 1911 TPD 1082, 1089; *Frampton v Frampton* 1912 NPD 1, 2; *Slez v Slez* 1013 WLD 109, 110; *Louw Versfeld v Louw Versfeld* 1914 CPD 890, 891; *Diamond v Diamond* 1915 TPD 235, 237; *De Beer v De Beer* 1940 TPD 230, 233.

[30] *Ex parte Abbott* 1915 CPD 544, 545; *Ex parte Roscoe* 1938 CPD 126 – by implikasie; *Ex parte De Kock* 1939 CPD 357, 358; *Ex parte Gyssels: In re Estate Raymackers* 1951 3 SA 416 (K) 418. In *Ex parte Reid* 1932 WLD 11 gelas die hof o.a. dat onroerende eiendom in naam van applikante geregistreer word. Die applikante is binne gemeenskap van goed getroud, maar leef ingevolge 'n geregtelike skeidingsbevel vir die afgelope 15 jaar apart van haar gade en het vir die laaste 14 jaar geen woord van hom gehoor nie. Geen verdeling van die gemeenskap van goed is destyds beveel nie. Die hof verleen die bevel ingevolge sy gemeenregtelike bevoegdheid. Die kritiek teen hierdie uitspraak is nie teen die gemeenregtelike bevoegdheid nie, maar teen die toepassing daarvan. Die geregtelike skeidingsbevel het geen verdeling van die gemeenskap van goed gelas nie. Daar is m.a.w. steeds 'n gemeenskaplike boedel en die eiendom wat in haar naam geregistreer word, is nie aan haar geskenk of testamentêr nagelaat onderhewig aan die uitsluiting van die gemeenskaplike boedel nie.

[31] *Ziedeman v Ziedeman* (1838) 1 Menz 238; *Scholtz v Felmore* (1885-1886) 4 SC 192, 194; *De Beer v De Beer*1940 TPD 230, 233; vgl. egter *Grobler v Grobler* 1943 OPD 192, 196 waar die hof net meld dat die ooreenkoms tussen die gades afdwingbaar is en sekerlik by implikasie ook bedoel dat dit nie teenoor derdes afdwingbaar is nie. Sien ook Anoniem (1916:188); Elliott (1929:147); *Badenhorst v Bekker* 1994 2 SA 155 (N) en *Du Plessis v Pienaar* 2003 1 SA 671 (HHA), veral parr. 5, 7 wat tot dieselfde effek is m.b.t. erflatings of geskenke wat van die gemeenskaplike boedel uitgesluit word.

[32] *Scholtz v Felmore* (1885-1886) 4 SC 192, 194.

[33] Sien hieroor Hahlo (1975, veral 359–60).

[34] *Banks v Clement* 1921 CPD 197, 201; *Ex parte Murray et Uxor* 1924 CPD 419, 421; *Levine v Levine* 1939 CPD 97, 105; *Smith v Smith* 1939 SR 191, 199.

[35] Sien o.a. Anoniem (1911, veral 328 en gesag daar aangehaal).

[36] (1917:16).

[37] Bodenstein (1917:21–2).

[38] (1917:22). Vgl. ook Mason R in *Danovich* 1919 TPD 198, 201hier bo par. 3. Sien ook Yeats (1945:101).

[39] (1917:22).

[40] 1992 3 SA 609 (W).

[41] Veral 611D-G.

[42] 610H.

[43] 612C-D.

[44] (1991 April:221 e.v.) bespreek hier die toe nog ongerapporteerde beslissing van *Honey v Honey*.

[45] 221.

[46] Sien ook Van Schalkwyk (1993:220).

[47] Sien *Reeder v Softline* 2001 2 SA 844 (W) 848I–849I waar die hof sê dat die vordering voor ontbinding van die huwelik ’n moontlike/voorwaardelike (“contingent”) reg is en dat dit eers by ontbinding, as daar ’n aanwas is en dit nie verbeurdverklaar is nie, ’n gevestigde (“vested”) reg word. Dit word aanvaar in *MB v NB* 2010 3 SA 220 (GSJ) par. 40.

[48] Sonnekus (1992:687–8) is van oordeel dat daar in hierdie stadium geen sprake van ’n skenking kan wees nie.

[49] Vir ’n verwysing na die gemeenregtelike gesag, sien 612G–613D.

[50] 613B–C.

[51] Sien ook Yeats (1945:101).

