

# **INHEEMSE ERFOPVOLGINGSREG IN ZIMBABWE: LESSE VIR SUID- AFRIKA DEEL II: ERFOPVOLGINGSREG NA HERVORMING**

Elmarie Knoetze  
*BJuris LLB LLM LLD*  
*Medeprofessor,*  
*Nelson Mandela Metropolitaanse Universiteit,*  
*Port Elizabeth*

## **SUMMARY**

In Part II of this article legal reform of the customary law of succession in Zimbabwe is considered with a view to extract lessons for legal reform in South Africa. In the discussion specific emphasis is placed on conflicting case law which seems indicative of the inherent strain between statutory reform and the customary law of succession applicable in a primarily patriarchal society.

## **1 INLEIDING**

In Deel I van hierdie artikel is gelet op die kompleks van statutêre reg, regspraak en gewoontereg wat die erfopvolgingsreg in Zimbabwe voor die ingrypende hervorming van 1997 beheers het. In die onderhawige artikel word die hervormingsproses in oënskou geneem, waarna die hervormde reg in die lig van toepaslike regspraak geëvalueer word. Besondere klem word geplaas op moontlike lesse vir die regshervormers in Suid-Afrika, beskou vanuit die voorstelle van die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie re die hervorming van die inheemse erfopvolgingsreg alhier.<sup>1</sup>

## **2 DIE 1997-HERVORMINGS**

### **2 1 *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe***

Die Zimbabwiese Sekretariaat vir Justisie het sy *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* ter ondersoek na die toepaslikheid van die

---

<sup>1</sup> Sien Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* (2004) vir die mees onlangse voorstelle.

aanwysingsreëls vir die erfreg in 1993 gepubliseer. Die Witskrif, wat verrassend uit bloot sewe bladsye bestaan, het ten doel gehad om die gebreke van die toepaslike reg te identifiseer, sowel as om voorstelle ter hervorming van die erfopvolgingsreg te maak.<sup>2</sup> Van die relevante gebreke sluit die volgende in:

- Gades het geen keuse in die aanwysing van 'n toepaslike stelsel ter regulering van die erfopvolgingsreg nie; kulturele oriëntasie speel ook nie 'n rol nie.<sup>3</sup>
- Die regulering van gades se vermoënsregte in 'n gebruikelike huwelik ter uitsluiting van die vrou se reg om in haar man se boedel te deel, is onvanpas in 'n moderne stedelike lewenswyse.<sup>4</sup>
- 'n Weduwee bevind haarself by haar man se dood in 'n onbenydenswaardige posisie indien hy intestaat sterf. Sy kan nie in sy boedel opvolg nie en het gewoonlik geen noemenswaardige eie vermoë nie.<sup>5</sup>
- Alhoewel sekere statutêre beskerming<sup>6</sup> aan weduwees en afhanklikes verleen kan word, vereis dit 'n aansoek tot die hof in gevalle waar die betrokkenes dikwels onkundig oor hul regsposisie is.<sup>7</sup>

Gevolglik het die Sekretariaat voorgestel dat die bestaande reg gewysig word deur voorsiening te maak vir onder meer die volgende<sup>8</sup>:

- Eerstens, dat die algemene reg die vermoënsregtelike gevolge en erfopvolgingsreg reguleer in alle huwelike gesluit ooreenkomstig die algemene reg. Ras behoort geen rol te speel in die aanwysing van 'n toepaslike regstelsel nie.<sup>9</sup>
- Bogenoemde voorstel sluit goedere wat ingevolge die inheemse reg as persoonlike goed beskou word, van die werking van die algemene reg uit. Die verdeling van sodanige goed behoort ondergeskik te wees aan die onderlinge ooreenkoms tussen erfbevoordeeldes.<sup>10</sup>
- Die inheemse erfopvolgingsreg behoort aangepas te word om voorsiening te maak vir die verdeling van die boedel tussen die oorlewende gade en kinders in gelyke dele. Die oorlewende gade moet geregtig wees op 'n minimum bedrag, vasgestel deur die Minister van Justisie, Regs- en Parlementêre Aangeleenthede.<sup>11</sup>

<sup>2</sup> Sien ook die bespreking van Coldham "The Government of Zimbabwe's White Paper on Marriage and Inheritance, 1993" 1994 *Journal of African Law* 67.

<sup>3</sup> *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* (1993) 4.

<sup>4</sup> *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* 5.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Bv, die Deceased Persons Family Maintenance Act, 39 van 1978.

<sup>7</sup> *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* 5.

<sup>8</sup> Coldham 1994 *Journal of African Law* 67-69. Sien ook Coldham "Statute Note: Succession Law Reform in Zimbabwe" 1998 *Journal of African Law* 129.

<sup>9</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 129. Ncube "The White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe: An Exercise in Superfluity and Mischief?" 1993 *Legal Forum* 10 op 11 wys op die oorbodigheid van dié bepaling. Die Supreme Court het reeds vier maande tevore in *Mujawo v Chogugudza* 1992 2 ZLR 321 (S) beslis dat die vermoënsregtelike gevolge van alle siviele huwelike deur die algemene reg beheers moet word.

<sup>10</sup> *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* 5.

<sup>11</sup> *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* 5-6.

- Die algemene reëls word deur die volgende uitsonderings gekwalifiseer:
  - Eerstens, dat goed wat deur die inheemse reg as persoonlik tot die eienaar geïdentifiseer word, deur die inheemse reg gereguleer word.<sup>12</sup>
  - Dat gades wat in aparte huishoudings woonagtig was, elk geregtig is op die huishoudelike goed en effekte van daardie huishouding.<sup>13</sup>
  - Dat erfbevoordeeldes onderling ooreen kan kom op die verdeling van goed.<sup>14</sup>
- Bogenoemde reëls sluit nie die beskerming gebied deur die Deceased Persons Family Maintenance Act<sup>15</sup> uit nie.<sup>16</sup>

Die omvang van die Witskrif is as teleurstellend gekritiseer,<sup>17</sup> en wel om die volgende redes:

“Its principal weakness ... is its narrow focus, its reluctance to stand back and look at the law relating to the family in Zimbabwe as a whole and its failure to appreciate that the reform of the law of succession should go hand in hand with the reform of the law of marriage and divorce.

...

It would be wise for the government to consider succession law reforms in other Commonwealth African countries before finally formulating its own policy.”<sup>18</sup>

Myns insiens is die vernaamste gebreke van die Witskrif die afwesigheid van ’n filosofiese en/of praktiese onderbou, en die gebrek aan presiesheid in die omskrywing van die verskillende voorstelle. Byvoorbeeld, die Witskrif maak nie ’n duidelike onderskeid tussen die opvolging in status en die vererwing van goed nie, behalwe in soverre dit na die opvolging in die oorledene se “naam” verwys.<sup>19</sup> Sou dit beteken dat die reg met betrekking tot die opvolging in status onveranderd bly? Die Witskrif maak ruim gebruik van uitsonderings op die algemene voorgestelde reëls sonder om die fundering van dié uitsonderings behoorlik te omskryf. Daarbenewens ontbreek enige ondersoek na die samehang tussen die erf- en familiereg, en word die voorstelle gemaak sonder om die impak daarvan op die inheemse reg as geheel, te analiseer.

Nietemin, die aanname van die Administration of Estates Amendment Act<sup>20</sup> het die onderskeie voorstelle in 1997 op redelik gekompliseerde wyse

<sup>12</sup> *Ibid.* Sien Ncube 1993 *Legal Forum* 12-14 vir ’n kritiese beskouing van hierdie aspek van die Witskrif.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> 39 van 1978.

<sup>16</sup> *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* 6.

<sup>17</sup> Coldham 1994 *Journal of African Law* 68. Ncube 1993 *Legal Forum* 15 kritiseer die meeste van die voorstelle as “either superfluous or simply mischievous”, en beskou die voorstel ter uitbreiding van die erfopvolgingsreg na weduwees en kinders die enigste ondersteuningswaardige voorstel.

