

# GESKIEDENIS VAN DIE MAN- LIKE EERSGEBEORTEREGSREËL IN DIE INHEEMSE REG DEEL II: ONLANGSE REGSPRAAK

Elmarie Knoetze

*BJuris LLB LLM*

*Mede-professor, Universiteit van Port Elizabeth*

## SUMMARY

This article explores the recognition of the male primogeniture rule in the customary law of succession. In the first of three parts, part one of the article traces the recognition of the rule in the various decisions of the Appeal Court of the Commissioners' courts. Part two deals with the constitutionality of the male primogeniture rule in terms of recent case law, whereafter the discussion is concluded in part three with an overview of the recommendations of the South African Law Reform Commission in this regard.

## 1 INLEIDING

Die bestaanbaarheid van die inheemsregtelike manlike eersgeboorteregsreël in die grondwetlike bestel is vir die eerste keer in 'n trilogie van sake, *Mthembu v Letsela*,<sup>1</sup> oorweeg. Die manlike eersgeboorteregsreël bepaal dat eersgebore manlike afstammeling in die manlike linie die enigste erfopvolgers is. Tradisioneel gesproke het vroue dus geen erfopvolgingsregte gehad nie. Vervolgens word die vraag ondersoek of die tradisionele voorskrifte (wat ook statutêr gereël word),<sup>2</sup> met die voorskrifte van die Grondwet versoenbaar is, soos blyk uit regspraak wat na die inwerking-treding van die interim Grondwet van 1993 besleg is. In die *Mthembu*-sake was daar wesenlik 'n totale aanslag op die inheemse erfopvolgingsreg – nie alleen het die applikant die inheemse regsreël wat erfopvolging tot manlike persone beperk, aangeval nie, maar ook aangevoer dat die betrokke interne aanwysingsreg wat die inheemse erfopvolgingsreg onder bepaalde omstandighede van toepassing maak, ongeldig is. Indien aan laasgenoemde argument toegegee sou word, sou dit beteken dat die geheel van die inheemse erfopvolgingsreg nie meer geld nie.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> 1997 2 SA 936 (T); 1998 2 SA 675 (T); en 2000 3 SA 867 (SCA).

<sup>2</sup> Sien a 23 van die Swart Administrasiewet 38 van 1927, en die Regulasies kragtens a 23(10) uitgevaardig.

<sup>3</sup> Prinsloo "Die Inheemse Opvolgingsreg Getoets aan die Grondwet" 1998 *TSAR* 570.

Dit was onvermydelik dat die inheemse erfopvolgingsreg in die nagrondwetlike bedeling aan skrutinerig deur die Suid-Afrikaanse howe onderwerp sou word. Na die beslissings in *Mthembu*, is die manlike eersgeboorteregsreël opnuut in 2003 onder die soeklig geplaas in die Kaapse saak *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*<sup>4</sup> en die Transvaalse saak *Shibi v Sithole*.<sup>5</sup> Hierdie beslissings het potensieel verreikende gevolge vir die erkenning en voortgesette toepassing van die manlike eersgeboorteregsreël, en word hieronder<sup>6</sup> breedvoerig bespreek. Die beslissings is intussen ingevolge artikel 172 van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika<sup>7</sup> aan bevestiging deur die Grondwetlike Hof onderworpe. In hierdie artikel word die beslissings van die howe in die *Mthembu*-, *Bhe*- en *Shibi*-sake bespreek in soverre dit betrekking het op die swart vrou se reg om te erf. Daar sal in besonder gelet word op die howe se interpretasie van die relevante grondwetlike bepalinge *re* die erkenning van die inheemse erfopvolgingsreg.

## 2 DIE BESLISSINGS VAN *MTHEMBU V LETSELA*

Die eerste aanslag op die grondwetlike geldigheid van die inheemse erfopvolgingsreg het in hierdie saak ter sprake gekom, en daarom is die onderskeie uitsprake van besondere belang.<sup>8</sup> Die saak het die manlike eersgeboorteregsreël aan die gelykheidsbeginsel van artikel 8 van Hoofstuk 3 van die interim Grondwet van 1993 getoets. Benewens die meegaande vraag na die geldigheid van die applikant se gebruiklike huwelik met ene Tebalo Watson Letsela, was die hoofgeskilpunt of die reëls van erfopvolging volgens die eersgeboortereg en slegs deur mans in die manlike lyn, bots met die gelykheidsbeginsel soos vervat in artikel 8 van die interim Grondwet. Die feite van *Mthembu* is welbekend, en word nie hier herhaal nie. Daar word vervolgens bloot gelet op die onderskeie beslissings en akademiese kommentare daarop.

### 2.1 Die 1997-beslissing

Die hof se beslissing by monde van Regter Le Roux in die eerste beslissing kan soos volg weergegee word:

In antwoord op die betoog ten gunste van 'n horisontale toepassing van die Grondwet, het Regter Le Roux aangedui dat dit vir hom onnodig sou wees om in hierdie stadium 'n finale mening oor dié omstrede kwessie te gee omdat die Grondwetlike Hof se beslissing oor die aangeleentheid ophande was. Vir die doel van die onderhawige saak het hy aanvaar dat die Grondwet

<sup>4</sup> 2004 1 BCLR 27 (C).

<sup>5</sup> Transvaalse Provinsiale Afdeling saaknommer 7292/01 (21 November 2003) (ongerapporteerde).

<sup>6</sup> Par 3 en 4.

<sup>7</sup> 108 van 1996.

<sup>8</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 573.

die inheemse erfopvolgingsreg beheers sonder om hom oor die horisontale werking van die Grondwet uit te laat.<sup>9</sup> Ten spyte van hierdie gevolgtrekking, het die hof egter reeds op hierdie stadium sy sentiment vir die erkenning van die inheemse reg te kenne gegee, 'n sentiment wat aanduidend van die uiteindelijke beslissing was:

“There is much to be said for the view that customary law has been accepted by the framers of the Constitution as a separate legal and cultural system which may be freely chosen by persons desiring to do so by virtue of s 31 of the Constitution. Section 33(3) contains a strange provision which reads:

‘The entrenchment of the rights in terms of this chapter shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms recognised or conferred by common law, customary law or legislation to the extent that they are not inconsistent with this chapter.’

This appears to confer a further choice on persons who wish to avail themselves of these ‘other rights and freedoms’ ... Section 181(1) continues the enforcement of indigenous law by traditional authorities.”<sup>10</sup>

Regter Le Roux het vervolgens die betoog dat die inheemse manlike eersgeboorteregseël onredelik teen vroue en kinders (behalwe die oudste seun) diskrimineer en daarom ingevolge artikel 4 van die Grondwet ongeldig was, ondersoek. Eerstens het die regter na die aard van die inbreukmaking op gesigwaarde verwys, en aangetoon dat in soverre die reël vroue en kinders anders as die oudste seun van erfopvolging uitsluit, dit ongetwyfeld diskriminerend is:

“If stated in this fashion, the right of intestate succession by the male heir of the deceased only is undoubtedly discriminatory against women and younger children.”<sup>11</sup>

Die regter het egter nie sy oordeel tot die reël in isolasie beperk nie, en het na ander (kompeterende) regte wat in die Grondwet verskans word, verwys:

“But against this should be balanced the provisions of s 31 of the Constitution, which provides that every person shall have the right to use the language and to participate in the cultural life of his or her choice.”<sup>12</sup>

In die derde plek het Regter Le Roux op die potensiële impak van die beperkingsklousule gewys. Fundamentele regte kan deur 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word op voorwaarde dat die regsvoorskrif (a) net sal geld in soverre dit (i) redelik en (ii) regverdigbaar in 'n oop en demokratiese samelewing gegrens op vryheid en gelykheid is, en (b) dit die wesenlike inhoud van die reg nie aantast nie. Uitgesonder die voorgaande beperkingsklousule of enige ander bepaling in die Grondwet, mag geen regsvoorskrif, hetsy die gemeneereg, inheemse reg of wetgewing, enige reg wat in die Grondwet verskans is, beperk nie.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 943C-944G.

<sup>10</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 944B-D.

<sup>11</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 945A.

<sup>12</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 945A-B.

<sup>13</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 945B-D.

Regter Le Roux het ná sy bespreking van die beperkingsklousule en ander kompeterende regte in die Grondwet, teruggekeer na die formulering van die gelykheidsklousule. Die vraag wat volgens hom spesifiek oorweeg moes word, is of die inheemse erfopvolgingsreg op 'n onredelike wyse tussen persone op grond van geslag diskrimineer:

“The question ... is whether this rule of succession unfairly discriminates between persons on the ground of sex or gender.”<sup>14</sup>

Hy het daarop gewys dat dit gemeensaak is dat in landelike gemeenskappe waar die reël oor die algemeen toegepas word, die oorgang van die oorledene se bates op die senior manlike afstammeling ook 'n verpligting om die vrou of vroue en kinders van die oorledene, te onderhou en te versorg, meebring. Indien 'n mens die verpligting om onderhoud en versorging te verskaf as 'n noodsaaklike gevolg van die stelsel van primogenituur aanvaar, sou dit die regter insiens moeilik wees om hierdie vorm van diskriminasie tussen mans en vrouens met die begrip “onredelike diskriminasie”, soos vereis in artikel 8, te vereenselwig.<sup>15</sup>

Vervolgens het die regter ook ander gevalle genoem waar 'n reël tussen mans en vroue differensieer en wat geen regdenkende persoon as “onredelik” sal beskou nie, soos aparte toiletgeriewe. Daaruit volg dan dat selfs al sou die reël *prima facie* op grond van geslag as diskriminerend beskou word, die vermoede deur die gejaagde onderhoudsplig weerlê word.<sup>16</sup>

Die geldigheid al dan nie van die gebruikelike huwelik tussen die applikant en die oorledene het nou 'n nuwe betekenis aangeneem, want, “[s]hould the counter-balance of the right of support fall away, ..., the whole matter assumes a different aspect.”<sup>17</sup> Eerstens is dit in die inheemse reg essensieel om vas te stel aan watter familie<sup>18</sup> 'n kind behoort alvorens bepaal kan word wie vir die onderhoud van die kind verantwoordelik is. Tweedens is die huweliksvorm en huwelikstatus 'n deurslaggewende faktor vir die toepassing van Regulasie 2(d) van Goewermentskennisgewing R200 van 1987. Volgens die dokumentasie voor die hof het dit geblyk dat die applikant nie van die remedie in Regulasie 2(d) gebruik gemaak het nie. Die onderhawige saak sou die hof insiens geskik wees vir sodanige aansoek tot die Minister.<sup>19</sup>

Ten slotte het Regter Le Roux beveel dat die aangeleentheid vir die aanhoor van mondelinge getuienis oor die volgende kwessies verwys word: (a) of die applikant 'n gebruikelike huwelik met die oorledene aangegaan het;

<sup>14</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 945E.

<sup>15</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 945G-I.

<sup>16</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 946B-C.

<sup>17</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 946D.

<sup>18</sup> Dié van die vader in 'n gebruikelike huwelik, of dié van die familiehoof van die moeder van die kind in die afwesigheid van sodanige huwelik.

<sup>19</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 946I-J.

en (b) of 'n putatiewe huwelik tussen die oorledene en die applikant bestaan het.<sup>20</sup>

Die uitspraak in die eerste *Mthembu*-beslissing is in akademiese kringe met gemengde reaksie begroet, en op verskillende gronde aangeprys en gekritiseer. Die verskillende standpunte word vervolgens onder die loep geneem.

Volgens Koyana kan die beslissing as een van die beste in die Suid-Afrikaanse regsgegeskiedenis beskou word in soverre dit effek gee aan die toepassing van die inheemse reg as prominente regstelsel in Suid-Afrika:

“[T]he recent judgement of *Le Roux J* ... will go down in history as one of the first and greatest judicial pronouncements which vindicate customary law as the appropriate legal system to be applied by the millions of black South Africans whose lives are governed by it. More importantly, it has corrected the error of many who thought that the equality clause against discrimination in the new South African Constitution should result in the rules of customary law that at first glance discriminate against women on the ground of gender being abolished as being contrary to the Constitution.”<sup>21</sup>

Hy wys op die absurditeite wat sou volg indien die gevraagde regshulp aan die applikant verleen is:

“The absurdities that would follow the granting of the kind of relief that was sought by applicant in this case are so far-reaching in all branches of customary law that the millions of Africans whose lives are governed by customary law, constituting the vast majority of the people of South Africa, would regret that the new Constitution ever came into being. In the field of the law of succession it would mean that where a man with 39 head of cattle, 80 sheep and 60 goats dies leaving say four daughters and one son younger than them all the eldest daughter would inherit the livestock. If she got married the following year she would be entitled to go with all the stock to her married home, leaving her widowed mother and brother and sisters with no cows to milk and no oxen wherewith to plough the lands, no goats to sell from time to time and get R400 for each and have cash for groceries and clothing, and no sheep to slaughter from time to time and have meat. In the field of the law of delict the African girl could make out a case for the five head of cattle presently payable to her father as damages for her seduction and pregnancy, to be paid to her direct in as much as damages for seduction and pregnancy are payable to the girl herself under common law. If she gets married and the new Constitution has not yet abolished the lobola system as being in conflict with it she could then make out a case for the ten head of cattle paid for her to be hers and to be able to go back with her to the married home from where the lobola cattle came.”<sup>22</sup>

Koyana se argumente sentreer sterk om die potensiële verlies van huisgoedere buite die manlike lyn sou die erfopvolger-dogter die huis na huweliksluiting verlaat. Dit wys ook spesifiek op die noue verband tussen die inheemse erfopvolgingsreg en ander afdelings van die reg.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 947D-E.

