

INHEEMSE ERFOPVOLGINGSREG IN ZIMBABWE: LESSE VIR SUID- AFRIKA DEEL I: ERFOPVOLGINGSREG VOOR HERVORMING

Elmarie Knoetze
BJuris LLB LLM LLD
Mede-professor,
Nelson Mandela Metropolitaanse Universiteit

SUMMARY

The article, consisting of two parts, considers the reform of the customary law of succession in Zimbabwe, with a view to extract lessons for the South African legislature. In the first part of the article the relevant law in Zimbabwe before the statutory reform of 1997 is considered, with reference to conflicting case law impacting on the rights of an African female to inherit.

1 INLEIDING

Sedert die inwerkingtreding van die nuwe Suid-Afrikaanse konstitusionele bestel in 1994 het verskeie aspekte van die inheemse erfopvolgingsreg, waaronder die manlike eersgeboorteregsreël wat vroue van erfopvolging uitsluit, kontensieuse kwessies geword.¹ Die Grondwetlike Hof het onlangs in die sake van *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*; *Shibi v Sithole*; *South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa*² die verreikende stap geneem om beide die regulerende wetgewing³ en die toepaslike inheemsregtelike reël van manlike eers-geboortereg ongrondwetlik en ongeldig te verklaar. Howe het in regspraak wat bogenoemde beslissing voorafgegaan het, te kenne gegee dat die *fora* nie die mees geskikte meganisme vir grootskaalse verandering aan die inheemse erfopvolgingsreg is nie, en voorgestel dat die hervormingsproses nie deur

¹ Rautenbach, Mojela, Du Plessis and Vorster "Opvolging en Erfreg" in Bekker, Labuschagne en Vorster (reds) *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika. Deel 1: Gewoontereg* (2002) 127.

² 2005 1 SA 580 (CC).

³ A 23 van die Swart Administrasiewet 38 van 1927; Goewermenskennisgewing R200 van 1987; en a 1(4)(b) van die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987.

die howe nie, maar deur die Wetgewer onderneem moet word.⁴ Mynhardt R het in die veelbesproke saak van *Mthembu v Letsela*⁵ in analogie met die hervorming van die inheemse huweliksreg voorgestel dat “that route should also be followed to reform the customary law rules of succession”, met ander woorde, die Suid-Afrikaanse Regshervormings-kommissie moet die aangeleentheid ondersoek, aanbevelings maak, wat deur die Parlement tot regshervorming oorweeg moet word. In *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*⁶ het Langa AHR in die meerderheidsuitspraak egter daarop gewys dat ses jaar reeds sedert die eerste voorstelle van die eertydse Regskommissie verloop het, en dat die hof homself genoop voel “to make a definitive order that would solve the problem once and for all”. Hoewel die hof die inherente bevoegdheid van die Wetgewer ter regulering van die regspraakstuk erken het, het dit daarop gewys dat die behoefte aan beslegting spoedeisend is, en wel in oorweging van die volgende faktore, naamlik die dringendheid van die aangeleentheid; die voorkoming van die voortgesette skending van regte; die fundamentele aard van die regte betrokke; en die weerloosheid van die slagoffers van die menseregte-skending (vroue en kinders).⁷ In *casu* het Langa AHR beslis dat die hof nóg die inheemse erfopvolgingsreg kon ontwikkel,⁸ nóg die gewraakte reëls sonder vervanging kon afskaf,⁹ en nóg die ongeldigverklaring onderworpe aan 'n sekere tydsverloop kon opskort.¹⁰ Ten opsigte van die voorgestelde ontwikkeling van die reg het die hof op die ongewenste *ad hoc* en tydsame aard van sodanige benadering gewys, en aangedui dat die gevolglike onsekerheid geen gewaarborgde beskerming aan die reghebbendes bied nie.¹¹ 'n Verdere vertraging deur opskorting sou ook onvanpas wees, omdat daar reeds aansienlike tyd sedert die eerste hervormingsvoorstelle van die Regshervormingskommissie verloop het. Die hof was daarvan oortuig dat dit sy taak is om van die diskriminerende statutêre bepaling van die vorige bestel ontslae te raak, maar terselfdertyd ontwrigting en “undue hardship” te verhoed. Die bevel was egter nie bedoel om die inheemse erfopvolgingsreg permanent vas te lê nie, met die gevolg dat hervormde wetgewing in die vooruitsig gestel word:

⁴ Sien, bv, Mynhardt R in *Mthembu v Letsela* 1998 2 SA 675 (T) 686H-687C, en (soos hy destyds was) Mpati WAR in *Mthembu v Letsela* 2000 3 SA 867 (SCA) 883H-I.

⁵ *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 687B-C.

⁶ *Supra* par 114.

⁷ *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* par 115.

⁸ *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* par 109-112.

⁹ *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* par 107.

¹⁰ *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* par 108.

¹¹ Soos blyk uit die afsonderlike uitspraak van Ngcobo R, was hy van mening dat die howe onder 'n verpligting staan om die inheemse reg te ontwikkel eerder as om 'n bepaalde reël summier te skrap, en wel om die volgende redes (*Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* par 215):

“Once a rule of indigenous law is struck down, that is the end of that particular rule. Yet there may be many people who observe that rule, and who will continue to observe the rule. And what is more, the rule may already have been adapted to the ever-changing circumstances in which it operates. Furthermore, the Constitution guarantees the survival of the indigenous law. These considerations require that, where possible, courts should develop rather than strike down a rule of indigenous law.”

Die vraag na die ontwikkeling van die inheemse reg, al dan nie, regverdig 'n bespreking op sigself en word nie hier bespreek nie.

“The court must accordingly fashion an effective and comprehensive order that will be operative until appropriate legislation is put in place. Any order by this Court should be regarded by the legislature as an interim measure. It would be undesirable if the order were to be regarded as a permanent fixture of the customary law of succession.”¹²

In dié opsig is die voorstelle van die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie ter hervorming van die inheemse erfopvolgingsreg dus relevant.

In sy mees resente Draft Report *Customary Law of Succession*¹³ doen die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie aan die hand dat die Wet op Intestate Erfopvolging¹⁴ uitgebrei word om ook die verdeling van ’n Swart intestate boedel te reël,¹⁵ en tweedens, dat die reëls van die interne konflikte-reg wat ’n toepaslike stelsel vir verdeling¹⁶ aanwys, geskrap word.¹⁷ Hoewel die Regshervormingskommissie van mening toegedaan is dat die voorstelle nie die afskaffing van die inheemse erfopvolgingsreg as stelsel impliseer nie,¹⁸ veronderstel die voorstelle myns insiens wel die afskaffing van beide die toepaslike reëls van die interne konfliktereg, sowel as die manlike eersgeboorteregsreël. Die wegdoening van die inheemse reg, met die gepaardgaande manlike eersgeboorteregsreël, as “amptelike” stelsel van erfopvolging blyk ook uit regshervorming elders in Afrika. Die Regshervormingskommissie verwys dan ook ruim na sodanige hervorming en rugsteun sy voorstelle teen die agtergrond van soortgelyke hervorming elders in Afrika.¹⁹ Dit is teen hierdie agtergrond dat die hervorming van die inheemse erfopvolgingsreg in Zimbabwe in die onderhawige artikel onder die loep geneem word. Die artikel beslaan twee dele: Deel I dek ’n bespreking van die erfopvolgingsreg voor verreikende hervorming in 1997, gevolg deur ’n evaluasie van die hervorming in Deel II, met spesifieke verwysing na moontlike lesse vir regshervormers in Suid-Afrika.

Soos elders in Afrika²⁰ word die Suid-Afrikaanse reg gekenmerk deur regspluralisme. Dit beteken dat daar benewens die toepassing van die algemene reg (“general law”), ook ’n inheemsregtelike stelsel, veral ten opsigte van die huweliks- en erfreg,²¹ nagevolg word.²² Ingevolge die eng

¹² *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* par 116.