<sup>18</sup> Coldham 1994 *Journal of African Law* 68-69.

<sup>19</sup> Sien Goldin en Gelfand *African Law and Custom in Rhodesia* (1975) 293 en 297 ten opsigte van die seremoniële oorgang van die erflater se naam op die eersgebore seun.

<sup>20</sup> 6 van 1997.

ingevoer, deur artikel 68<sup>21</sup> van die Administration of Estates Act<sup>22</sup> te vervang<sup>23</sup> en om opnuut statutêr vir erfopvolging voorsiening te maak. Die Wet het op 1 November 1997 in werking getree.<sup>24</sup> Daar word vervolgens op die primêre bepalings van die Wysigingswet gelet.

## 2 2 Administration of Estates Amendment Act

Die statutêre hervormings in die Administration of Estates Amendment Act<sup>25</sup> is van toepassing op "the estate of any person to whom customary law applied at the time of his death".<sup>26</sup> Dit is vasstelbaar deur die toepassing van die bepalings van artikel 3 van die Customary Law and Local Courts Act,<sup>27</sup> soos bepaal deur 'n nuutgeskepte artikel 68G van die Administration of Estates Act.<sup>28</sup>

"Section 3 of the Customary Law and Local Courts Act, [Chapter 7:05] shall apply in determining the question of whether or not customary law applied to a deceased person for purposes of this Part:

Provided that it shall be presumed, unless the contrary is shown, that:

- (a) customary law applied to a person who, at the date of his death, was married in accordance with customary law; and
- (b) the general law of Zimbabwe applied to a person who, at the time of his death, was married in accordance with the Marriage Act [Chapter 5:11] or the law of a foreign country, even if he was also married to the same person under customary law."

In effek, beteken dit die volgende:

"This means no more than that the inheritance rights of those persons married under customary law shall be governed by customary law, while those married in terms of the general law whether under Zimbabwean law or some foreign law shall be governed by the general law."<sup>29</sup>

Die bepalings van Part IIIA van die Administration of Estates Act<sup>30</sup> is van toepassing op daardie boedels wat andersins deur die inheemse reg beheers word en nie by wyse van 'n testament beskik is nie. In dié verband bepaal artikel 68A dat:

- "(1) [s]ubject to subsection (2), this Part shall apply to the estate of any person to whom customary law applied at the date of his death.
- (2) This part other than section 68C [dealing with succession to a deceased African's name and inheritance of symbolic traditional articles such as a

<sup>21</sup> Die voormalige a 69.

<sup>22</sup> Chapter 6:01.

<sup>23</sup> A 3 van die Administration of Estates Amendment Act, 6 van 1997.

<sup>24</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 129 vn 1.

<sup>25</sup> 6 van 1997.

<sup>26</sup> A 68A(1) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>27</sup> Chapter 7:05.

<sup>28</sup> Chapter 6:01.

<sup>29</sup> Ncube "Muddling in the Quicksands of Tradition and Custom and Skating Down the Slippery Slopes of Modernity: The Reform of Marriage and Inheritance Laws in Zimbabwe" 1996 *Zimbabwe Law Review* 1 3.

<sup>30</sup> Chapter 6:01.

deceased person's spear] shall not apply to any part of any estate that is disposed of by will."

Uiteraard wys hierdie artikel nie die tradisionele inheemse reg as toepaslike reg aan nie, maar die reg soos gewysig deur die bepalings van die Wet.

Die vernaamste hervorming ten opsigte van die aanwysing van die algemene reg as toepaslike reg, is die herroeping van artikel 13 van die Customary Marriages Act,<sup>31</sup> wat beteken dat die algemene reg van toepassing is op die intestate boedels van alle persone, ongeag ras, wat ingevolge die Marriage Act<sup>32</sup> (dit wil sê, die siviele reg) getroud was. In dié opsig het die Wysigingswet die dualistiese huwelikstelsel, en gepaardgaande daarmee, 'n dualistiese stel intestate erfopvolgingsreëls behou.<sup>33</sup>

Die Wysigingswet maak ook voorsiening vir erfopvolging in die sogenaamde "dualistiese" huwelike. Waar 'n erflater 'n gebruikelike huwelik aangegaan het terwyl hy 'n party tot 'n siviele huwelik ingevolge die Marriage Act<sup>34</sup> was, is die gebruikelike huwelik nietig, en het die "gade" bloot 'n reg op onderhoud kragtens die Deceased Persons Family Maintenance Act.<sup>35</sup> Die bepalings van laasgenoemde Wet is aangepas om voorsiening te maak vir "afhanklikes" wat by die dood van die erflater op onderhoud geregtig was.<sup>36</sup> Waar die erflater 'n siviele huwelik gesluit het terwyl hy 'n party tot 'n gebruikelike huwelik was, is beide huwelike geldig, en is die nuwe artikel 68 van die Wet op die vererwing van die boedel van toepassing. Die siviele huwelik is vir hierdie doeleindes op gelyke voet met 'n gebruikelike huwelik geplaas.<sup>37</sup>

Boedels kleiner as 'n vasgestelde bedrag is vrygestel van die bepalings van die nuwe artikel 68, en mag informeel berekder en verdeel word.<sup>38</sup>

Ten opsigte van die beredding en verdeling van die boedel, is die volgende innoverende, maar ook redelik komplekse raamwerk, deur die bepalings van artikels 68-68K ingevoer:<sup>39</sup>

- By die dood van 'n erflater word die Meester (of ander aangewese persoon) gelas om 'n vergadering van belanghebbendes te belê, met die doel om 'n eksekuteur vir die boedel aan te wys.<sup>40</sup> In die afwesigheid van ooreenstemming tussen die belanghebbendes wys die Meester die

<sup>31</sup> Chapter 5:07. Die voormalige African Marriages Act, Chapter 238; en A 7 van die Administration of Estates Amendment Act, 6 van 1997.

<sup>32</sup> Chapter 37.

<sup>33</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 130.

<sup>34</sup> Chapter 37.

<sup>35</sup> 39 van 1978; en A 68(3) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien ook Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 6.

<sup>36</sup> A 9 van die Administration of Estates Amendment Act, 6 van 1997, het a 2 van die Deceased Persons Family Maintenance Act, 39 van 1978, in dié opsig gewysig. Sien ook Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 17-19.

<sup>37</sup> A 68(4) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien ook Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 7-9.

<sup>38</sup> A 68H van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>39</sup> Dit het ook vir die wysiging van die Deceased Estates Succession Act, 18 van 1977, die Customary Marriages Act, Chapter 5:07, en die Deceased Persons Family Maintenance Act, 39 van 1978, voorsiening gemaak. Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 1.

<sup>40</sup> A 68B(1) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien Goldin en Gelfand 303-304 vir die tradisionele reëls van dispuutbeslegting in erfopvolging. Dispute is selde vir beslegting na howe verwys.

eksekuteur in ooreenstemming met die volgende rangorde aan: die oorlewende gade; die naasbestaandes; en laastens, die skuldeisers van die boedel,<sup>41</sup> tensy die familiegroep die inheemsregtelike erfopvolger verkies.<sup>42</sup> Die aangewese eksekuteur moet 'n "inheritance plan" opstel, wat voorsiening maak vir die "conservation of the estate, for its distribution, for the sale of any property for the benefit of the beneficiaries and for the maintenance of any beneficiary".<sup>43</sup> Die instemming van die begunstigdes tot die plan is kardinaal en die opstel van die plan moet met hul "full knowledge and understanding of their rights" geskied.<sup>44</sup> Dit beteken dat die eksekuteur nie bloot met die familieledede van die oorledene moet konsulteer nie, maar dat hy die toestemming van die bevoorreedes (dit wil sê, die gade, gades en/of kinders) moet verkry. Die interpretasie van "a member of the deceased's family" is onseker.<sup>45</sup> In die geval van onderlinge verskil tussen die bevoorreedes is die Meester gelas tot redelike stappe om die geskil te besleg, in ooreenstemming met die beginsels van erfopvolging uiteengesit in die Wet.<sup>46</sup>