<sup>21</sup> Koyana “Customary Law and the Role of Customary Courts Today” 1997 *Consultus* 126.

<sup>22</sup> Koyana 1997 *Consultus* 127.

<sup>23</sup> Sien ook Pieterse “The Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000: Final Nail in the Customary Law Coffin?” 2000 *SALJ* 627 630 waar hy die

Ook Prinsloo prys die hof se benadering om die gewraakte inheemse regsreël teen die agtergrond van die volledige inheemse opvolgingsreg te beoordeel, as wys en prysenswaardig. Hy maan teen die beoordeling van 'n inheemsregtelike reël in isolasie, en wys met verwysing na die skrywer Kerr<sup>24</sup> op die vervlegtheid van die inheemse opvolgingsreëls en die absurditeit wat kan ontstaan indien die inheemse regsreël dat slegs mans deur die manlike lyn mag opvolg, ongrondwetlik verklaar sou word. Dit sou onder meer tot gevolg hê dat 'n dogter die voogdy oor haar ma sou uitoefen. Prinsloo beskou die bevinding dat die betrokke inheemse regsreël nie met artikel 8 bots nie omdat dit as 'n redelike en regverdige beperking op die gelykheidsbeginsel op grond van geslag verstaan moet word, soos toegelaat ingevolge artikel 33(1) van die interim Grondwet, as "suiwer". Hiermee toon Regter Le Roux sy begrip vir die bestaan en erkenning van die inheemse reg.<sup>25</sup> Prinsloo lê die volgende toets neer vir die beoordeling van die grondwetlike bestaanbaarheid van 'n regsreël:

"Wanneer 'n regsreël aan die vereistes van die oorgangsgrondwet, ook in die toekoms aan die grondwet van 1996, getoets word, is dit noodsaaklik dat die inheemse reg as 'n erkende regstelsel naas die gemenerereg oorweeg word en dat 'n mens waak teen 'n etnosentriese beoordeling van die inheemse reg. Dit vereis 'n goeie kennis en insig van die inheemse reg en beoordeling van die gewraakte reël teen die agtergrond van die betrokke inheemse regstelsel en die besondere kultuur. So 'n beoordeling word in [Mthembu] gevolg. ... Volgens [R]egter [L]e Roux moet verder in gedagte gehou word dat elke persoon ingevolge artikel 31 van die grondwet geregtig is om deel te neem aan die kulturele leefwyse van sy keuse en dat persone wat hulle van die inheemse reg wil laat bedien hierdie keuse vryelik uitoefen. ... Die woorde 'regverdigbaar wees in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid' in artikel 33(1)(a)(ii) is in hierdie verband van besondere belang."<sup>26</sup>

Prinsloo wys voorts daarop dat die geaardheid van die inheemse reg, gekenmerk deur groepsregte en -verpligtinge, nie in die beoordelingsproses uit die oog verloor moet word nie, en dat menswaardigheid in tradisionele Afrika hoog aangeslaan word.<sup>27</sup> Daarbenewens moet die bedoeling van die wetgewer soos uitgedruk in die interim Grondwet in gedagte gehou word, naamlik dat die inheemse reg wanneer toepaslik, deur die howe toegepas moet word. Dit kon tog nie die bedoeling van die wetgewer wees om die inheemse reg in die Grondwet te erken, maar dit dan deur die toetsing in die howe ongedaan te maak nie.<sup>28</sup>

---

verwantskap tussen die inheemse erfopvolgingsreg met ander inheemsregtelike reëls beklemtoon:

"While it has been argued that the exclusion of women in this regard constitutes blatant gender discrimination ..., it must be kept in mind that the system of primogeniture does not operate alone, but in conjunction with a multiplicity of other personal laws and customs."

<sup>24</sup> "The Bill of Rights in the New Constitution and Customary Law" 1997 *SALJ* 346 350-352.

<sup>25</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 573-574.

<sup>26</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 574.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

Ten slotte beveel hy die navolging van die beginsels wat Regter Le Roux in die eerste *Mthembu*-beslissing vir die toetsing van die inheemse reg gebruik het, as presedent aan. Prinsloo beskou die beslissing as “goed verantwoord en die billikste onder die omstandighede van die partye”.<sup>29</sup>

Ook Maithufi verwelkom die beslissing, maar meen dit “reads like a riddle”.<sup>30</sup> Syns insiens dien die uitspraak nie as uitdruklike gesag vir die standpunt dat die manlike eersgeboorteregrsreël nie onbillik op grond van geslag tussen persone diskrimineer nie. Hy vermoed dat die hof sy beslissing gegrond het op die veronderstelling dat ’n geldige gebruikelike huwelik tussen die applikant en die oorledene bestaan het. Daarbenewens was Regter Le Roux volgens Maithufi huiwerig om te beslis wat die posisie sou wees indien die erfopvolging in ’n stedelike omgewing moes geskied.<sup>31</sup> In antwoord op hierdie vraag doen Kerr aan die hand dat daar geen onsekerheid oor die toepassing van die reël in ’n stedelike omgewing behoort te heers nie:

“With respect, irrespective of where most cases occur, a point which may be arguable, the rule is the same in rural and urban areas wherever those within its compass may live. Customary law is personal, not territorial, in application. There is a duty of support on heirs in urban areas as well as on those in rural areas.”<sup>32</sup>

In die afwesigheid van navorsing en gegewens wat die praktiese toepassing van die reël kan bevestig, is dit moeilik om te beoordeel of dié standpunt die lewende inheemse reg weergee, of die amptelike weergawe van die inheemse reg vergestalt. Maithufi doen gevolglik aan die hand dat meer navorsing, hetsy deur akademici of deur regspraktisyns, essensieel is ten einde die lewende inheemse reg bloot te lê.<sup>33</sup> De Koker steun hierdie standpunt in soverre sy verwys na Regter Le Roux se klaarblyklike aanvaarding van die onderhoudspilig wat op ’n erfopvolger rus, sonder om hom met die toepassing van die verpligting in ’n landelike omgewing te bemoei. Wat die regter nagelaat het om te doen, is om in sy beslissing voorsiening te maak vir die verskillende vorme van die inheemse reg, en, in besonder, die onderskeid tussen die lewende inheemse reg en die amptelike weergawe daarvan:

“The different forms of African customary law should have been discounted in this case because Le Roux J based his decision on the substantive content of the rule of male primogeniture contained in a particular form of living African customary law applied in rural areas. It is undisputed that, in traditional African customary law, the devolution of the deceased’s property onto the male heir involves a concomitant duty

<sup>29</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 575. Geen uitspraak word gemaak oor die toepaslikheid van die beginsels in ander omstandighede nie, spesifiek in ’n stedelike omgewing waar die onderhoudspilig nie gereedelik nagekom word nie.

<sup>30</sup> Maithufi “The Constitutionality of the Rule of Primogeniture in Customary Law of Intestate Succession: *Mthembu v Letsela* 1997 2 SA 935 (T)” 1998 *THRHR* 142 146.

<sup>31</sup> Maithufi 1998 *THRHR* 146-147.

<sup>32</sup> Kerr “Inheritance in Customary Law under the interim Constitution and under the Present Constitution” 1998 *SALJ* 262 264.

<sup>33</sup> Maithufi “The Effect of the 1996 Constitution on the Customary Law of Succession and Marriage in South Africa: Some Observations” 1998 *De Jure* 285 293. Sien ook De Koker “Male Primogeniture in African Customary Law – Are Some now more Equal than Others?” 1998 *TRW* 99 113.

of support. ... The question is, however, whether this concomitant duty is applied in modern 'living' African customary law practised in urban societies.<sup>34</sup>

Maithufi blyk dié probleem te ondervang deur aan te toon dat die onderhawige geval besonder geskik was vir 'n aansoek om 'n Ministeriële bevel ingevolge Regulasie 2(d) van Goewermentskennisgewing R200 van 1987:

"This, in my opinion, was a proper case to be brought before the Minister of Justice for a directive in terms of regulation 2(d). Where this directive was obtained, that is, that the property devolve as if the parties were married out of community of property, the common law of succession would have applied to the devolution of the intestate estate. In the first Mthembu case, the court was aware of this ..."<sup>35</sup>

Hy betreur die feit dat hierdie prosedure nie nagevolg is nie omdat die applikant besluit het om eerder die grondwetlikheid van die inheemse erfopvolgingsreg aan te veg.<sup>36</sup> De Koker dui egter op die tekortkominge van die remedie in Regulasie 2(d):

"The question to ask is whether section 2(d) offers an effective, practical and enforceable remedy to the applicant. To fall within the ambit of the rule, the applicant must prove the existence of an African customary marriage or that she was living with the deceased as his putative spouse. The nature of the rules of African customary law and African customary marriages make it very difficult to prove the existence of valid African customary marriages. The difficulties multiply when couples live in an urban environment. Furthermore, the section is seldom utilised. The efficacy of section 2(d) as a method to mitigate some of the iniquities resulting from the African customary law of succession is, therefore, questionable."<sup>37</sup>

In sy bespreking van die saak, beklemtoon Maithufi die dinamiese en plooibare aard van die inheemse reg, en meen dat die tradisionele beginsels van primogenituur met tydsverloop moontlik kon verander.<sup>38</sup> Ook Van Niekerk verwys na tradisionele en moderne inheemsregtelike praktyke en hoe die inheemse reg met verloop van tyd verwing is:

"However, because in the past the rules of indigenous law have suited the needs of the community they served, it does not mean that today they are still responsive to the needs of the community. One should not regard indigenous law as an immutable legal system; it is adaptable to changing circumstances. Indeed, in the first case of *Mthembu v Letsela* the judge specifically referred to changed circumstances in urban areas. Over the years the idea of individual ownership by men has evolved. Whether it was as result of the incorrect interpretation of the indigenous law, or whether this was as result of acculturation and the influence of western law, is not certain. However, it should be borne in mind that in traditional indigenous law, both men and women had a very limited proprietary capacity and individual ownership extended only to personal property such as weapons, clothes and ornaments which have ritual value. If the idea of individual ownership had been developed in line with the underlying

<sup>34</sup> De Koker 1998 *TRW* 113.

<sup>35</sup> Maithufi "The Constitution and the Application of Customary Family Law in South Africa" 2002 *De Jure* 207 220. Sien ook Prinsloo 1998 *TSAR* 574-575.

<sup>36</sup> Maithufi 2002 *De Jure* 207 220.

<sup>37</sup> De Koker 1998 *TRW* 116. Die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998, maak in a 4 voorsiening vir die registrasie van sodanige huwelike. Nie-registrasie lei egter nie tot die ongeldigheid van die huwelik nie. Sien *Baadjies v Matubela* 2002 3 SA 427 (W) oor die belang en bewys van registrasie.

<sup>38</sup> Maithufi 1998 *THRHR* 147.

principles of indigenous law, where there was no substantial difference between men and women with regard to proprietary capacity, both men and women would now have been able to own property. Unfortunately, indigenous law has been distorted. The fact that the head of the family represents the group in all legal spheres, has led to the erroneous assumption that the husband is the owner of individual property and, therefore, that the wife has no proprietary capacity.”<sup>39</sup>

Ook De Koker meen dat die sosiale konteks vir die toepassing van die tradisionele erfopvolgingsreëls merkbaar verander het. Die erfopvolgingstelsel was oorspronklik gerig op ’n “group-oriented, subsistence economy and society with joint, extended families in which the concept of the collective right and responsibility within a family and a family group played an important role”.<sup>40</sup> In dié milieu kon die manlike eersgeboorteregsreël aan sy doel voldoen, maar veranderende omstandighede belemmer die oorspronklike funksie van die reël:

“The principles of male primogeniture may have been consistent with such conditions and, in particular, with the structure and functions of the joint family. Intestate succession through the male line prevented the partitioning of an estate and it kept it intact for the support of the widow, unmarried daughters and younger sons. In the traditional patriarchal, peasant community, the interests of women and minors were probably best secured by placing them under the protection of a son or other male relative of the deceased. Male primogeniture furthermore conformed to the notion in the traditional society that only a man can be the head of the family.

