DIE INVLOED VAN DIE SWART GEWOONTEREG OP BOEDELBEPLANNING, BOEDELBEREDDERING EN ERFOPVOLGING IN SUID-AFRIKA

GJ van Zijl

B Juris, LLB

Skripsie voorgelê vir die gedeeltelike nakoming vir die graad Magister Legum met Boedelreg as hoofstudierigting in die Departement Privaatreg aan die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys.

Leier: Me A van der Walt
Potchefstroom 1999

INHOUDSOPGAWE

i Summary 1

1 Inleiding 2

2 Erkenning van die gewoontereg en die 1996 *Grondwet* 5

2.1 Inleiding 5
2.2 Argumente vir die voortbestaan van die gewoontereg 7
2.3 Invloed van die 1996 Grondwet op die gewoontereg 10
2.4 Gevolg van die erkenning van die gewoontereg vir boedelbeplanning 11

3 Huweliksluiting
3.1 Inleiding 12
3.2 Posisie voor 2 Desember 1988 12
3.3 Posisie na 2 Desember 1988 15
3.4 Gewoonteregtelike huwelike 16
3.5 Implikasies van huwelike gesluit voor 2 Desember 1988 huwelike gesluit na 2 Desember 1988 en die gewoontereg op boedelbeplanning 19

4 Erfopvolging en vererwing
4.1 Inleiding 21
4.2 Erfopvolging in die gewoontereg 21
4.3 Invloed van die gewoontereg op boedelbeplanning 28

5 Onroerende eiendom en die gewoontereg 31
5.1 Verkryging van grond deur swartes 33
5.2 Posisie van die vrou met betrekking tot onroerende eiendom 35
5.3 Onroerende eiendom en boedelbeplanning 37

6 Samevatting
6.1 Samevatting en gevolgtrekking 39

7 BRONNELYS 43

SUMMARY

The influence of the black customary law on estate planning, the administration of estates and succession in South Africa

During the last few years tremendous changes took place in South Africa. Apartheid and all other statutes based on discrimination were abolished and a new Black middle class was established. The customary law is also recognised in the 1996 *Constitution* and a big section of the community abide by, and respect customary law

Black people also have a choice between a marriage in terms of the common law, or in terms of the customary law. Before 2 December 1988 all Black common law marriages were out of community of property, unless otherwise determined by an ante-nuptial contract. Since the inception of the *Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act* 3 of 1988 all the differences between black and western civil marriages disappeared and all civil marriages were put on the same footing. The legislator also gave recogniton to customary law marriages through the *Recognition of Customary Marriages Act* 120 of 1998. All these marriage systems also have an profound effect on estate planning, especially the customary law as it created new possibilities for *inter alia* the reduction of an estate through donations to and by spouses.

Immovable property in tribal areas posed a problem as it is difficult to sell the land without the permission of the tribal authority, or minister. Black women also experienced trouble in obtaining rights in land. This situation is to be remedied.

Succession in the customary law can lead to unfair results, especially as far as women are concerned, the need for a valid will therefor can't be stressed enough. The will is the most important estate planning instrument and must be utilised to ensure that assets are distributed as soon as possible after the death of the testator.

The will is also an important instrument to ensure that the male successors are not prejudiced by the inception of the *Amendment of the Customary law of Succession Bill* B109 of 1998 as culture determines that the male successor is also responsible for the payment of debts and the maintenance of the family.

Through estate planning the estate planner must therefor give effect to the values of the 1996 *Constitution* and ensure that social order is maintained.

HOOFSTUK 1
INLEIDING.

Gedurende die laaste paar jaar en meer spesifiek die tagtigerjare tot nou toe het daar ingrypende veranderinge in Suid-Afrika plaasgevind. So byvoorbeeld is apartheid en alle ander wette wat op enige vorm van diskriminasie gebaseer was afgeskaf. Ook op ekonomiese gebied was daar ontwikkeling gewees, voorheen sogenaamd benadeelde groepe veral swartes het al hoe meer tot die ekonomië begin toetree en dit het tot die ontstaan en opgang van 'n nuwe groep - die swart middelklas - gelei. Hierdie groep het toenemend groter boedels opgebou, maar vanweë die aard van die gewoonteregtelike huwelik en erfreg word boedelbeplanning en boedelbereddering gekompliseer. Vir jare is die hantering van swart boedels in boedelbeplanning en boedelbereddering afgeskeep.