- Die erflater se inheemsregtelike erfopvolger volg in die oorledene se naam en *tsvimbo* (Shona) of *intonga* (of *umkhonto*) (Ndebele) op.<sup>47</sup> Hierdie items simboliseer die oorledene se naam en posisie in die familie.<sup>48</sup> Ook die verdeling van tradisionele en persoonlike<sup>49</sup> artikels wat kragtens die inheemse reg die erfopvolger toekom, vererf in ooreenstemming met die inheemse reg. Die waarde van hierdie items word nie in berekening gebring in die bepaling van die netto waarde van die bestorwe boedel nie.<sup>50</sup> Dié bepaling skyn die een van die weinige uitsondering ten gunste van die inheemsregtelike erfopvolgingsregsreëls te wees,<sup>51</sup> en is in ooreenstemming met die voorstel van die *White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe* van 1993.
- Waar die erflater oorleef word deur een gade, en een of meer kinders, erf die gade die huis, of verkry 'n vruggebruik daarvoor, sowel as 'n aandeel in die restant soos bepaal deur die Deceased Estates Succession Act.<sup>52</sup> Die interpretasie van hierdie bepaling is allermins duidelik. In die eerste plek blyk dit asof die gade op die huis geregtig is slegs as sy

<sup>41</sup> Ingevolge a 26 van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 4.

<sup>42</sup> A 68B(3) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>43</sup> A 68D(1) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien Coldham 1998 *Journal of African Law* 131; en Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 10.

<sup>44</sup> A 68E(2), saamgelees met a 68D(2)(b) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>45</sup> Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 10.

<sup>46</sup> A 68G(2) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>47</sup> A 68C van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>48</sup> Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 11. Vanuit 'n Suid-Afrikaanse oogpunt, is die vraag of dit soortgelyk is aan wat ons die "status" van die oorledene noem. Uit 'n beskrywing van goed wat hieronder tuishoort (sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 12), blyk dit dat die term in 'n Zimbabwiese konteks meer beperk is.

<sup>49</sup> Bv, klere, tradisionele wapens en gereedskap. Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 12.

<sup>50</sup> A 68F(2)(a) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 11-12.

<sup>51</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 131.

<sup>52</sup> 18 van 1977; en A 68F(2)(d) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien ook Coldham 1998 *Journal of African Law* 132; en Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 12.

daarin woonagtig was by die erflater se dood. Dit laat vrae ontstaan oor die gevalle waar die partye apart gewoon het; die woonhuis uitverhuur het en self in 'n huurhuis gewoon het; die gade in 'n tradisionele neder-setting gewoon het en die erflater in die woonhuis in 'n stad waar hy gewerk het; die gades oorsee gewoon en gewerk het en die woonhuis in Zimbabwe uitverhuur het.<sup>53</sup> Daarbenewens is dit onseker wat met "huis" ("house") bedoel word. Byvoorbeeld, sou dit bloot na die gebou, en nie die plaasgrond nie, verwys waar die partye op 'n plaas gewoon het? Wat is die posisie in "resettlement" gebiede waar die Staat eienaar van die grond is en die bewoners slegs gebruiksregte het? In sodanige gebiede is daar normaalweg verskeie hutte of klein huisies, of 'n groot huis met hutte en kleiner huisies. Dit verskil radikaal van die begrip in 'n stedelike konteks.<sup>54</sup> Die Wet bevat ook geen bepalings ten opsigte van die kinders se erdeel nie, maar daar word algemeen aanvaar dat dit ook in ooreenstemming met die Deceased Estates Succession Act<sup>55</sup> bepaal word.<sup>56</sup> Indien dit die geval is, word die boedel in gelyke dele tussen die gade en kinders verdeel.

- Waar 'n erflater oorleef word deur twee of meer gades, sowel as een of meer kinders, word een derde van die boedel aan sy gades toegeken<sup>57</sup> en die oorblywende twee derdes staaksgewys aan sy kind/kinders en hulle afstammeling.<sup>58</sup> Indien die gades in aparte huishoudings woonagtig is, kry elke vrou daardie huis en huishoudelike toebehore, of indien onprakties, 'n vruggebruik oor die huis en toebehore. Indien die gades gesamentlik in 'n huis woonagtig is, verkry hulle òf gemeen-skaplike eiendomsreg daarvoor òf 'n vruggebruik.<sup>59</sup>
- Die beginsel van representasie ten gunste van afstammeling van 'n vooroorlede kind geld egter nie.<sup>60</sup>
- Waar die erflater oorleef word deur een gade, maar geen kinders nie, verkry daardie gade eiendomsreg van die huis en huishoudelike toebehore, of 'n vruggebruik, sowel as een helfte van die restant.<sup>61</sup> Die ander helfte van die restant vererf op die ouers, broers en susters,<sup>62</sup> ter uitsluiting van 'n kleinkind van die erflater.<sup>63</sup>
- Waar die erflater sonder 'n gade en kinders sterf, maar oorleef word deur ouers, broers en susters, vererf die boedel in gelyke dele op genoemde

<sup>53</sup> Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 12.

<sup>54</sup> Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 13.

<sup>55</sup> 18 van 1977.

<sup>56</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 132.

<sup>57</sup> Met die senior vrou wat dubbel soveel as 'n ondergeskikte vrou erf.

<sup>58</sup> A 68F(2)(b) en (c) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 15 beoordeel die bepalings wat in 'n poligiene huwelik geld, as "extremely muddled, confused [,] ... border[ing] on the meaningless mainly because of clumsy and poor drafting".

<sup>59</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 131.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> A 68F(2)(g)(i) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>62</sup> A 68F(2)(g)(ii) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>63</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 132.

persone.<sup>64</sup> Dit blyk te geld selfs al word die erflater deur kleinkinders oorleef.<sup>65</sup>

- Waar die erflater oorleef word deur een of meer kinders, maar nie deur 'n gade nie, vererf die boedel staaksgewys onder die kind/kinders en hul afstammeling.<sup>66</sup> Dit blyk in ooreenstemming met die algemene bepalings van die Romeins-Hollandse gemenerereg te wees.
- Waar die erflater 'n vrou is en sy word deur een of meer kinders en haar man oorleef, wat benewens haar met 'n ander vrou/vroue getroud was, erf die man een derde van die boedel en die kinders staaksgewys twee derdes met inbegrip van die beginsel van representasie.<sup>67</sup>
- Tensy bogenoemde reëls geld, vererf die boedel ingevolge die inheemse reg. In dié opsig dien die inheemse reg as residuele reg, byvoorbeeld, waar 'n erflater nie deur 'n gade, kinders, ouers, broers of susters oorleef word nie.<sup>68</sup> In so 'n geval sal die naaste manlike verwant, soos 'n oom van die erflater, na alle waarskynlikheid erf.

Die bepalings is nie in alle gevalle duidelik nie en blyk inkonsekwent ten opsigte van die beginsel van representasie deur afstammeling van vooroorlede kinders te wees. Dit is ook baie tegnies van aard, veral in die geval van poligiene huwelike. Ncube het 'n pleidooi tot die Wetgewer ter wysiging van dié bepalings gemaak<sup>69</sup> Desnieteenstaande hierdie tekortkominge is dit duidelik dat die bepalings gerig is op die beskerming van die weduwee,<sup>70</sup> asook die gelyke behandeling van manlike en vroulike bevoorreedes. Dit maak ook nie 'n onderskeid tussen kinders gebore binne die eg, of daarbuite nie. 'n Verdere innovasie is dié van die vergadering van belanghebbendes, wat op verdeling in ooreenstemming met die beginsels kan ooreenkom. Uiteraard is so 'n bepaling ook vatbaar vir misbruik, waar druk op familieleden, vernameamlik vroue, geplaas kan word om tot 'n bepaalde verdeling toe te stem.<sup>71</sup>

Coldham kritiseer die Wysigingswet in soverre dit steeds 'n dualistiese stelsel vir siviele huwelike en inheemsregtelike huwelike steun. In dié opsig het die regshervormers versuim om die huweliks- en familiereg tesame met die erfopvolgingsreg te vernuwe. Of dié bepalings prakties werkbaar is en meer as blote "papierreg" is, is onseker.<sup>72</sup>

Dit is inderdaad laasgenoemde vraag wat in 'n Suid-Afrikaanse konteks van besondere belang is.