However, the circumstances in which the rules of the African customary law of succession apply today are vastly different: The ‘cattlebased economy’ was converted into a cashbased one. This altered economy, along with impoverishment, urbanisation and migrant labour fundamentally affected African family structures. The question is whether the application of African customary rules of succession is still appropriate to modern social conditions. Can it be reconciled with the constitutionally recognised principles of gender equality and non-discrimination?”<sup>41</sup>

Sy kom dan tot die volgende gevolgtrekking:

“The author is of the opinion that the rules of the African customary law of succession, male primogeniture, in particular, do not address current social conditions and violate the right to gender equality. The role and status of African women in modern, urban and even rural societies extends far beyond the narrow confines imposed by their status under ‘official’ traditional African customary law. Many women are the de facto heads of their families and have to support themselves and their children by their own efforts and many wives contribute to the married couple’s estate. Traditional ‘official’ African customary law of succession does not reflect nor accommodate this changed role and function. Denying women the right to inherit is not only unjust and socially harmful, it violates a woman’s right to substantive equal treatment as well as her right to own property.”<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Van Niekerk “Indigenous Law and Narrative: Rethinking Methodology” 1999 *CILSA* 208 225. Sien ook Pieterse 2000 *SALJ* 630.

<sup>40</sup> De Koker 1998 *TRW* 114.

<sup>41</sup> De Koker 1998 *TRW* 115. De Koker bespreek inderdaad twee verskillende vrae: naamlik of die manlike eersgeboorteregsreël steeds aan sy oorspronklike doel kan voldoen, en tweedens of dit in stryd is met die grondwetlike beginsels van geslagsgelykheid. Dit is my respekvolle submissie dat hierdie vrae apart beoordeel moet word, en dat grondwetlike bepalinge oor die status van vroue nie noodwendig die eerste vraag kan beantwoord nie.

<sup>42</sup> De Koker 1998 *TRW* 115.

Pieterse waarsku teen die verwydering van “amptelike” inheemse reg van sy bronne en volgelinge “to the extent that rigidly maintaining the dichotomy may have adverse consequences for the people considered to be subject to ‘official’ customary law”.<sup>43</sup> Dit, sê Pieterse, is wat in *Mthembu v Letsela* gebeur het:

“Not only did the court assume that the rules of primogeniture and the concomitant duty of support operated unchanged in ‘its proper setting in a tribal community’, but it also effectively relied on this duty in a case originating in the very ‘urban community’ where, by the court’s own admission, the traditional rules are not operating unchanged, if at all. By failing to contemplate whether traditions relied upon still exist, or still remain relevant to or are operative in the ‘modern’ context decisions such as *Mthembu* may cause unnecessary hardship.”<sup>44</sup>

Maithufi beklemtoon egter dat daar ’n duidelike onderskeid tussen die opvolging in status en die opvolging in goedere getref moet word:

“A clear distinction has to be made between succession to status and to the inheritance of the property of the deceased. Succession to status is not necessarily nor inevitably accompanied by the inheritance of property. Bearing this distinction in mind, it is submitted that despite the allegations of the first respondent in *Mthembu*, the issue at hand dealt with succession to the status of the deceased. Although presently the eldest son still ‘steps into the shoes of the deceased’, ..., this does not imply that he inherits the whole estate of the deceased ...”<sup>45</sup>

en stel voor dat dié onderskeid in die toepaslike wetgewing<sup>46</sup> getref moet word:

“A distinction between these rules [relating to the acquisition of status] and the rules relating to inheritance has to be made. If this distinction is kept in mind, the debate as to the constitutionality or otherwise of the application of the rules of primogeniture to matters of inheritance will become redundant. The role of the judiciary would then be to apply the correct rules of inheritance in each case warranting this or to determine under what circumstances these rules become applicable.

...

It is recommended that the present Intestate Succession Act of 1987 be amended to reflect also the position in customary law. Where this legislation is amended to reflect this position, reference to the principles of primogeniture as allegedly applicable to cases of inheritance as opposed to succession in customary law will be dealt a fatal blow. Legal certainty would thus be achieved. South Africa is an African country and its legal system unavoidably has to reflect principles of African culture.”<sup>47</sup>

In haar kritiek op die eerste *Mtembu*-beslissing verwys Van Niekerk na die “rule-centred methodology used by the court”<sup>48</sup> en verduidelik dit aan die hand van die mosie-aansoekprosedure wat gevolg is. Sy bevraagteken Regter Le Roux se gevolgtrekking dat daar geen geldige gebruikelike huwelik gesluit

<sup>43</sup> Pieterse “Its a ‘Black Thing’: Upholding Culture and Customary Law in a Society Founded on Non-racialism” 2001 *SAJHR* 364 378.

<sup>44</sup> Pieterse 2001 *SAJHR* 378.

<sup>45</sup> Maithufi 1998 *THRHR* 147. Sien ook Maithufi 1998 *De Jure* 292; en Pieterse 2000 *SALJ* 630.

<sup>46</sup> Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987.

<sup>47</sup> Maithufi 1998 *De Jure* 293.

<sup>48</sup> Van Niekerk 1999 *CILSA* 218.

is nie, ten spyte van die dokumentêre getuienis voor die hof en die regter se kennis van die inheemse reg. Ook die nalate van die applikant se regsverteenwoordiger om die gevraagde mondelinge getuienis van die bestaan van die huwelik te lewer, is onverstaanbaar. Van Niekerk vra dan wat die invloed van dié metodiek op die uiteindelijke beslissing van die saak kon wees:

“One has to ask whether the court would have come to the same conclusion had it heard the story of Tembi and her mother, and had the written material been put into proper perspective by their oral evidence; had the real issues not been swamped by technicalities so unfamiliar to an indigenous legal order? And it is here that one may question the appropriateness of application proceedings where indigenous law is at issue.”<sup>49</sup>

Sy stel vervolgens voor dat baie geleer kan word van die kollektiewe, deelnemende inheemsregtelike prosedures:

“Indeed, there is a lot to be learnt from the collective, participatory indigenous procedure. In such a process the judge, who plays an active part, may well have asked why the question of the marriage was not further pursued, especially since it may have had such a far-reaching effect on the outcome of the case. The informal, relaxed process, where emphasis falls on the reconciliation of the parties and a restoration of the equilibrium in the community, would have allowed the judge to ensure that the issue of the marriage be resolved and that relations be restored. One must bear in mind the wisdom of Socrates when he said that the truth and a just decision were more important than the use of formal procedure and technical skills.”<sup>50</sup>

De Koker kritiseer die eerste *Mthembu*-beslissing op verskeie gronde, sommige waarvan reeds bespreek. Sy verskil fundamenteel van die beskouing dat die manlike eersgeboorteregsreël nie onbillik op geslags-gelykheid inbreuk maak nie, en veroordeel wat sy noem “[j]ustifying cultural gender discrimination on the basis of the recognition of the right to culture ...”<sup>51</sup> In dié verband skaar sy haar by die voorstanders van die standpunt dat die gelykheidsbeginsel voorkeur bo die reg op kulturele aktiwiteit moet geniet, en beklemtoon die belang van die reg op gelykheid met verwysing na die Grondwet en ander internasionale dokumente:

“The right to equality was a core value of the interim Constitution which permeated the interim Constitution in its entirety and, in particular, all the provisions of the Bill of Rights. The significance of the right to equality is clear from the fact that the Preamble, the Epilogue and three Constitutional Principles contained specific references to equality.

...

Finally, it should be noted that South Africa ratified the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women without any reservations with effect from January 1996. As a State Party to the Convention, South Africa is obliged to condemn discrimination against women in all its forms, to ensure, inter alia through the legal system, the practical realisation of the principle of equality between men and women and to take all appropriate measures to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women. Article 5 of the Convention furthermore requires States Parties to address social and cultural patterns that lead to discrimination. The provisions of the

<sup>49</sup> Van Niekerk 1999 *CILSA* 220.

<sup>50</sup> Van Niekerk 1999 *CILSA* 220-221.

<sup>51</sup> De Koker 1998 *TRW* 110.

---

Convention may not be municipal law yet, but they do bind South Africa internationally.”<sup>52</sup>

Janse van Rensburg, loods soos De Koker, vanuit ’n gelykheidsoogpunt ’n striemende aanval op die *Mthembu*-beslissings:

“In many ways the manner in which these cases were dealt with represents the worst nightmare of any equality analyst, in that it proves the greatest critique of its antagonists, namely that the single-minded search for equality necessarily divorces itself from reality.

The basis of the critique is the lack of recognition given, by three fora and, more specifically, by the respective counsel, to the actual problem of the individual who sought remedy in the court, in favour of the unicorn-natured search for the answer to the question postulated above [namely, which right (equality or culture) outranks the other?]”<sup>53</sup>

Sy bevaagteken die strategie van die applikant se regsverteenwoordiger om die inheemse erfopvolgingstelsel as sodanig aan te val, en toon aan dat dié werkswyse tot uiteindelijke nadeel van die applikant was:

“The obstinate insistence of the counsel ... to force the court to make a judgment with regard to the constitutionality of the rules of African customary intestate succession, caused the court to make a finding with regard to the validity of the customary union.

...

The end result was that the [applicant] was not provided with a remedy, and that she had no footing to claim maintenance for herself or her child, who was rendered illegitimate as a result of the non-recognition of the validity of the customary union between her birth parents. Surely this could not have been the intention of the judiciary or the legislature?”<sup>54</sup>

## 2 2 Die 1998-beslissing

In die vorige saak tussen die partye het Regter Le Roux beslis dat die inheemse erfopvolgingsreg wat opvolging tot ’n manlike opvolger beperk nie onbestaanbaar met die interim Grondwet is nie omdat dit ook ’n gepaardgaande verpligting van onderhoud van die vrou en kinders van die betrokke huis inhou. Die regter kon egter nie oor die alternatiewe bedede van die applikant, dat sy en haar dogter ingevolge die inheemse opvolgingsreg op bewoning van die oorledene se huis en op onderhoud deur die oorledene se opvolger, sy vader, geregtig was, beslis nie omdat die skriftelike getuienis oor die bestaan van die gebruiklike huwelik onvoldoende was. Die oorweging van laasgenoemde bedede is toe uitgestel en die saak is vir die aanhoor van mondelinge getuienis oor die bestaan van ’n gebruiklike of putatiewe huwelik tussen die applikant en die oorledene verwys.

Toe die applikant se alternatiewe bedede in die onderhawige saak voor Regter Mynhardt vir die aanhoor van mondelinge getuienis gedien het, het sowel

---

<sup>52</sup> De Koker 1998 *TRW* 111-112.

<sup>53</sup> Janse van Rensburg “The Judiciary and its Constitutional Mandates to Develop and Apply Customary Law” 2001 *Obiter* 216 217.

<sup>54</sup> Janse van Rensburg 2001 *Obiter* 226 en 227.

die applikant<sup>55</sup> as die respondent<sup>56</sup> besluit om nie verdere getuienis aan te bied nie. Die applikant se regsverteenwoordiger het versoek dat Regter Mynhardt die aangeleentheid opnuut oorweeg, op grond daarvan dat Regter Le Roux nie oor al die applikant se argumente beslis het nie, en nie oor die geldigheid van die gebruikelike huwelik uitspraak gegee het nie. Daarbenewens het daar na bewering sedert die uitspraak sodanige relevante regsontwikkeling plaasgevind wat die aangeleentheid in dispuut substansieel beïnvloed. Die regsverteenwoordiger van die respondent het bloot aangevoer dat die eerste beslissing reeds al die geskilpunte besleg het.

Regter Mynhardt se beslissing kan soos volg saamgevat word:

Daar is namens die applikant betoog dat Regulasie 2(e) gedelegerde wetgewing daarstel, en dat gedelegerde wetgewing nie “partial and unequal in its operation ‘as between different classes of people, unless specifically authorised to do so by the enabling legislation’”<sup>57</sup> mag wees nie. Na ’n oorweging van die bepalinge van artikels 23(1) en (2), het Regter Mynhardt egter tot die gevolgtrekking gekom dat artikel 23 nie diskriminasie tussen mans en vroue ingevolge Regulasie 2(e) as gedelegerde wetgewing, magtig nie. Die wetgewer het ingevolge artikels 23(1) en (2) erkenning aan die inheemse erfopvolgingsreg verleen, en erkenning van die inheemse erfopvolgingsreg in genoemde subartikels en magtiging aan die Staatspresident om regulasies oor die vererwing van swart boedels te maak<sup>58</sup>, sluit noodsaaklikerwys die magtiging in om in die gedelegerde wetgewing ook die inheemse opvolgingsreg van toepassing te maak.<sup>59</sup>

Die regter het ook nie die tweede argument aanvaar dat artikel 1(1) van die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>60</sup> Regulasie 2(e) by implikasie herroep het nie. Syns insiens is die wetgewer se bedoeling om intestate erfopvolging van Swartes se boedels te reël duidelik in artikels 23(1), (2) en (10) van die Swart Administrasiewet uitgedruk. Die verwysing na artikel 23 in artikel 1(4)(b)<sup>61</sup> van die Wet op Intestate Erfopvolging moet daarom ook ’n verwysing na artikel 23(10) en Regulasie 2 insluit.<sup>62</sup>

Ten derde is daar namens die applikant geargumenteer dat die inheemse opvolgingsreg wat vroue van intestate erfopvolging uitsluit, teenstrydig is

<sup>55</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 680H-681A.