Boedelbereddering behels die organisering en afhandeling van 'n bestorwe boedel. Die omvang van die bates en laste moet bepaal en daarna die balans van die boedel aan die begunstigdes uitgedeel word.[1] Met boedelbeplanning word bedoel die proses waardeur 'n eienaar eiendom verkry, die grootste voordeel uit die besit en gebruik daarvan haal (gedurende sy, of haar lewe), sodat soveel as moontlik op die mees ekonomiese wyse en met die minste vermindering van die waarde van die boedelbates op sy of haar begunstigdes kan oorgaan (na sy of haar afsterwe).[2] Die boedelbeplanner moet dus toesien dat die boedeleienaar se bates so georganiseer word dat dit in die behoeftes van die boedeleienaar en sy gesin voorsien, en ook dat as die eienaar te sterwe kom hierdie bates so gou en moeiteloos as moontlik aan sy erfgename oorgedra word.

Waar 'n boedelbeplanning vir swartes gedoen word, kan dit moeite vir die

[1] Wiechers N J en Vorster I *Boedelbereddering* (Durban 1991) 1.
[2] Olivier P A en van der Berg G P J *Praktiese Boedelbeplanning* (Kaapstad 1991) 14

boedelbeplanner veroorsaak, veral wat die oordrag van sekere bates deur die boedeleienaar betref, waar die betrokke boedeleienaar hom steeds aan die gewoontereg[3] gebonde ag, of gewoonteregtelik getroud is. Een van die kenmerke van 'n goeie boedelbeplanner is die vermoë om aan 'n boedeleienaar se wense uitvoering te gee, terwyl hy terselfdertyd 'n boedelplan kan uitwerk wat tot die grootste moontlike voordeel van die boedeleienaar sal funksioneer. Om dit te kan doen moet die boedelbeplanner 'n goeie luisteraar wees en met die boedeleienaar se persoonlike omstandighede vertroud wees,[4] wat dan ook sal insluit die huweliksbedeling waaronder die boedeleienaar getroud is of die boedeleienaar se keuse van regstelsels.

Daar moet eerstens bepaal word of die gewoontereg steeds van toepassing is, en indien wel, of dit nie in stryd met die *Grondwet* is nie.[5] As daar bevind word dat die gewoontereg steeds van toepassing is moet daar gekyk word hoe huwelike in terme van die gewoontereg gesluit is en hoe erfopvolging moet plaasvind. Sedert 1998 word gewoonteregtelike huwelike deur die *Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 120 van 1998 erken.[6] Daar is verder 'n *Wysigingswetsontwerp op Intestate Erfopvolging*[7] gepubliseer wat implikasies vir boedelbereddering het. Hierdie *Wetsontwerp* herroep die bestaande wetgewing wat aanwysingsreg reël en wysig die *Wet op Intestate Erfopvolging* 81 van 1987 ten einde vir poligamiese verhoudings voorsiening te maak.[8]

Die doel van hierdie skripsie is om die invloed van die swart gewoontereg op boedelbeplanning , boedelbereddering en erfopvolging in 'n hedendaagse Suid-Afrika te ondersoek veral in die lig van die nuwe regswysigings wat inwerking

[3] In hierdie skripsie word inheemse reg en gewoontereg as sinonieme gebruik
[4] Olivier en Van Den Berg *Praktiese Boedelbeplanning* 17.
[5] *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108 van 1996. Hierna die 1996 *Grondwet*
[6] Die Wet was op 31/10/1999 nog nie in werking gestel nie.
[7] *Wetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging [W*109 van 1998]
[8] Byvoorbeeld artikel 23 van *die Swart Administrasiewet* 38 van 1927.

getree het, of inwerking gaan tree.[9]

In hierdie skripsie word eerstens die invloed van die 1996 *Grondwet* op die gewoontereg ondersoek, waarna die faktore[10] wat in ag geneem moet word by die beplanning en beredderingvan swart boedels bespreek word, ten einde tot 'n gevolgtrekking te kom.

[9] Soos meer volledig bespreek in Hoofstukke 3 en 4.

[10] Huweliksluiting (Hoofstuk 3), Erfopvolging (Hoofstuk 4) en onroerende eiendom (Hoofstuk 5).

