

GESKIEDENIS VAN DIE MANLIKE EERSGEBORTE- REGSREËL IN DIE INHEEMSE REG DEEL III: VOORSTELLE VAN DIE SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE

Elmarie Knoetze

BJuris LLB LLM

Mede-professor, Universiteit van Port Elizabeth

SUMMARY

In Part III of this article various statutory implications for and recommendations of the South African Law Reform Commission regarding the male primogeniture rule in the customary law of succession are examined. From the discussion it seems clear that a partial unification of the customary law of succession and the common law is envisaged, in so far as it relates to the inheritance of property. In its most recent proposal the South African Law Reform Commission recommended the reformation of the customary law of succession in legislation aimed at the harmonization of the customary and common law, with the retention of some customary aspects. On the one hand, the South African Law Reform Commission proposals exclude succession in positions of traditional leadership from the proposed reform, but on the other hand the Traditional Leadership and Governance Framework Act 41 of 2003 promotes the principle of gender equality also with regard to positions in traditional leadership.

1 INLEIDING

Sedert die inwerkingtreding van die nuwe konstitusionele bestel in 1994 het verskeie aspekte van die inheemse erfopvolgingsreg, waaronder die manlike eersgeboorteregsreël, kontensieuse kwessies geword.¹ Dit het aanleiding gegee tot die vraag na die mees effektiewe meganisme vir regshervorming van die inheemse erfopvolgingsreg. Howe het in onlangse regspraak te kenne gegee dat dié fora nie die mees geskikte meganisme vir grootskaalse verandering aan die inheemse erfopvolgingsreg is nie, en voorgestel dat die hervormingsproses nie deur die howe nie, maar deur die Wetgewer, onderneem moet word.² Sodanige hervormingsproses noop volledige

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

² Sien, bv, Regter Mynhardt in *Mthembu v Letsela* 1998 2 SA 675 (T) 686H-687C; en Waarnemende Appèlregter Mpati in *Mthembu v Letsela* 2000 3 SA 867 (SCA) 883H-I.

ondersoek en konsultasie met diegene wat deur die veranderinge geraak word, en kan moontlik deur die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie³ onderneem word.⁴ Die inheemse huweliksreg het 'n soortgelyke hervorming ondergaan.⁵ Regter Mynhardt het in die veelbesproke saak van *Mthembu v Letsela*⁶ voorgestel dat “that route should also be followed to reform the customary law rules of succession”, met ander woorde, die Kommissie moet die aangeleentheid ondersoek, en aanbevelings maak, wat deur die Parlement tot regshervorming oorweeg moet word.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het reeds 'n geruime tyd gelede 'n regshervormingsprojek, wat onder andere daarop gemik is om die gemenerereg en inheemse reg te harmoniseer, van stapel gestuur. Verskeie besprekingsdokumente en verslae het sedert 1996 die lig gesien, waaronder Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law*,⁷ en Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession*.⁸ Die Customary Law of Succession Amendment Bill⁹ is in 1998 aan die Parlement vir oorweging voorgelê, maar is later weer onttrek.¹⁰ Besprekingsdokument 93 het konsepwetgewing¹¹ soortgelyk aan die 1998-Wetsontwerp bevat, wat in 2004 in veranderde formaat as aanhangsel tot die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie se Draft Report *Customary Law of Succession*¹² in die Reform of Customary Law of Succession Bill geformuleer is. Intussen het die Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering die *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* in Oktober 2002 vrygestel.¹³ Dié Witskrif maak onder andere vir die opvolging van tradisionele leierskapposies

³ Voorheen die Suid-Afrikaanse Regskommissie.

⁴ *Mthembu v Letsela* 2000-beslissing *supra* 883H-I.

⁵ Die eerste Regskommissieverslag *re* die erkenning van gebruiklike huwelike is reeds in 1985 saamgestel. Die verslag het voorsiening gemaak vir twee wetsontwerpe: *re* siviele huwelike en *re* gebruiklike huwelike. Eersgenoemde het tot die aanname van die Wysigingswet op Huwelike en Huweliksgoedere 3 van 1988 vir die regulering van siviele huwelike gelei. Die toepassing van die ander wetsontwerp is opgeskort totdat die grondwetlike posisie van die voormalige TBVC-state en selfregerende gebiede uitgeklaar was. 'n Projekkomitee is opnuut in 1996 aangestel en die ondersoek na die erkenning van gebruiklike huwelike het in Projek 90 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law* herleef. Verskeie besprekingsdokumente het sedertdien die lig gesien, waaronder Werksdokument 3 *Customary Marriages* (1996) en Besprekingsdokument 74 *Customary Marriages* (1997). Die meeste van die voorstelle van die Suid-Afrikaanse Regskommissie in sy *Report on Customary Marriages* (1998) is later deur die Parlement aanvaar en in die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998 verorden. Sien Suid-Afrikaanse Regskommissie *Report on Customary Marriages* par 1.1.1-1.1.2.

⁶ 1998-beslissing *supra* 687B-C.

⁷ Projek 90 (1998).

⁸ Projek 90 (2000).

⁹ 109 van 1998.

¹⁰ Sien *Moseneke v The Master* 2001 2 SA 18 (CC) 27 vn 11 en 15.

¹¹ Draft Bill for the Amendment of the Customary Law of Succession.

¹² Projek 90 (Maart 2004).

¹³ Dit volg op die *White Paper on Local Government* van 1998 en die *Discussion Document Towards a White Paper on Traditional Leadership and Institutions* van 2000.

voorsiening. Die Traditional Leadership and Government Framework Bill¹⁴ is daarna op 27 Junie 2003 vir openbare kommentaar gepubliseer, gevolg deur die aanname van die Traditional Leadership and Governance Framework Act¹⁵ later in 2003.

In hierdie artikel word die verskillende voorstelle van die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie en ander relevante regeringsinstansies ter hervorming van die inheemse opvolgingsreg onder die loep geneem.

2 ONDERSOEK NA DIE SUBSTANTIEWE INHEEMSE ERFREG

2.1 Agtergrond

Die ondersoek na die hervorming van die inheemse erfopvolgingsreg is formeel in April 1998 van stapel gestuur met die publikasie van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law*. Dié Werksdokument is opgevolg met konsepwetgewing in die vorm van die Customary Law of Succession Amendment Bill.¹⁶ Dié Wetsontwerp het voorsiening gemaak vir die uitgebreide toepassing van die algemene erfreg soos vervat in die Wet op Testamente¹⁷ en die Wet op Intestate Erfopvolging¹⁸ op persone wat voorheen binne die omvang van artikel 23 van die Swart Administrasiewet¹⁹ geval het. Die Wetsontwerp het in sekere belangegroepes hewige negatiewe reaksie ontlok en na 'n vergadering wat deur verskeie belangegroepes en rolspelers bygewoon is, is besluit om die Wetsontwerp van voorlegging aan die Parlement te onttrek. Die vergadering was ongemaklik met die drastiese veranderings aan die inheemse erfopvolgingsreg soos deur die Wetsontwerp voorgestel, en tyd was nodig om die implikasies en tussentydse maatreëls te oordink. Die vergadering is opgevolg deur 'n vergadering tussen lede van die Staatkundige Ontwikkelingskomitee, die Departement van Justisie, die Suid-Afrikaanse Regskommissie en die Nasionale Raad van Tradisionele Leiers. Hierop het die Waarnemende Direkteur-Generaal van die Departement van Justisie in September 1999 die aangeleentheid vir ondersoek na die Suid-Afrikaanse Regskommissie terugverwys. Die Projektkomitee van die Suid-Afrikaanse Regskommissie is opnuut saamgestel en het Besprekingsdokument 93 vir verdere konsultasie in Junie 2000 gepubliseer.²⁰ Dit is vier jaar later

¹⁴ Kennisgewing 1850 van 2003.

¹⁵ 41 van 2003.

¹⁶ 109 van 1998.

¹⁷ 7 van 1953.

¹⁸ 81 van 1987.

¹⁹ 38 van 1927.

²⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 1.2.1-1.3.2.

opgevolg met die Draft Report *Customary Law of Succession* wat opnuut konsepwetgewing in die vorm van die Reform of the Customary Law of Succession Bill, bevat. Dié voorgestelde wetgewing volg op die verreikende beslissings van *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*²¹ en *Shibi v Sithole*²² soos reeds vroeër in Deel II van hierdie artikel bespreek.

2 2 Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law*

In ooreenstemming met die funksie van 'n werksdokument, maak Werksdokument 12 nie konkrete voorstelle vir die hervorming van die inheemse erfopvolgingsreg nie, maar lê wel die filosofiese onderbou van die inheemse erfopvolgingstelsel bloot.

In die eerste plek bespreek Werksdokument 12 die funksie en aard van erfregreëls en wys op die belang van die sosiaal-ekonomiese milieu waarbinne erfregreëls toepassing vind. Wat betref die funksie van die erfreg, het die Kommissie soos volg bepaal:

“In all legal systems, rules of succession are designed to establish in advance who will take over the property and responsibilities of a deceased person. The function of the law of succession is therefore to counteract the disruptive effect of death on the integrity of a family unit. In doing so the law asserts the family bloodline by prescribing which of the deceased’s immediate kin qualify as potential successors to the deceased.”²³

Die aard van die inheemse erfopvolgingsreg word onvermydelik gevorm deur die tipe gemeenskap waarin dit opereer, met die gevolg dat die inheemse erfopvolgingsreg die invloed van die familie en sosiale strukture van pre-koloniale Afrika weerspieël. In dié opsig is die inheemse erfopvolgingsreg gefundeer op die beginsels van 'n uitgebreide familie daargestel deur poliginiese huwelike en verbintenisse tussen die voor- en nasate in die manlike linie. Ook word die erfopvolgingsreg getipeer deur die kenmerke van 'n pre-koloniale bestaansekonomie waar lede van 'n familie 'n belang in die eiendom van die groep het, en die familiehoof onderhoudsverpligtinge teenoor sy afhanklikes het. In so 'n stelsel moet die erfopvolgingsreëls by die dood van die familiehoof voorsiening maak vir 'n opvolger wat sowel die beheer oor die eiendom en die onderhoudsverpligtinge jeens die familie kan oorneem.²⁴

²¹ 2004 1 BCLR 27 (C).