¹³ Projek 90 (Maart 2004).

¹⁴ 81 van 1987.

¹⁵ Par 6.1-6.3.

¹⁶ Kragtens Reg 2 van Goewermentskennisgewing R200 van 1987.

¹⁷ Par 4.

¹⁸ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.2.1. Die Kommissie betoog dat die hervorming gerig is op die “modification” van die inheemse erfopvolgingsreg, in ooreenstemming met die gelyke status van gades kragtens die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike, 120 van 1998, met behoud van sekere inheemsregtelike gebruike, bv poligamie en die sogenaamde “support unions”, soos die sororaat en leviraat.

¹⁹ Sien Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 2.4.

²⁰ Sien ten opsigte van die Suider-Afrikaanse Afrikalande die inheemse reg naas die Romeins-Hollandse, Engelse of Portugese reg, en ten opsigte van Sentraal-Afrikalande naas die inheemse reg onder meer Franse, Belgiese en Spaanse reg.

²¹ Donzwa, Ncube en Stewart “Which law? What law? Playing with the Rules” in Ncube en Stewart (reds) *Widowhood, Inheritance Law, Customs & Practices in Southern Africa* (1995) 75 (hierna “Donzwa *et al*”).

interpretasie van die begrip regspluralisme kan dit beskryf word as die samevoeging van Europese of Westerse, en tradisionele of inheems-regtelike, vorms van reg.²³ Hierdie benadering word verduidelik as afkomstig van die koloniale beleid. In 'n simplistiese sin beteken dit dat die afdwinging van wette van die imperiale magte op die regstelsels van hul oorsese gebiede, tot die mede-bestaan van verskillende regstelsels in dié gebiede aanleiding gegee het.²⁴ Ingevolge hierdie model het die koloniale magte òf uitdruklik, òf by implikasie die voortsetting van die inheemsregtelike gebruike, gewoontes en instellings toegelaat vir soverre dit nie teenstrydig met die Westerse persepsies van openbare beleid en natuurlike geregtigheid was nie. So 'n praktyk stel besondere uitdagings aan regsplegers: om te kies of die algemene reg of die inheemse reg van toepassing is in 'n bepaalde aangeleentheid wat ter beslegting voor die betrokke regspleger dien.²⁵ Daarbenewens stel dit dikwels ook regssubjekte voor 'n keuse om òf van die algemene reg òf die inheemse reg gebruik te maak in die regulering van hul onderskeie regsposisies, soos byvoorbeeld, die keuse om 'n testament op te stel, of intestaat te sterf. In so 'n stelsel word interne regskonflikte gewoonlik deur die beginsels van die aanwysingsreg gereël.

In hierdie artikel word die toepassing van die manlike eersgeboorte-regstreël, asook die reëls van die interne konfliktereg, soos vergestalt in gewoonte, wetgewing en/of regspraak, spesifiek in Zimbabwe, beskryf. Die ondersoek het ten doel om vas te stel of daar 'n algemene benadering ten opsigte van die navolging van die manlike eersgeboorteregstreël in Suidelike Afrika bestaan, en om die rigting van regshervorming in dié verband te bepaal. Daar word aan die hand gedoen dat die regsvergelykende perspektiewe van die regsposisies elders in Afrika sinvol aangewend kan word ter

²² Daarbenewens word die stelsels van sommige lande gekenmerk deur die erkenning en toepassing van sekere godsdienstige stelsels, bv die Islamitiese reg in Nigerië, Tanzanië en Kenia, en die Hindoereg in Kenia. Sien House-Midamba "Legal Pluralism and Attendant Internal Conflicts in Marital and Inheritance Laws in Kenya" 1994 *Africa* 375; Cotran "Marriage, Divorce and Succession Laws in Kenya: Is Integration or Unification Possible?" 1996 *Journal of African Law* 194 ten opsigte van regspluralisme in Kenia; Rwebangira *The Legal Status of Women and Poverty in Tanzania* (1996) 23-24 ten opsigte van regspluralisme in Tanzanië; en Yakubu "Property Inheritance and Distribution of Estates Under Customary Law" in Federal Ministry of Justice (Ajibola (red)) *Towards a Restatement of Nigerian Customary Law* (1991) 142-146 ten opsigte van die Islamitiese erfopvolgingsreg in Nigerië. 'n Bespreking van hierdie aspek van regspluralisme in Afrika val buite die omvang van hierdie bespreking.

²³ Van Niekerk "Regspluralisme" in Bekker, Labuschagne en Vorster (reds) *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika. Deel 1: Gewoontereg* (2002) 4; De Koker "African Customary Family Law in South Africa: A Legacy of Many Pasts" in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law* (1998) 321 330-331.

²⁴ Van Niekerk in Bekker, Labuschagne en Vorster (reds) *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika. Deel 1: Gewoontereg* 4. Sien ook Merry "The Articulation of Legal Spheres" in Hay en Wright (reds) *African Women & the Law: Historical Perspectives* (1982) 68-89; Donzwa *et al* 74-77; May *Zimbabwean Women in Colonial and Customary Law* (1983) 39-52; Armstrong *et al* "Uncovering Reality: Excavating Women's Rights in African Family Law" 1993 *International Journal of Law and the Family* 314 321-324; Woodman "Unification or Continuing Pluralism in Family Law in Anglophone Africa: Past Experience, Present Realities, and Future Possibilities" 1988 *Lesotho Law Journal* 33-79 vir 'n bespreking van regspluralisme in 'n spesifieke Afrika-konteks.

²⁵ Bv, howe of amptenare wat moet besluit welke regstelsel die verdeling van 'n bestowwe Swart boedel beheers.

evaluasi van die voorgestelde regshervorming van die inheemse erfopvolgingsreg in Suid-Afrika. In dié opsig is die vergelyking van die reg soos van toepassing in voormalige koloniale gebiede waar die Romeins-Hollandse reg,²⁶ of die Engelse reg,²⁷ gegeld het, van besondere nut. Die keuse van Zimbabwe as stelsel ter vergelyking is grootliks bepaal deur die beskikbaarheid en toeganklikheid van toepaslike regs-literatuur,²⁸ sowel as die gemeenskaplike (aan die Suid-Afrikaanse reg) fundering van die erfreg as Romeins-Hollandse reg.²⁹ Besondere klem word op die regsposisie in Zimbabwe geplaas deels omdat die regshervorming van die erfopvolgingsreg in dié Suid-Afrikaanse buurland redelik onlangs³⁰ plaasgevind het, en deels omdat gesaghebbende skrywers soos Bennett,³¹ asook die Suid-Afrikaanse Regs-kommissie in sy Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession*³² en die daaropvolgende Draft Report *Customary Law of Succession*³³ in 2004 ruim na die Zimbabwiese reg ter regsvergeljking verwys. Daarbenewens is sekere botsende uitsprake van die Zimbabwiese howe ten opsigte van die erkenning en toepassing van die manlike eersgeboorteregstreël insiggewend ter illustrasie van die spanning tussen dié inheemsregtelike beginsel en die statutêre emansipasie van vroue.³⁴

²⁶ Te wete, Zimbabwe, Botswana, Lesotho, Swaziland en Namibië.

²⁷ Te wete, Zambië, Tanzanië, Ghana, Nigerië en Kenia.