HOOFSTUK 2
ERKENNING VAN GEWOONTEREG EN DIE 1996 GRONDWET

2.1 Inleiding

Die inheemse volke van Suid-Afrika het deur die geslagte as deel van hulle kultuurbesit, 'n eie regsisteem ontwikkel, welke reëls van geslag tot geslag oorgedra is.[11] Du Plessis[12] definiëer die gewoontereg as daardie gebruike, of reëls, wat as deel van 'n betrokke stam in Afrika se kultuurbesit bly voortbestaan het en wat aangevul, of gewysig is deur veranderende gemeenskapsopvattings en die eise van die tyd. Artikel 1(4) van die *Wysigingswet op die Bewysreg* 45 van 1988 definiëer verder die gewoontereg as die swart reg of gebruike soos wat dit deur die swart stamme in Suid-Afrika, of gebiede wat voorheen deel van Suid-Afrika gevorm het, toegepas word.

Dit is egter soms moeilik om te bepaal wanneer 'n gewoonte in 'n regsreël omskep is, daarom het die hof in die hofsaak *Van Breda and Others v Jacobs and Others*[13] bevind dat indien die gewoonte redelik is, vir 'n lang tyd reeds bestaan, algemeen nageleef word deur daardie gemeenskap waarbinne dit geld, en duidelik en seker is hierdie gewoonte as regsreël opgeneem kan word. 'n Gewoonte kan ook as regsreël aanvaar word as die gewoontereg geredelik en met voldoende sekerheid vasgestel kan word.[14]

Alvorens die vraag of die gewoontereg inderdaad erkenning geniet bespreek word, word 'n paar definisies bespreek. Die eerste hiervan is die swartes se siening van die begrippe familie en huwelik. Dit is belangrik, om te weet wat die

---

[11] Olivier N J J *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* 3de uitgawe (Durban 1989) 4.

[12] Du Plessis W Afrika en Rome : Regsgeskiedenis by 'n kruispad 1992 *De Jure* 289-297

[13] *Van Breda and Others v Jacobs and others* 1921 AD 330.

[14] Artikel 1(1) van die *Wysigingswet op die Siviele Bewysreg* 45 van 1988

swartes onder die woord "familie" verstaan. Gesien uit 'n westerse oogpunt is die familie wat ter sprake is, 'n kernfamilie bestaande uit 'n man, sy vrou en hulle kinders wat almal onder een dak woonagtig is.

Volgens swartes is die familie 'n uitgebreide een en bestaan dit uit ouers, kinders en ander familielede, byvoorbeeld grootouers, broers en susters ooms en tantes. Daar word ook in die gewoontereg aan dié tipe familie erkenning gegee.[15] Dié siening van die term familie lei ook tot interessante verskynsels. So byvoorbeeld word 'n kind wat gebore word, sonder dat die ouers getroud is, nie as buite-egtelik beskou nie, maar die kind vorm deel van die moeder se familie.[16] Indien die vader van die ongebore kind egter met die moeder 'n gewoonteregtelike huwelik aangaan word die kind daardeur gewettig en vorm dan deel van die man se familie.[17]

Cobbah[18] wys daarop dat waar westerlinge se familielewe rondom die kernfamilie sentreer, sonder die inmenging van ander familielede, dit nie die geval by die tipiese swart familie is nie. By die swart familie bestaan die kernfamilie-konsep nie en moet die vraag of die uitgebreide familie irrelevant geword het beantwoord word.

Baie swartes lewe steeds in landelike gebiede waar 'n kommunale lewenstyl, met die voorregte en verantwoordelikhede verbonde daaraan steeds gerespekteer word en toepassing vind, maar aan die ander kant neem verstedeliking in Afrika steeds toe. As gevolg van verstedeliking verdwyn die tradisionele familieverhoudinge en selfs die landelike gebiede word hierdeur geraak, omdat die uitgebreide families verbrokkel deurdat sommige van die familielede stede toe

---

[15] Bekker J C Interaction between constitutional reform and family law 1991 *Acta Juridica* 1-17
[16] Olivier N J J Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes 463
[17] Bekker J C *Seymour's Customary Law in South Africa* (Cape Town 1989) 232
[18] Cobbah J A M African values and the human rights debate a South African perspective 1987 *Human Rights Quarterly* 320

trek om werk te soek, terwyl ander familielede verskillende ekonomiese aktiwiteite beoefen.[19] Die landelike families is dus nie meer sulke hegte eenhede soos voorheen nie.