[52] 612G–613B.

[53] (1991 April:221).

[54] Sien verder hieroor par. (i) direk hier onder.

[55] (2010:107).

[56] Sien vir soortgelyke kritiek ook Visser en Potgieter (1998:92). Sien die bespreking hier onder par. 6.

[57] Sien Douglas, later gepubliseer in (1991 Maart:205 e.v.).

[58] 206–7.

[59] 207.

[60] 208.

[61] 210.

[62] 207.

[63] *Ibid*.

[64] Sien art. 11 van die Wet op Huweliksgoedere. Douglas (1991 April:222) verwys ook na art. 11.

[65] 207.

[66] *Ibid*.

[67] 208.

[68] *Honey* 1992 3 SA 609 (W) 613D.

[69] (1991 April:221).

[70] 221–2.

[71] 222.

[72] *Ibid*.

[73] (1664:4.2.4.12).

[74] Douglas (1991 April:222).

[75] (1741:1.1.12.16).

[76] (1952:2.12.5).

[77]Douglas (1991 April:222).

[78] (1917:24–5).

[79] (1917:25).

[80] *Ibid*.

[81] *Ibid*.

[82] (1747).

[83] (1747:398).

[84] Woorde tussen hakies my byvoeging.

[85] (1917:25).

[86] *Ibid*.

[87] (1917:26).

[88] Vgl. ook *Union Government (Minister of Finance) v Larkan* 1916 AD 212, 224, hier bo par. 2.

[89] (1917:25).

[90] 1992 3 SA 609 (W).

[91] *Ibid*.

[92] 1916 AD 212.

[93] 1992 3 SA 609 (W).

[94] 613F-G.

[95] Par. 2.

[96] (1838) 1 Menzies 238.

[97] 1910 TPD 792.

[98] 1922 WLD 13.

[99] *Honey* 613H–4E. Sien ook hier bo par. 3.

[100] 614E–G.

[101] 1936 CPD 499.

[102] *Ibid.*

[103] My byvoeging.

[104] *Marx* 501.

[105] Die tweede rede wat die hof aanvoer, sluit nou aan by die eerste en word nie verder bespreek nie.

[106] Hier bo par. 2.

[107] *Marx* 502.

[108] 1936 CPD 499.

[109] 1916 AD 212.

[110] 1936 CPD 499.

[111] 1992 3 SA 609 (W).

[112] 614G.

[113] Sien ook Van Schalkwyk (1993:215 e.v.).

[114] (1992:683).

[115] Par. 9.

[116] Sien ook hier bo par. 4(a).

[117] Hier bo par. 4(b).

[118] Sonnekus (1992, par. 10).

[119] *Ibid*.

[120] 1916 AD 212, 220.

[121] 220.

[122] 221.

[123] *Ibid*.

[124] Sien o.a. De Waal en Schoeman-Malan(2008:227-8). In geval van 'n *donatio inter vivos* kan die skenking ook voor die dood van die gewer vestig; sien De Waal en Schoeman-Malan (2008:227).

[125] De Waal en Schoeman-Malan (2008:227).

[126] 221–2.

[127] 222–3.

[128] 224.

[129] Die sg. *Larkan*-reël waarna hier bo in par. 2 verwys is.

[130] My byvoeging.

[131] Kyk ook Maasdorp AR 230-2; De Villiers Wrn AR 232-3. Maasdorp AR 230-2 beklemtoon egter dat die gemeneregskrywers slegs van 'n wederkerige testament ("mutual will") en nie soos Innes HR ook van 'n enkel testament melding maak nie. Vir die verskil tussen 'n wederkerige testament en 'n gesamentlike testament ("joint will") sien o.a. De Waal en Schoeman (2008:199–200).

[132] Par. 4(b).

[133] (1998:92).

[134] (2010:107).

[135] 1992 3 SA 609 (W).

[136] *Butters v Mncora* 2012 4 SA 1 (HHA) par. 14; Delport(2011:197 e.v.).

[137] *Isaacs v Isaacs* 1949 1 SA 952 (K) 955; *JW v CW* 2012 2 SA 529 (NKK) par. 9; *Butters v Mncora* 2012 4 SA 1 (HHA) par. 14.