²² Transvaalse Provinsiale Afdeling saaknommer 7292/01 (21 November 2003) (ongerapporteerde).

²³ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 1.

²⁴ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 1-2.

Die vraag wat nou ontstaan, is of die inheemse erfopvolgingsreg steeds in 'n veranderde sosio-ekonomiese orde²⁵ gevolg kan gee aan die sosiale funksies wat dit ten doel gehad het:

“A major question to be posed in this Issue Paper, therefore, is whether the customary rules of succession are appropriate to modern conditions. In other words, can these rules serve the social purposes expected of a law of succession?”²⁶

Volgens die Regskommissie is veranderde praktyke in die inheemse erfopvolgingsreg, benewens veranderde sosio-ekonomiese toestande, in dié opsig relevant:

“[The] description of the order of succession is the theory. In reality, different rules may well be developing.

...

The principle of primogeniture, for instance, has long been assumed to be the keystone of customary law; but in certain situations it appears that this principle is being discarded. Several studies have shown that last born sons generally inherit land. Economic pressures and changes in family structure account this shift towards what could be called a principle of ‘ultimogeniture’.

...

Another rule that is probably changing is the preference for only male heirs. Formerly, women could not exercise power and authority over men, so there could be no question of wives or daughters succeeding a family head. Where women are family breadwinners and where they manage households on their own, however, we can expect corresponding changes in the rules of succession. Evidence in fact shows that widows often take over their husbands’ lands and other assets, especially when they have young children to raise.”²⁷

Ten spyte van die aanduiding van veranderinge het die Kommissie egter erken dat daar baie min gepubliseerde data bestaan van huidige neigings in die inheemse erfopvolgingsreg. Die beperkte materiaal beskikbaar blyk tog aan te toon dat nuwe praktyke wel ontwikkel het.²⁸

Gepaardgaande met die vraag na veranderde sosio-ekonomiese toestande en veranderde praktyke, was dié na die effek van die Handves van Menseregte in 'n nuwe grondwetlike bestel op die inheemse erfopvolgingsreg:

“The Issue Paper therefore considers whether customary law now meets the standards set in our new Constitution, in particular the prohibition contained in s 9(2) on unfair discrimination on grounds of age, sex or gender.”²⁹

²⁵ Diverse faktore soos kolonialisme, die Apartheidsbeleid en kapitalisme het die Afrika-ekonomie en familiestrukture beïnvloed.

²⁶ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 2.

²⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 4-5.

²⁸ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 4. Die gebrek aan veldnavorsingdata is tans een van die die vernaamste struikelblokke in die hervorming van die inheemse erfopvolgingsreg.

²⁹ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 2.

Die eerste vraag waarop die Kommissie kommentaar geveerg het, lui dan soos volg:

“The Law Commission would be interested to know whether the description here of rules of succession to the head of a family still holds true. Have any new rules emerged? Should the traditional rules be changed to take into account the principle of equal treatment in the Bill of Rights?”³⁰

Ten opsigte van die posisie van minderjarige erfopvolgers, verwys Werksdokument 12 na die pligte en verantwoordelikhede van die persoon wat as administrateur van die goed en voog van die minderjarige optree. Wat sou die regte van die weduwee ten opsigte van die erfopvolger wees?

“Thus, before disposing of property, the administrator should take care to consult the widow, the deceased’s close male relatives and the heir (if old enough). The legal effects of failure to consult, however, are obscure. Would a transfer of property or a contract be deemed void (or voidable) at the instance of one of the interested parties? Customary law, in fact, has little to say about administrators who do not perform their duties. Accordingly, the courts have intervened to give a limited range of remedies. These include an order for recovery of property that has been alienated, a declaration of rights and, in the last resort, an order removing the administrator from office. These actions are available mainly to the heir (although presumably the widow too).”³¹

Dit het tot die formulering van die tweede vraag vir kommentaar gelei:

“Does the law provide the heir (and other family dependants) with sufficient protection against administrators who act negligently or fraudulently?”³²

Die posisie van die weduwee is met verwysing na twee aangeleenthede bespreek, naamlik of die leviraat eerder verbied moet vanweë die ongewildheid by vroue en kerke,³³ en of ’n weduwee geregtig behoort te wees op ’n gedeelte van haar oorlede gade se boedel. Indien weduwees nie op ’n erflating geregtig is nie, is die vraag of hulle meer regte op die boedel en sterker magte van beheer oor die erfopvolger se bestuur van die boedelgoedere moet verkry.³⁴

Werksdokument 12 beskryf die tradisionele posisie van ’n weduwee teenoor die erfopvolger soos volg:

“Although customary law does not allow wives to inherit from their husbands, widows are not left destitute. The deceased’s responsibilities towards his dependants, including his wife, are transmitted to his heir. Hence, although a widow has no inheritance out of the estate, she can claim maintenance from the heir. Even so, widows are placed in a vulnerable position, in part because the social basis for

³⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 5.

³¹ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 7.

³² *Ibid.*

³³ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 8.

³⁴ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 8-10.

customary law has changed and in part because their rights have not been fully developed.”³⁵

Wat betref die veranderde sosiale basis van die inheemse reg, bepaal Werksdokument 12 onder meer dat die “lewendende” inheemse reg nie meer ’n bestaansekonomie onderskryf nie, en dat faktore soos verstedeliking tot gevolg gehad het dat weduwees nie noodwendig in die oorledene se familiewoning kon aanbly nie.³⁶

Werksdokument 12 wys daarop dat die aard van die weduwee se reg ten opsigte van die oorledene se goed en teenoor die erfopvolger nog nooit volledig en akkuraat deur die reg omskryf is nie en dat die afdwinging van haar onderhoudsreg afhanklik blyk te wees van ’n goeie verhouding met die erfopvolger.³⁷

Die Kommissie was onseker of die weduwee ’n remedie sou vind in die grondwetlike beginsel van gelykheid en nie-diskriminasie. Die inheems-regtelike opvolgingsorde, wat voorkeur gee aan die oorledene se oudste manlike afstammeling as erfopvolger, diskrimineer duidelik teen vroue (dogters, kleindogters, susters en moeders). ’n Weduwee, aan die ander kant, is nie ’n lid van haar eggenoot se familie nie, en daarom kan betoog word dat daar nie teen haar gediskrimineer word nie.³⁸

2 3 Amendment of Customary Law of Succession Bill 109 van 1998

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het dié wetsontwerp in Mei 1998 in reaksie op drukuitoefening deur verskeie belangegroepes opgestel. Dit is gesien as ’n poging om ’n versoening tussen die gemene reg en inheemsregtelike erfopvolgingsreg te bewerkstellig, en om die probleme deur die dualistiese Suid-Afrikaanse huweliksregstelsels geskep, te besleg. Die spesifieke doelstellings was eerstens om die toepassing van die Wet op Testamente³⁹ en die Wet op Intestate Erfopvolging⁴⁰ tot alle persone uit te brei;⁴¹ tweedens om artikel 23 van die Swart Administrasiewet⁴² te herroep;⁴³ en derdens om nuwe erfregtelike bepalings in ooreenstemming met die

³⁵ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 8-9.

³⁶ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 9.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 10.

³⁹ 7 van 1953.

⁴⁰ 81 van 1987.

⁴¹ A 2.

⁴² 38 van 1927.

⁴³ A 6.

1996-Grondwet te skep.⁴⁴ Daarbenewens maak die Wetsontwerp ook voorsiening vir 'n eenvormige boedelberedderingsproses ten opsigte van die bestorwe boedels van alle persone.⁴⁵ Die onderskeie bepalings word vervolgens afsonderlik bespreek.

Artikel 2(1) van die Wetsontwerp brei die toepassing van die Wet op Testamente⁴⁶ uit tot alle persone. Die implikasie hiervan is dat dit die statutêre beperking van testeervryheid ingevolge artikel 23 van die Swart Administrasiewet⁴⁷ verwyder word. Dit beteken dat 'n swart persoon enige eiendom by wyse van testament kan bemaak. Dié bepaling is in ooreenstemming met ander voorstelle⁴⁸ van die Suid-Afrikaanse Regskommissie dat die onderskeid tussen die verskillende inheemsregtelike vorms van eiendom uitgedien is.

In artikel 3 van die Wetsontwerp word 'n eenvormige boedelberedderingsproses vir alle boedels in die vooruitsig gestel. Die toepassing van die Boedelwet⁴⁹ word insgelyks tot alle boedels uitgebrei, tensy die Meester sy bevoegdheid ten opsigte van boedels waarvan die waarde nie 'n spesifieke bedrag oorskry nie, aan 'n geskikte landdros⁵⁰ delegeer.⁵¹ Die posisie met betrekking tot die bereddering van 'n swart boedel is intussen deur die beslissing in *Moseneke v The Master*⁵² en die wetgewing wat daarop gevolg het,⁵³ vasgestel.