<sup>56</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 681A-B.

<sup>57</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 682E.

<sup>58</sup> Ingevolge a 23(1)(a) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927.

<sup>59</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 682I-683A.

<sup>60</sup> 81 van 1987.

<sup>61</sup> A 1(4)(b) omskryf ’n intestate boedel vir die doeleindes van die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987, as “ook enige gedeel van ’n boedel wat nie uit hoofde van ’n testament vererf nie of ten opsigte waarvan a 23 van die Swart Administrasiewet, van 1927 (Wet No 38 van 1927), nie van toepassing is nie”.

<sup>62</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 683H-684A.

met die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 3 van die interim Grondwet. Dié argument is gebaseer op die geïntegreerde gemeenskapsopvatting wat vroue tot 'n ondergeskikte rol verlaag en dat hierdie opvatting teenstrydig is met die fundamentele waardes wat in die Grondwet vervat word.<sup>63</sup> Daarom is die hof versoek om die inheemse erfopvolgingsreg ingevolge artikel 35(3) van die 1993-Grondwet te ontwikkel.<sup>64</sup> Hierteenoor het die respondent se regsvertegenwoordiger aangevoer dat die inheemse reg afsonderlik van die 1993-Grondwet bestaan en nie daaraan onderhewig is nie, en gevolglik ook nie aan die ontwikkeling kragtens artikel 35(3) nie.<sup>65</sup> Regter Mynhardt het dié argument verwerp, omdat die Grondwetlike Hof reeds in *Du Plessis v De Klerk*<sup>66</sup> beslis het dat alhoewel die gemene reg en inheemse reg met betrekking tot privaat verhoudinge nie direk onderhewig aan Hoofstuk 3 van die interim Grondwet is nie, dit in 'n toenemende mate en van geval tot geval onderhewig aan ontwikkeling deur die hof hoër is.<sup>67</sup> Daarbenewens is die hof nie aan die openbare mening gebonde in die uitvoer van sy funksies nie,<sup>68</sup> en kan hy sonder 'n ondersoek na die openbare mening effek gee aan sy funksie kragtens artikel 35(3).<sup>69</sup> Dit het Regter Mynhardt voor die vraag na die ontwikkeling van die inheemse erfopvolgingsreg te staan gebring.

Regter Mynhardt het die applikant se versoek ter ontwikkeling van die inheemse erfopvolgingsreg ingevolge artikel 35(3) verwerp, omdat daar in hierdie saak sins insiens geen sprake van onbillike diskriminasie op grond van geslag kon wees nie. In sy verduideliking het die regter op die geïntegreerdheid van die inheemse familie- en erfopvolgingsreg gesteun, en aangetoon dat die erfopvolgingsreg nie in isolasie beskou kan word nie:

“I believe that the aforesaid rule cannot be looked at in isolation. It must be seen in perspective. If regard is had to the relevant customary family law rules then it becomes apparent that the rule of succession fits in with those rules. According to customary law a woman and her children who are born of a customary union, become members of her husband's family if the husband's family and the wife's family have agreed on the lobola which will be paid by the husband, or his family, and the lobola has either been paid or has been promised. The custom of lobola therefore plays a very important role in customary family law. The children born of such a customary union will be regarded as legitimate and will fall under the authority, and guardianship, of her husband and in the event of his death she will become subject to the authority and guardianship of her husband's heir. The heir, ..., will then be obliged to support and maintain the widow and her children.”<sup>70</sup>

Regter Mynhardt het vervolgens op die regsposisie van 'n ongetroude vrou en kinders gebore buite 'n gebruikelike huwelik verwys: 'n ongetroude vrou

<sup>63</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 684H-I.

<sup>64</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 684J-685B.

<sup>65</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 685C.

<sup>66</sup> 1996 3 SA 850 (CC).

<sup>67</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 685D-E.

<sup>68</sup> *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (CC).

<sup>69</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 685G-H.

<sup>70</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 685I-686B.

is 'n lid van haar vader se familie, verkeer onder die beheer van haar vader of dié se opvolger en sy is geregtig op onderhoud deur haar vader en sy familie. Dit geld ook vir die buite-egtelike kind van 'n ongetroude vrou. So 'n kind het geen regte teenoor sy of haar natuurlike vader of sy familie nie. Dit beteken ook dat so 'n kind nie die reg het om sy natuurlike vader op te volg nie. Die onderliggende rede vir dié standpunt is dat die kind gedurende sy vader se leeftyd geen regte teenoor hom of sy familie het nie.<sup>71</sup> Dié argument het Regter Mynhardt genoop om Tembi se status soos volg te beskryf:

“In the present case the applicant was not married to the deceased. Her child, Tembi, is therefore an illegitimate child vis-a-vis the deceased and his family. Tembi has no right to inherit intestate from the deceased. That is so simply because she is not the legitimate child of the deceased. It matters not that Tembi is a girl. Even an illegitimate son would have had no right to inherit from the deceased. The disqualification of Tembi to inherit from the deceased in the present matter flows, therefore, from her status as an illegitimate child and not from the fact that she is a girl and that the system of primogeniture is applied in customary law.”<sup>72</sup>

Gevolgtik het Regter Mynhardt die uitnodiging om die inheemse erfopvolgingsreg in ooreenstemming met die gees, strekking en oogmerke van die interim Grondwet te ontwikkel, van die hand gewys, en aanbeveel dat dié ontwikkeling eerder deur die Parlement onderneem moet word:

“In any event, because the development of that rule, as proposed by [counsel of the applicant], would affect not only the customary law of succession but also the customary family law rules, I think that such development should rather be undertaken by Parliament and in this regard I can do no better than to repeat, in regard to customary law, what was said by Kentridge AJ in para [53] of the *Du Plessis* case, at 881C in regard to the common law, namely:

‘The radical amelioration of the common law has hitherto been a function of Parliament; there is no reason to believe that Parliament will not continue to exercise that function.’<sup>73</sup>

Ten opsigte van die applikant se vierde grond van betoog, naamlik dat die gewraakte regsreël strydig is met die staatsgedragslyn en die beginsels van natuurlike geregtigheid, het Regter Mynhardt, met verwysing na sekere *dicta* in *Longman Distillers Ltd v Drop Inn Group of Liquor Supermarkets (Pty) Ltd*<sup>74</sup> en *Ryland v Edros*<sup>75</sup> beslis dat 'n hof by die toepassing van staatsgedragslyn besondere sorg aan die dag moet lê. In die eerste plek is die staatsgedragslyn “a very unruly horse”,<sup>76</sup> en in 'n geval 'n konflik van die bestaande staatsgedragslyn en die gees, strekking en oogmerke van Hoofstuk 3 van die interim Grondwet, moet die onderliggende waardes van die vermelde hoofstuk voorrang geniet.<sup>77</sup> Om te verklaar dat die inheemse erfop-

<sup>71</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 686D-E.

<sup>72</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 686E-G.

<sup>73</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 686I-687A.

<sup>74</sup> 1990 2 SA 906 (A).

<sup>75</sup> 1997 2 SA 690 (C).

<sup>76</sup> Na aanleiding van 'n aanhaling van Regter Burrough in *Richardson v Mellish* (1894) 2 Bing 229 252; 130 ER 294 303.

<sup>77</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 687I.

volgingsreg ongeldig is omdat dit na bewering in stryd is met die staatsgedragslyn, sou volgens Regter Mynhardt neerkom op die toepassing van Westerse norme op 'n inheemse regsreël wat deur menige Swartes nageleef word. As in ag geneem word dat Tembi 'n buite-egtelike kind van die oorledene is en so 'n verklaring ook die inheemse familiereg sou raak, het die regter gemeen dat nóg die staatsgedragslyn, nóg die interim Grondwet dit van hom vereis. Dit sou paternalisties teenoor baie Swartes wees indien die hof in die onderhawige saak sou beslis dat die inheemse erfopvolgingsreg met artikel 1(1) van die Wysigingswet op Bewysreg<sup>78</sup> in stryd is.<sup>79</sup>

Skrywers Prinsloo<sup>80</sup> en Kerr<sup>81</sup> is dit eens dat die bevindinge ten opsigte van die eerste twee gronde van betoog namens die applikant, korrek is, dit wil sê, Regulasie 2(e) van Goewermentskennisgewing R200 van 1987 is nie *ultra vires* nie en nie by implikasie deur artikel 1(1) van die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>82</sup> heroep nie. Prinsloo stem ook volkome saam met Regter Mynhardt se verwerping van die vierde beswaar van die applikant, veral die regter se verduideliking dat Westerse norme en 'n paternalistiese houding by die toetsing van 'n inheemse regsreël aan die staatsgedragslyn of the Grondwet onvanpas is.<sup>83</sup> Volgens Prinsloo is die teenstrydigheidsklousule bowendien uitgedien en behoort dit herroep te word. Hy is van mening dat Hoofstuk 2 van die 1996-Grondwet, met sy duideliker waardes van vryheid, gelykheid en menswaardigheid, 'n beter instrument is waaraan sowel die inheemse reg as die gemenerereg getoets kan word.<sup>84</sup>

Van Niekerk verduidelik die rol van storievertelling ten einde die beginsels van die staatsgedragslyn te identifiseer en die rol wat die hof in die *Mthembu*-beslissing in dié verband gespeel het, soos volg:

“In ... *Mthembu v Letsela*, the court was called upon to declare the indigenous-law rule of male primogeniture repugnant to public policy and the principles of natural justice. It seems that the court took a relativist approach to public policy when it remarked that it would be paternalistic towards many indigenous people to apply Western norms to a rule of indigenous law which is still adhered to and applied by many people. Yet the court did not give effect to this relativist approach by enquiring what the indigenous or African public policy was with regard to the rule in question. In this case, which was incidentally dealt with in motion proceedings, the narratives of the people concerned might have helped to determine the indigenous public policy towards the rule of male primogeniture.

For instance, among some indigenous people the rule of male primogeniture comprises succession to the status of the deceased by his eldest male descendant, but does not necessarily include any rights to his property. How the estate should be divided is determined at a family meeting about three weeks after the burial of the

<sup>78</sup> 45 van 1988.

<sup>79</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 688B-C.

<sup>80</sup> Prinsloo “Tweede Aanval op die Inheemse Opvolgingsreg: *Mthembu v Letsela* 1998 2 SA 675 (T)” 1998 *TSAR* 771 773.

<sup>81</sup> Kerr 1998 *SALJ* 264.

<sup>82</sup> 81 van 1987.

<sup>83</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 775.

<sup>84</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 776.

deceased. Devolution normally benefits all the members of the family. This is but one example of how values and perceptions of what is in the interest of the community may change from time to time. Traditionally, the oldest male stepped into the place of the deceased. Universal succession took place and he was responsible for administering the property for the benefit of the family as a whole. Through distorted perceptions, this concept of communal inheritance and ownership by the family has come to be regarded as the individual inheritance and ownership of the deceased's property by the oldest male. It seems that among the people referred to above, individual members of the family inherit. Perhaps indigenous values have changed with regard to the principle of male primogeniture. It is by way of narratives, the cultural communications of community values, that these values are transmitted and determined. Even if the basic underlying values have not changed in this instance, it may be that changed circumstances now demand the development of the rule. So, while it is commendable in principle that the court in *Mthembu v Letsela* did not want to declare the rule of male primogeniture against public policy, it should rather have been established whether the community in which the rule applied still considered that rule, in its unaltered form, to be in its own interest.<sup>85</sup>

Beide die uitsprake van Regter Le Roux in die eerste *Mthembu*-saak en dié van Regter Mynhardt in die tweede *Mthembu*-saak berus op 'n bevinding dat die inheemse erfopvolgingsreg nie in stryd is met die fundamentele regte soos vervat in die Handves van Menseregte nie.<sup>86</sup> Tog is die onderliggende redes vir die onderskeie uitsprake uiteenlopend. In die eerste uitspraak het Regter Le Roux bevind dat die gewraakte reël van manlike eersgeboortereg nie onbillik tussen persone van verskillende geslagte diskrimineer nie, omdat "the devolution of the deceased's property onto the male heir involves a concomitant duty of support and protection of the woman or women to whom [the deceased] was married by customary law and of the children procreated and under that system belonging to a particular house".<sup>87</sup> In die tweede uitspraak word Tembi se onbevoegdheid om te erf egter oor die boeg van haar buite-egtelike status gegooi.<sup>88</sup> Kritici van die bevinding kan die houe se verskillende benaderings tot dieselfde geskilpunt interpreteer as aanduidend van onwilligheid of huiwering om die spesifieke vraag na geslagsdiskriminasie in die inheemse opvolgingsreg te besleg. Dié huiwering kan egter verduidelik word aan die hand van Regter Mynhardt se mening dat die ontwikkeling van die inheemse erfopvolgingsreg weens die geïntegreerde aard daarvan met die familiereg 'n taak is wat eerder deur die Wetgewer onderneem moet word.<sup>89</sup> Regter Mynhardt se beslissing in dié verband word beskryf as 'n "veilige"<sup>90</sup> een, omdat hy huiwerig was om die inheemse reg te ontwikkel. Dit is jammer dat die regter nie enkele riglyne

<sup>85</sup> Van Niekerk "Indigenous Law, Public Policy and Narratives in the Courts" 2000 *THRHR* 403 411-412.