[138] *Isaacs v Isaacs* 1949 1 SA 952 (K) 955. Sien ook *Annabhay v Ramlall* 1960 3 SA 802 (D) 805A; *JW v CW* 2012 2 SA 529 (NKK) par. 9; *Butters v Mncora* 2012 4 SA 1 (HHA) par. 14.

[139] *V (also known as L) v De Wet* 1953 1 SA 612 (O) 614E-G; *Annabhay v Ramlall* 1960 3 SA 802 (D) 805E. Sien*JW v CW* 2012 2 SA 529 (NKK) parr. 23, 24 waar die hof die vraag

oop laat of 'n algehele universele vennootskap stilswyend geskep kan word deur partye wat buite gemeenskap van goed getroud is. Waar 'n putatiewe huwelik sonder huwelikskontrak gesluit is, is die huwelik ook binne gemeenskap van goed; sien o.a. *Mograbi v Mograbi*1921 AD 274, 275; *Ex parte L (also known as A)* 1947 3 SA 50 (K) 59–60.

[140] 2012 4 SA 1 (HHA) par. 18.

[141] 'n Vertaling van Pothier *Verhandeling van Societeiten* soos aangehaal in *Isaacs v Isaacs* 1949 1 SA 952 (K) 955. Sien ook *V (also known as L) v De Wet* 1953 1 SA 612 (O) 614G–H; *Annabhay v Ramlall* 1960 3 SA 802 (D) 805F; *JW v CW* 2012 2 SA 529 (NKK) par. 9; *Butters v Mncora* 2012 4 SA 1 (HHA) par. 14.

[142] *Fink v Fink* 1945 WLD 226, 228; *Isaacs v Isaacs* 1949 1 SA 952 (K) 960; *Annabhay v Ramlall* 1960 3 SA 802 (D) 805F; *Muhlmann v Muhlmann* 1981 4 SA 632 (W) 634B; *Mühlmann v Mühlmann* 1984 3 SA 102 (A) 123G.

[143] *Fink v Fink* 1945 WLD 226, 242; *Isaacs v Isaacs* 1949 1 SA 952 (K) 961. Sien egter *Muhlmann v Muhlmann*1981 4 SA 632 (W) 636A waar die hof nie oor lg. stelling standpunt inneem nie. In *Ex parte L (also known as A)*1947 3 SA 50 (K) 60 vermeld die hof dat in *Mograbi v Mograbi* 1921 AD 274 die helfte van die boedel aan die eiseres toegeken is sonder om enige verklaring m.b.t. binne gemeenskap van goed te maak. Hiervolgens is die bates ingevolge 'n *societas universorum quae ex quaestu veniunt* gelykop verdeel sonder om oor die omvang van elke "gade" se bydrae te beslis.

[144] *Isaacs v Isaacs* 1949 1 SA 952 (K) 956; *V (also known as L) v De Wet* 1953 1 SA 612 (O) 615A–B; *Muhlmann v Muhlmann* 1981 4 SA 632 (W) 634C-D; *Butters v Mncora* 2012 4 SA 1 (HHA) par. 11.

[145] 2012 4 SA 1 (HHA) par. 19.

[146] *Ibid*.

[147] *Ibid*.

[148] *Butters* par. 11.

[149] 2012 2 SA 529 (NKK) parr. 2, 11.

[150] Par. 1.

[151] Parr. 13, 17.

[152] Par. 5.

[153] Par. 29. Sien ook par. 36.

[154] Par. 29 vn. 10.

[155] 1914 CPD 1034, 1037.

[156] 1989 2 SA 429 (NK) 431B.

[157] Sien Van Schalkwyk (1992:238) en die gesag daar aangehaal.

[158] Art. 21(1) van die Wet op Huweliksgoedere.

[159] 1984 3 SA 102 (A).

[160] Parr. 19–25.

[161] Parr. 33–4.

[162] Par. 25.

[163] My byvoeging.

[164] My byvoeging.

[165] My byvoeging.

[166] 1992 3 SA 609 (W).

[167] 1984 3 SA 102 (A).

[168] 1945 WLD 226.

[169] Vgl. o.a. *Mühlmann v Mühlmann* 1984 3 SA 102 (A).

[170] Vgl. *JW v CW* 2012 2 SA 520 (NKK).

[171] Hier bo par. 3.

[172] Hier bo par. 4.

[173] Hier bo par. 5.

[174] Hier bo par. 6.

[175] 1984 3 SA 102 (A).

[176] 2009 3 SA 152 (KH).