Die mees verreikende bepaling van die Wetsontwerp is seker die uitbreiding van die toepassing van die Wet op Intestate Erfopvolging⁵⁴ op die boedels van Swartes en die gepaardgaande wysigings aan die Wet om voorsiening te maak vir erfopvolging in 'n poliginiese huwelik. Die Wetsontwerp maak vir die volgende gevalle voorsiening:

⁴⁴ A 4. Dié bepaling maak voorsiening vir erfopvolging in poliginiese huwelike deur die wysiging van die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987. Sien ook Memorandum tot die Amendment of the Customary Law of Succession Bill 109 van 1998.

⁴⁵ A 3.

⁴⁶ 7 van 1953.

⁴⁷ 38 van 1927.

⁴⁸ Sien, bv, Suid-Afrikaanse Regskommissie Werksdokument 12 *The Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law: Succession in Customary Law* 13-15; en Suid-Afrikaanse Regskommissie *Report on Conflict of Laws* Projek 90 (1999) par 5.34.

⁴⁹ 66 van 1965.

⁵⁰ Die landdros waar die oorledene ten tye van sy dood gewoonlik woonagtig was, of die landdros van die distrik waar die grootste gedeelte van die bestorwe boedel geleë was. Sien aa 3(2)(a) en (b).

⁵¹ A 3(2).

⁵² *Supra*.

⁵³ Boedelwysigingswet 47 van 2002, en die Regulasies vervat in Goewermentskennisgewing R1501 van 2002.

⁵⁴ 81 van 1987.

-
- Waar die oorledene oorleef word deur een gade, maar geen afstammeling nie, erf daardie gade die intestate boedel.⁵⁵
 - Waar die oorledene oorleef word deur meer as een gade, maar nie deur afstammeling nie, erf elk van die gades die boedel in gelyke dele.⁵⁶
 - Waar die oorledene oorleef word deur een gade sowel as deur afstammeling, vererf die intestate boedel ooreenkomstig die gemene reg soos vervat in artikel 1(c) van die Wet op Intestate Erfopvolging.⁵⁷
 - Waar die oorledene oorleef word deur meer as een gade sowel as deur afstammeling, erf die gades elk 'n kindsdeel, of soveel van die intestate boedel as wat die bedrag wat die Minister van Justisie van tyd tot tyd by kennisgewing in die Staatskoerant bepaal⁵⁸ in waarde nie te bowe gaan nie, welke die grootste is.⁵⁹

Die toepassing van die bepalings kan soos volg by wyse van voorbeeld geïllustreer word:

Veronderstel die oorledene het drie vrouens gehad, V1, V2 en V3. By V1 het die oorledene kind A gehad, by V2 kinders B en C, en by V3 kind D.

- Indien die intestate boedel R60 000 beloop, erf V1, V2, en V3 elk R20 000 en die afstammeling erf niks nie.
- Indien die intestate boedel R400 000 beloop, erf die drie vroue elk R125 000, en die restant word staaksgewys onder die afstammeling verdeel, met ander woorde, A, B C en D erf elk R25 000÷4.
- Indien die intestate boedel R2 100 000 beloop, erf al drie vroue, sowel as die afstammeling, elk 'n kindsdeel van R300 000.

Die Wetsontwerp bepaal verder dat indien 'n afstammeling van sy of haar bevoordeling afstand doen, daardie bevoordeling die oorlewende eggenoot wat die ouer van die afstammeling is, toeval.⁶⁰

Die definisie van die “intestate boedel” moes desnoods gewysig word om enige gedeelte van 'n boedel wat nie by wyse van 'n testament vererf nie, in te sluit.⁶¹ Alle verwysings na artikel 23 van die Swart Administrasiewet⁶² is herroep.

⁵⁵ A 4(a)(i).

⁵⁶ A 4(a)(ii).

⁵⁷ 81 van 1987. Sien a 4(c)(i)(aa).

⁵⁸ Tans R125 000.

⁵⁹ A 4(c)(i)(b).

⁶⁰ A 4(e).

⁶¹ A 4(d).

⁶² 38 van 1927.

2 4 Besprekingsdokument 93 Customary Law: Succession

Die Besprekingsdokument is genoodsaak deur twee belangrike ontwikkelings: eerstens die vurige debat wat deur die Wetsontwerp van 1998 ontlok is (en uiteindelik daartoe gelei het dat dit van voorlegging aan die Parlement onttrek is), en tweedens die beslissing van die hof in *Mthembu v Letsela*⁶³ dat die manlike eersgeboorteregsreël nie ongrondwetlik is nie. Dit was veral die uitspraak van Appèlregter Mpati dat “[a]ny development of the [male primogeniture] rule would be better left to the legislature after a full process of investigation and consultation, ...”⁶⁴ wat die verdere ondersoek na die lewensvatbaarheid en toepassing van die gewraakte reël genoep het.⁶⁵

Die volgende riglyne dien as vertrekpunte vir die uiteindelijke voorstelle van die Kommissie in die vorm van die Draft Bill for the Amendment of the Customary Law of Succession, soos vervat in Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession*:

- Die erfreg het ten doel om die ontwrigtende effek van dood op die integriteit van ’n familie-eenheid teen te werk. Daarom moet die erfreg die materiële belange van die oorledene se naasbestaendes verseker. Gesien in die lig van grootskaalse sosio-ekonomiese veranderinge in Suid-Afrika, behoort die inheemse erfreg aangepas te word sodat dit meer effektief vir alle familievorms voorsiening kan maak.⁶⁶ In dié verband moet die belange van beide die weduwee, kinders, ouers en syverwante in die uitgebreide familie in ag geneem word:

“All too often, the extended family is dismissed as a relic of the past and therefore irrelevant to the modern law. This temptation must be resisted. Societies in all parts of southern Africa are in a state of transition, which implies that old social forms have not been abandoned in favour of the new. Both the extended and nuclear families are relevant to any inquiry into law reform, although the relevance of each will depend upon the context. For instance, the ceremony at which a deceased’s spirit is laid to rest – an occasion for asserting family solidarity – is a time when the family in its extended form will gather. The deceased’s widow and children will no doubt have immediate needs to be satisfied, but parents and brothers may also have financial needs (and they may justify any claims by their earlier investment in the deceased’s education and upbringing). Both sets of demands are brought to bear simultaneously. The law of succession obviously cannot create property to satisfy all these needs, but it can be expected to effect a fair distribution.”⁶⁷

⁶³ 2000-beslissing *supra*.

⁶⁴ 883I.

⁶⁵ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 1.4.1-1.4.6.

⁶⁶ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 1.12.

⁶⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 1.11.

- Alhoewel die Grondwet erkenning aan die Afrika-kultuur en reg op kulturele aktiwiteit van keuse verleen, is die inheemse reg aan die reg op gelykheid ondergeskik. Diskriminasie op enige van die gronde in artikel 9(3) van die Grondwet is ongrondwetlik, selfs al vind dit binne die familie plaas en word dit deur die privaatreë gesanksioneer. Gevolglik kan slegs dié inheemsregtelike reëls wat die beginsel van gelykheid ondersteun, erken word, en hervorming is noodsaaklik in gevalle waar die inheemse reg onbillik diskrimineer.⁶⁸ Ten opsigte van hervorming, geld die volgende:

“Instead of attempting to reform customary law, the common law could be substituted. While this solution would have the advantage of providing a single law of succession for the whole country, it should not be adopted without careful consideration, for different cultural groups may be unwilling to surrender their legal heritages. Maintaining a policy of dualism accepts the fact of South Africa’s legal and cultural diversity, a reality that the Constitution demands we respect.”⁶⁹

Op grond van hierdie benadering moet die stelsel van regspluralisme behou word. Dit blyk ook getrou te wees aan ’n “living system of customary law [which] has a far better chance of winning general acceptance”.⁷⁰

- As ’n stelsel van regspluralisme behou word, is die hervorming van die bestaande interne konfliktereëls⁷¹ onvermydelik. Hierdie reëls is uitgedien, onnodig gekompliseerd en berus feitlik uitsluitlik op die huweliksvorm deur die oorledene aangegaan. Meer buigsame reëls behoort geformuleer te word wat effek kan gee aan die oorledene se kulturele oriëntasie.⁷²
- Die amptelike weergawe van die inheemse erfopvolgingsreg diskrimineer teen vroue en jong mans, ten spyte van die teenstrydige beslissing in *Mthembu v Letsela*⁷³ dat die manlike eersgeboortereëls *billik*⁷⁴ teen vroue diskrimineer. In dié verband word soos volg na die meriete van die *Mthembu*-beslissing verwys:

“None the less, Mthembu’s ruling on the constitutionality of customary law was highly controversial; and the appeal, based as it was on illegitimacy rather than gender, has not taken the matter much further. It is true that in theory, customary law does not leave widows destitute, but we know that in reality, they frequently

⁶⁸ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 2.2.9.

⁶⁹ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* xv.

⁷⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 3.1.5.

⁷¹ Soos vervat in a 23 van die Swart Administrasiewet 38 van 1927, en die Regulasies in Goewermentskennisgewing R200 van 1987.

⁷² Dié voorstel is in ooreenstemming met die voorstelle soos vervat in die Suid-Afrikaanse Regskommissie *Report on Conflicts of Law*.

⁷³ 1997-beslissing *supra*.