²⁸ Die Women and Law in Southern Africa Research Project het in dié verband waardevolle navorsing in die Suider-Afrikaanse lande gedoen. Die ses WLSA-lande is Botswana, Lesotho, Mosambiek, Swaziland, Zambië en Zimbabwe. WLSA fokus primêr op ontwikkelingsprojekte wat vroueregte in dié lande kan bevorder. Hierdie projekte het ten doel om (a) die formele reg te definieer, en die regte van vroue binne die konteks van die formele reg te verbeter; (b) vroue bewus te maak van hul regte, hetsy deur die verspreiding van pamflette, die gebruik van die teater, video's, groepsbesprekings, die opleiding van para-regslui in die gemeenskap, en die verlening van regshulp; en (c) die uiteindelige doel, om op 'n lang termyn geslagsgelykheid in die praktyk te bevorder. Sien Armstrong "Law and Women's Development: An Introduction" in Ncube en Stewart (reds) *Widowhood, Inheritance Laws, Customs & Practices in Southern Africa* 7-8.

²⁹ Sien Goldin en Gelfand *African Law and Custom in Rhodesia* (1975) 78-79, 277.

³⁰ In 1997. Soortgelyke hervorming in Malawi het reeds in 1967 by wyse van die Wills and Inheritance Act geskied en in 1985 in Ghana. Sien Himonga 1991 *Verfassung und Recht in Übersee* 341 vn 9. Sien Manuh "Wives, Children, and Intestate Succession in Ghana" in Mikell (red) *African Feminism: The Politics of Survival in sub-Saharan Africa* (1997) 77; Dzidzornu "Human Rights and the Widow's Material Security: The Case of the 'Intestate' Ghanaian Widow" 1995 *Verfassung und Recht in Übersee* 489; Woodman "Ghana Reforms the Law of Intestate Succession" 1985 *Journal of African Law* 118 ten opsigte van die hervormings in Ghana. Hervormende wetgewing in Kenia is reeds in 1972 aangeneem, maar teen 1993 was daar nog geen praktiese toepassing van die wetgewing nie. Sien in dié verband House-Midamba 1994 *Africa* 390; House-Midamba "The Legal Basis of Gender Inequality in Kenya" 1993 *African Journal of International and Comparative Law* 850 857.

³¹ In *Human Rights and African Customary Law* (1995) 93-94, 127.

³² Projek 90 (Augustus 2000).

³³ Par 2.4.10-2.4.16.

³⁴ Sien par 2 4 hieronder.

2 ERFOPVOLGINGSREG IN ZIMBABWE

2 1 Agtergrond

Erfopvolging in Zimbabwe word deur 'n kompleks van statutêre reg, regspraak en inheemse reg beheers. Daarbenewens het die Zimbabwiese erfopvolgingsreg in 1997 ingrypende veranderings ondergaan. Die aanname van die Administration of Estates Amendment Act³⁵ wat op die regering se *White Paper on Marriage and Inheritance*³⁶ gevolg het, het die manlike eersgeboorteregsreël afgeskaf in soverre dit erfopvolging in gebruikelike huwelike gereguleer het, en die beginsel van gelykheid ten opsigte van vererwing tussen broers en susters, dogters en seuns, en weduwees en wewenaars bevestig.³⁷ Finale beslegting van die toepaslike regstelsel was dit egter nie. Die beslissing van die Supreme Court in *Magaya v Magaya*³⁸ in 1999 het die toepassing van die manlike eersgeboorteregsreël opnuut in stryd met die statutêre wysigings bevestig. Dié beslissing is aanduidend van die onderlinge spanning tussen die manlike eersgeboorteregsbeginsel en dié van die universele reg op gelykheid, 'n vraagstuk wat op die oog af deur die bepalings van die Administration of Estates Amendment Act van 1997 beredder is.

In die onderhawige bespreking word gepoog om bovermelde toepaslike reëls binne 'n bepaalde raamwerk weer te gee. Stewart en Ncube waarsku egter dat die bestaan van 'n formele raamwerk vir erfopvolging in Zimbabwe nie noodwendig aanduidend is van die dag-tot-dag toepassing van die relevante vereistes vir boedelverdeling nie:

“It would be a misconception if we were to suggest that estates are generally duly and properly administered according to law. The reality seems to be that of sporadic and at times accidental compliance with the legal requirements prescribed for the due and proper administration of estates. Often the only reason for the formal administrative processes to be accessed is the need to comply with the administrative requirements of other bodies, such as banks, pension funds and the like.”³⁹

Uiteraard bemoeilik dié toedrag van sake 'n algemene omskrywing van die toepaslike regsposisie.

³⁵ 6 van 1997.

³⁶ 1993.

³⁷ Coldham “The Status of Women in Zimbabwe: *Veneria Magaya v Nakayi Shonhiwa Magaya* (SC 210/98)” 1999 *Journal of African Law* 248 250.

³⁸ 1999 (1) ZLR 100 (S).

³⁹ 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) 100. Sien ook Stewart “Who Gets the Money?: Some Aspects of Testate and Intestate Succession in Zimbabwe” 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 85 103; Donzwa, Ncube en Stewart in Ncube en Stewart (reds) *Widowhood, Inheritance Laws, Customs & Practices in Southern Africa* 96; Dengu-Zvogbo et al *Inheritance in Zimbabwe: Law, Customs and Practice* (1994) 49.

2 2 Regsposisie voor 1997-wysigings

Daar is vir die doeleindes van erfopvolging 'n onderskeid getref tussen die algemene en die inheemse reg. Die reëls van die interne konfliktereg het op rigiede wyse die aanwysing van òf die algemene, òf die inheemse reg, in 'n bepaalde geval bepaal. Ras was die vernaamste faktor ter aanwysing van die reg ingevolge die toepaslike wetgewing. Dit was die posisie ten spyte van die oënskynlike buigsamheid wat deur artikel 3 van die Customary Law and Primary Courts Act⁴⁰ ingevoer is. Laasgenoemde Wet het in 'n algemene klousule vir regs-aanwysing die kulturele affiliasie of oriëntasie van 'n persoon van deurslaggewende belang vir regs-aanwysing gemaak,⁴¹ soortgelyk aan die voorstel deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie in sy *Report on Conflict of Laws*⁴² in Suid-Afrika.

Die onderskeie reëls word vervolgens onder die loep geneem.

2 2 1 Testate erfopvolging

Die opstel van 'n testament is vreemd aan die inheemse reg. Tog is alle Zimbabweërs bokant die ouderdom van 16 jaar ongeag sy of haar ras, bevoeg om 'n testament te maak.⁴³ Die algemene reg geld ten opsigte van nie-Swartes in dié verband, maar 'n Swart Zimbabweër kan kies of sy of haar goed testaat ingevolge die algemene reg, of inheemsregtelik, moet vererf.⁴⁴ Uiteraard verseker 'n testament nie noodwendig die bevoordeling van 'n afstammeling of gade nie.⁴⁵

So kan 'n testament byvoorbeeld vir die toepassing van die tradisionele inheemsregtelike erfopvolgingsreg voorsiening maak, ingevolge waarvan 'n weduwee en dogters van bevoordeling uitgesluit word. In so 'n geval kan 'n

⁴⁰ 6 van 1981. Sien Stewart "Playing the Game: Women's Inheritance Property in Zimbabwe" in Armstrong en Ncube (reds) *Women and Law in Southern Africa* (1987) 85.

⁴¹ Sien Cheater "Fighting Over Property: The Articulation of Dominant and Subordinate Legal Systems Governing the Inheritance of Immovable Property Among Blacks in Zimbabwe" 1987 *Africa* 173 op 191; Ncube "Dealing with Inequities in Customary Law: Action, Reaction and Social Change in Zimbabwe" 1991 *International Journal of Law and the Family* 58 60-61; Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 86; Stewart "Inheritance in Zimbabwe: The Quiet Revolution" in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe Working Paper* 5 (1992) 13 vir die toepassing van hierdie bepaling, en 'n bespreking van die faktore wat deur 'n hof in ag geneem moet word in die aanwysing van 'n toepaslike regstelsel.

⁴² Sien die Proposed Application of Customary Law Bill (Aanhangsel A) in die Suid-Afrikaanse Regskommissie *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Report on Conflicts of Law* Projek 90 (September 1999).