<sup>86</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 946C; *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 686G-H.

<sup>87</sup> *Mthembu v Letsela* 1997 *supra* 945E-F.

<sup>88</sup> *Mthembu v Letsela* 1998 *supra* 686E-G.

<sup>89</sup> Sien die bespreking van Kerr 1998 *SALJ* 266-267 oor die meganisme vir verandering in die inheemse erfopvolgingsreg. Van Niekerk 2000 *THRHR* 412-413 is van mening dat dit onmoontlik is om die openbare mening in 'n kort tydjie vas te stel. Sy verwys in besonder na die konsultasie wat die Amendment of Customary Law of Succession Bill 108 van 1998, voorafgegaan het.

<sup>90</sup> My vertaling.

neergelê het vir die ontwikkeling van die inheemse erfopvolgingsreg nie.<sup>91</sup> Prinsloo verwelkom die regter se standpunt dat 'n inheemse regsreël nie in isolasie beoordeel kan word nie.<sup>92</sup> Hy meen verder dat Regter Mynhardt se vertolking van Tembi se onbevoegdheid om as erfopvolger bevoordeel te word, 'n korrekte interpretasie van die inheemse reg is:

“Dit is 'n korrekte vertolking van die inheemse reg dat Tembi geen regte teenoor die oorledene en sy familie het nie en dat die oorledene en sy familie eweneens geen verpligtinge teenoor haar het nie. Die posisie in die inheemse reg dat 'n persoon sy regte en verpligtinge op grond van lidmaatskap van sy groep ontleen en nie op grond van natuurlike ouerskap nie, word goed in 'n onlangse empiriese studie verduidelik ...

...

Dat daar in hierdie saak nie teenoor Tembi gediskrimineer is nie, is volkome korrek. Dit kan ook anders gestel word, naamlik dat daar geen onreg teenoor Tembi gepleeg is nie en daarom was die ontwikkeling van die inheemse opvolgingsreg soos namens die applikant versoek, nie ter sake nie.<sup>93</sup>

Toe die applikant se alternatiewe bedede in die onderhawige saak voor Regter Mynhardt vir die aanhoor van mondelinge getuienis oor die status van die verhouding tussen die applikant en die oorledene gediens het, het sowel die applikant as die respondent besluit om nie verdere getuienis aan te bied nie. Prinsloo kritiseer dié strategie as “onverstaanbaar, indien nie onverskillig nie”,<sup>94</sup> want die applikant is spesiaal die geleentheid gegun om die grond vir haar alternatiewe bedede te bewys.<sup>95</sup>

### 2 3 Die HHA-beslissing

Waarnemende Appèlregter Mpati<sup>96</sup> het die eenparige uitspraak in die Hoogste Hof van Appèl gelewer.

Die hof se beslissing kan soos volg saamgevat word:

Die hof het eerstens die argument dat daar op grond van die buite-egtelike status van 'n kind gediskrimineer is, aangespreek. Die appellant het die hof *a quo* se bevinding dat Tembi nie 'n slagoffer van geslagsdiskriminasie was nie, omdat enige buite-egtelike kind onbevoeg sou wees om te erf, bevraagteken. Daar is met verwysing na regsliteratuur aangevoer dat daar wel 'n geldige huwelik tussen die oorledene en Tembi se moeder bestaan het. Sy was na bewering binne-egtelik omdat daar 'n ooreenkoms tot troue tussen die appellant en die oorledene was en *lobolo* gedeeltelik gelewer was. Waarnemende Appèlregter Mpati was egter van mening dat die gesag waarop die argument berus het, verkeerd geïnterpreteer is, en verwys het na

<sup>91</sup> Els “*Letsela and another* 1998 (2) SA 675 (T)” 1998 *Responsa Meridiana* 88 94.

<sup>92</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 775.

<sup>93</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 774-775.

<sup>94</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 771. Sien ook Janse van Rensburg 2001 *Obiter* 226; en De Koker “*Proving the Existence of an African Customary Marriage*” 2001 *TSAR* 257 267.

<sup>95</sup> Prinsloo 1998 *TSAR* 771-772. Sien ook De Koker 2001 *TSAR* 270-271.

<sup>96</sup> Soos hy destyds was.

die wettiging van 'n kind na huweliksluiting, en nie die blote lewering van *lobolo* nie. Gevolglik was Tembi buite-egtelik en onbevoeg om te erf.<sup>97</sup>

In soverre die appellant beweer het dat Tembi weens haar geslag van erfopvolging uitgesluit was, en buite-egtelike seuns in die afwesigheid van binne-egtelike seuns wel tot hul vader se boedel kon opvolg, het Waarnemende Appèlregter Mpati aangetoon dat ook die gesag waarop hierdie argument berus, verkeerdlik geïnterpreteer is. Dit het verwys na die buite-egtelike seun van 'n getroude vrou, gebore gedurende die bestaan van 'n gebruikelike huwelik tussen die moeder en oorledene.<sup>98</sup>

Vervolgens het die hof tot bespreking van die vier gronde van betoog oorgegaan. In die eerste plek is bevind dat Regulasie 2(e) van Goewermentskennisgewing R200 van 1987 nie onbillik teen vroulike kinders, jonger kinders en buite-egtelike kinders diskrimineer nie:

“What needs to be stressed from the outset is that the regulation in issue did not introduce something foreign to black persons, ... It merely gave legislative recognition to a principle or system which had been in existence and followed, at least, for decades. It is not inconceivable that many blacks, even to this day, would wish their estates to devolve in terms of black law and custom. Section 23(3) of the [Black Administration] Act provides that: ‘All other property of whatsoever kind [excluding property referred to in ss (1) and (2)] belonging to a black shall be capable of being devised by will.’ The existing law therefore enables blacks to avoid the consequences of the application of the customary law of succession if they so wish. It is therefore in the power of blacks to choose how they wish their estates to devolve. If they take no steps to alter the devolution of their estates (as is their right), the resulting consequences cannot be assumed to be contrary to their wishes.

As the wishes of the deceased are still paramount in our law, it is difficult to see how a regulation which respects that right can be said to be unreasonable and ultra vires at common law.”<sup>99</sup>

Waarnemende Appèlregter Mpati kon nie saamstem met die argument dat Regulasie 2(e) stilswyend herroep is deur die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>100</sup> nie. Die regter se beredenering van dié standpunt lui soos volg: Artikel 23(1) van die Swart Administrasiewet maak spesifiek voorsiening vir die vererwing van huisgoedere, en sulke goed vererf ingevolge die inheemse reg, hetsy 'n testament gemaak is of nie. Die Wetgewer het bedoel om dié reël te behou toe hy artikel 23 van genoemde Wet van die toepassing van die Wet op Intestate Erfopvolging uitgesluit het. Gevolglik kon Regulasie 2(e) nie stilswyend deur die Wet op Intestate Erfopvolging herroep wees nie.<sup>101</sup>

Die uitnodiging om die inheemse erfopvolgingsreg ooreenkomstig artikel 35(3) van die interim Grondwet te ontwikkel, is om die volgende redes afgewys. Waarnemende Appèlregter Mpati het bevind dat die interim

<sup>97</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 878I-879C.

<sup>98</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 879F-G.

<sup>99</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 880C-F.

<sup>100</sup> 81 van 1987.

<sup>101</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 881D-G.

Grondwet nie in die onderhawige geval van toepassing was nie, omrede dit na die dood van die oorledene in werking getree het en erfopvolgingsregte by die oorledene se dood vestig. Die appellant het as teenargument aangevoer dat “there may be cases where the enforcement of previously acquired rights would, in the light of our present constitutional values, be so grossly unjust and abhorrent that it could be countenanced, whether as being contrary to public policy or on some other basis”.<sup>102</sup> Hierop het die hof beslis dat die onderhawige geval nie as so ’n geval kwalifiseer nie:

“In my opinion, the present is not a case where the recognition and respecting of previously acquired rights would be so grossly unjust and abhorrent, in the light of the present constitutional order, that they cannot be countenanced; nor is this an appropriate case, on the facts, to entertain an invitation to develop the rule.”<sup>103</sup>

In die inheemse reg behoort ’n buite-egtelike kind aan die oupa aan moederskant, wat verplig is om hom of haar te versorg en onderhou. So ’n kind het moontlike erfopvolgingsregte teenoor die moeder se familie. Daar kon dus geen sprake wees dat Tembi op grond van haar buite-egtelike status “uit die huis gegooi”<sup>104</sup> is nie.<sup>105</sup>

Daarbenewens het die hof hom nie bevoeg geag om die gewraakte reël te ontwikkel nie:

“In any event, we would be ill-equipped to develop the rule for lack of relevant information. Any development of the rule would be better left to the Legislature after a process of full investigation and consultation, such as is currently being undertaken by the Law Commission.”<sup>106</sup>

en het aangevoer dat die afwysing van die reël sou neerkom op die afwysing van ’n “African institution without examining its essential purpose and content”.<sup>107</sup>

In die laaste plek het die hof die argument oorweeg dat die inheemse erfopvolgingsreg teenstrydig met die staatsgedragslyn kragtens artikel 1(1) van die Wysigingswet op Bewysreg<sup>108</sup> is. Waarnemende Appèlregter Mpati het egter bevind dat dit nie die geval is nie:

“[Q]uestions of public policy may be important in a particular case, for example in matters such as where the validity of a contract is in issue. In my view, the present is not such a case. If, for example, the deceased had made a will in which he bequeathed the whole of his estate to his father, the first respondent, such bequest could not have been challenged on grounds of public policy. The deceased would have been perfectly

<sup>102</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 882J-883A. Met verwysing na *Du Plessis v De Klerk* 1996 3 SA 850 (CC) 866 par [20].

<sup>103</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 883H.

<sup>104</sup> My vertaling.

<sup>105</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 883B.

<sup>106</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 883H-I.

<sup>107</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 885A. By monde van die regsvertegenwoordiger van die eerste respondent.

<sup>108</sup> 45 van 1988.

---

entitled to bequeath his entire estate to his father. It cannot now be said, in my view, that the consequences of his dying without a will are contrary to public policy. The deceased may well have known what such consequences were and have been content not to alter them.”<sup>109</sup>

Omdat die reël in wetgewing vervat is,<sup>110</sup> kan dit nie op grond van openbare beleid afgewys word nie.<sup>111</sup>

Kerr staan besonder krities teenoor die beslissing op grond van die hof se weiering om die bestaan van die gebruikelike huwelik tussen die appellant en die oorledene te erken. Syns insiens was die samewoning tussen die partye en die lewering van *lobolo*, hoe min ook al, genoegsame bewys van ’n gebruikelike huwelik tussen die appellant en die oorledene<sup>112</sup>

### 3 DIE *BHE*-BESLISSING

Die regspraak in *Bhe* was eenvoudig; die beslissing potensieel verreikend vir die voortgesette statutêre erkenning van die manlike eersgeboorteregsreël: Mag ’n swart vroulike persoon, wie se ouers nie getroud was nie, of ooreenkomstig die inheemse reg getroud was, by haar vader se dood intestaat van hom erf?<sup>113</sup> Die beslissing van die Kaapse Provinsiale Afdeling, gelewer by monde van Regter Ngwenya, het op ’n suiwer grondwetlike interpretasie van die gelykheidsbeginsel, soos vervat in artikel 9 van die 1996-Grondwet, beslis dat sodanige vroulike persone wel intestaat kan erf, en daarmee die manlike eersgeboorteregsreël soos gesanksioneer in Regulasie 2(e) van Goewermentskennisgewing R200 van 1987, in direkte stryd met die Grondwet, en gevolglik ongrondwetlik, verklaar.<sup>114</sup>

Die feite van die saak was kortliks soos volg: Die derde applikant, en moeder van die eerste en tweede applikante, en die oorledene het vir ’n tydperk van 12 jaar soos man en vrou saamgeleef. Twee dogters is uit die verhouding gebore. Die oorledene en die derde applikant het ’n erf in Khayelitsha saam met hulle twee dogters bewoon, welke bewoning na die oorledene se dood voortgesit is. Die tweede respondent, Maboyisi Nelson Mgolombane, woonagtig in die Oos-Kaap, het na die dood van die oorledene beweer dat hy ingevolge die inheemse erfopvolgingsreg die erflater se

---

<sup>109</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 884F-G.