⁷⁴ My beklemtoning.

suffer neglect and lack of support. The law is not achieving its objectives, in part because the social basis for the official version has changed and in part because widows' rights have not been properly developed."⁷⁵

- Die verandering in die sosiale basis van die manlike eersgeboortereg-
reël word soos volg verduidelik:

"In the first place, a widow's right to support is regarded as conditional upon her residing at her late husband's homestead. Not only does this rule assume the continued practice of levirate unions but also a particular type of residential pattern (isolated, self-sufficient homesteads) and a particular type of estate (land and livestock). None of these assumptions is borne out by modern social conditions. In South Africa's overcrowded cities, it may be physically impossible for a widow to remain living with the heir, and, of course, when cash is the main asset in an estate, it can be transmitted to the widow anywhere in the country, thus removing the need for her to remain at the deceased's homestead."⁷⁶

- Ook word beweer dat die aard en regsimplikasies van 'n weduwee se
belang in die boedel nog nooit volledig ondersoek en beskryf is nie:

"In the second place, the legal implications of widows' interests in an estate have not been fully explored. The courts have been careful to point out that the heir, although owner of the estate, must consult the widow before disposing of assets, but we have little indication of the standards of management required or of the widow's rights if the heir failed to consult her. Even more important is the understanding, implicit in Mthembu's case, that a personal right to support renders customary law constitutionally acceptable. Personal rights of this nature are effective only if the holder can preserve a good working relationship with the duty-bearer. Unfortunately, circumstances do not favour the widow's relationship with the heir and her deceased husband's family. Widows are all too often kept on at the deceased's homestead on sufferance, or they are simply evicted. They then face the prospect of having to rear their children alone.

In modern, individualistic societies, a person's material security is more effectively guaranteed by real rights, namely, rights that the holder can assert against the world. If we bear in mind that traditional African social structures are changing, then there is every likelihood that the customary-law right to maintenance may no longer work to the benefit of women. It would follow that, even though customary law may formally comply with the Bill of Rights, it is not achieving its social purpose – which is to provide a material basis of support for the deceased's surviving spouse and dependants. If this is the case, then these individuals should be given real rights to inherit from deceased estates."⁷⁷

- Die uitbreiding van die beginsel van testeervryheid bied nie werklik 'n
oplossing vir die probleem van die beskerming van die weduwee en
ander afhanklikes nie, omdat navorsing toon dat slegs geletterdes
testamente maak. Daarbenewens ken baie min persone die vereiste
formaliteite vir die opstel van testamente. Van groot belang is ook die

⁷⁵ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.3.4.

⁷⁶ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.3.5.

⁷⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.3.6-4.3.7.

duidelike verband tussen materiële welvaart en testamente: slegs dié met groot boedels sterf testaat.⁷⁸

Gesien teen die agtergrond van hierdie veronderstellings, word die volgende voorstelle dan ten opsigte van die wysiging van die intestate erfreg gemaak:

- Eerstens moet die toepassing van die Wet op Intestate Erfopvolging⁷⁹ uitgebrei word tot die boedels van diegene wat ingevolge die inheemse reg leef. Dié Wet voldoen aan die beginsels van die Handves van Menseregte, en verseker die materiële belange van die oorlewende gade en kinders.⁸⁰ Die gade se bevoordeling moet regte tot die huis en huishoudelike goedere waarborg.⁸¹
- Die bepalings⁸² van die Wet op Intestate Erfopvolging⁸³ moet dienooreenkomstig herroep word om voorsiening te maak vir die toepassing van die Wet op swart boedels.⁸⁴ Hiermee gepaardgaande, moet die definisie van “oorlewende eggenoot” uitgebrei word om voorsiening te maak vir gades in gebruikelike huwelike.⁸⁵
- Die toepassing van artikel 2(1) van die Wet op Intestate Erfopvolging⁸⁶ moet uitgebrei word om die erfregtelike beperkings teen buite-egtelike kinders op te hef.⁸⁷ Artikel 1(4)(e)(i) van die Wet, wat die posisie van aangenome kinders aanspreek, moet soortgelyk voorkeur bo enige inheemsregtelike beginsels ten opsigte van aanneming geniet.⁸⁸
- Opvolging in tradisionele leierskapposisies moet buite die bestek van die Wet op Intestate Erfopvolging⁸⁹ val. Die redes hiervoor is eerstens dat die Wet privaatregtelike aangeleenthede, en nie publiekregtelike gesagsposisies nie, reël. Tweedens is die besprekingsdokument nie as

⁷⁸ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.5.3.

⁷⁹ 81 van 1987.

⁸⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.6.1.

⁸¹ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.9.3.4. Die implikasies van hierdie voorstel word in par 2.5 hieronder bespreek.

⁸² Soos vervat in a 1(4)(b).

⁸³ 81 van 1987.

⁸⁴ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.6.2.

⁸⁵ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.9.1.4.

⁸⁶ 81 van 1987.

⁸⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.6.4.

⁸⁸ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.6.5.

⁸⁹ 81 van 1987.

geskikte forum vir die debat oor tradisionele leierskap geag nie.⁹⁰ Dit blyk dus dat die voorstelle ten opsigte van die vererwing van goed, en nie ten opsigte van die opvolging in statusposisies nie, geld. Ongelukkig verwys die voorstelle nie na die voortsetting al dan nie van die reëls ten opsigte van die opvolging in die posisie as familiehoof nie.

- Indien die oorlewende gade en kinders 'n reg verkry om ingevolge die Wet op Intestate Erfopvolging⁹¹ te erf, moet die erfopvolger se onderhoudsverpligting ten opsigte van die genoemde persone afgeskaf word.⁹² Gepaardgaande hiermee, moet spesifieke statutêre voorsiening gemaak word dat erfgename nie enige van die oorledene se verpligtinge erf nie.⁹³

Ten opsigte van die beginsel van testeervryheid, word soos volg voorgestel:

- Beide artikels 23(1) en (2) van die Swart Administrasiewet⁹⁴ moet herroep word. Die beperkinge op testeervryheid deur hierdie bepalings opgelê, dien geen sinvolle doel nie.⁹⁵
- Ook artikel 23(3) van die Swart Administrasiewet⁹⁶ moet herroep word:

“As it now stands, s 23(3) creates a host of unintended legal difficulties and it should be repealed. Rather than allowing freedom of testation over land and family property, restrictions could have been imposed on the disposal of these two categories of property. Even so, given the possibility in common law of bequeathing another's property, any legislative regulation of the disposition of family property would be unnecessary. It can be safely assumed that, if testators bequeath such property, they intend to dispose only of their own interests.”⁹⁷

Hierdie voorstelle is opgeneem in die Draft Bill for the Amendment of the Customary Law of Succession, soos hieronder bespreek en geëvalueer.

⁹⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.7.2.

⁹¹ 81 van 1987.

⁹² Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.8.1.1.1.

⁹³ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 4.8.2.3.

⁹⁴ 38 van 1927.

⁹⁵ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 5.3.10.

⁹⁶ 38 van 1927.

⁹⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 93 *Customary Law: Succession* par 5.4.9.

2 5 Draft Bill for the Amendment of the Customary Law of Succession

Die relevante bepalings van die konsepwetgewing lui soos volg:

- In die eerste plek word die toepassing van die Wet op Intestate Erfopvolging⁹⁸ uitgebrei tot alle persone wat of gedeeltelik, of geheel, intestaat sterf. Dit beteken dat die genoemde Wet ook van toepassing is in gevalle waar die oorledene by sy dood 'n party tot 'n gebruikelike huwelik was, soos deur die “konteks” bepaal.⁹⁹ Voorts maak dit voorsiening vir die wysiging van die Wet ten einde erfopvolging in poliginiese huwelike moontlik te maak.¹⁰⁰ In dié verband is die voorstel identies aan dié soos vroeër vervat in die Amendment of the Customary Law of Succession Bill.¹⁰¹
- Die omvang van die oorlewende gade se bevoordeling sluit die oorledene se huis, sowel as sy persoonlike goed,¹⁰² in. Persoonlike goed word in artikel 1 omskryf as “a deceased person’s articles of clothing, personal use or adornment, furnishings and other items of household equipment, simple agricultural and hunting equipment, books, motor vehicles or means of transportation ...” Die definisie sluit “money or security for money or articles used by the deceased for business purposes” uit. Indien die oorledene meer as een huis gehad het, mag die oorlewende gade slegs een van die huise kies.¹⁰³
- Artikel 2(4) sluit die toepassing van die konsepwetgewing uit ten opsigte van kwessies rakende die opvolging in die posisie van 'n tradisionele leier.
- Artikel 4 brei die toepassing van die Wet op die Onderhoud van die Langslewende Gade¹⁰⁴ uit op die oorlewende gade “together with any child or other person related to the deceased who was in fact dependent upon the deceased for support prior to the deceased’s death”.
- In die laaste plek word verskeie ander tersaaklike bepalings in die vorm van artikel 23 van die Swart Administrasiewet¹⁰⁵ en die Wetboeke van Zoeloereg in KwaZulu-Natal herroep in soverre die Wetboeke strydig is met die bepalings van hierdie konsepwetgewing en die Wet op Intestate Erfopvolging.¹⁰⁶ Ook alle inheemsregtelike reëls wat die erfopvolger

⁹⁸ 81 van 1987.

⁹⁹ Aa 2(1) en (2) van die Wetsontwerp.

¹⁰⁰ A 3.

¹⁰¹ 109 van 1998. Sien ook par 2 3 hierbo vir praktiese voorbeelde van die toepassing van die gewysigde Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987, in 'n poliginiese huishouding.

¹⁰² A 2(3)(a).

¹⁰³ A 2(3)(b).

¹⁰⁴ 27 van 1990.

¹⁰⁵ 38 van 1927.

¹⁰⁶ 81 van 1987. Sien aa 5(a) en (b).

verplig om die afhanklikes te onderhou en die oorledene se skulde te betaal, word herroep.¹⁰⁷

- Die konsepwetgewing bevat geen bepalings oor die beredderingsproses van 'n swart boedel nie, omdat dié aangeleentheid afsonderlik in 'n ander dokument bespreek word.¹⁰⁸

Die hoofmerke van die konsepwetgewing skyn die volgende te wees: eerstens die bevordering van gelykheid in ooreenstemming met die beginsels van die Grondwet deur die afskaffing van beweerde diskriminerende inheemsregtelike praktyke; tweedens die beskerming van die omvang van die oorlewende gade se bevoordeling ter insluiting van die huis; en derdens die uitsluiting van die werking van die voorstelle van opvolging in tradisionele leierskapposies.