'n Verdere verskil is dat die kernfamilie op die monogame huwelik gebaseer is, terwyl die uitgebreide Afrika-familie op poligamie, of meer korrek, op poliginie gebaseer word.[20] In die verlede was poliginie verbied op grond van morele en teologiese gronde, tans is poliginie egter onder die soeklig, omdat vroue se status na bewering nadelig daardeur geraak word.[21] Daar is ook sekere persone wat beweer dat poliginie nie dieselfde ontberinge en swaarkry vir vroue teweegbring as egskeiding nie en dat die 1996 Grondwet eerder regte moet beskerm as om dit weg te neem. Die staat mag ook nie aan die individu voorskryf watter verhoudings hy mag aangaan, of nie mag aangaan nie.[22]

In die lig van bogenoemde stelings moet die posisie met betrekking tot die voortbestaan van die gewoontereg in oorweging geneem word.

2.2 Argumente vir die voortbestaan van die gewoontereg

Suid-Afrika is 'n land met 'n verskeidenheid uiteenlopende en diverse kulture en die 1996 *Grondwet* maak ook daarvoor voorsiening. So byvoorbeeld bepaal artikel 9(3) onder andere dat daar nie teen enige persoon op grond van sy kultuur gediskrimineer mag word nie, terwyl artikel 30 bepaal dat alle burgers die reg sal hê om aan die kultuurlewe van hulle keuse deel te neem. Die gewoontereg vorm deel van verskeie swartes se kultuurlewe en respekteer baie van hulle steeds die

---

[19] Bekker 1991 *Acta Juridica* 1 3.
[20] Dit is die geval waar 'n man gelyktydig met meer as een vrou getroud is.
[21] Bennett T W *Human Rights and African Customary Law* (1995) 120.
[22] Suid-Afrikaanse Regskommissie 1997 *Projek 90*. Besprekingsdokument: Gewoonteregtelike huwelike 56

gewoontereg, so byvoorbeeld is daar in 'n ondersoek[23] wat in Mamelodi en Atteridgeville oor *lobolo* gedoen is bevind dat *lobolo* in 90% van alle siviele huwelike gelewer is, terwyl dit ook in 96% van alle dubbele huwelike[24] gegee is.
'n Verdere rede vir die behoud van die gewoontereg is die feit dat dit as groepregte onder menseregte gekwalifiseer word en dus beskermingswaardig is. Dit impliseer dat daar 'n plig op regerings rus om nie teen lede van 'n groep te diskrimineer nie.[25] Daar is in gevalle soos hierdie ook 'n positiewe plig ter sprake, naamlik dat die groep toegelaat moet word om 'n eie identiteit te kweek deur byvoorbeeld die stig van hulle eie skole, praat van 'n eie taal en die beoefening van 'n eie godsdiens. Hierdie positiewe plig kan ook insluit die afdwinging en toepassing van 'n eie regsisteem.[26] Nie-erkenning van die gewoontereg kan ook 'n negatiewe uitwerking op individuele menseregte hê.[27] Neem die geval waar 'n poligame huwelik in terme van die gewoontereg gesluit is. In so 'n geval kan nie-erkenning katastrofiese gevolge vir die gesin inhou. Die betrokke familie sal deur geen wet beskerm word nie, daar sal nie 'n wedersydse onderhoudsplig bestaan nie, die kinders gebore uit so 'n verbinding sal as buite-egtelik beskou word, daar sal geen erfopvolgingsregte tussen gades ingevolge die intestate erfreg wees nie, en gades sal oor en weer teen mekaar in strafsake kan getuig.[28]

Volgens Balatseng[29] is die siening dat vroue in die Afrika kultuur ewigdurend minderjarig is en daarom nie aan familiebesluite mag deelneem nie 'n mite.[30] Sy

---

[23] Prinsloo M W, Van Niekerk G J en Vorster L P Knowledge and experience of *lobolo* In Mamelodi and Atteridgeville 1997 *De Jure* 314-330.
[24] Dit is huwelike wat in terme van sowel die gewoontereg as die gemene reg tussen dieselfde persone gesluit is.
[25] Bennett 1991 *African Law Journal* 18 21.
[26] Bennett 1991 *African Law Journal* 18 22
[27] Kaganas F en Murray C Law women and the family: The question of poligamy in the new South Africa 1991 *Acta Juridica* 116-134.
[28] Hierdie posisie is verander deur die inwerkingtreding van die *Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike* 110 van 1998
[29] Balatseng D M Equality and women under customary law 1996 *Word and Action* 36 335 9-11
[30] Balatseng 1996 *Word and Action* 9 10