<sup>64</sup> A 68F(2)(f) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01.

<sup>65</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 132.

<sup>66</sup> A 68F(2)(h) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien ook Coldham *Journal of African Law* 132; en Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 14-15.

<sup>67</sup> A 68F(2)(e) van die Administration of Estates Act, Chapter 6:01. Sien ook Coldham 1998 *Journal of African Law* 132. Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 15 noem dié geval die enigste "uncomplicated situation" in "the muddle and confusion of the new provisions dealing with polygynous situations".

<sup>68</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 132.

<sup>69</sup> Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 16-17.

<sup>70</sup> Deur die toekenning van die huis en huishoudelike toebehore aan haar.

<sup>71</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 133.

<sup>72</sup> Coldham 1998 *Journal of African Law* 134.



Ncube identifiseer die problematiek van die Wysigingswet soos volg:

“The attempt to cling to some aspects of customary law and tradition while embracing and developing more modern ways of regulating marriage and inheritance rights has resulted in a muddle of complexities at the intersections of custom and tradition on the one hand and new and modern notions of equality and fairness within the family as embodied in general law principles. It certainly has not been easy to find a consistent, balance, logical and equitable mean between the two systems. The result is that some half-hearted reforms have appeared to be derailed in the quicksands of tradition. What is more, the way forward has remained hazy and often appeared slippery. No doubt, debate and reconsideration will continue and more reforms will come, being born out of the experiences of the present ones, which will undoubtedly cause numerous problems in their application due to their inherent weaknesses, and, in some cases, confusion as demonstrated above. However, a starting point has been made in eroding and moving away from the clearly unsatisfactory and inequitable customary laws of inheritance reflected in the courts’ version of customary law.”<sup>73</sup>

### 3 INTERPRETASIE VAN DIE TOEPASLIKE REG: BOTSSENDE REGSPRAAK

Die uitspraak van die Supreme Court in *Magaya v Magaya*<sup>74</sup> in 1999 was een van die mees kontroversiële in soverre dit die regsposisie van vroue in Zimbabwe betref. Vanuit ’n politieke oogpunt is dit gekritiseer as “deny[ing] the role that women played in the liberation and continue to play in the maintenance of the household ...”<sup>75</sup> Vanuit ’n regs oogpunt is dit beskryf as “undeniably weaken[ing] the status of African women in Zimbabwe”,<sup>76</sup> en as “rais[ing] in an acute form questions about the role customary law in contemporary Zimbabwean society”.<sup>77</sup> Die Supreme Court as instelling is beskryf as “emerg[ing] from *Magaya* with little credit”.<sup>78</sup> Die vraag voor die hof was eenvoudig: Wie is die erfopvolger waar ’n erflater intestaat gesterf het en ’n dogter, die oudste kind uit sy eerste huwelik, en drie seuns uit sy tweede huwelik, nagelaat het?<sup>79</sup> Die Community Court het beslis dat die dogter nie daarop geregtig was om as erfopvolger aangestel te word nie, gegewe die feit dat daar ’n seun was wat as erfopvolger kon optree.<sup>80</sup> Die erflating is aan die tweede oudste seun toegeken, nadat dit deur die oudste seun verwerp is omdat hy nie in staat was om die familie te onderhou nie. Die dogter (die appellant) het teen hierdie beslissing tot die Supreme Court geappelleer. Die appèl is van die hand gewys.<sup>81</sup>

Die beredenering van die hof, uitspraak gelewer by monde van Muchechedere JA, was soos volg:

<sup>73</sup> Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 19.

<sup>74</sup> 1999 1 ZLR 100 (S).

<sup>75</sup> Peters “The Erosion of Women’s Rights and the Political Economy of Customary Law in Zimbabwe” 2000 *South African Journal of International Affairs* 123.

<sup>76</sup> Coldham “The Status of Women in Zimbabwe: *Veneria Magaya v Nakayi Shonhiwa Magaya* (SC 210/98)” 1999 *Journal of African Law* 248.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Coldham 1999 *Journal of African Law* 252.

<sup>79</sup> Sien *Magaya v Magaya supra* 103A-G vir die feite van die saak.

<sup>80</sup> Sien *Magaya v Magaya supra* 103G.

<sup>81</sup> Coldham 1999 *Journal of African Law* 248.

In die eerste plek gee die inheemse erfopvolgingsreg soos van toepassing in verskeie stamme, voorkeur aan manlike erfopvolgers. Dit het uit 'n oorsig van toepaslike regs literatuur, sowel as relevante regspraak, geblyk. Die vernaamste rede vir dié voorkeur is die oorgang van die erflater se verpligtinge, byvoorbeeld sy onderhoudspilig ten opsigte van die erflater se afhanklikes na sy dood op die erfopvolger.<sup>82</sup>

Dié reël diskrimineer *prima facie* teen vroue en kan daarom as *prima facie*-skending van artikels 23(1) en (2) van die Grondwet van Zimbabwe van 1979, beskou word. Die oorspronklike weergawe van artikels 23(1) en (2) van die Grondwet<sup>83</sup> het soos volg bepaal:

- “(1) Subject to the provisions of this section
- (a) no law shall make any provision that is discriminatory either of itself or in its effect; and
  - (b) no person shall be treated in a discriminatory manner by any person acting by virtue of any written law or in the performance of the functions of any public office or any public authority.
- (2) For the purposes of subsection (1), a law shall be regarded as making a provision that is discriminatory and a person shall be regarded as having treated in a discriminatory manner if, as a result of that law or treatment, persons of a particular description by race, tribe, place of origin, political opinions, colour or creed are prejudiced
- (a) by being subjected to a condition, restriction or disability to which other persons of another such description are not made subject; or
  - (b) by the according to persons of another such description of a privilege or advantage which is not accorded to persons of the first-mentioned description and the imposition of that condition, restriction or disability or the according of that privilege or advantage is wholly or mainly attributable to the description by race, tribe, place of origin, political opinions, colour or creed of the persons concerned.”

Met verwysing na hierdie bepalings, het Muchechedere JA daarop gewys dat geslag nie een van die verbode gronde van diskriminasie is nie.<sup>84</sup> Selfs al was sodanige diskriminasie verbode op grond van Zimbabwe se

<sup>82</sup> *Magaya v Magaya supra* 104B-H.

<sup>83</sup> Later gewysig in a 9 van die Constitution of Zimbabwe Amendment Act, 14 van 1996. A 23(2) is gewysig deur die invoeging van die woord “gender” as een van die verbode gronde van diskriminasie. Sien Ncube “Defending and Protecting Gender Equality and the Family Under a Decidedly Undecided Constitution in Zimbabwe” in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law* (1998) 514-515. Die 1996-wysiging het egter die uitsonderings op die algemene verbod teen diskriminasie, soos vervat in a 23(3), behou. Daarbenewens bepaal sub-a 5 nou dat diskriminasie teen vroue toelaatbaar is in soverre dit “takes due account of physiological differences between persons of different gender except as far as that law ... is shown not to be reasonably justifiable in a democratic society”. Hierdie bepaling open die deur vir howe om regsreëls wat tussen mans en vroue onderskei, te regverdig, veral in die familiereg. Sien Ncube in Eekelaar en Nhlapo (reds) 516. Dit is my respektvolle submissie dat dieselfde argument moontlik ten behoeve van die manlike eersgeboorteregsreël in die erfopvolgingsreg geopper kan word.