<sup>110</sup> In a 23(1) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927, en Regulasie 2(e) van Goewermentskennisgewing R200 van 1987.

<sup>111</sup> *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 884H.

<sup>112</sup> Kerr “Issues Arising from a Challenge to the Constitutionality of the Customary Law of Intestate Succession: *Mthembu v Letsela* [2000] 3 All SA 21 (A); 2000 3 SA 867 (SCA)” 2001 *THRHR* 320 326. Sien ook Koyana “The Indomitable Repugnancy Clause” 2002 *Obiter* 98 113 vn 53. Ook De Koker 2001 *TSAR* 269 is van mening dat “[t]he matter was clouded by the findings of both Mynhardt J and Mpati AJA that a valid customary marriage cannot be concluded without the delivery of all the *lobolo*”.

<sup>113</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 29G-H.

<sup>114</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 37C-F.

erfopvolger is, en ook op die voogdy oor die dogters geregtig was. Laasgenoemde aangeleentheid was egter nie ter beslissing voor die hof nie.<sup>115</sup> Die tweede respondent het aangedui dat hy die erf wou verkoop ten einde die begrafniskoste te verhaal, waarop die eerste drie applikante 'n interdik verkry het om enige beswaring van die erf te verhoed.<sup>116</sup>

Die vraag waarmee die hof gekonfronteer was, was bloot of die manlike eersgeboorteregsreël ongrondwetlik is. Die binne- of buite-egtelike status van die dogters was vir doeleindes van dié vraag irrelevant.<sup>117</sup>

Daar is namens die applikante betoog dat die manlike eersgeboorteregsreël op verskeie gronde ongrondwetlik is:<sup>118</sup>

- 1 Dat dit op irrasionele wyse in stryd met die reg op gelykheid in artikel 9(1) van die Grondwet, en die verbod op diskriminasie ingevolge artikel 9(3), differensieer;
- 2 dat dit onbillik tussen manlike en vroulike afstammeling op die grond van geslag onderskei;
- 3 dat dit op die gronde van ouderdom en geboorte tussen die oudste afstammeling en alle ander afstammeling onderskei;
- 4 dat dit op die gronde van sosiale oorsprong en geboorte tussen binne-egtelike en buite-egtelike afstammeling onderskei; en
- 5 dat dit op die grond van ras tussen swart afstammeling en ander afstammeling onderskei.

Die hof se beslissing ten opsigte van dié argumente, was soos volg:<sup>119</sup>

- 1 Eerstens, dat artikels 23(1)(a)(c) en (e) van die Swart Administrasiewet,<sup>120</sup> wat vir die uitvaardiging van Regulasies wat erfopvolging in swart boedels reguleer, voorsiening maak, asook Regulasie 2(e) van Goewermenskennisgewing R 200 van 1987, wat vir die toepassing van die inheemse reg voorsiening maak, ongrondwetlik is.
- 2 Dat artikel 1(4)(b) van die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>121</sup> ongrondwetlik is in soverre dit boedels wat onder artikel 23 van die

<sup>115</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 30E.

<sup>116</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 30E-F.

<sup>117</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 33G-H: "Save what I have said above as regards the legitimacy of the first two applicants, nothing turns on this point. Whether the first two applicants are legitimate or not, does not alter the consequences flowing from the status of the legal relationship between their parents at the time of their father's death."

<sup>118</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 33I-34A.

<sup>119</sup> *Bhe v The Magistrate, Khayelitsha supra* 37D-H.

<sup>120</sup> 38 van 1927.

<sup>121</sup> 81 van 1987.

Swart Administrasiewet<sup>122</sup> tui shoort, van die toepassing van artikel 1 uitsluit.

- 3 Dat swart intestate boedels in afwagting van statutêre wysiging van bogenoemde bepalings, deur artikel 1 van die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>123</sup> beheers word.
- 4 Dat die eerste en tweede applikante die enigste erfgename van die Khayelitsha-erf is, en dat die tweede respondent alle nodige stappe moet neem om die oordrag van die erf in die name van die eerste en tweede applikante te bewerkstellig.
- 5 Laastens, dat die aanstelling van die tweede respondent as verteenwoordiger van die bestorwe boedel ter syde gestel word.

Die redes vir die hof se beslissing kan soos volg verduidelik word:

In die eerste plek het die hof daarop gewys dat die manlike eersgeboorteregsgreë van inheemsregtelike oorsprong is, maar deur die bepalings van die Swart Administrasiewet<sup>124</sup> en die Regulasies daarkragtens uitgevaardig, gesanksioneer is. Dié wetgewing is fundamenteel op rasse-ongelykheid en diskriminasie geskoei, en behoort dringend hersien te word, soos reeds uit die beslissing van *Moseneke v The Master*<sup>125</sup> ten opsigte van die reëls van boedelberedding blyk.<sup>126</sup> Die onderhawige forum was egter nie die geskikte forum vir sodanige hersiening nie. Hervorming moet deur die Wetgewer aangespreek word.<sup>127</sup>

In die tweede plek was die hof van mening dat die geslag en ras van die eerste en tweede applikante die enigste gronde was wat hulle verhoed het om ingevolge die bepalings van die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>128</sup> van hulle vader te erf. Dié diskriminasie is *prima facie* onbillik, omdat dit in stryd is met die gelykheidsbepalings van artikels 9(1) en (3) van die Grondwet.<sup>129</sup>

Dit is belangrik om daarop te let dat dit blyk dat die hof nie sonder meer die geheel van die inheemse erfopvolgingsreg as ongrondwetlik verklaar het nie. In dié opsig word soos volg bepaal:

“We should make it clear in this judgment that a situation whereby a male person will be preferred to a female person for purposes of inheritance can no longer withstand constitutional scrutiny. That constitutes discrimination before the law. To put it plainly, African females, irrespective of age or social status, are entitled to inherit from their parents’ intestate estate like any male person. This does not mean that there

---

<sup>122</sup> 38 van 1927.

<sup>123</sup> 81 van 1987.

<sup>124</sup> 38 van 1927.

<sup>125</sup> 2001 2 SA 18 (CC).

<sup>126</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 36I.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> 81 van 1987.

<sup>129</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 36F-G.

may not be instances where differentiation on gender line may not be justified for purposes of certain rituals. As long as this does not amount to disinheritance or prejudice to any female descendant.”<sup>130</sup>

Die hof spesifiseer egter geen gevalle of voorbeelde van die erfregtelike “rituele” waarna dit in bogenoemde *dictum* verwys nie. Ook is daar geen aanduiding van welke gevalle as nie-benadelend teenoor die betrokke afstammeling sal kwalifiseer nie. Dit is opmerklik dat die hof in dié verband bloot na “inheritance” verwys, nadat dit vroeër in die beslissing ’n onderskeid probeer trek het tussen “succession to status” en “inheritance”.<sup>131</sup> Dit is my respekvolle submissie dat die hof in sy uitspraak nie na die opvolging in status (dit wil sê, “succession”) as ongrondwetlik verwys het nie, maar wel na die verdeling van goed op ras- en geslagsgebaseerde basis. Die hof is op die feite van die geval ook net met die verdeling van die goed, naamlik die vererwing van die Khayelitsha-erf, gekonfronteer, omdat die aangeleentheid van die voogdy oor die dogters nie ter beslissing voorgelê is nie. So gelees, moet die beslissing beskou word as af te wyk van die manlike eersgeboorteregsgreël slegs ten opsigte van die verdeling van goed, ’n praktyk wat volgens veldnavorsing reeds geredelik in die “lewende” inheemse reg voorkom.<sup>132</sup> In dié opsig bevestig die uitspraak die ontoepaslikheid (en inderdaad die ongrondwetlikheid) van die manlike eersgeboorteregsgreël in die verdeling van die boedel as amptelike reg, en nie bloot as “lewende” reg nie. Die belang van die beslissing lê daarin dat dit die eerste uitspraak is wat die ontoepaslikheid van die manlike eersgeboorteregsgreël ten opsigte van vroulike afstammeling as amptelike reg weergee.

Die volgende aspekte van die beslissing noop verdere kommentaar:

Eerstens het die hof die aard van die inheemse reg as kollektief (“collective”) beskryf, en nie individualisties nie, onderskeidend van die gemenerereg. Die beheer van ’n familiehoof oor onroerende goed is beskryf as “akin to trusteeship as regards immovable property under communal ownership”<sup>133</sup> en as “in this context may be tolerated under such conditions.”<sup>134</sup> Die hof het voortgegaan om grond gehou in ’n stedelike

<sup>130</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 37A-B.

<sup>131</sup> Sien *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 32E/F waar Regter Ngwenya soos volg opmerk: “Succession to status is distinct to inheritance, which is in itself treated differently. The word ‘status’ in this context is used in three senses to refer to the head of the family[,], the head of the house[,], and the head of the clan.”

<sup>132</sup> Sien byvoorbeeld die veldnavorsing onderneem deur Boonzaaier *Die Familie-, Erf-, en Opvolgingsreg van die Nkuna van Ritavi met verwysing na ander aspekte van die Privaatreg* (D Phil-proefskrif Universiteit van Pretoria 1990); De Beer *Groepsgebondenheid in die Familie-, Opvolgings- en Erfreg van die Noord-Ndebele* (D Phil-proefskrif Universiteit van Pretoria 1986); Jacobs *Die Judisiële Stelsel en die Familie-, Erf- en Opvolgingsreg van die ImiDushane* (D Phil-proefskrif Universiteit van Pretoria 1974); en Watney *Beginsels van die Opvolgingsreg van die Bapedi van Sekwati en Noord-Sothosprekendes in Vosloorus* (LLD-proefskrif Randse Afrikaanse Universiteit 1992).

<sup>133</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 32C/D.

<sup>134</sup> *Ibid.*

gebied, wat aan private eiendomsreg onderworpe is, van die kollektiewe belang van familieledede in gemeenskaplike grond en die verantwoordelikhede van die familiehoof ten opsigte van sulke grond, te onderskei. Ten opsigte van gemeenskaplike grond word die familiehoof se beskikkingsreg oor die grond deur familiedruk en -sanksies beperk. Die hof het voorsien dat die misbruik van gesag ten opsigte van stedelike grond groter is. Die hof insiens behoort die ontwikkeling van die inheemse reg hierdie gebeurlikhede in ag te neem.<sup>135</sup>

Die ware oogmerk van die hof se onderskeid tussen stedelike en landelike gemeenskaplike grond is onduidelik. Hoewel die hof se latere beslissing ten opsigte van die vererfbaarheid van die Khayelitsha-erf duidelik sy benadering ten opsigte van stedelik-geleë grond weerspieël,<sup>136</sup> is dit onduidelik of die hof ten gunste van 'n ander benadering ten opsigte van die verdeling van gemeenskaplike grond was.

'n Verdere aspek van die beslissing wat onbeantwoord gelaat word, is dié van “inheritance and succession appertaining to a polygamous relationship”.<sup>137</sup> Dit was nie vir die hof nodig om op die feite van die saak oor die aard en omvang van erfopvolgingsregte in 'n poligiene huwelik te beslis nie. Daar word aan die hand gedoen dat wat betref die verdeling van goed, daar geen noemenswaardige onderskeid tussen 'n monogame en poligiene huwelik bestaan nie.

Dit is insiggewend om te let op die hof se misnoë met die houding van die tweede respondent, in soverre laasgenoemde genoop gevoel het om die erf te verkoop om begrafniskoste te dek:

“I may add further that, on the facts before us, the second respondent’s attitude leaves too much to be desired. It lacks basic humanity, which is the hallmark of ubuntu. We have been urged to develop African Customary Law.”<sup>138</sup>

Die hof het egter glad nie na die aard en implikasies van die erfopvolger se onderhoudsplig teenoor die oorledene se familie in 'n inheemsregtelike konteks verwys nie. Die belang van die onderhoudsverpligting is reeds in die eerste beslissing van die *Mthembu*-saak beklemtoon. Dit blyk egter nie *in casu* of die toepassing of nakoming van die onderhoudsverpligting die hof in sy beslissing sou beïnvloed het nie. Ek wil voorstel dat dit nie die hof tot ander insigte sou dwing nie, omdat Regter Ngwenya die manlike eersgeboorteregreël, soos dit in die inheemse reg bestaan,<sup>139</sup> kategorieë as ongrondwetlik beoordeel het. Mbatha kritiseer die hof se benadering in dié opsig soos volg:

<sup>135</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 32E/F.