⁴³ Ingevolge a 5 van die Wills Act, 13 van 1987. Sien Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 109; Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 87-88; Dengu-Zvogbo *et al Inheritance in Zimbabwe: Law, Customs and Practice* 46.

⁴⁴ Sien Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 109; Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 87-88.

⁴⁵ Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 94-95. Sien ook Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 109.

weduwee haar onder andere op die remedie van onderhoud kragtens die Deceased Persons Family Maintenance Act⁴⁶ beroep.⁴⁷

Ondanks dié potensiële negatiewe effek van 'n testament, word die voordele van testate vererwing so hoog aangeskryf dat daar 'n informele bemerkingstrategie in Zimbabwe bestaan wat persone aanmoedig om testamente te maak.⁴⁸

2 2 2 Intestate erfopvolging

Wat betref die intestate erfopvolging het verskeie faktore, naamlik ras, huweliksvorm en aard van goedere die aanwysing van 'n toepaslike regstelsel vir erfopvolging bepaal. Vir dié doeleindes word daar 'n onderskeid tussen die toepassing van die algemene reg en dié van die inheemse reg getref.

(a) Algemene reg

Ingevolge die toepaslike reëls vererf die intestate boedel van 'n "non-African" ingevolge die algemene reg, soos vervat in artikel 3 van die Deceased Estates Succession Act.⁴⁹ 'n Omvattende beskrywing van dié toepaslike regsreëls val buite die omvang van hierdie bespreking. Dit is voldoende om op die volgende reëls te let:

- Die reëls gee voorkeur aan die oorlewende gade indien die oorledene deur 'n gade sowel as deur afstammeling oorleef is. Die oorlewende gade is geregtig op die "household goods and effects" in die gesamentlike of bestorwe boedel as sy of haar uitsluitlike eiendom.⁵⁰

⁴⁶ 39 van 1978.

⁴⁷ Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 109. Sien Shenje "The forgotten victims? African widows and their use of the provisions of the Deceased Persons Family Maintenance Act" in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 53 vir 'n omvattende beskrywing van die bepalings en toepassing van die Wet.

⁴⁸ Die gebruik van dié strategie is bevestig deur Stewart, lid van die Women and Law in Southern Africa Research Project, in 'n ongepubliseerde referaat "Research – Law – Reform – Research – Marketing Strategies – Making Inheritance Law Reform Happen?" gelewer by die 11de Wêreldkonferensie van die International Society of Family Law (ISFL) te Kopenhagen en Oslo, gehou 2-6 Augustus 2002. Sien Sibanda "Wills! Are They the Solution to the Problems in African Succession" in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 101; Munanagati "Testate Succession: Is it Adequately Utilised?" in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 111 vir 'n algemene bespreking van die nut en toepassing van die testate erfopvolgingsreg.

⁴⁹ Wet 18 van 1977. Sien Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 96; Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 110; Stewart *et al* "The Legal Situation of Women in Zimbabwe" in Stewart en Armstrong (reds) *The Legal Situation of Women in Southern Africa* (1990) 180-181.

⁵⁰ Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 96; Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 110-111. Die enigste beperking op hierdie reël is dat 'n persoon wat as intestate erfopvolger op 'n artikel van besondere sentimentele waarde geregtig sou wees, dit as sogenaamde "heirloom"-eiendom kon opeis. Sien a 4 van die Deceased Estates Succession Act, 18 van 1977.

- Waar 'n huwelik in gemeenskap van goed gesluit is, is die oorlewende gade geregtig op 'n outomatiese halwe aandeel van die gesamentlike boedel; in die geval van 'n huwelik buite gemeenskap van goed word die oorlewende gade beperk tot die gedeelte voorgeskryf in die Wet.⁵¹
- Die uiteindelijke omvang van 'n gade se erfporsie is afhanklik van die vraag of die oorledene deur afstammeling oorleef is,⁵² of, indien daar geen oorlewende afstammeling is nie, of die oorledene deur sy of haar ouers of enige broers en/of susters oorleef is.⁵³
- In eersgenoemde geval is die oorlewende gade òf op 'n kindsdeel, òf 'n minimum bedrag in die Zimbabwiese Staatskoerant bepaal, geregtig.⁵⁴ Die gade erf die hele boedel indien die boedel kleiner as die minimum bedrag is. 'n Kind van die oorledene is, tesame met ander kinders, staaksgewys op die restant geregtig. Dié bepaling stem grootliks ooreen met die bepaling in die Wet op Intestate Erfopvolging⁵⁵ in Suid-Afrika. Die omvang van 'n bevoordeling kan egter aangepas word ten gunste van behoeftige lede van die familie ooreenkomstig die Deceased Persons Family Maintenance Act⁵⁶ en die Deceased Persons Family Maintenance Amendment Act.⁵⁷
- Waar die oorledene oorleef is deur 'n gade sowel as deur 'n ouer, beide ouers en/of broers en susters, erf die gade 'n halwe aandeel van die bestorwe boedel, of 'n vasgestelde bedrag, welke die grootste. Die res van die boedel, indien enige, word tussen die ouers, broers en susters verdeel.⁵⁸
- Indien die oorledene oorleef is deur 'n gade, maar geen verwante soos omskryf in artikels 3(a), (b) of (c) nie, erf sodanige gade die hele boedel.⁵⁹
- Waar daar geen oorlewende gade is nie, erf die afstammeling van die oorledene die boedel staaksgewys, onderworpe aan enige aanpassing ingevolge die Deceased Persons Maintenance Act.⁶⁰ Buite-egtelike

⁵¹ A 3(a) en (b) van die Deceased Estates Succession Act, 18 van 1977.

⁵² *Ibid.*

⁵³ A 3(c) van die Deceased Estates Succession Act, 18 van 1977.

⁵⁴ A 3(c)(1) en (2) van die Deceased Estates Succession Act, 18 van 1977.

⁵⁵ 81 van 1987.

⁵⁶ 39 van 1978.

⁵⁷ 21 van 1981. Die afhanklikes deur dié Wet gedek, is die volgende: (a) 'n oorlewende gade van die oorledene; (b) 'n geskeide gade wat ten tye van die oorledene se dood op onderhoud geregtig was; (c) 'n minderjarige kind; (d) 'n meerderjarige kind wat weens 'n geestes- of fisiese gebrek nie in staat is om hom- of haarself te onderhou nie en van die oorledene vir onderhoud afhanklik was; en (e) 'n moeder of vader wat ten tye van die dood van die oorledene deur hom of haar onderhou is. Sien Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 97 vn 69; Stewart in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 11; Stewart *et al* in Stewart en Armstrong (reds) *The Legal Situation of Women in Southern Africa* 183 vn 66.

⁵⁸ Die boedel verdeel in die helfte in die tweede parenteel, waar die oorledene se ouer voorkeur bo enige broers en susters het. 'n Behoeftige gade of ander afhanklike kan om 'n aanpassing ooreenkomstig die Deceased Persons Family Maintenance Act, 39 van 1978, aansoek doen. Sien Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 98 vn 71.

⁵⁹ A 3(d) van die Deceased Estates Succession Act, 18 van 1977.

⁶⁰ 39 van 1978.

kinders word van erfopvolging ten opsigte van die natuurlike vader uitgesluit.⁶¹

(b) Inheemse reg

Vir die doeleindes van inheemsregtelike erfopvolging word 'n onderskeid tussen die vererwing van roerende en onroerende goed getref.