<sup>84</sup> *Magaya v Magaya supra* 105E. Ncube in Eekelaar en Nhlapo (reds) 513 wys daarop dat voorbeelde uit ander jurisdiksies aandui dat dié beperking nie noodwendig beteken dat geslagsgebaseerde diskriminasie toelaatbaar was nie. Die beslissing in Botswana van *Dow v Attorney-General of Botswana* [1992] LRC (Const.) 623 (CA) getuig van konstitusionele interpretasie in die lig van 'n lidland se verpligtinge tot internasionale menseregte-konvensies ter eliminering van geslagsdiskriminasie. 'n Soortgelyke benadering is deur die Zambiese High Court in *Sara Longwe v International Hotels* [1993] 4 LRC 221 gevolg.

verpligtinge ooreenkomstig internasionale menseregte-instrumente, bestaan daar uitsonderings op die reël, waaronder die volgende:

- “(3) Nothing contained in any law shall be held to be in contravention of subsection (1)(a) to the extent that the law in question relates to any of the following matters
- (a) adoption, marriage, divorce, burial, devolution of property on death or other matters of personal law;
  - (b) the application of African customary law in any case involving Africans or an African and one or more persons who are not Africans where such persons have consented to the application of African customary law in that case;
- ...<sup>85</sup>

Die hof was daarvan oortuig dat gegewe die grondwetlike uitsonderings, die erfopvolgingsreg van die diskriminasie-bepalings uitgesluit is, eerstens omdat dit “relate to ‘devolution of property on death or other matters of personal law’, and, secondly, in this case because they relate to customary law being applied between Africans”.<sup>86</sup> Daarbenewens is die toepassing van die inheemse reg in artikel 89 van die Grondwet gesanksioneer.<sup>87</sup> Dié interpretasie blyk in ooreenstemming met die mening van Bennett te wees in soverre hy skryf dat “although s 23(1) of the Constitution forbids discrimination, s 23(3)(b) shields customary law from this provision”.<sup>88</sup>

Gevolglik het die hof tot die slotsom gekom dat die appèl op hierdie gronde van die hand gewys moet word.<sup>89</sup>

Hoewel dit onnodig blyk vir die gronde van die bevinding, het die hof voortgegaan en die bepaling van artikel 3 van die Legal Age of Majority Act<sup>90</sup> en beslissings gebaseer op ’n interpretasie van hierdie artikel, ontleed. Ten opsigte van die beslissing in *Katekwe v Muchabaiwa*<sup>91</sup> het die hof bevind dat die hof in daardie saak “laboured under what [the court] consider[s] was the wrong view or conclusion that seduction damages under customary law belong to the seduced female. They belong to the guardian.”<sup>92</sup> Die hof in *Katekwe*<sup>93</sup> het dus gefouteer om te aanvaar dat die “new ‘age, status and capacity’ ... of a woman would ... bestow on her rights she never possessed”.<sup>94</sup>

Die hof insiens, het die hof in *Katekwe*<sup>95</sup> verkeerdelik en sonder behoorlike oorweging, beslis dat die “‘disability’ or ‘discrimination’ suffered by women under customary law was due to ‘their perpetual minority’” eensklaps

<sup>85</sup> Sien *Magaya v Magaya supra* 105F.

<sup>86</sup> *Magaya v Magaya supra* 105G.

<sup>87</sup> *Magaya v Magaya supra* 105G-H.

<sup>88</sup> Bennett *Human Rights and African Customary Law* 22 vn 87. Sien *Magaya v Magaya supra* 106A.

<sup>89</sup> *Magaya v Magaya supra* 106A-B.

<sup>90</sup> 15 van 1982.

<sup>91</sup> 1984 1 ZLR 112 (S).

<sup>92</sup> *Magaya v Magaya supra* 106F.

<sup>93</sup> *Supra*.

<sup>94</sup> *Magaya v Magaya supra* 107C-D.

<sup>95</sup> *Supra*.

deur die bepalings van die Legal Age of Majority Act<sup>96</sup> verwyder is.<sup>97</sup> Dié ondergeskiktheid is eerder te wyte aan die aard van die Afrika-gemeenskappe self, naamlik die patrilineêre, matrilineêre, en bilaterale aard van sommige gemeenskappe.<sup>98</sup> In sodanige stelsels staan die familiebegrip primêr,<sup>99</sup> en die familiehoof was 'n patriarg, 'n senior man, wat beheer oor die goed en lewens van vroue en juniors uitgeoefen het.<sup>100</sup> Gewysdes wat die ondergeskiktheid van vroue aan hul "minderjarigheid" toegeskryf het,<sup>101</sup> is op grond hiervan verkeerdlik beslis. In dié gevalle is die bepalings van die Age of Majority Act<sup>102</sup> te wyd omskryf.<sup>103</sup> Gevolglik het die beslissings in *Katekwe*<sup>104</sup> en *Chihowa*<sup>105</sup> regte aan vroue toegedig wat hulle nooit ingevolge die inheemse reg gehad het nie.<sup>106</sup> Dit kon nie die oogmerk van die Wet wees om vroue sodanige addisionele regte te gee nie. Dit sou in stryd wees met die uitsonderings van artikels 23(3)(a) en (b) van die Zimbabwiese Grondwet.<sup>107</sup>

Ten opsigte van die onderskeid tussen die vererwing van goed en die opvolging in status het die hof beslis dat die erfopvolger se onderhoudsverpligting inherent tot die vererwing van goed is:

"As to the question of whether or not the heir also inherited the property of the deceased, the accepted position is, on all the authorities ..., that the heir inherits the property and responsibilities of the deceased. The term 'status', when used in inheritance and succession, includes, ..., property of the deceased. What, I consider, is being confused here is that after the death of the deceased some of his property is distributed to or divided amongst various relatives and acquaintances. This may be done because of the wishes of the deceased, expressed before his death, or because of the heir's desire to discharge his responsibilities of looking after the family. And, in my understanding, this is always done with the approval and consent of the heir. In the circumstances, this is not inheriting but distribution of property."<sup>108</sup>

Op die argumente dat die hof geslagsgelykheid moet bevorder, en dit in pas met die ontwikkelinge in die lewende inheemse reg is, het die hof in 'n sterk bewoorde, maar weldeurdagte *dictum*<sup>109</sup> geredeneer dat groot omsigtigheid aan die dag gelê moet word wanneer wysigings aan die inheemse erfopvolgingsreg oorweeg word:

"Whilst I am in total agreement with the submission that there is a need to advance gender equality in all spheres of society, I am of the view that great care must be taken when African customary law is under consideration. In the

<sup>96</sup> 15 van 1982.

<sup>97</sup> *Magaya v Magaya supra* 107D-E.

<sup>98</sup> *Magaya v Magaya supra* 107H-108A.

<sup>99</sup> *Magaya v Magaya supra* 108E-F.

<sup>100</sup> *Magaya v Magaya supra* 108F-G.

<sup>101</sup> *Bv, Katekwe supra* en *Chihowa v Mangwende* 1987 1 ZLR 228 (S).

<sup>102</sup> 15 van 1982.

<sup>103</sup> *Magaya v Magaya supra* 111B-C.

<sup>104</sup> *Supra*.

<sup>105</sup> *Supra*.

<sup>106</sup> *Magaya v Magaya supra* 111C-D; en 112A-B. Sien ook in dié verband Bennett *Human Rights and African Customary Law* 94.

<sup>107</sup> *Magaya v Magaya supra* 112C-D.

<sup>108</sup> *Magaya v Magaya supra* 109G-110B.

<sup>109</sup> My waarneming.

first instance, it must be recognised that customary law has long directed the way African people conducted their lives and the majority of Africans in Zimbabwe still live in rural areas and still conduct their lives in terms of customary law. In the circumstances, it will not readily be abandoned, especially by those such as senior males who stand to lose their positions of privilege.

...

Secondly, the application of customary law generally is sanctioned by the Constitution and some would elevate this to a right having been conferred by the Constitution. Thirdly, the application of customary law, especially in inheritance and succession, is in a way voluntary, that is, to Africans married under customary law or those who choose to be bound by it. It could therefore be argued that there should be no or little interference with a person's choice.

...