Die praktiese implikasies van die konsepwetgewing kan soos volg saamgevat word:

- Indien die konteks dit vereis, geld die Wet op Intestate Erfopvolging¹⁰⁹ ten opsigte van die vererwing van die boedel van 'n persoon wat voor die inwerkingtreding van die Wet ingevolge die inheemse reg getroud was. Dit is onseker wat met die kontekstualisering bedoel word. Die vraag wat ontstaan is of die betrokke bepaling poog om voorsiening te maak vir die aanwysing van interne konflikteregsreëls indien die oorledene ooreenkomstig die inheemse reg getroud was? Voorts is dit onseker wie die kontekstualisering moet onderneem – die Meester, die landdros, die howe, of die eksekuteur? Welke faktore moet in ag geneem word? Die verband tussen hierdie bepaling en die voorstelle ter wysiging van die interne konflikteregsreëls in die *Report on the Conflicts of Law* word nie uitgespel nie. Vermoedelik het artikel 2(2) ten doel om kulturele oriëntasie as maatstaf vir kontekstualisering in te voer,¹¹⁰ hoewel daar geen aanduiding daartoe in die konsepwetgewing is nie.
- As die Wet op Intestate Erfopvolging¹¹¹ van toepassing is, die boedel kleiner as R125 000 is, en die oorledene slegs een vrou en afstammeling nalaat, erf die oorlewende gade die hele boedel.
- As die oorledene meer as een vrou gehad het, sowel as kinders, erf die gades gelyke dele van die boedel kleiner as R125 000 en die kinders erf niks nie. In so 'n geval sal die oudste seun dus niks erf nie en ook nie vir

¹⁰⁷ A 5(c).

¹⁰⁸ Sien Besprekingsdokument 95 Projek 90 *Customary Law: Administration of Estates* (2000).

¹⁰⁹ 81 van 1987.

¹¹⁰ In soverre die behoud van die reëls van die interne konfliktereg in par 3.2.2 van die Besprekingsdokument voorgestel word, met kulturele oriëntasie as aanwysende faktor.

¹¹¹ 81 van 1987.

die onderhoud van die gades en sy broers en susters verantwoordelik wees nie. Dit is 'n ope vraag of tradisionele gemeenskappe die afskaffing van die manlike eersgeboorteregsreël sal aanvaar aangesien die oudste seun tradisioneel die familiehoof in status opvolg. Ook onrusbarend is die moontlikheid dat die kinders niks sal erf nie, omdat elke oorlewende gade in 'n poliginiese huishouding op ten minste R125 000 geregtig is.

- Indien die boedel groter as R125 000 is, sal die oorlewende gades elk 'n kindsdeel of 'n bedrag van R125 000 erf, en die kinders die restant staaksgewys.
- Al bogenoemde gevalle is onderhewig aan die bepaling dat die oorlewende gade geregtig is op die oorledene se huis en persoonlike goed. Dié waarborg vir die beskerming van die weduwee se belange laat verskeie onbeantwoorde vrae. In die eerste plek is dit onseker of die oorlewende gade op 'n kindsdeel of R125 000 geregtig sal wees, sowel as die huis en persoonlike goed van die oorledene, of word die waarde van die huis in berekening gebring wanneer die gade se bevoordeling bereken word? Die tweede vraag is hoe meerdere vroue in 'n poliginiese huishouding tussen die huise mag kies, en hoe die oorledene se persoonlike goed tussen die vroue verdeel gaan word. In soverre gebruiklike huwelike aangegaan na die inwerkingtreding van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike¹¹² nie afsonderlike “huise” ingevolge die tradisionele beginsels daarstel nie, skep die konsepwetgewing verdere onsekerheid. Die konsepwetgewing definieer nie wat met “huis” bedoel word nie, en of dit die tradisionele begrip van huisgoedere insluit nie. In soverre artikel 23 van die Swart Administrasiewet¹¹³ herroep word, verval die bepaling wat vir die inheemsregtelike vererwing van huisgoedere ingevolge artikel 23(1) voorsiening maak, en ontstaan die vraag of dié goedere nou vir algemene vererwing vatbaar is of deur die oorlewende gade geërf word? Die lot van diegene wat die huis by die oorledene se dood bewoon het, word ook nie in die konsepwetgewing aangespreek nie. Mag die weduwee sodanige persone die huis belet? In die bespreking van die onderliggende beginsels en veronderstellings waarop die voorstelle berus, word aangevoer dat die aard van die weduwee se regte na haar man se dood nooit volledig vanuit regsweë omskryf is nie. Ongelukkig vind sodanige omskrywing ook nie in hierdie weergawe van die konsepwetgewing plaas nie.

¹¹² 120 van 1998.

¹¹³ 38 van 1927.

2 6 Reform of Customary Law of Succession Bill

Die Draft Report *Customary Law of Succession* van die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie volg op die voortsetting van die konsultasie-proses met belanghebbendes in kommentaar op die voorafgaande Besprekingsdokument van 2000 en die Draft Bill for the Amendment of the Customary Law of Succession. Die 2004-konsepwetgewing is verhaas deur die beslissings in *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*¹¹⁴ en *Shibi v Sithole*¹¹⁵ ingevolge waarvan die manlike eersgeboorteregsreël en die regulerende wetgewing¹¹⁶ ongrondwetlik en gevolglik ongeldig verklaar is. Die beredenering van die hof in die onderskeie uitsprake is in Deel II van hierdie artikel onder die loep geneem en word nie hier herhaal nie.

Die nuwe konsepwetgewing berus op dieselfde veronderstellings as sy voorgangers, naamlik dat die manlike eersgeboorteregsreëls inbreuk maak op sekere grondwetlike regte¹¹⁷ van veral vroue en ander afhanklikes van die erflater; dat die sosio-ekonomiese orde waarbinne die reël gefunksioneer het, sedertdien verander het; dat die amptelike weergawe van die inheemse erfopvolgingsreg nie die “lewende” weergawe van die stelsel soos in die praktyk toegepas, weerspieël nie; en dat die inheemse reg nie genoegsame beskerming aan die regte van vroue en ander afhanklikes bied nie.¹¹⁸ Die Kommissie se aanbevelings steun ook sterk op die impak van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike¹¹⁹ in soverre die Wet gades in ’n gebruiklike huwelik ingevolge artikel 6 op gelyke grondslag plaas.¹²⁰

Met bogenoemde uitgangspunte, beveel die Kommissie dan soos volg aan:

- Dat die manlike eersgeboorteregsreël gewysig moet word ten einde die regte van die erflater se afhanklikes na behore te beskerm;¹²¹
- dat die boedel van Swartes ingevolge die voorgestelde Reform of Customary Law of Succession Act moet vererf.¹²² Dit sou tot gevolg hê dat die toepassing van die Wet op Intestate Erfopvolging¹²³ uitgebrei en

¹¹⁴ *Supra*.

¹¹⁵ *Supra*.

¹¹⁶ A 23(1) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927 en Regulasie 2(e) van Goewermentskennisgewing R 200 van 1987.

¹¹⁷ Diskriminerend op gronde van geslag, ouderdom en sosiale oorsprong.

¹¹⁸ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 2.2.4-2.2.7, 2.3, 3.2 en 6.1.

¹¹⁹ 120 van 1998.

¹²⁰ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.2.1-6.2.2.

¹²¹ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.1.

¹²² Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.2.

¹²³ 81 van 1987.

aangepas word om voorsiening te maak vir die vererwing van boedels van Swartes;¹²⁴

- dat die erkenning van die regte van die uitgebreide familie op bevoordeling buite die bestek van die hervorming val;¹²⁵
- dat die voorgestelde wetgewing voorsiening maak vir die erkenning van die sogenaamde “support unions”, byvoorbeeld *ukungena* en die sororaat, en die inheemsregtelike aannemingsprosedures vir doeleindes van erfopvolging;¹²⁶
- dat goed verkry en gehou uit hoofde van die amp van tradisionele leier van die Wet op Intestate Erfopvolging¹²⁷ voorgestelde wetgewing vrygestel word;¹²⁸ en
- dat dispute rakende die omvang van familiegoedere, die omvang van ’n eis of die aard van enige bate in die boedel deur die Meester by wyse van ondersoek besleg word.¹²⁹

Die 2004-konsepwetgewing stem enersyds in vele opsigte ooreen met sy 2000-voorganger, en verskil andersyds in enkele opsigte. Wat betref die ooreenkomste, bepaal beide voorstelle dat die Wet op Intestate Erfopvolging,¹³⁰ in noodwendig gewysigde formaat, die vererwing van bestorwe intestate swart boedels reguleer en gevolglik dat die interne konfliktereëls soos vervat in Regulasie 2 van Goewermentskennisgewing R 200 van 1987, verval. Die omvang van bevoordeling van die oorlewende gade word egter anders verwoord. Die 2000-voorstel het pertinent die huis en persoonlike besittings van die oorledene aan die oorlewende gade(s) toegeken, terwyl hierdie bepaling oënskynlik ingevolge die 2004-voorstel wegval. Daar is reeds hierbo gelet op die potensiele interpretasieprobleme met die begrip “huis”. Die nuwe bepalings ter aanwysing van die oorlewende gade(s) as bevoorreedes is egter allermins duidelik. Artikel 2(2) van die Reform of Customary Law of Succession Bill bepaal dat die oorlewende gade(s) vir doeleindes van die toepassing van die Wet op Intestate Erfopvolging¹³¹ as afstammeling(e) van die erflater gereken moet word ten einde die omvang van ’n kindsdeel ingevolge die Wet te bereken. Die vraag is nou of die gade(s) geregtig sou wees op die

¹²⁴ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.3.6.