<sup>136</sup> Naamlik, dat dit wesenlik met eiendomsreg in 'n gemeenregtelike sin ooreenstem.

<sup>137</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 32G/H.

<sup>138</sup> *Bhe v Magistrate, Khayelitsha supra* 36G.

<sup>139</sup> Dit wil sê, met die gepaardgaande onderhoudsverpligting.

“We question the approach of abolishing the rules of primogeniture and ask whether abolishment was the only means to end the discriminatory nature of the rules of primogeniture? Judge Le Roux in the case of *Mithembu v Letsela* 1997 (2) SA held that the customary rules of primogeniture are discriminatory but not unfairly discriminatory because there is a responsibility on the person who inherits the property to look after the dependants of the deceased using the inherited property. Although the purpose of developing customary law is to allow female members of families to own property on an equitable basis with their male counterparts, we are not sure that abolition solves inheritance problems under customary law. Under customary law, the deceased’s father in the case of *Bhe* was obliged to protect the accommodation of the deceased for use by his children and their mother. This is part of the duty of the heir to maintain the deceased’s dependants under customary law. Although the heir is allowed to provide alternative accommodation to the deceased’s dependants (including to the widow) under formal customary law, such accommodation should be in the interests of the deceased’s dependants. This means that one of the things the court should have dealt with is whether the second respondent had the capacity under customary law to evict the deceased’s dependants with the view to compensating himself for the cost incurred on the burial of the deceased. In this case the customary heir lived in the Eastern Cape while the property and the deceased’s dependants are in the Western Cape. The question is why the Court did not restate the customary law as part of its duty to develop the system under s 39 of the Constitution? If the court had used its powers to restate the distorted customary law of inheritance, it would have still allowed the woman and the children to continue occupation of the residential side [*sic*] since this is part of the responsibility of the customary heir towards the dependants of the deceased. This approach, it is suggested, would have been better than the abolitionist approach which is capable of criticism. Is development and abolishment the same thing? The court in this case could still have arrived at the temporary remedy of allowing a woman and the children access to the property while it urged the South African Law Reform Commission to conclude the reform of customary law of inheritance speedily.<sup>140</sup>

In die laaste plek moet die beslissing in die regte konteks gelees word as om die erfregte van vroulike afstammeling van ’n erflater ten opsigte van sy goed te erken. Dit het duidelik nie om die erfbevoegdheid van weduwees ten opsigte van hulle oorlede gades se boedels gehandel nie. *In casu* was dit nie van die hof geverg nie; die huwelikstatus van die oorledene en die eerste applikant was inderdaad onseker.

Himonga beskryf die beslissing “(albeit simplistic) ... [as] a landmark for the protection of women from gender-based discrimination under customary law”.<sup>141</sup> Sy wys egter op die inherente problematiek van die metodiek deur die hof aangewend: die bevordering van vroueregte het implikasies wat dreig om juis die regte wat beskerm word, te ondermyn deur dit tot blote “papierregte” te reduceer. Die volgende faktore dra tot dié risiko by: eerstens, die “tradisionele” faktor, en tweedens, die “historiese” faktor. Ten opsigte van eersgenoemde verklaar Himonga soos volg:

“The traditional factor is likely to take the form of resistance to the implementation of the new laws by traditional leaders and their communities. Apart from the importance of customary law to the existence of traditional leadership, this factor may be

<sup>140</sup> Mbatha vol 3/2003 *Gender Research Project Bulletin* 3.

<sup>141</sup> Himonga “Legislative and Judicial Approaches to the Reform of the Customary Law of Marriage and Succession in South Africa: Implications for the Advancement of Women’s Rights” ongepubliseerde referaat gelewer tydens die Women’s Legal Centre Conference on Advancing Women’s Rights, te Kaapstad, gehou 30-31 Oktober 2003.

understood against the background of the recognition of customary law within the constitutional framework [and negotiations].

...

[A]ny approach to the reform of customary law that seeks to abolish this system of law is likely to be seen by traditional leaders and communities as a breach of good faith by the state and its institutions. The consequence of such a view might be resistance to the implementation of the new law on the basis that the law is an imposition of the common law.<sup>142</sup>

Ten opsigte van die historiese faktor, wys Himonga op die verwagtinge van 'n pluralistiese gemeenskap vir die na-grondwetlike erkenning van onder meer voorheen nie-erkende kulturele regte. Die “vervanging” van die inheemse reg deur die gemenereg ter beslegting van botsende grondwetlike bepalings sal moontlik nie die goedkeuring van die betrokke gemeenskappe wat die inheemse as inherent tot die gemeenskapslewe beskou, wegdra nie. Daarom, betoog Himonga, moet enige hervorming van die inheemse reg deur die Wetgewer “seek to incorporate as much of customary law and its values as are not in conflict with the Constitution and, in any case, avoid doing unnecessary violence to this system of law”.<sup>143</sup> Sy maan ook howe om nie bloot die inheemse reg met die gemenereg te vervang nie. Insoverre howe ingevolge die Grondwet die inheemse reg ooreenkomstig die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte moet ontwikkel, kan die “ontwikkeling” van die reg nie sonder meer na die “afskaffing” van die stelsel verwys nie:

“Although there is as yet no conceptual clarification of the term ‘developing’ used in [section 39(2)] in relation to both common law and customary law, it cannot and should not mean abolishing the system of law being developed without an attempt to find ways of giving it some content or accommodating those of its aspects that are compatible with the Bill of Rights. In the case of customary law ... one way of doing this might be to investigate the purpose of the customary rule in question or its underlying values within the traditional social setting in which it developed and to fashion it in a way that best serves its purposes or values in present conditions. Developing customary law should also include a consideration as far as possible of the effect of the rule being developed on the customary community concerned, including its social systems.”<sup>144</sup>

Himonga sluit haar evaluasie van die *Bhe*-beslissing af deur te verwys na wat sy noem “counteracting the risk factors” deur eerstens die opleiding van tradisionele leiers en gemeenskappe ten opsigte van die hervorming van die erfreg (dit is, as die Grondwetlike Hof die beslissing bevestig) en die verwesenliking van elke individu se reg op gelykheid. In die tweede plek behoort veldnavorsing na die toepassing en effek van die hervormde reg in soverre dit op die regte van vroue impakteer, onderneem te word. Sodanige veldnavorsingsresultate kan sinvol deur organisasies en/of persone in *amicus*-verrigtinge namens benadeelde vroue, sowel as deur die howe,<sup>145</sup>

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> Sien, bv, die gebruikmaking van getuienis *re* navorsing oor onderhoudstelsels in Suid-Afrika in *Bannatyne v Bannatyne* 2003 2 BCLR 111 (CC).

aangewend word. In die laaste plek wys Himonga op die belang van vooruitbeplanning ten einde praktiese implementeringsprobleme, soos die opleiding van beamptes en regsprekers, burokratiese probleme, toeganklikheidsprobleme en teenstand van mans en ander belanghebbendes, teen te werk.<sup>146</sup>

#### 4 SHIBI V SITHOLE<sup>147</sup>

Die beslissing in *Shibi* is op 21 November 2003 deur Regter Maluleke in die Transvaalse Provinsiale Afdeling gelewer. Die eiseres se skadevergoedingeis teen die eerste, tweede en derde verweerders<sup>148</sup> het ontstaan uit die beredding van die bestorwe boedel van haar broer, Daniel Solomon Sithole, wat kragtens die beslissing van die toesighoudende landdros ooreenkomstig die inheemse reg moes vererf.

Die tersaaklike argumente waarop die eis gebaseer was, kan soos volg saamgevat word:

Die toesighoudende landdros het 'n ondersoek ingevolge Regulasie 3(2) van die Regulasies uitgevaardig kragtens die Swart Administrasiewet<sup>149</sup> na die aanwysing van 'n erfopvolger vir die boedel van wyle Daniel Solomon Sithole gelas. Dié ondersoek is in 1997 opgeskort in afwagting van die beslissing van die hof in die saak van *Mthembu v Letsela*<sup>150</sup> re die grondwetlikheid van die manlike eersgeboorteregsreël. Die ondersoek is na die beslissing in *Mthembu* afgelas, in ooreenstemming met die hof se bevinding in dié saak dat die manlike eergeboorteregsreël nie onbillik teen die bepaling van die Grondwet indruis nie. Die eerste verweerder is as verteenwoordiger van die boedel aangewys, maar is na verskeie klagtes van die eerste verweerder se moeder, broers en susters uit sy amp onthef. 'n Ander verteenwoordiger is aangewys, waarna die boedelbereddingsproses voltooi is en 'n bedrag van R11 468,02 aan die tweede verweerder toegeken is.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> Himonga ongepubliseerde referaat gelewer tydens die Women's Legal Centre Conference on Advancing Women's Rights, te Kaapstad, gehou 30-31 Oktober 2003.

<sup>147</sup> *Supra*.

<sup>148</sup> Die eerste en tweede verweerders was die erfopvolgers in die boedel. Die derde verweerder was die Minister van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling, as werkgewer van die landdros wat die eerste tweede verweerders as erfopvolgers aangewys het.

<sup>149</sup> 38 van 1927.

<sup>150</sup> 1998-beslissing *supra*.

<sup>151</sup> *Shibi v Sithole supra* 1-9.

Die hoofgeskilpunte was die volgende:

- 1 Die aard en omvang van die landdros se verpligtinge teenoor die erfopvolgers ten opsigte van 'n administratiefregtelike ondersoek ingevolge Regulasie 3(2);<sup>152</sup> en
- 2 die vraag na die ontwikkeling van die inheemse erfopvolgingsreg ter erkenning van die oorledene se afstammeling, ongeag hul geslag, as intestate erfopvolgers van die boedel.
- 3 Die alternatiewe eis was die ongrondwetlikverklaring van die manlike eersgeboorteregsreël, en daarmee gepaardgaande die aanwysing van die gemenerereg as toepaslike erfregstelsel tot tyd en wyl die Wetgewer die defekte van die inheemse erfopvolgingsreg hervorm;<sup>153</sup> en
- 4 die aanwysing van die eiseres as enigste intestate erfopvolger van die boedel van die oorledene.<sup>154</sup>

Daar is namens die eiseres betoog dat die manlike eersgeboorteregsreël onbillik teen vroue diskrimineer, irrasioneel en gevolglik ongrondwetlik is. Alternatiewelik moes die hof die reël ontwikkel om dit in ooreenstemming met die oogmerke, gees en strekking van die Grondwet te bring. Dit was gemeensaak dat die eiseres as suster van die oorledene sy naaste bloedverwant was, en daarom as intestate erfopvolger gekwalifiseer het.<sup>155</sup> Daarteenoor het die regsvertegenwoordiger van die verweerdere betoog dat die taak van die hervorming van die inheemse erfopvolgingsreg aan die Wetgewer oorgelaat moet word, en dat die onderhawige hof aan die beslissing van die hof in *Mthembu v Letsela*<sup>156</sup> ingevolge die reëls van *stare decisis* gebonde was.<sup>157</sup>

Die hof *in casu* het laasgenoemde argument verwerp, en die saak van dié van *Mthembu*<sup>158</sup> op die volgende gronde onderskei: Eerstens, Tembi se buite-egtelike status in *Mthembu* wat haar van erfopvolging uitgesluit het; en tweedens, die inwerkingtrekking van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike<sup>159</sup> na die beslissing van *Mthembu*, wat vroue ingevolge artikel 6 van die Wet op gelyke status met hul manlike eweknieë plaas.<sup>160</sup> In dié opsig het die hof insiggewend soos volg verklaar: "The operation of the customary rule of primogeniture is rendered largely untenable by this provision."<sup>161</sup>

<sup>152</sup> *Shibi v Sithole supra* 9-10. Dié aspek van die beslissing val buite die omvang van die bespreking.

<sup>153</sup> *Shibi v Sithole supra* 11-13.

<sup>154</sup> *Shibi v Sithole supra* 13.

<sup>155</sup> *Shibi v Sithole supra* 27-28.

<sup>156</sup> *Supra*.

<sup>157</sup> *Shibi v Sithole supra* 28-29.

<sup>158</sup> *Supra*.

<sup>159</sup> 120 van 1998.

<sup>160</sup> *Shibi v Sithole supra* 30-33.

<sup>161</sup> *Shibi v Sithole supra* 33.