In view of the above, I consider it prudent to pursue a pragmatic and gradual change which would win long term acceptance, rather than legal revolution initiated by the courts.<sup>110</sup>

Die hof het die vraag na die uitbreiding van die tradisionele erfopvolgingsreg na vroulike erfopvolging in perspektief van die kompleksiteit van dié afdeling van die reg beoordeel, en bevind dat dit nie die bevoegdheid het om "nuwe" reg te skep nie. Die hof insiens, is dit egter howe se plig om die "actual and true intention and purport of African customary law of succession" teen misbruik deur erfopvolgers te beskerm.<sup>111</sup> Volgens die hof bied die inheemse reg voldoende beskerming teen misbruik, soos blyk uit die beslissing in *Masango v Masango*.<sup>112</sup> In sy afsonderlike uitspraak het McNally JA in besonder na dié inheemsregtelike remedie verwys en bevind dat die statutêre wysigings naas die inheemse reg bestaan en dit nie vervang het nie:

"So the majority status of women had to co-exist with customary law. It did not replace it. If no suitable male heir were available, a woman could lawfully be appointed heir. But the customary law preference for a male heir was not eliminated."<sup>113</sup>

Die hof insiens is dit egter die Wetgewer se plig om regshervorming te onderneem. Dit maak voorsiening vir wye en uiteenlopende konsultasie met belanghebbendes, 'n taak wat nie deur howe onderneem kan word nie.<sup>114</sup>

Ten slotte verwys die hof redelik insidenteel<sup>115</sup> na die statutêre bepalings van artikel 3 van die Administration of Estates Amendment Act van 1997 en kom dan tot die tegniese korrekte gevolgtrekking dat die gewysigde

<sup>110</sup> *Magaya v Magaya supra* 113B-G.

<sup>111</sup> *Magaya v Magaya supra* 113G-H.

<sup>112</sup> S 66-86 (ongerapporteerde). Sien Stewart "Inheritance in Zimbabwe: The Quiet Revolution" in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe Working Paper 5* (1992) 11; Stewart "Playing the Game: Women's Inheritance Property in Zimbabwe" in Armstrong en Ncube *Women and Law in Southern Africa* (1987) 89-90; en Stewart "Who Gets the Money?: Some Aspects of Testate and Intestate Succession in Zimbabwe" 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 85 100; Stewart en Ncube "Legal and Cultural Framework of Succession in Zimbabwe" in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers on Inheritance Law in Southern Africa Working Paper 6* (1992) 113.

<sup>113</sup> *Magaya v Magaya supra* 116B.

<sup>114</sup> *Magaya v Magaya supra* 114B-C and 114E-F.

<sup>115</sup> My waarneming.

erfopvolgingsreg, soos vervat in artikel 68 van die Administration of Estates Act,<sup>116</sup> *in casu* van toepassing sou wees indien die erflater op of na die inwerkingtreding van die bepaling op 1 November 1997 gesterf het.<sup>117</sup>

Verskeie skrywers het die beslissing as nie-oortuigend gekritiseer, en wel op grond van die volgende beleids- en regsoorwegings:

- Die beslissing bied 'n skuiwergat vir die behoud van 'n dualistiese regstelsel wat op grond van gelykheid tussen mans en vroue onderskei. Op politieke gebied versterk dit die magsposisie van manlike gesaghebbers, wat sedert die aanname van die Legal Age of Majority Act van 1982 moes toekyk hoe hul gesagsbasis deur vroue geërodeer word. Die beslissing bedreig die reg van vroue om eiendom te verkry en te behou, en versterk die heerskappy wat mans oor die gemeenskap as geheel voer.<sup>118</sup> Sekere sektore in die gemeenskap gebruik tradisie bloot as 'n argument ten einde hul eie reeds gevestigde belange te beskerm. Die voorkoms van patriline in die gemeenskap maak die menings van die voorstanders daarvan, ten koste van vroue, egter nie onaantasbaar nie.<sup>119</sup>
- Die beslissing het versuim om die presiese aard van die Zimbabwiese internasionale verpligtinge ten opsigte van die bevordering van geslagsgelykheid te ondersoek en om op sinvolle wyse te bepaal wat die grondwetlike implikasies van sodanige verpligtinge is.<sup>120</sup>
- Die Legal Age of Majority Act van 1982 het nie bloot meerderjarigheidstatus op 18 jaar vasgestel nie, maar ook bepaal dat dié status vir alle doeleindes, ook in die inheemse reg, sou geld. Die uitdruklike verwysing na die insluiting van die inheemse reg<sup>121</sup> het erkenning verleen aan die voorkoms van minderjarigheid/meerderjarigheid in die inheemse reg en wou verseker dat meerderjarigheid voortaan slegs met verwysing na ouderdom vasgestel moes word.<sup>122</sup> Dit is deur die *Katekwe*-beslissing<sup>123</sup> bevestig.
- Daarbenewens is die erfopvolgingsreg radikaal hervorm deur die aanname van die Administration of Estates Amendment Act.<sup>124</sup> Die Wysigingswet het deel gevorm van 'n reeks statutêre hervormings wat die status van Zimbabwiese vroue verhoog het. In dié opsig beskou Coldham die *Magaya*-beslissing as 'n anachronisme.<sup>125</sup>

<sup>116</sup> Chapter 6:01.

<sup>117</sup> *Magaya v Magaya supra* 114G.

<sup>118</sup> Peters 2000 *South African Journal of International Affairs* 128-129. Sien ook Peters en Peters "Land Tenure Dynamics in Pre-colonial, Colonial, and Post-colonial Zimbabwe" 1998 *Journal of Public and International Affairs* 183.

<sup>119</sup> Tsanga "Criticisms Against the *Magaya* Decision: Much Ado About Something" 1999 *Legal Forum* 94 100.

<sup>120</sup> Robb en Cassette "Customary Law of Primogeniture Upheld in Zimbabwe: *Magaya v Magaya* (ZS) 16-2-1999 (case SC210/98 unreported)" 1999 *De Rebus* 44 45.

<sup>121</sup> In die sinsnede "including customary law".

<sup>122</sup> Coldham 1999 *Journal of African Law* 250.

<sup>123</sup> *Supra*.

<sup>124</sup> 6 van 1997.

<sup>125</sup> Coldham 1999 *Journal of African Law* 250.

- Die effek van die *Magaya*-beslissing sou verreikende gevolge hê vir regsinstellings wat intussen op grond van die vernuwing van die Legal Age of Majority Act van 1982 regte aan vroue toegeken het, byvoorbeeld om self skadevergoeding vir haar seduksie te eis. *Magaya* sou dié regsontwikkeling ongedaan maak.<sup>126</sup>
- Die beslissing diskrimineer teen vroue op die grond van “gender”, wat ’n sosiale betekenis het, teenoor “sex”, wat ’n biologiese betekenis het.<sup>127</sup> Die uitsluiting van vroue van erfopvolging is op sigself gegrond op die sosiale konstruksie van vroue as buitestaanders van die familie. Die afwesigheid van “sex” as ’n grond van diskriminasie in die Grondwet behoort dus nie ’n argument te wees vir die regverdiging van die uitsluiting van vroue tot erfopvolging nie.<sup>128</sup>
- Die uitsluiting van vroue tot erfopvolging op grond van huwelikstatus, diskrimineer nie net teen vroue in die algemeen nie, maar in besonder teen getroude vroue. Dit versterk die persepsie van vroue as blote “chattels to be dispensed with once they have served their purpose.”<sup>129</sup>
- Die argument dat vroue van erfopvolging uitgesluit word omdat hulle moontlik die goed kan verkwis, oortuig nie. Intendeel, “in reality women fare better in the real of responsibility for others. After all, married women in particular spend virtually all their lives taking care of the interests of diverse family groupings ...”<sup>130</sup>
- Die argument dat die inheemse reg vir die onderhoud van die gade en ander afhanklikes voorsiening maak, is problematies, omdat die realiteit skyn aan te toon dat die meeste mans, om ’n verskeidenheid van redes, onwillig is om vir eie vlees en bloed voorsiening te maak. Dit volg dan dat dit onvoorsienbaar is dat die erfopvolger sodanige verpligtinge sal nakom. Tsanga skryf dié tendens toe aan die invloed van geld en hebsug, in konflik met die onderhoudsverpligting.<sup>131</sup>
- Die beslissing is in stryd met die *stare decisis*-beginsel. In dié opsig is dit onaanvaarbaar en ongeregverdig dat die Supreme Court 15 jaar na die beslissing in *Katekwe*<sup>132</sup> van sy vorige standpunt van meerderjarigheidstatus aan vroue, afwyk. Dit sou beteken dat verskeie Supreme Court-beslissings, waaronder *Chihowa*<sup>133</sup> en honderde laerhofbeslissings in onderhouds-, beheer en toesig-, voorgdyskap- en ander soortgelyke aangeleenthede van die persoonlike reg, verkeerd beslis is.<sup>134</sup>