¹²⁵ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.4.2.

¹²⁶ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.7 en 6.9.

¹²⁷ 81 van 1987.

¹²⁸ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.7 en 6.10.

¹²⁹ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.11.

¹³⁰ 81 van 1987.

¹³¹ 81 van 1987.

vasgestelde bedrag van R125 000 of 'n kindsdeel, welke die grootste, en of die gade(s) bloot tesame met kinders en agterkleinkinders as “afstammeling(e)” erf? Hierdie bepaling verg duidelike omskrywing, welke omskrywing glad nie uit die beredenering van die Kommissie in sy Draft Report blyk nie. Anders as sy voorganger, maak die konsepwetgewing spesifiek voorsiening vir die soortgelyke erkenning van die bevoordeling van gades en kinders in “support unions”. Die stilswye van die 2000-voorstel het onduidelikheid oor die erkenning van hierdie instellings geskep.

'n Ander nuwigheid is die vrystelling van die goed van 'n tradisionele leier van die toepassing van die Wet, teenoor die 2000-voorganger se bepaling dat die instelling van opvolging in status as sodanig van die hervorming vrygestel word. Die Draft Report wys egter daarop dat kwessies rakende opvolging in tradisionele leierskapposities intussen deur die Traditional Leadership and Governance Framework Act¹³² aangespreek word.¹³³

Die bepalings rakende die vererwing van familiegoedere blyk ietwat onduidelik te wees. In sy bespreking van die verskillende eiendomsforme wys die Kommissie daarop dat die familiewoning en familiegoedere verkieslik “intact” gehou moet word, maar onderworpe aan die implikasies van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike¹³⁴ vir die totstandkoming van 'n huis en die daarstelling van gemeenskap van goed tussen gades met gelyke regte.¹³⁵ Die wyse waarop die Kommissie dié harmonisering wil bewerkstellig, lê in die toekenning van bevoegdheid aan die Meester om in gevalle van dispuut 'n ondersoek te gelas en 'n direktef dienoooreenkomstig verdeling te maak:

“If in consequence of the nature of customary law, a dispute arises in connection with

- (a) the status of or any claim by any person in relation to a person whose estate or part thereof must in terms of this Act, devolve in accordance with the Intestate Succession Act; or
- (b) the nature or content of any asset in such estate; or
- (c) the devolution of family property,

or if there is uncertainty as to any matter contemplated in paragraphs (a) or (b) or (c), the Master of the High Court having jurisdiction in the matter ... make a determination as seems to him or her to be just and equitable in order to resolve the dispute or remove the uncertainty.”

Die beslissing van die Meester kan voorafgegaan word deur 'n ondersoek gehou deur 'n landdros in die area van jurisdiksie, welke landdros aanbevelings aan die Meester kan maak. Die Meester se beslissing moet

¹³² 41 van 2003.

¹³³ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.10. Die omskrywing van “tradisionele leier” geskied dienoooreenkomstig in die definisieklausule van die Reform of Customary Law of Succession Bill.

¹³⁴ 120 van 1998.

¹³⁵ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 6.11.

geskied met inagneming van die beste belange van die oorledene se familie en die gelyke beregting van gades in 'n gebruikelike en siviele huwelik.¹³⁶ Die toepassing van hierdie bepaling is onduidelik in soverre die Reform of Customary Law of Succession Bill nie familiegoedere van die trefwydte van die hervorming vrystel nie. Die vraag wat ontstaan is in welke omstandighede belanghebbendes hulle op die Meester kan beroep, en veral in welke mate die Meester in sy beslissing van die erfopvolgingsreëls soos vervat in die Wet op Intestate Erfopvolging¹³⁷ kan afwyk. Sou die Meester die verdeling van familiegoedere ingevolge die inheemse reg kan gelas? Die Kommissie verduidelik sy beweegrede vir die formulering van artikel 5 (myns insiens onoortuigend) soos volg:

“In Western societies law emphasizes the interests, rights and liberties of individuals. On the contrary, African customary law is general, more concrete and visible, religious, magical, traditional and aimed at preserving group interests. In the circumstances it is foreseen that the rigid application of rules of succession will not always meet the needs of the persons concerned. This clause therefore proposes a simple, inexpensive manner of resolving uncertainties and disputes.”¹³⁸

3 ONDERSOEK NA DIE ROL VAN TRADISIONELE LEIERSKAP

3.1 Agtergrond

Die ondersoek na die rol van die tradisionele howe en regterlike funksies van tradisionele leiers is in 1996, saam met die kwessie van gebruikelike huwelike, op die agenda van die Suid-Afrikaanse Regskommissie geplaas.¹³⁹ Dit is relevant vir die inheemse erfopvolgingsreg in soverre dit op die opvolging in status betrekking het. Die eerste Besprekingsdokument is in 1999 gepubliseer, opgevolg deur die verslag¹⁴⁰ in Januarie 2003. Albei vorm deel van die Regskommissie se Projek 90 wat ondersoek instel na die harmonisering van die gemenerereg en die inheemse reg. Ongelukkig laat beide die besprekingsdokument en die verslag na om voorstelle oor dié belangrike kwessie te maak, behalwe in soverre daar na die samestelling van die tradisionele howe verwys word. In dié opsig word voorgestel dat vroue ook op die regbank verteenwoordiging moet kry, alhoewel die voorstelle nie absoluut voorskrytelik is nie.¹⁴¹ In die *Report on Traditional Courts and the*

¹³⁶ A 5(2)-(4) van die Reform of Customary Law of Succession Bill.

¹³⁷ 81 van 1987.

¹³⁸ Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie Draft Report *Customary Law of Succession* par 7.7.

¹³⁹ Suid-Afrikaanse Regskommissie Besprekingsdokument 82 Projek 90 *The Harmonisation of the Common Law and Indigenous Law: Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders* (1999) par 1.1.

¹⁴⁰ Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 90 *Report on Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders* (2003).

¹⁴¹ Suid-Afrikaanse Regskommissie *Report on Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders* 8 par 2.4. Sien ook die verskillende alternatiewe vir a 4 van die konsepwetgewing en Besprekingsdokument 82 *The Harmonisation of the Common Law*

Judicial Function of Traditional Leaders word wel verwys na die vraagstuk na die verkiesing van tradisionele leiers as hofraadgewers, maar geen spesifieke voorstelle word in die konsepwetgewing gemaak nie.

Die Regskommissie-ondersoek na die rol van tradisionele howe was moontlik nie die geskikte forum vir die ondersoek na die *instelling* van tradisionele leierskap nie.¹⁴² Dié aangeleentheid het egter wel aandag geniet in die *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* uitgereik deur die Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering, die daaropvolgende Traditional Leadership and Governance Framework Bill van Junie 2003 en die Traditional Leadership and Governance Act¹⁴³ later in 2003.

3 2 Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance

Die Witskrif het ten doel om die hervorming van tradisionele leierskapinstellings te ondersoek in die lig van die land se transformasie as 'n voorheen nie-demokratiese, onverteenvoordigende en nie-verantwoordelike regerinstelsel. Volgens die Witskrif is dit die regering se oogmerk om die instelling van tradisionele leierskap binne die nuwe bestel te hervorm en beskerm, sodat dit in aan die een kant in ooreenstemming met die grondwetlike beginsels van demokrasie en gelykheid kan funksioneer, en aan die ander kant die inheemsregtelike belange van gemeenskappe kan verteenwoordig.

Uit die doelwitte gelys in die Witskrif is dit duidelik dat dit primêr gerig is op die regulering van die instelling van tradisionele leierskap as regeringsinstelling binne die Staatsreg. Die transformasie van die instelling kan egter ook verreikende gevolge vir die substantiewe inheemse reg inhou in soverre dit voorsiening maak vir die demokratisering van die samestelling van tradisionele leierskapposisies. In dié verband bevat die Witskrif 'n insiggewende uiteensetting van die reëls van opvolging in tradisionele leierskapposisies, en verklaar dan onomwonde:

“The existing succession rules are in conflict with the principles contained in the equality clause in the Bill of Rights. The challenge, therefore, is to reconcile customary laws and practices in relation to the succession of women to traditional leadership positions with the principles of equality enshrined in the Constitution.”¹⁴⁴

and Indigenous Law: Traditional Courts and the Judicial Function of Traditional Leaders par 5.6.

¹⁴² My beklemtoning.

¹⁴³ 41 van 2003.

¹⁴⁴ Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* 41.

Oor die argumente teen die erkenning van vroulike opvolging in leierskapposies, lui die Witskrif soos volg:

“The debate regarding the succession of women to traditional leadership positions has been going on for a long time. There is no doubt that the law of succession discriminates against women. They can only be regents and not traditional leaders in their own right. There is a strongly held view, especially by traditional leaders and communities, that the succession of women to leadership positions could spell the demise of the institution of traditional leadership. Despite this strong view, women are normally appointed into acting positions, and in some instances for long periods, without any major consequences. The argument mostly advanced against the succession of women is that, in the event where a woman gets married, the traditional title will divest from the right royal family and vest in foreign hands, as a result bringing with it foreign rule and that women should, in the first place, bear children who will succeed in the place of their father. The customary belief is that when a man pays lobola and marries a woman, her procreative being is transferred to her husband’s tribe.