Wat betref roerende goed, het die huweliksvorm van die oorledene aanvanklik nie 'n deurslaggewende rol gespeel nie. Dus, ongeag die feit dat 'n Swart Zimbabwiese erflater 'n siviele huwelik kragtens die bepalings van die Marriage Act⁶² gesluit het, 'n gade in 'n geregistreerde gebruiklike huwelik ingevolge die African Marriage Act⁶³ was, of 'n ongeregistreerde gebruiklike verbinding gesluit het, het die inheemse reg die verdeling van die roerende goed in die bestorwe boedel beheers. Dit was die geval selfs in die geval waar die gades se leefwyse totaal van die inheemse reg verwyderd was. Dié bepalings is in onderskeidelik artikels 69 (later artikel 68)⁶⁴ van die Administration of Estates Act⁶⁵ en 13 van die African Marriages Act⁶⁶ (later die Customary Marriages Act⁶⁷), vervat.

⁶¹ Ooreenkomstig die Romeins-Hollandse reël dat "geen moeder maakt een bastaard." Sien Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 98; Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 111-112. Buite-egtelike kinders het egter 'n eis vir onderhoud teen beide die vader en moeder se boedels.

⁶² Chapter 37 (later chapter 5:11).

⁶³ Chapter 238.

⁶⁴ 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 2.

⁶⁵ A 69 van die Administration of Estates Act, chapter 301, het soos volg bepaal: "If any African who has contracted a marriage according to African law or custom or who being unmarried is the offspring of parents married according to African law or custom dies intestate his estate shall be administered and distributed according to the customs and usages of the tribe or people to which he belonged." Sien Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 99; Stewart in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 8; Stewart *et al* in Stewart en Armstrong (reds) *The Legal Situation of Women in Southern Africa* 184; Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 2; Ncube "Dealing with Inequities in Customary Law: Action, Teaction and Social Change in Zimbabwe" 1991 *International Journal of Law and the Family* 58 61; Dengu-Zvogbo *et al* *Inheritance in Zimbabwe: Law, Customs and Practice* 50; Storry *Customary Law in Practice* (1979) 80. Die Administration of Estates Act, chapter 301, is later, na die 1997-wysigings, tot die Administration of Estates Act, chapter 6:01, gewysig.

⁶⁶ A 13 van die African Marriages Act, chapter 238, wat primêr die sluiting van gebruiklike verbindings gereguleer het, het spesifiek met betrekking tot huwelike gesluit ooreenkomstig die Marriage Act, chapter 37, bepaal dat: "[t]he solemnisation of a marriage between Africans in terms of the Marriage Act shall not affect the property of spouses which shall be held shall be disposed of and unless disposed of by will, shall devolve according to African law and custom." Sien Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 99; Stewart in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 6, 8; Ncube 1991 *International Journal of Law and the Family* 61. Swartes getroud ooreenkomstig die monogame huweliksbestel in 'n vreemde juridiksie buite Zimbabwe, het buite die omvang van a 13 geval. Die algemene reg was in sodanige gevalle van toepassing. Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 2.

⁶⁷ Chapter 5:07. Sien Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 2.

Die Supreme Court het egter in 1992 in *Mujawo v Chogugudza*⁶⁸ beslis dat die boedels van Swart Zimbabwiërs getroud in ooreenstemming met die algemene reg, deur die algemene reg beheers moes word, omdat artikel 13 van die eertydse African Marriages Act by implikasie deur die Legal Age of Majority Act,⁶⁹ saamgelees met artikel 3 van die Customary Law (Application) Act,⁷⁰ herroep is.⁷¹

Wat betref onroerende goed, het artikel 6A van die Customary Law and Primary Courts Act⁷² (later artikel 7 van die Customary Law (Application) Act)⁷³ bepaal dat die inheemsregtelike erfopvolger van enige persoon ten opsigte van wie die inheemse reg van toepassing was, in sy persoonlike hoedanigheid tot die oorledene se onroerende goed sou opvolg.⁷⁴

Dit is opvallend dat geeneen van bogenoemde wette die inhoud van die toepaslike inheemse reg omskryf het nie, maar slegs bepaal het dat die inheemse reg, wat ookal die inhoud daarvan, in die betrokke gevalle van toepassing was.⁷⁵ Ncube beskryf die ou inheemsregtelike erfopvolgingsreg soos volg:

“According to the courts customary law, which is extensively contradicted by the living customary law (the customary law practised by people in their daily lives), there is a single heir at customary law who is, in the case of a deceased man, his eldest male child or failing male children, the eldest daughter, failing daughters, the eldest male grandson or failing grandsons presumably, the eldest granddaughter or on a failure of grandchildren, the deceased's eldest brother. According to this customary law a widow can never be the heir to her husband's estate.”⁷⁶

'n Weduwee kon vermoedelik wel volgens Ndebele-gewoonte in sekere omstandighede as trustee vir die oorledene se oudste seun erf.⁷⁷

Die verwysing na dogters wat voorkeur bo die erflater se kleunseuns en ander manlike verwante kry, is afkomstig van die beslissing van die Zimbabwiese Supreme Court in *Chihowa v Mangwende*.⁷⁸ In hierdie beslissing het die hof in effek bepaal dat die aanname van die Legal Age of

⁶⁸ 1992 (2) ZLR 321 (S).

⁶⁹ 15 van 1982. Later vervang deur a 15 van die General Law Amendment Act, chapter 6:07.

⁷⁰ Chapter 8:05. Vroeër die Customary Law and Primary Courts Act, 6 van 1981.

⁷¹ Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 2 vn 3; 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) 525; Dengu-Zvogbo *et al Inheritance in Zimbabwe: Law, Customs and Practice* 51; en Stewart “Some Points to Ponder Arising from the White Paper on Marriage and Inheritance in Zimbabwe” 1993 *Legal Forum* 26 27.

⁷² 6 van 1981.

⁷³ Chapter 8:05; and Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 2.

⁷⁴ Ncube 1991 *International Journal of Law and the Family* 61; Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 2; Dengu-Zvogbo *et al Inheritance in Zimbabwe: Law, Customs and Practice* 50.

⁷⁵ Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 113.

⁷⁶ Ncube 1996 *Zimbabwe Law Review* 5. Sien ook Stewart en Ncube in Women and Law in Southern Africa Research Project *Working Papers in Inheritance Law in Southern Africa* 118.

⁷⁷ Storry *Customary Law in Practice* 81.

⁷⁸ 1987 (1) ZLR 228 (S).

Majority Act⁷⁹ tot gevolg gehad het dat dogters dieselfde bevoegdheid as seuns het om te erf. Daarom erf die oudste dogter van 'n erflater sy intestate boedel op dieselfde grondslag as 'n seun as verteenwoordiger van die afhanklikes van die oorledene.⁸⁰

Die mees waarskynlike effek van die aanname van die Legal Age of Majority Act⁸¹ op die inheemsregtelike erfopvolgingsreg sou wees om 'n moeder, eerder as 'n oom of ander manlike verwant, die voog van haar seun (die erfopvolger) te maak terwyl hy nog minderjarig is. Dit sou beteken dat 'n moeder beheer oor die boedel sou verkry en dat sy dit tot voordeel van die afhanklikes kon aanwend terwyl haar seun minderjarig was. Stewart beskryf dié implikasie van die Wet as "[a] valuable and useful advance if exploited but not 'shattering'."⁸² Die *Chihowa*-saak⁸³ het die implikasies van die Wet egter veel wyer geïnterpreteer. Ncube verduidelik die belang van die beslissing soos volg:

"The decision in *Chihowa v Mangwende* means that it is no longer the law that a female can never inherit property from the patri-estate and it is equally no longer the law that the eldest male adult is the intestate heir to his deceased father's estate. The eldest daughter, by virtue of the Legal Age of Majority Act, has acquired the capacity to inherit ab intestato."⁸⁴

Die feite van die saak was kortliks soos volg: Samson Mangoromera Chihowa het op 23 Desember 1982 intestaat gesterf. Hy was 'n vermoënde sakeman. Hy is oorleef deur sy twee dogters, Auxilia Mangwende en Agnes Mparadzi, sowel as deur sy vrou, by wie hy geen kinders gehad het nie, sy vader en vier broers. Sy vader, Leonard Chihowa, was die appellant in die saak. Auxilia, 'n geskeide vrou wat haar pa na haar egskeiding in sy sake-

⁷⁹ 15 van 1982. Die relevante bepalings van a 3(3) van die Wet lui soos volg:

"(3) The provisions of subsections (1) and (2) shall apply for the purpose of any law including customary law and, in the absence of a definition or any indication of a contrary intention for the construction of 'full age', 'major', 'majority', 'minor', 'minority' and similar expressions in
(a) any enactment, whether passed or made before, on or after the fixed date; and
(b) any deed, will or other instrument of whatever nature made on or after that date."