Skywers soos Coldham en Tsanga kom uiteindelik tot die gevolgtrekking dat daar opnuut ’n behoefte aan ingryping deur die Wetgewer is, ten einde duidelikheid ten opsigte van die effek van artikel 23 van die Zimbabwiese

<sup>126</sup> Coldham 1999 *Journal of African Law* 250-251.

<sup>127</sup> Die verbode gronde van diskriminasie word in a 23(2) van die Zimbabwiese Grondwet gelys.

<sup>128</sup> Tsanga 1999 *Legal Forum* 95-96.

<sup>129</sup> Tsanga 1999 *Legal Forum* 97.

<sup>130</sup> Tsanga 1999 *Legal Forum* 97-98.

<sup>131</sup> Tsanga 1999 *Legal Forum* 98.

<sup>132</sup> *Supra*.

<sup>133</sup> *Supra*.

<sup>134</sup> Coldham 1999 *Journal of African Law* 251.

Grondwet te skep, geslag as relevante diskriminasiegrond te erken, en die uitsonderings ten opsigte van die inheemse reg aan die diskriminasiebepaling te skrap.<sup>135</sup> Artikel 23 is inderdaad in 1996 gewysig om voorsiening te maak vir die insluiting van geslag as verbode grond van diskriminasie,<sup>136</sup> maar die uitsonderings op die verbod teen geslagsdiskriminasie, waaronder die “devolution of property on death or other matters of personal law”<sup>137</sup> en die “application of African customary law in any case involving Africans ...”<sup>138</sup> is behou.

#### 4 EVALUASIE: LESSE VIR SUID-AFRIKA

Die vraag is nou welke lesse die Suid-Afrikaanse regshervormers uit die Zimbabwiese ervaring kan leer? Die volgende algemene waarnemings kan gemaak word:

- Die Zimbabwiese erfopvolgingstelsels word, soos die Suid-Afrikaanse reg, deur regspluralisme gekenmerk.
- Die hervorming van die erfopvolgingsreg in dié Afrikaland was 'n voldonge feit. Dit is insiggewend om daarop te let dat die hervorming in Zambië<sup>139</sup> (en sekere ander Afrikalande)<sup>140</sup> betreklik vroeg in vergelyking met hervorming in Zimbabwe plaasgevind het. In dié opsig is die huiwerigheid ter regshervorming in Suid-Afrika, toe te skryf aan verskillende redes, opvallend, hoewel dit uiteindelik onvermydelik blyk te wees. Die vraag is welke vorm die hervorming moet aanneem, en hoe 'n prakties werkbare en aanvaarbare, nuwe erfopvolgingsreg geformuleer moet word. Uiteraard moet daar gepoog word om die teenkating teen hervorming en die implementeringsprobleme wat daarmee gepaard gaan, soos in die res van Afrika ervaar, te vermy.
- In Zimbabwe het regshervorming deur statutêre ingryping geskied wat voorafgegaan is deur ondersoeke na die erfopvolgingsreg in 'n moderne samelewing. Dié ondersoeke blyk te bevind het dat die manlike eersgeboorteregsreël uitgedien is, en nie konsekwente toepassing in die praktyk gevind het nie. In die Suid-Afrikaanse konteks ontbreek spesifieke gegewens en statistiek oor die toepassing van die reël, en die implikasies wat die afskaffing, sowel as die behoud van die reël, vir vroue inhou. Dit blyk algemeen aanvaar te word dat vroue in 'n oorwegend patriargale stelsel deur die toepassing van die manlike eersgeboorteregsreël benadeel word. Dit kan nie sonder meer aanvaar word nie. Hoewel die bevindinge van die WLSA-navorsing in die Suid-Afrikaanse buurlande besonder waardevol blyk te wees, word aan die hand gedoen dat 'n in-diepte ondersoek na bogenoemde kwessies, in beide 'n

<sup>135</sup> Coldham 1999 *Journal of African Law* 252; en Tsanga 1999 *Legal Forum* 101.

<sup>136</sup> Sien Banda “Meaningless Gestures? African Nations and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women” in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law* 536.

<sup>137</sup> A 23(3)(a) van die Constitution of Zimbabwe van 1979.

<sup>138</sup> A 23(3)(b) van die Constitution of Zimbabwe van 1979.

<sup>139</sup> Ingevolge die Intestate Succession Act, 5 van 1989.

<sup>140</sup> Sien Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie *Draft Report Customary Law of Succession* par 2.4.



stedelike en landelike konteks, in Suid-Afrika geloods word alvorens regshervorming deurgevoer word. Wye konsultasie met belanghebbendes en belange-groepe is noodsaaklik. Soos blyk uit die beslissing van *Magaya*<sup>141</sup> is dit moeilik om in te sien hoe dié taak deur die howe onderneem kan word.

- Die belang van die reëls van die interne konfliktereg, met huweliksvorm as die deurslaggewende faktor vir die aanwysing van 'n toepaslike regstelsel, is in die Zimbabwiese stelsel aansienlik afgewater. Dit blyk dat die voorstelle van die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie in sy Draft Report *Customary Law of Succession* die afskaffing van die toepaslike reëls van die interne konfliktereg in 'n Suid-Afrikaanse konteks onderskryf – 'n voorstel wat myns insiens die kulturele oriëntasie of affiliasie van die erflater negeer. Daar word aan die hand gedoen dat die reëls van die interne konfliktereg eerder aangepas word ten einde voorsiening te maak vir die inagneming van verskeie faktore (en nie slegs huweliksvorm nie) in die daarstelling van die erflater se kulturele oriëntasie. Dié voorstel is in ooreenstemming met artikel 5 van die Proposed Application of Customary Law Bill van die Suid-Afrikaanse Regskommissie van 1999, wat voorsiening maak vir die aanwysing van 'n toepaslike regstelsel ter verdeling van die boedel ooreenkomstig die erflater se gedragspatrone, tradisies, leefwyse en gewoontes.<sup>142</sup> Die status van dié Regskommissie-voorstelle is egter onduidelik, omdat die 2004-Draft Report uitdruklik vir die afskaffing van die reëls voorsiening maak.
- In Zimbabwe is daar statutêr voorsiening gemaak vir die afskaffing van die manlike eersgeboorteregsreël, en word die reg van die oorlewende gade om van die erflater te erf, erken. Die stelsel maak voorsiening vir erfopvolging in 'n monogame sowel as poligiene huwelik. Daar word op gekompliseerde wyse vir die gesamentlike erfopvolging deur die onmiddellike afhanklikes van die erflater (die gade en kinders), en die ander bloedverwante van die erflater (ouers, broers en susters) voorsiening gemaak. Dit is opvallend dat ander bloedverwante nie deur die erkenning van die gade se reg om te erf, van erfopvolging uitgesluit word nie. Dié bepalings skyn van die voorgestelde regulering van intestate erfopvolging in Suid-Afrika te verskil, in dié opsig dat die Suid-Afrikaanse voorstelle nie voorsiening maak vir die gesamentlike bevoordeling deur die gade(s), afstammeling en ander naby bloedverwante van die erflater nie. Die opvatting is dat die uitbreiding van bevoordeling om ander behoeftige familieledede in te sluit die net te wyd sou span.<sup>143</sup> Erfopvolging skyn in ooreenstemming met die bepalings van die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>144</sup> eers in die eerste parenteel te geskied, waarna verdeling in die tweede en verdere parentele geskied.<sup>145</sup>

<sup>141</sup> *Supra*.