It is clear that this belief and practice is a fundamental violation of the rights of women, which rights include the right to free and full status, bodily integrity and other rights normally associated with freedom of choice, privacy and dignity.¹⁴⁵

Die Departement insiens het Suid-Afrika gekies om deur demokratiese waardes en norme gebind te word, maar terselfdertyd ook effek te gee aan gewoontes. Die erkenning van gewoonte weerspreek egter nie noodwendig fundamentele regte soos gelykheid en nie-diskriminasie nie, want gewoonte is nie stagnant en argais nie. Binne so ’n stelsel kan vroulike opvolgers geakkommodeer en tradisionele gemeenskappe steeds bymekaar gehou word. So word daar volgens die Departement tans in tradisionele gemeenskappe in KwaZulu-Natal reeds erkenning verleen aan vroulike opvolging.¹⁴⁶

Suid-Afrika word verder op internasionale vlak deur verskeie internasionale instrumente gebind tot die gelyke behandeling van vroue, en op nasionale vlak deur die Wet op Bevordering van Gelykheid en Voor-koming van Onbillike Diskriminasie.¹⁴⁷ Op sterkte van hierdie gesag stel die Departement voor dat die reël van manlike opvolging hervorm word:

“The approach to succession to traditional leadership positions should be as follows:

- custom and customary law should generally be the basis for regulating succession;
- custom and customary law should adapt and transform to comply with the principle of equality in the Bill of Rights and the Constitution so as to allow qualifying men/women to succeed to traditional leaders in their own right; and
- principles regulating succession, as well as the date from which such succession will take effect, will be provided for in legislation. Regarding the rights of women to succeed, the new legislation should be effective from 27 April 1994.”¹⁴⁸

¹⁴⁵ Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* 41.

¹⁴⁶ Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* 41-42.

¹⁴⁷ 4 van 2000.

¹⁴⁸ Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* 42.

Die Witskrif maak nie direkte voorstelle ten opsigte van die erfopvolging in goed nie, behalwe dat dit bepaal dat die algemene regulering van erfopvolging deur gewoonte en gewoontereg moet geskied. Daar is reeds in Deel I van die artikel gewys op die afwyking van die manlike eersgeboorteregsreël ten opsigte van die vererwing van persoonlike goed onder vroulike kinders. In dié gevalle blyk dit duidelik dat gewoontes nie stagnant is nie, en met verloop van tyd by veranderende omstandighede kan aanpas. Die implementering van die voorstel om by die aanstelling van tradisionele leiers van die manlike eersgeboorteregsreël af te wyk, kan egter verreikende gevolge vir die inheemse erfopvolgingsreg hê. In die eerste plek negeer dit 'n fundamentele beginsel van die inheemse reg wat ingevolge artikels 30, 31 en 211(1) van die Grondwet¹⁴⁹ grondwetlike erkenning geniet. Volgens Vorster is dit ook geen uitgemaakte saak dat die praktyk van manlike opvolging tot tradisionele leierskap ter uitsluiting van vroue onbillike diskriminasie ooreenkomstig artikel 9 van die Grondwet daarstel nie.¹⁵⁰ Geen saak is nog voor die hof gebring om vas te stel of die skynbare diskriminasie billik is nie. Volgens Bennett is dit twyfelagtig of 'n status as onbillik beskou kan word wanneer dit wyd aanvaar en onderskryf word deur 'n kulturele tradisie.¹⁵¹

Vorster wys egter daarop dat die praktyk van manlike opvolging tot die posisie van tradisionele leier “onbillike diskriminasie” ingevolge die Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie¹⁵² kan meebring. Diskriminasie word in artikel 1(viii) van die Wet omskryf as “enige handeling wat direk of indirek ... (b) winste, geleenthede of voordele van enige persoon weerhou”. Gelykheid sluit ingevolge artikel 1(ix) ook die *de jure* en *de facto* gelykheid in en ook gelykheid insake inkomste. Ingevolge artikel 4(2) moet enige beregting van verrigtinge wat kragtens die Wet ingestel word, die bestaan van sistematiese diskriminasie en ongelykhede in die besonder ten opsigte van ras, geslag en gestremdheid in alle lewensfere as gevolg van onbillike diskriminasie in die verlede of tans, wat teweeggebring is deur kolonialisme, die Apartheidstelsel en patriargie, in ag neem. Ingevolge artikel 5(1) is die Wet bindend op die Staat en op alle persone. Dié spesifieke bepaling sluit dus enige betoog teen die horisontale werking van die Wet uit. Die Staat word ingevolge artikel 1(xxviii) omskryf om in te sluit “enige funksionaris of instelling wat openbare gesag uitoefen of 'n openbare werksaamheid verrig ingevolge enige wetgewing of kragtens gewoontereg of tradisie”. Hierdie definisie is wyd genoeg om die instelling van tradisionele leierskap en tradisionele owerhede in te sluit.¹⁵³ So 'n betekenis negeer die belang van die onderhandelingsproses ten opsigte van

¹⁴⁹ Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996.

¹⁵⁰ Vorster “Die Instelling van Tradisionele Leierskap” in Bekker, Labuschagne en Vorster (reds) *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika Deel 1: Gewoontereg* 135.

¹⁵¹ Bennett *Human Rights and African Customary Law* (1995) 73, 92.

¹⁵² 4 van 2000.

¹⁵³ Vorster 136.

die instelling van tradisionele leierskap wat die eerste demokratiese verkiesing in 1994 voorafgegaan het. In dié opsig sê Vorster soos volg:

“Indien dit die geval is, behoort die politieke agtergrond van die onderhandelinge oor die grondwetlike erkenning van die instelling van tradisionele leierskap tot die geskiedenis. In daardie geval gaan die instelling van tradisionele leierskap heel waarskynlik omskep word buite sy kulturele en voorouerlike wortels, en sal die reg op kultuur in hierdie verband baie min in substantiewe terme beteken. Dit kan lei tot kulturele vervreemding, indien nie oorheersing nie.”¹⁵⁴

Binne hierdie konteks gesien, negeer die Witskrifvoorstelle ook die reg op kultuur ingevolge artikels 30 en 31 van die Grondwet. Die presiese omvang van die begrip “tradisionele leier” is ook onseker. Die vraag is of dit bloot voorsiening maak vir sekere politieke ampte, soos dié van koning, hoofkaptein, kaptein en wykshoof,¹⁵⁵ en of dit ook in die algemeen ook na die instelling van familiehoof verwys. Daar word aan die hand gedoen dat die enger definisie in die Witskrif beoog is. Indien dit wel die geval is, sal die voorstelle nie op opvolging in die posisie van die familiehoof van toepassing wees nie, en sal dit steeds ingevolge die tradisionele inheems-regtelike reëls geskied. Dit kon egter nie die bedoeling van die Witskrif wees nie. Alhoewel die Witskrif daarop wys dat erkenning aan instellings verleen moet word soos dit praktiese toepassing vind, verwys dit slegs na die “recent move to appoint women as chiefs in their own right” in KwaZulu-Natal.¹⁵⁶ Geen aanduiding van die navolging en aanvaarbaarheid van dié praktyk in ander provinsies as KwaZulu-Natal, word verskaf nie. Die praktiese implikasies van die terugwerkende werking van die voorstel is ook problematies. Dit laat die vraag na die ontneming van regte (ten opsigte van goed en ten opsigte van status) wat reeds by die dood van die oorledene in sekere persone gevestig het.¹⁵⁷ Dit is uiteraard moontlik om ’n tradisionele leier van sy posisie te onthef en deur iemand anders te vervang. Die Premier van ’n provinsie is ingevolge artikel 2(7) van die Swart Administrasiewet¹⁵⁸

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Die Witskrif verwys na die volgende ampte: die gewoonte-gebaseerde posisies van “kingship”, “chieftainship”, en “headmanship”, asook die instellings deur die regering van “supreme chief”, “paramount chief”, “subchief” en “independent headmen”. Sien Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* 38.

¹⁵⁶ Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering *Draft White Paper on Traditional Leadership and Governance* 40.

¹⁵⁷ Die tydelike aard van erfopvolging is egter nie vreemd aan die inheemse reg nie. So kan die geboorte van ’n persoon met ’n sterker titel op opvolging ’n huidige erfgenaam van sy status ontnem. Sien, bv, die gebruike van *ukungena*, *ukuvusa*, kinderbaring, aanneming en instelling van ’n erfgenaam. Sien Bekker *Seymour’s Customary Law in Southern Africa* 5de uitg (1989) 297: “The heir retains his position until he dies, or until he is displaced by the birth of a person having a better right than himself; until this uncertain event happens he is the heir and family head of the house. He cannot, therefore, if and when he should eventually be displaced, be called upon to make restoration for what he has used during the period of his heirship; nor, on the other hand, can he detach from the house, and keep, the rights or property which accrued to it while he was heir.” Bekker se uiteensetting verwys uiteraard na opvolging as familiehoof, en nie na opvolging in die posisie van tradisionele leier nie.