⁸⁰ Sien Stewart "The Legal Age of Majority Act Strikes Again: *Chihowa v Mangwende* SC 84/87" 1986 *Zimbabwe Law Review* 168; Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 100-101; Stewart in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 14; Stewart *et al* "The legal situation of women in Zimbabwe" in Stewart en Armstrong (reds) *The Legal Situation of Women in Southern Africa* 186-187; Ncube 1991 *International Journal of Law and the Family* 67-68; Ncube "Voodoo Law Brewed in an African Pot? Judicial Reconstruction of the Customary Law of Inheritance in Zimbabwe" 1995 *Zimbabwe Law Review* 101; en Ncube in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law* 525.

⁸¹ 15 van 1982.

⁸² Stewart in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 14. Indien die beperkinge op 'n vrou se handelingsbevoegdheid opgehef was, sou daar vanuit 'n ekonomiese perspektief, geen rede wees waarom sy nie kon erf nie. Volgens Stewart 1986 *Zimbabwe Law Review* 171 sou sosiale en/of godsdienstige gronde die enigste moontlike beperking op 'n vrou plaas. Ook die meriete van hierdie gronde blyk, volgens Stewart, onoortuigend te wees: "Compelling as these factors may seem to be to the traditionalist, they do not constitute valid reasons for denying women the right to the heirs [sic], certainly the purely religious ones do not and the government's commitment to social and economic transformation would suggest that social reasons alone without attendant economic reasons should not be barriers to inheritance by women."

⁸³ *Supra*.

⁸⁴ Ncube 1991 *International Journal of Law and the Family* 68.

ondernemings bygestaan het, was die respondent.⁸⁵ Uit die hofrekord het dit geblyk dat die respondent na haar vader se dood opgemerk het dat sekere persone sy klere dra. Toe sy van haar oom probeer verneem het hoe haar vader se boedel verdeel is, het hy vyandig geraak. Auxilia het toe haar eis as erfopvolger van haar vader se boedel na die Harare Community Court geneem, wat haar as die intestate erfgenaam aangewys het.⁸⁶ Die appellant het in die hof van die provinsiale magistraat van Harare teen die bevinding geappelleer. Dié hof het die bevinding van die Community Court bevestig.⁸⁷ Die appellant het teen dié bevinding geappelleer.

Die Supreme Court is met die volgende twee vrae gekonfronteer: Eerstens, of die magistraat die bevinding van die Community Court verkeerdlik bevestig het, welwetende dat 'n dogter nie ingevolge Afrikareg en -gewoonte tot die boedel van haar vader kan opvolg nie; en tweedens, of die bepaling van artikel 3(3) van die Legal Age of Majority Act⁸⁸ die toepaslike Afrikareg en -gewoonte vervang het.⁸⁹

Die hof se beslissing, by monde van Dumbutshena CJ, was soos volg:

"I confine my remarks to the question of entitlement to inherit the estate of an African who dies intestate. The Legislature, by enacting the Legal Age of Majority Act, made women who in African law and custom were perpetual minors majors and therefore equal to men who are majors. By virtue of the provisions of s 3 of the Act women who attain or attained the age of 18 years before the Act came into effect acquired capacity. That capacity entitles them to be appointed intestate heiresses. All that the courts are required to do is to give effect to the intention of the Legislature. Now the eldest daughter of a father who dies intestate can take the lot but not for herself only but for herself and her late father's dependants."⁹⁰

En verder:

"There is nothing in the wording of subs (3) of s 3 of Act 15 of 1982 which remotely suggests that for purposes of inheritance a woman can still be regarded as a minor. The wording of the subsection is clear and unambiguous and the words used in the subsection bear their ordinary grammatical meaning."⁹¹

Dié beslissing was in ooreenstemming met 'n beslissing, ook deur Dumbutshena CJ, in *Katekwe v Muchabaiwa*⁹² ten opsigte van die interpretasie van artikel 3 van die Legal Age of Majority Act⁹³ met betrekking tot die vraag of 'n vader steeds die reg het om skadevergoeding vir die seduksie van sy meerderjarige dogter te eis.⁹⁴

⁸⁵ *Chihovav v Mangwende supra* 228G-229A.

⁸⁶ *Chihowa v Mangwende supra* 229B-C.

⁸⁷ *Chihowa v Mangwende supra* 229D.

⁸⁸ 15 van 1982.

⁸⁹ *Chihowa v Mangwende supra* 229H-230A.

⁹⁰ *Chihowa v Mangwende supra* 231E-F.

⁹¹ *Chihowa v Mangwende supra* 232H-233A.

⁹² 1984 (1) ZLR 112 (S). Sien Ncube "The Decision in *Katekwe v Muchabaiwa*: A Critique" 1983-1984 *Zimbabwe Law Review* 217 vir 'n omvattende bespreking van die beslissing.

⁹³ 15 van 1982.

⁹⁴ *Katekwe v Muchabaiwa supra* 127H-128B.

Bennett kritiseer die *Katekwe*-beslissing⁹⁵ as kennelik verkeerd. Volgens hom was die effek van die Legal Age of Majority Act⁹⁶ bloot om vroue sekere *kompetensies* (“powers”) te gee waarvoor hulle nie voorheen beskik het nie. Die Wet het, syns insiens, nie addisionele *regte* aan vroue verleen nie.⁹⁷

Ten opsigte van die *Chihowa*-beslissing⁹⁸ wys Bennett op die beperkte toepassing van die beslissing in soverre dit nie die reg van om te erf na weduwees uitbrei nie. In dié opsig het die beslissing dus geen respyt vir weduwees gebring nie, omdat dit steeds die eersgeboorteregsreël bevestig, hoewel dit nie geslagsgebonde is nie.⁹⁹

Die Supreme Court is daarvan beskuldig dat dit in ’n reeks beslissings binne ’n dekade na *Chihowa* nie slegs “shattered the dreams of widows who too may have thought the Legal Age of Majority Act might have affected customary law to their favour but has also buried whatever rights were held out to daughters by that judgement”.¹⁰⁰ In hierdie sake, *Murisa v Murisa*,¹⁰¹ *Mwazozo v Mwazozo*¹⁰² en *Vareta v Vareta*¹⁰³ het die Supreme Court, in effek, sy beslissing in *Chihowa*¹⁰⁴ omvergewerp:

“Surprisingly the court has not had the courage to say it believes that its judgement in the Chohowa case was wrong and therefore it is over-ruling it. What is worse, in contradicting that judgement at every opportunity that has presented itself, the court has not seen it fit to rely on other authoritative judgements or writings, but has seemed to pluck its newer version of customary law from the sky or rather from the judges’ own knowledge of African society.”¹⁰⁵

Dié beslissings het verreikende gevolge gehad ten opsigte van die oënskynlike uitbreiding van die manlike eersgeboorteregsreël na vroulike eersgeborenes in *Chihowa*.¹⁰⁶ Die manlike eersgeboorteregsreël is opnuut bevestig.