Ten opsigte van die betoog dat die ontwikkeling van die inheemse erfopvolgingsreg aan die Wetgewer oorgelaat moet word, het die hof kategorieë verklaar dat 'n hof sy plig om geregtigheid aan diegene te bedien wat daarom vra, sal versak indien dit nie 'n beslissing fel nie. Die hof insiens het die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie oor genoegsame tyd na die aanname van die nuwe grondwettelike bestel beskik om die inheemse erfopvolgingsreg te hervorm, en kan daar nie verdere uitstel vir statutêre hervorming verleen word nie:

“I agree with Ms Pillay that the third respondent has had nine years since the advent of the new Constitutional dispensation to address the discriminatory nature of the customary rules of succession. I do not agree that the granting of an order developing the customary law rules of succession should be deferred any longer to wait for the Law Commission to complete its investigations ...”<sup>162</sup>

Die hof het met goedkeuring na die beslissing *Bhe*<sup>163</sup> verwys en verklaar dat daar genoegsame bewys voor die hof was om dit te oortuig dat “African women and descendants who are not first born males are ‘placed in an extremely vulnerable situation’ and their rights to equality and dignity are violated by the continued application of this rule of intestate succession”.<sup>164</sup>

Die beslissing in *Shibi* is, soos dié van *Bhe*,<sup>165</sup> tekenend van die houe se ongemak en ongeduld met die voortgesette erkenning van die manlike eersgeboorteregsreël wat vroue van erfopvolging uitsluit. Dié ongemak word deur die ietwat teenstrydige bepalings van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike<sup>166</sup> ten opsigte van die gelyke status van vrou met hul manlike deelgenote, en die inheemsregtelike erfregtelike uitsluiting van vroue, anders as hul manlike deelgenote, beklemtoon. Daar kan egter nie met die hof se beredenering van die beweerde direkte effek van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike<sup>167</sup> op die inheemse erfopvolgingsreg saamgestem word nie. Daar blyk 'n onderskeid te wees tussen regsbevoegdheid en die bevoegdheid om te erf, wat myns insiens nie as algemene kompetensie wat uit regsbevoegdheid voortvloei, beskryf kan word nie. In dié opsig is die beslissing van Regter Maluleke dus gebrekkig.

Die verlening van meerderjarigheidstatus aan vroue beteken dat vroue bemaagtig word om bates te bekom, dit van die hand te sit, kontrakte te sluit, te litigeer, en as geëmansipeerde meerderjariges op 'n gelyke grondslag met mans te kan optree.<sup>168</sup> Dit verleen dus regsbevoegdheid, met die

<sup>162</sup> *Shibi v Sithole supra* 36.

<sup>163</sup> *Supra*. Sien par 3 hierbo.

<sup>164</sup> *Shibi v Sithole supra* 40.

<sup>165</sup> *Supra*.

<sup>166</sup> 120 van 1998.

<sup>167</sup> *Ibid*.

<sup>168</sup> Bennett *Human Rights and African Customary Law* (1995) 93. Sien Olivier *et al Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* 3de uitg (1989) 2-8; Olivier *et al Indigenous Law* (1995) par 1-7 vir 'n beskrywing van die faktore wat tradisioneel die status, regte en verpligtinge van 'n persoon in die inheemse samelewing bepaal. Sien

gepaardgaande kompetensies.<sup>169</sup> Bennett wys daarop dat meerderjarigheid-status egter nie addisionele *regte* verleen nie:

“Majority status gives women powers (or competencies) that they formerly lacked. It does not necessarily give them additional rights. Women subject to customary law never had the right to sue for damages for their own seduction (the delict was conceived to be in the interest of their guardians) nor did they have a right to claim bridewealth for their own marriages. The fact that a woman’s capacity is governed by common law does not mean that her substantive rights should be determined by the same system.”<sup>170</sup>

Soortgelyk verleen regsbevoegdheid nie noodwendig erfopvolgingsregte nie.<sup>171</sup> Janse van Rensburg beskryf dié stand van sake, soos van toepassing op die verkryging van grond, soos volg: “The consequences of this state of affairs are that women are effectively barred from inheriting intestate the land that they are, in terms of statute, capable of buying or inheriting in terms of a valid will!”<sup>172</sup>

Bennett *A Sourcebook of African Customary Law for Southern Africa* (1991) 317-337; en Bekker *Seymour’s Customary Law in Southern Africa* 5de uitg (1989) 141-147 vir ’n uiteensetting van ’n swart vrou se tradisionele regstatus en die impak van wetgewing op die posisie. Voor die aanneme van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998, is die vrou se regstatus deur a 11(3) (algemeen) en 11A (spesifiek ten opsigte van grond) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927, gereël. Ingevolge a 11(30(b) was ’n swart vrou in ’n gebruiklike huwelik geag ’n minderjarige onder die voogdy van haar man te wees. Die posisie in KwaZulu-Natal is deur a 14 van die KwaZulu-Wet op die Wetboek van Zoeloereg 16 van 1985, en die Natalse Wetboek van Zoeloereg, Proklamasie R151 van 1987, en a 27(3) van eersgenoemde gereël. A 14 verleen meerderjarigheidstatus aan vrou by huweliksluiting. Ingevolge a 27(3) is ’n vrou aan die maritale mag van haar man onderworpe in ’n siviele huwelike buite gemeenskap van goed, tensy dit by wyse van ’n huweliksvoorwaardekontrak uitgesluit is. Die posisie ten opsigte van ’n vrou in ’n gebruiklike huwelik in die Transkei is deur a 37 en 39 van die Transkei Marriage Act 21 van 1978, gereguleer, waarkragtens ’n vrou onder die voogdy van haar man geplaas is. Sien Robinson “The Minority and Subordinate Status of African Women under Customary Law” 1995 *SAJHR* 457 vir ’n bespreking van die tradisionele posisie en die toepaslike wetgewing. Die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998, maak voorsiening vir die herroeping van a 11(3)(b) van die Swart Administrasiewet 38 van 1927; 37 en 39 van die Transkei Marriage Act 21 van 1978; en 27(3) van die KwaZulu-Wet op die Wetboek van Zoeloereg van 1985.

<sup>169</sup> Regsbevoegdheid is die regs subjek se kompetensie om draer van regte en verpligtinge en derhalwe subjek in die regsverkeer te wees. Só gesien is regsbevoegdheid eintlik dieselfde as regs subjektiwiteit. Sien Du Plessis en Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 2de uitg (1995) 131; en Van Zyl en Van der Vyver *Inleiding tot die Regswetenskap* 2de uitg (1982) 373-374 vir ’n bespreking van die begrip “kompetensie” en 375-383 vir ’n bespreking van die inhoud van die begrip “regsbevoegdheid”.

<sup>170</sup> Bennett (1995) 94.

<sup>171</sup> Sien Corbett *et al The Law of Succession in South Africa* 2de uitg (2001) 79; De Waal en Schoeman-Malan *Inleiding tot die Erfreg* 3de uitg (2003) 104 vir ’n omskrywing van die bevoegdheid om te erf in die konteks van die Suid-Afrikaanse gemenerereg. Die betekenis van die begrip erfbevoegdheid in ’n Westerse sin kan egter nie aan die betekenis van die begrip in ’n inheemsregtelike sin gelykgestel word nie.

<sup>172</sup> Die volgende dien as voorbeeld: In die Suid-Afrikaanse gemenerereg is alle persone wat leef tydens *delatio*, ongeag of hulle handelingsbevoeg is al dan nie, in beginsel bevoegde beoordeel. Sien Corbett *et al* 79; De Waal en Schoeman-Malan 104. In die gemenerereg beïnvloed ouderdom (jeugdigheid) of geestesvermoëns dus nie die erfbevoegdheid nie. Dit kan toegeskryf word aan die verskynsel dat gemeenregtelike erfopvolging slegs na die vererwing van goed verwys, en nie na die opvolging in status nie. Die inheemsregtelike erfopvolgingsreg is eiesoortig, en verwys na beide die

Voorstanders van die teorie dat vrouens op gelyke voet met mans moet kan erf, sou moontlik kon argumenteer dat die verlening van meerderjarigheidstatus ingevolge artikels 6 en 9 van die Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike<sup>173</sup> tot die erkenning van die vrou se reg om te erf, kon lei omdat vrouens ingevolge hierdie bepalinge formeel aan hul mansgenote gelyk gestel word. Dié argument oortuig egter nie. In die eerste plek is erfbevoegdheid nie 'n kompetensie voortvloeiend uit algemene regsbevoegdheid nie. Tweedens, moet die eiesoortige aard van die inheemse erfopvolgingsreg, en die onderliggende funksies van die instelling, naamlik die voortsetting van die linie of geslag van die man en sy familie,<sup>174</sup> in ag geneem word alvorens die vereistes vir regsbevoegdheid met dié van erfbevoegdheid vergelyk kan word. In dié opsig gee Janse van Rensburg toe dat die aard van die inheemse erfopvolgingsreg eiesoortig is:

“However, one should never lose sight of the ... effect of the correct application of the rules of African customary intestate succession. It is submitted that one must bear the exact nature of the [male primogeniture] rule and its concomitant duties, (the continuation or preservation of family lineage and the duties of the heir) in mind before attempting the application of the test enunciated in the equality clause.”<sup>175</sup>

## 5 GEVOLGTREKKINGS

Dit is ongelukkig dat die oorweging van die grondwetlikheid van die manlike eersgeboorteregsreël in die *Mthembu*-beslissings deur die vraag na die geldigheid van die gebruiklike huwelik vertroebel is. Desnieteenstaande is daar die skrywer insiens genoegsame aanduidings in al drie beslissings dat die howe in hierdie bepaalde geval nie gereed of bereid was om die gewraakte reël ongrondwetlik te verklaar nie. Dié huiwering berus op verskeie gronde, die vernaamste waarvan die potensieel verreikende implikasies van ongeldigverklaring vir die inheemse reg as stelsel.

Die suksesvolle aanslag op die manlike eersgeboorteregsreël in die onlangse sake van *Bhe v Magistrate, Khayelitsha*<sup>176</sup> en *Shibi v Sithole*<sup>177</sup> getuig van 'n direkte, maar myns insiens simplistiese, toepassing van die gelykeheidsbeginsel soos vervat in artikel 9 van die Grondwet, en 'n benadering wat beskryf kan word as een van die vervanging van die inheemse reg deur die gemenerereg (unifikasie?). In dié opsig is daar 'n ongeduld by die howe met die sloerende proses van hervorming deur die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie te bespeur.

---

vererwing van goed, sowel as die opvolging in status. In die geval van opvolging in status, is die volgende faktore relevant: die status van die hoofvrou; geslag (manlik); eersgebore seun (beginsel van eersgeboortereg ten opsigte van manlikes) en fisieke vermoë. Sien Vorster “Die Instelling van Tradisionele Leierskap” in Bekker, Labuschagne en Vorster (reds) *Inleiding tot Regspluralisme in Suid-Afrika. Deel 1: Gewoontereg* (2002) 135.

<sup>173</sup> 120 van 1998.

<sup>174</sup> Sien Olivier *et al* (1989) 436.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> *Supra.*

<sup>177</sup> *Supra.*

---

Bonthuys skryf die verskillende hofbenaderings toe aan die onderskeid tussen die status van die verskillende howe, en verklaar dan krities soos volg:

“The Constitutional Court seems to have a clear idea of the method which should be followed and the issues which should be canvassed. The High Court judgments, however, are seldom extensively or properly reasoned. Some courts adhere closely to the safety provided by the shores of Constitutional Court judgments, some pretend that the sea of constitutional interpretation does not exist and play happily on the beach, while yet others venture enthusiastically into the deep of the Bill of Rights, there to splash and splutter and grasp for the lifelines of bold assertions of fundamental rights.”<sup>178</sup>

Daar word egter aan die hand gedoen dat die howe nie noodwendig in alle gevalle die geskikte forum vir regshervorming is nie,<sup>179</sup> omdat dit nie vir wye konsultasie met belanghebbendes voorsiening kan maak nie. Dit blyk dus dat swart vroue nie noodwendig op die howe moet staatmaak om pro-aktief namens hulle op te tree nie, maar (indien toepaslik) statutêre ingryping in die regulering van hul erfbevoegdheid sal moet afwag.<sup>180</sup> Hoewel die beslissing in *Bhe*<sup>181</sup> die erfbevoegdhede van vroulike afstammelingen in die verdeling van die boedel amptelik erken het, dien die uitspraak nie as gesag vir die uitbreiding van weduwees se regte nie. Dit veronderstel ook nie die afskaffing van die manlike eersgeboorteregsreël in aangeleenthede van die opvolging in status nie. In Deel III van hierdie artikel word die onderskeie voorstelle ter statutêre regulering van die manlike eersgeboorteregsreël onder die loep geneem.

---

<sup>178</sup> Bonthuys “The South African Bill of Rights and the development of family law” 2002 *SALJ* 748 781.

<sup>179</sup> Sien die standpunt van Waarnemende Appèlregter Mpati in *Mthembu v Letsela* 2000 *supra* 883H-I.

<sup>180</sup> Sien Bonthuys 2002 *SALJ* 782.

<sup>181</sup> *Supra*.