¹⁵⁸ 38 van 1927.

daartoe gemagtig om enige persoon as tradisionele leier aan te stel, die persoon in die amp te erken, verpligtinge, voorregte en magte vir die tradisionele leier voor te skryf, en hom van sy amp te onthef. Die bevoegdheid van die Premier is administratief van aard, en moet ooreenkomstig die beginsels van die administratiefreg uitgeoefen word.¹⁵⁹

3 3 Traditional Leadership and Governance Framework Act¹⁶⁰

Dit is opmerklik dat die Wet, sowel as die Wetsontwerpe wat dit voorafgegaan het,¹⁶¹ anders as die Witskrif nie uitdruklik na die ontoepaslikheid van die manlike eersgeboorteregsreël in die opvolging van tradisionele leierskap verwys nie. Daar word egter by verskeie geleenthede in die Wet na sekere inheemsregtelike en grondwetlike waardes verwys. In die voorwoord tot die Wet word die waardes van die instelling, status en rol van tradisionele leierskap *volgens die inheemse reg*,¹⁶² erken. Daarbenewens word aanvaar dat die instelling van tradisionele leierskap die beginsels van vryheid, menswaardigheid, gelykheid en nie-seksisme moet bevorder. Spesifieke verwysing word na die progressiewe bevordering van geslagsgelykheid binne die instelling van tradisionele leierskap gemaak. Terselfdertyd moet gestreef word na die bevordering van tradisies en kultuur. Artikel 2(3) maak spesifiek voorsiening vir die aanpassing van die inheemse reg en gewoontes relevant tot die toepassing van die Wet, ten einde onbillike diskriminasie te voorkom, gelykheid te bevorder, en “seeking to progressively advance gender representation in the succession to traditional leadership positions”. Laasgenoemde bepaling maak dit duidelik dat die Wet gerig is op die demokratisering van tradisionele leierskapposisies, ook ten behoeve van vroue. Die Wet is egter nie primêr gerig op die bevordering van vroueregte nie, maar wel om ’n raamwerk neer te lê waarbinne tradisionele leierskap gereguleer word.

¹⁵⁹ Sien die toepassing van hierdie reëls in *Mkhatshwa v Mkhatshwa* 2002 3 SA 441 (T). *In casu* het die hof die applikant se aansoek om herinstelling as hoofman van die Mawewestamgroep van die hand gewys. Die eerste respondent was ’n vrou wat deur die Premier van Mpumalanga as hoof aangestel het. Die applikant het betoog dat hy die regmatige opvolger van sy vader was, maar dat hy te jonk was om die verantwoordelikheid as hoof oor te neem toe sy vader in 1985 gesterf het. Onderwyl die applikant in Johannesburg op skool was, het die koninklike familie aanbeveel dat die eerste respondent as waarnemende hoof aangestel moet word. Die applikant het in 1996 na die familiewoning teruggekeer, en is kragtens a 2(7) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927 as tradisionele leier aangestel. Sy aanstelling is egter gou betwis, en hy is na herooring deur die Premier van sy amp onthef. Die eerste respondent is heraangestel. Dit is hierdie aanstelling wat aanleiding gegee het tot die onderhawige aansoek. Die hof kon egter geen ongerymdheid in die aanstellingsprosedure vind nie. Dit was nie vir die hof nodig om uitsprake *re* die bevoegdheid van ’n vrou as tradisionele leier te maak nie.

¹⁶⁰ 41 van 2003.

¹⁶¹ Die Traditional Leadership and Governance Framework Bill, die oorspronklike weergawe vervat in Kennisgewing 1850 van 2003, en gewysig deur die Portefeuljekomitee op Plaaslike en Provinsiale Regering in die Traditional Leadership and Governance Framework Bill 58B–2003.

¹⁶² My vertaling en beklemtoning.

Wat betref die erkenning van spesifieke tradisionele leierskapposities, maak artikel 8 van die Wet voorsiening vir die volgende posities: koningskap; senior tradisionele leierskap¹⁶³ en hoofmanskap. In spesifieke artikels¹⁶⁴ word voorts voorsiening gemaak vir die aanstelling en ontslag van tradisionele leiers. In dié verband word daar telkens na beide manlike en vroulike leiers as “kings”, “queens”, “senior traditional leaders, headmen or headwomen” verwys. Die aanstellingsproses vir tradisionele leierskapposities bepaal dat die betrokke koninklike familie binne ’n redelike tyd, met *inagneming van die beginsels van die inheemse reg*,¹⁶⁵ ’n kandidaat vir die betrokke posisie moet identifiseer, en die Premier van die provinsie daarvan in kennis stel.¹⁶⁶ Die Premier is dan gebonde aan die nominasie, tensy daar getuienis is dat die voorgeskrewe inheemsregtelike reëls nie nagekom is in die nominasieproses nie. In so ’n geval moet die Premier die aangeleentheid vir heroerweging na die koninklike familie terugverwys.¹⁶⁷ Artikel 3 maak voorsiening vir die erkenning en aanwysing van tradisionele rade, oftewel “traditional councils”. Die ledetal van dié rade mag nie 30 oorskry nie, waarvan ten minste een-derde vroue moet wees. Die tradisionele raadslede word deur die senior tradisionele leier uit die geledere van tradisionele leiers en lede van die tradisionele gemeenskap, ooreenkomstig daardie gemeenskap se gewoontes, aangewys.¹⁶⁸ Spesifieke bepalings om die aanstellings onderworpe aan artikel 9 van die Grondwet te maak, ontbreek egter.

Dit is dus duidelik dat die Wet nie die genoemde tradisionele leierskapposities vir manspersone reserveer nie. Tog gaan dit nie sover as om uitdruklik vir die afskaffing van die manlike eersgeboorteregseël voorsiening te maak nie. So verklaar Rampete namens die Gender Project dat “[t]he section dealing with recognition of traditional leaders avoids dealing with succession of women to the throne as traditional leaders and merely mentions queens who are in most cases women married to traditional leaders and not leaders of the community in their own capacity”.¹⁶⁹ Die tradisionele prosedures vir die nominasie van ’n leier word inderdaad behou, en in soverre die inheemse reg vir die nominasie van manlike tradisionele leiers voorsiening maak, kan dit die skrywer insiens indirek tot die behoud van die manlike eersgeboorteregseël lei. Interne ontwikkeling binne die tradisionele owerheid wat vir die nominasie van vroulike leiers voorsiening maak, is egter moontlik omdat die inheemse reg nie stagnerend is nie.¹⁷⁰

¹⁶³ Die oorspronklike weergawe van die Wetsontwerp het na “kapteinskap” verwys.

¹⁶⁴ Aa 9-15 van die Traditional Leadership and Governance Framework Act 41 van 2003.

¹⁶⁵ My vertaling en beklemtoning.

¹⁶⁶ A 11(1) van die Traditional Leadership and Governance Framework Act 41 van 2003.

¹⁶⁷ *Sien*, bv, a 11(3) van die Traditional Leadership and Governance Framework Act 41 van 2003.

¹⁶⁸ Rampete “What Happens to a Wife of a Traditional Leader when her Husband dies?” 2003 3 *Gender Research Project Bulletin* 7 8 kritiseer die samestelling van die raad, omdat dit te veel gesag aan die senior tradisionele leier gee om lede aan te wys.

¹⁶⁹ 2003 3 *Gender Research Project Bulletin* 8.

¹⁷⁰ *Ibid.*

Trouens, die Wet is gerig op die bevordering van geslagsgelykheid en die eliminasië van seksisme.¹⁷¹

4 GEVOLGTREKKING

Dit is uit al die verskillende aanbevelings van die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie en sekere regeringsdepartemente duidelik dat die inheemse erfopvolgingsreg aan diepgaande hervorming blootgestel is. Die voorgenome hervorming is een van harmonisering met die gemene reg, en spesifiek met die bepalings van die Grondwet ten einde effek te gee aan die waardes van menswaardigheid en gelykheid. Dit is insiggewend om daarop te let dat die voorgenome hervorming van die inheemse erfreg ingevolge die voorstelle van die Regshervormingskommissie bloot gerig is op die wysiging van die manlike eersgeboorteregsreël ten opsigte van die vererwing van goed. Wysiging van die reëls ten opsigte van die opvolging in status is pertinent van die voorstelle uitgesluit. Daarteenoor maak die Witskrif van die Departement van Provinsiale en Plaaslike Regering uitdruklik vir die afskaffing van die reël in die opvolging van tradisionele leierskap voorsiening, terwyl beide die Wetsontwerp en die Traditional Leadership and Governance Framework Act¹⁷² glad nie direk na die afskaffing van die reël verwys nie. Dié voorstelle blyk onversoenbaar te wees. Die stilswye van die Wetgewer in die Wet impliseer moontlik dat 'n radikale afwyking van die inheemse opvolgingsreëls onaanvaarbaar en prakties moeilik afdwingbaar kan wees. Dit sou moontlik nie die goedkeuring van alle relevante rolspelers wegdra nie. Die effek van die reël in 'n moderne konteks is onseker, en daar word aan die hand gedoen dat daar 'n behoefte is aan diepgaande praktiese veldnavorsing wat die navolging van die reël kan ondersoek. Die afskaffing van die manlike eersgeboorteregsreël blyk egter onvermydelik te wees in die na-grondwetlike bestel met sy waardes van menswaardigheid¹⁷³ en gelykheid.¹⁷⁴ Die vraag is of dit in ooreenstemming met huidige praktyk is, en steeds die funksies van die inheemse erfopvolgingsreg kan dien – funksies wat nie noodwendig vanuit 'n Westerse oogpunt beoordeel moet word nie, maar binne die konteks van die kommunitariese waardes van die Afrika-kultuur.

“It is clear that the [Act] does not focus on women’s participation in the traditional leadership institution as a critical issue, ... The wives of traditional leaders ... made it clear that it is time for that to change. The challenge is how to go about effecting change in this institution, which is rooted in tradition. Having said that it must [be] pointed out that tradition or custom is not static and therefore should change with the times. One important fact is always overlooked by proponents of tradition in an attempt not to change the status quo is that these women (wives of traditional leaders) are also very much part of the tradition themselves.”

¹⁷¹ Sien die voorwoord tot die Wet.

¹⁷² 41 van 2003.

¹⁷³ Soos vervat in a 10 van die Grondwet.

¹⁷⁴ Soos vervat in a 9 van die Grondwet en die bepalings van die Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasië 4 van 2000.