Freddy Vareta het in 1984 intestaat gesterf. Hy is oorleef deur sy vrou, Prisca, met wie hy ’n huwelik ingevolge die Marriage Act¹⁰⁷ gesluit het. Die appellant, Sophia Vareta, was ’n dogter van die erflater, en die respondent, Ernesto Vareta, na bewering ’n seun van die respondent. Sophia was die eersgeborene, en het die aanwysing van Ernesto as erfopvolger betwis. Die hof het bevind dat Ernesto wel die erflater se seun by ’n Mosambiekse vrou was, en daarom het die “determination of whether or not the appellant is a

⁹⁵ *Supra*.

⁹⁶ 15 van 1982.

⁹⁷ Bennett *Human Rights and African Customary Law* 94.

⁹⁸ *Supra*.

⁹⁹ Dit wil sê, erfopvolging is nie tot die manlike eersgeboorteregsreël beperk nie. Sien Bennett *Human Rights and African Customary Law* 124.

¹⁰⁰ Ncube 1995 *Zimbabwe Law Review* 101.

¹⁰¹ 1992 (1) ZLR 167 (S).

¹⁰² SC-121-94 (ongerapporteerde). Sien Ncube in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law* 525 vn 61.

¹⁰³ 1992 (2) ZLR 1 (S).

¹⁰⁴ *Supra*.

¹⁰⁵ Ncube 1995 *Zimbabwe Law Review* 101.

¹⁰⁶ *Supra*.

¹⁰⁷ Chapter 37 (later chapter 5:11).

daughter of the [deceased] ... [became] unnecessary.”¹⁰⁸ Alhoewel die hof die reg van ’n dogter om van haar vader te erf, erken het, sou dié reg slegs voorkeur kry indien daar geen oorlewende seuns was nie.¹⁰⁹ Ingevolge hierdie standpunt het die Legal Age of Majority Act¹¹⁰ nie die inheemse reg van manlike eersgeboortereg gewysig nie, maar bloot ’n addisionele klas van potensieële bevoorreedes, naamlik dogters, geskep.¹¹¹

Lovemore Mwazozo, ’n Shona, het in 1991 intestaat gesterf, en is oorleef deur sy tweede vrou, en drie kinders, ’n dogter, Beauty, die oudste kind en respondent in die saak, en twee seuns, Watson, die oudste van die twee seuns en appellant in die saak, en Size, die jongste. Die Community Court het die dispuut tussen Beauty en Watson, oor wie daarop geregtig was om as erfopvolger aangewys te word, na die distriks-hof verwys, wat Beauty, as oudste kind, aangewys het. Dit is teen hierdie aanwysing wat die appèl lê.

In *Mwazozo* het die hof die mening uitgespreek dat minder- en meerderjarigheidstatus nie verband hou met die inheemsregtelike beginsels van die erfopvolgingsreg, wat deur die patrilineêre struktuur van die Shona-stam bepaal word, en nie deur vroue se regsbevoegdheid nie.¹¹² In ooreenstemming met hierdie beginsel word manlike erfopvolgers verkies:

“My understanding of the customary law of kinship and succession of the Shona tribal grouping and that of the Ndebele, which ... prefers males to females in the inheritance of a father’s estate, is that it has nothing to do with the former status of women. It, however, has everything to do with the patrilineal nature of the society. That is to the effect that all wealth acquired by a man is for the primary benefit of his lineage which is perpetuated by his male agnates. Women are regarded as people who enhance the perpetuation and wealth of lineages other than those they originate from.”¹¹³

Deur vroue toe te laat om hul vaders se goed te erf, sou daarop neerkom om die patrilineêre rykdom aan vreemdelinge, die skoonseun se familie, te gee. Daarbenewens was dit te verwagte dat vroue as erfopvolgers die goed vir hulleself sou gebruik en nie ten voordeel van hul broers en broerskinders nie.¹¹⁴ Ncube kritiseer die hof se benadering op grond daarvan dat dit na geen regs-, sosiologiese of antropologiese gesag verwys vir bogenoemde waarnemings nie. Daarbenewens word die argument dat alle patrilineiese gemeenskappe manlike persone as erfopvolgers verkies, nie elders in die

¹⁰⁸ *Vareta v Vareta supra* 8.

¹⁰⁹ *Ibid.* In die hof se woorde: “It follows that where there is a son, he is to be preferred to a daughter even if the daughter is the elder. This aspect of the customary law is unaffected by the Age of Majority Act [sic].”

¹¹⁰ 15 van 1982.

¹¹¹ Ncube in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law* 525 vn 61; en Stewart in Women and Law in Southern Africa Research Project *Inheritance in Zimbabwe* 15. Volgens Stewart was die beslissing in *Vareta* egter *obiter*, omdat “the case did not turn on this fact, but on whether or not the surviving male child of the deceased was in fact a child of the deceased. He was older than the contesting female child.” Sien ook Stewart “Untying the Gordian Knot! *Murisa v Murisa* S-41-92: A Little More Than a Case Note” 1992 *Legal Forum* 8 15; en Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 101.

¹¹² Ncube in Eekelaar en Nhlapo (reds) *The Changing Family: International Perspectives on the Family and Family Law* 525 vn 61.

¹¹³ *Mwazozo v Mwazozo supra* 4.

¹¹⁴ *Ibid.*

wêreld gesteun nie. Ncube verwys in dié opsig na die voorbeeld van die Romeins-Hollandse gemene reg.¹¹⁵ Ncube kritiseer die hof se benadering om 'n enkele erfopvolger in die oorledene se boedel aan te wys as "totally alien to customary law and yet the practice of designating one person as the heir has effectively altered customary law, at least at the level of the courts, in a way that has enhanced the position of the one child or relative designated as the heir."¹¹⁶ Hy skryf dan dié benadering toe aan die versuim om tussen opvolging in status en vererwing van goedere te onderskei:

"One of the main problems is the failure of the courts to make the distinction between succession to a deceased person's name and status, which is undoubtedly dictated by the patrilineal nature of African society, and succession to a deceased man's property. It is this failure which has created the confusion about the eldest son's position of heirship and also made the customary law practice by the courts unjust and inequitable as among the children of a deceased African. Undoubtedly, the eldest son succeeded to the deceased's name and status within the family. However, he has never been the only successor to the property."¹¹⁷

Nòg die beslissing in *Chihowa*,¹¹⁸ nòg dié van *Vareta*¹¹⁹ of *Mwozozo*¹²⁰ kan as gesag dien vir die erkenning van 'n weduwee se reg om in die boedel van haar man op te volg. Volgens Stewart blyk dié regsposisie nie noodwendig in ooreenstemming met die praktyksreëls te wees nie:

"Yet at the moment there is a practice developing of making the surviving spouse the heir in estates where there are no children or the children are minors. As yet this practice has not been reviewed by the courts but the matter is likely to come up for determination in the near future. Unfortunately the approach taken in *Vareta's* case bodes ill for the right of widows to inherit from the estates of their husbands. The argument in favour of the right of the wife to inherit is based on the capacity of the customary law to mutate, such mutation being evidenced by the agreement of the deceased's family and wider kin group to the wife inheriting. Yet the *Vareta* case indicates that brakes have been placed on that mutation."¹²¹

Die erfopvolging van die weduwee in die boedel van haar man is kategorieë in die beslissing van *Murisa v Murisa*¹²² verwerp. Die feite was kortliks soos volg: Tapfumaneyi Murisa (die oorledene) het op 18 Mei 1986 intestaat gesterf, en 'n boedel bestaande uit huishoudelike goed, pensioen-voordele, 'n versekeringspolis en kontant nagelaat. Die respondent, Priscilla Murisa, was ooreenkomstig 'n ongeregistreerde gebruiklike verbinding met die oorledene getroud. Twee minderjarige kinders, Lloyd en Victor, het die oorledene oorleef. Die appellant, as verteenwoordiger van die minderjarige kinders, het beweer dat die oorledene voor sy verbintenis met die respondent 'n seun by ene Susan Nyabonda verwek het. Sou dit waar wees, het dit beteken dat dié seun, James Murisa, die oorledene se oudste seun

¹¹⁵ Ncube 1995 *Zimbabwe Law Review* 107-108.