<sup>142</sup> Suid-Afrikaanse Regskommissie *Report on Conflicts of Law* Projek 90 (1999).

<sup>143</sup> Sien Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.4.

<sup>144</sup> 81 van 1987.

<sup>145</sup> Sien die bepalings van die Draft Bill for the Amendment of the Customary Law of Succession, aanhangsel tot die Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* Projek 90 (2000).

- Sekere eiendomsforme, byvoorbeeld die persoonlike goed van die erflater, word in die Zimbabwiese voorbeeld van die toepassing van die statutêre bepalings vrygestel. Dit het die potensiaal om verminderde beskerming aan die afhanklikes van die erflater te bied, maar skyn effek te gee aan sekere inheemsregtelike behoeftes.
- Dit is opvallend dat daar in die toepaslike wetgewing geen werklike onderskeid gemaak word tussen die opvolging en status en die verdeling van goed nie. Ncube het dit uitgewys as een van die gebreke in die stelsel, wat verantwoordelik kan wees vir die inkonsekwente toepassing van die statutêre wysigings deur die howe. Die Zimbabwiese wetgewing maak wel spesifiek vir die inheemsregtelike oordrag van die naam van die erflater voorsiening, maar die interpretasie van “naam” is onseker. Die Zimbabwiese ervaring in dié verband is dus onduidelik. Daar word aan die hand gedoen dat daar in ’n Suid-Afrikaanse konteks duidelik tussen die verdeling van goed en die opvolging in status onderskei moet word.<sup>146</sup> Dit is voorsienbaar dat daar verskillende praktyke in dié verband ontwikkel het, en dat regshervormers van dié besondere praktyke kennis moet neem alvorens ’n omvattende hervorming geformuleer word. Dit beteken nie noodwendig dat daar verskillende reëls ten opsigte van die onderskeie vorme van opvolging moet geld nie, maar bloot dat die onderskeid tussen die instellings en die implikasies van die herformulering van die toepaslike reëls, in ag geneem geneem moet word wanneer nuwe bepalings hieroor geformuleer word. Ongelukkig blyk die Zimbabwiese hervorming in dié opsig nie van besondere waarde te wees nie.
- Die Zimbabwiese bepaling van ’n statutêr omgeskrewe familievergadering na die dood van die erfopvolger wat die verdeling van ’n boedel voorafgaan,<sup>147</sup> blyk sinvolle hervorming te wees. Die aangewese verteenwoordiger van die boedel word verplig tot die daarstelling van ’n boedelplan wat onder meer die versorging van die erflater se afhanklikes verseker. Daar skyn ’n praktyk in sekere landdroshofjurisdiksies in Suid-Afrika te ontwikkel het om vroue as verteenwoordigers en selfs erfgename van bestorwe boedels aan te stel, welke aanstelling gewoonlik met instemming van en na beraadslaging met die familie tydens sodanige familievergadering geskied. Omdat die familievergadering dikwels reeds ’n gevestigde praktyk in die “lewende” inheemse erfopvolgingsreg is, word daar nie in ’n Suid-Afrikaanse konteks voorsien dat dit ’n onredelike addisionele werkslading op die bepaalde gesag ter regulering van erfopvolging sal plaas nie.
- In Zimbabwe is die aanvanklike toepassing van die nuwe statutêre bepalings deur inkonsekwentheid gekenmerk. Dit blyk uit die navolging van verskillende praktyke in die laer en hoër howe. Dit kan toegeskryf word aan onkunde, ’n onbekendheid met die nuwe reg, ’n onwilligheid om van die inheemsregtelike erfopvolgingsreg af te wyk, of blote praktiese

<sup>146</sup> Die Traditional Leadership and Governance Framework Act, 41 van 2003, maak voorsiening vir die aanwysing van tradisionele leierskapposities. In die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.10 word voorgestel dat goed wat ’n tradisionele leier toeval uit hoofde van sy amp, nie aan verdeling kragtens die voorgestelde weergawe van die Wet op Intestate Erfopvolging, 81 van 1987, onderhewig is nie.

<sup>147</sup> Sien par 2 2 hierbo.

implementeringsprobleme. Daarbenewens was daar aanvanklik ook onsekerheid oor die interpretasie van sekere bepalings. In dié verband blyk die verdeling van die familiewoning, of huis, in beide stelsels in 'n poligiene huwelik problematies te wees. Dit is duidelik dat die hervorming ten doel het om die huis aan die gade toe te ken, sonder om die *status quo* in die familie of gesin te ontwig. Waar daar slegs een huis is, word die toepassing van die reëls gekompliseer met regsinstellings soos "life interest" of "trusteeskap". Die werklike betekenis van dié begrippe is onseker. Myns insiens is dit die gevolg van die "verwestering" van die erfopvolgingsreg, met 'n poging ter behoud van die inheemsregtelike praktyk van poliginie. Soortgelyke interpretasieprobleme kan in die Suid-Afrikaanse konteks ondervind word, omdat die voorgestelde wetgewing van 2000, soos die Zimbabwiese voorbeeld, spesifiek voorsiening maak vir die vererwing van die huis en die persoonlike goed van die oorledene ten behoeve van die gade.<sup>148</sup> Dit is dan opmerklik dat die Draft Report *Customary Law of Succession* van 2004 geen verwysings bevat na die vererwing van die huis op die oorlewende gade nie. Daar kan veronderstel word dat die interpretasieprobleme soos in die Zimbabwiese reg ondervind, moontlik 'n beweegrede vir die weglating van die betrokke bepaling in die nuwe voorgestelde Wetsontwerp kan wees.

## 5 SLOTOPMERKING

Suid-Afrikaanse regshervormers kan gewis uit die Zimbabwiese ervarings leer. Daar word egter aan die hand gedoen dat die bevindings van navorsing in ander Afrikalande nie sonder meer, sonder enige Suid-Afrikaanse begroning daarvan, as vertrekpunt vir hervorming alhier aanvaar moet word nie. Wat wel uit die Zimbabwiese ervaring blyk, is dat daar na die aanvanklike statutêre ingryping deur die Wetgewer sowel praktiese implementeringsprobleme, as sekere teenstand teen die ingrypende verandering van die inheemse reg, ondervind is. Dié teenstand blyk onder meer uit die diepgewortelde navolging van patriargie in oorwegend patriliniese gemeenskappe, te spruit. Dit is duidelik waarneembaar in die beslissing van die Zimbabwiese Supreme Court in *Magaya*.<sup>149</sup> Dié beslissing illustreer die spanning tussen die modernisering van die inheemse erfopvolgingsreg, en die tradisionele beginsel van die manlike eersgeboorteregsreël. Hoewel die uiteindelige beslissing in *Magaya* oor die boeg van die ontoepaslikheid van die statutêre vernuwing gegooi is,<sup>150</sup> het die verknogtheid aan die inheemse erfopvolgingsreg, soos vergestalt in die beginsel van patrilinie, duidelik uit die hof se beredenering geblyk. In dié verband kan die hof se beklemtoning van die konteks waarbinne die inheemse stelsel, anders as die Westerse reg opereer, uitgesonder word. Daar word aan die hand gedoen dat dié spanning enersyds gedeeltelik toegeskryf kan word aan die oënskynde versuim om tussen die opvolging in status, en die vererwing van goed, te onderskei, en andersins aan die ineengevlegtheid van die beginsels van die erfreg en ander afdelings van die reg.

<sup>148</sup> Sien die Draft Bill for the Amendment of the Customary Law of Succession.

<sup>149</sup> *Supra*.

<sup>150</sup> Omdat die erflater voor die inwerkingtreding van die Administration of Estates Amendment Act, 6 van 1997, gesterf het.