¹¹⁶ Ncube 1995 *Zimbabwe Law Review* 109.

¹¹⁷ Ncube 1995 *Zimbabwe Law Review* 110.

¹¹⁸ *Supra*.

¹¹⁹ *Supra*.

¹²⁰ *Supra*.

¹²¹ Stewart 1989-1990 *Zimbabwe Law Review* 101.

¹²² *Supra*.

was. Uit die hofrekord het dit egter geblyk dat Lloyd kragtens gewoonte as opvolger tot sy vader se boedel aangewys is. Die hof *a quo*¹²³ het egter enkele dae tevore 'n sertifikaat uitgereik wat James as erfopvolger bevestig het. Dit is teen hierdie beslissing wat die weduwee tot die distrikshof in Harare geappelleer het. Die provinsiale magistraat het die beslissing van die hof *a quo* verwerp, en vir Priscilla, die weduwee, as erfopvolger tot haar man se boedel aangewys. Die appellant appelleer in die onderhawige hof teen hierdie beslissing.¹²⁴

Die regspraak waarmee die hof gekonfronteer was, was eenvoudig: Erken die inheemse reg die reg van 'n weduwee om intestaat tot haar man se boedel op te volg? Die hof, by monde van Ebrahim JA, het soos volg geantwoord, en daarmee die beslissing in *Chihowa*¹²⁵ in perspektief gestel:

"In arriving at the conclusion that a widow could indeed inherit her deceased husband's estate the learned Provincial Magistrate may have misunderstood the decision of DUMBUTSHENA CJ in *Chihowa v Mangwende* 1987 (1) ZLR 228 (S). In that judgment, the then Chief Justice rules that 'since the Legal Age of Majority Act had conferred majority status on African women who had prior to that been perpetual minors under Customary Law, they had the same rights of succession as men.' Whilst this was a progressive judgment, as far as it went, it did not go so far as to say that a widow could be appointed heir as intestate to her deceased husband's estate."¹²⁶

Die beslissing is tersyde gestel en die saak is vir herverhoor na 'n ander magistraat terugverwys.¹²⁷

Dit blyk dat die praktyksreëls nie noodwendig in strenge navolging van die formele regsposisie is nie. In dié opsig verklaar Dengu-Zvogbo *et al* soos volg ten opsigte van die praktyk in sekere geografiese areas van Zimbabwe:

"In *Murisa v Murisa* the Supreme Court rejected the appointment of the wife of a deceased African male as his heir on the ground that a wife could not be the heiress, to her deceased husband under customary law. Yet even before we started our field research we had become aware of an increasing trend, particularly in Matebeleland but also in Mashonaland of widows being appointed by community courts as the heiresses to the estates of their deceased husbands, normally at the behest of the natal family of the deceased. There seems to be a divergence between the way the lower echelons of the courts were dealing with estates and the approach of the superior courts."¹²⁸

Stewart en Ncube kritiseer die grondslag van die *Murisa*-uitspraak ook op grond van die miskenning van die dinamiese en plooibare aard van die inheemse reg:

¹²³ Die Community Court.

¹²⁴ *Murisa v Murisa supra* 168C-H.

¹²⁵ *Supra*.

¹²⁶ *Murisa v Murisa supra* 169E-G.

¹²⁷ *Murisa v Murisa supra* 171G.

¹²⁸ Dengu-Zvogbo *et al Inheritance in Zimbabwe: Law, Customs and Practice* 68. Sien ook Stewart 1992 *Legal Forum* 9 vir die praktyksreëls in die Community Courts om die weduwee as bevoordeelde aan te wys. Volgens Stewart was die voorkeur aan die weduwee onder die landelike bevolking, in besonder, lank reeds die informele praktyk.

“Much of custom and modern life do not mesh, they cannot mesh for they start from different premises. Nonetheless customary law is capable of mutating, one example of this has been the tendency to make the wife heir in some estates especially where there are no children, she has helped build up the estate and the deceased’s blood family is economically secure. This progressive move was rejected by the Supreme Court in *Murisa v Murisa* SC 41/92. However, the capacity of the customary law to mutate was not considered by the court, rather they relied on a distillation of the customary law which has been reached by the combined activities of social scientists and lawyers in which certain defined and immutable characteristics of customary law have been laid down; such as the wife cannot inherit under customary law. A view which though it may be correct if one looks merely at customary law the law as defined by the courts and the text books overlooks a vital feature of custom and that is that it is not rule based but community and negotiation based and thus is capable of responding to changing situations in a more dynamic and immediate fashion than rule based systems.”¹²⁹

Stewart verduidelik die praktyk van die Community Courts om weduwees as bevoorreedes aan te wys, soos volg:

“One possibility is that widows may, in reality, all along have been de facto heirs in their husbands’ estates, with the eldest son or some other some [sic] son charged ostensibly with caring for and administering the property, when in reality she was actually in control. Thus the only barrier to their being appointed formally was their so called [sic] perpetual minority then the Legal Age of Majority Act would have disposed of that barrier. This alone without some other external influences would not have created change at grassroots level, but in combination with other factors recognition of the widow as the heir is a logical development.”¹³⁰

Hierdie ander faktore, in kombinasie met die bepalings van die Legal Age of Majority Act,¹³¹ is as die volgende geïdentifiseer:

“The publicity given to the duty of the heir to support the widow/s and other dependents ... together with that given to the provisions of s 8b of the Deceased Persons Family Maintenance Act, which is designed to give protection against looting, may have created a climate in which more widows are being left to enjoy the estate property, resulting in the view, within the community, that the widow might well be appointed the heir.”¹³²

Ncube kritiseer die *Murisa*-beslissing ook op die volgende gronde: Eerstens, dat dit nie vir die howe nodig was om slegs een erfopvolger aan te wys nie, omdat die boedelgoed roerende goed was wat tussen verskeie bevoorreedes verdeel kon word. Tweedens, wys Ncube op die verskil tussen inheemse gebruike en gewoontes, en inheemse reg, en verklaar dan dat in soverre artikel 68(1) van die Administration of Estates Act¹³³ die vererwing van goed kragtens “customs and usages” vereis, dit beteken dat die erfopvolger/s deur die huidige praktyke van die oorledene se familie, of die gemeenskap, aangewys moet word. Dit skyn makliker te wees om te

¹²⁹ Stewart en Ncube in *Women and Law in Southern Africa Research Project Working Papers on Inheritance Law in Southern Africa* 114.

¹³⁰ Stewart 1992 *Legal Forum* 12-13.

¹³¹ 15 van 1982.

¹³² Stewart 1992 *Legal Forum* 13. Madhuku “Is Custom Customary Law? The case of *Murisa v Murisa* S-41-92 and a reply to Mrs Julie Stewart” 1993 *Legal Forum* 32 kritiseer die gebrek aan empiriese bewys van die praktykreëls in Stewart se waarnemings.

¹³³ Chapter 301.

bewys dat daar nuwe gebruike of gewoontes ontstaan het wat weduwees as bevoorreedes aanwys as om aan te toon dat dit 'n gebruik is wat met lang tydsverloop die regsrag van inheemse reg verkry het.¹³⁴

Gegewe al die kritiek teen wat beskou kan word as botsende regspraak, was dit dus nie onverwags nie dat die erfopvolgingsreg in Zimbabwe in die 1990's ingrypende hervorming ondergaan het. Sodanige hervorming word in Deel II van hierdie artikel bespreek.

¹³⁴ Ncube 1995 *Zimbabwe Law Review* 112. Ek is van mening dat dié argument gekunsteld is, en dit nie noodwendig so deur die Wetgewer voorsien kon wees nie.