beweer dat vroue in die Afrika kultuur die finale sê het. Die feit dat die mans bekend maak watter besluite geneem is, beteken nie dat hulle besluite namens die vrou, oor die vrou neem nie. Die gesin bespreek die sake wat die familie raak saam soos byvoorbeeld die neem van 'n tweede vrou ensovoorts. Dit lyk dus asof die vrou die beslissings in verband met die gesinslewe neem terwyl die man in die liggaamlike behoeftes voorsien.[31] Alhoewel die man in die gewoontereg as hoof van die familie en huishouding beskou word is daar verkeerdelik 'n ondergeskikte status aan die vrou toegedig wat in artikel 11(3) van die *Swart Administrasiewet* 38 van 1927vergestalt is.[32] Dit is belangrik om te onthou dat die gewoontereg ook 'n dinamiese stelsel is wat in staat wás om in die behoeftes van die gemeenskappe te voorsien en steeds sal kan omdat dit, soos ander regstelsels, in 'n ontwikkelingsproses staan.[33] Voorsittende beamptes wat die reg toepas moet die gewoontereg interpreteer in die kulturele konteks van die inheemse stamme. As hierdie benadering gevolg word, sal selfs die voorstanders van gelykheid sien dat die gewoontereg nie diskriminerend was en ook nie sal wees nie.[34]

Die Afrika gewoontereg met sy waardesisteme is dus nie ondergeskik aan diè van die westerse sisteem nie.[35] Die gewoontereg is per definisie ook nie staties nie, maar ontwikkelend van aard.[36] Al wat die gewoontereg verhoed om verder te ontwikkel, is die vooropgestelde idee van sommige mense dat Afrikawaardes waardeloos is en nie 'n staanplek in 'n moderne waardesisteem het nie. Die gevolg van hierdie denke is dat dié mense die waardes teenstaan of ignoreer, wat tot gevolg het dat sosiale verandering gekniehalter word.[37] Die demokratiese beginsels wat in 'n hedendaagse Suid-Afrika toepassing vind vereis dat die

---

[31] Balatseng 1996 *Word and Action* 9 10.
[32] Du Plessis W Status of black women regarding land transactions 1996 *Obiter* 17: 127-138.
[33] Balatseng 1996 *Word and Action* 9 11
[34] Balatseng 1996 *Word and Action* 9 11
[35] Nhlapo T Human Rights. The African perspective 1995 *African Law Review* 38-41
[36] Olivier N J J en Olivier W H *Inheemse Reg* (Durban 1998) 256.
[37] Nhlapo 1995 *African Law Review* 38 39

kultuur van die meerderheid van die inwoners in Suid-Afrika 'n hoër profiel moet handhaaf. Uit die voorafgaande is dit dus duidelik dat heelwat skrywers die voortbestaan van die gewoontereg steun, met die voorbehoud dat dit verander moet word om huidige gevoelens en gewoonteregtelike idees in ag te neem, sodat die sosiale praktyk hierdeur gereël kan word.[38] Die 1996 *Grondwet* as hoogste gesag in die land sal die deurslaggewende faktor wees om te bepaal of die gewoontereg steeds toepassing sal vind in 'n moderne Suid-Afrika, daarom moet die bepalings van hierdie wet ook nou van nader bekyk word.

2.3 Invloed van die 1996 Grondwet op die Gewoontereg

Die 1996 *Grondwet* as die hoogste gesag bepaal in artikel 2 dat alle wetgewing of handelinge wat daarmee strydig is ongeldig is. Verder bepaal die 1996 *Grondwet* in artikel 9(3) dat daar nie onbillik teen enige persoon gediskrimineer mag word op grond van onder andere geslag, huwelikstatus of kultuur nie. Artikel 211(3) bepaal dat die howe die gewoontereg, waar toepaslik moet toepas, onderhewig aan die 1996 *Grondwet* en wetgewing wat spesifiek met die gewoontereg handel.

Ander artikels in die 1996 *Grondwet* wat spesifiek op die gewoontereg van toepassing gemaak kan word is artikel 31 wat bepaal dat elke persoon geregtig is op die taal en kulturele deelname van sy keuse, terwyl artikel 36 die beperkingsklousule bevat waaraan die gewoontereg getoets moet word ten einde te bepaal of dit toepassing sal vind of nie. Artikel 15(3) maak verder ook daarvoor voorsiening dat howe wat op tradisie of gewoonte gebaseer is erken kan word.

Die vraag ontstaan egter watter regte voorrang sal geniet waar daar 'n botsing van belange bestaan, byvoorbeeld in gevalle waar 'n vrou nie van die man mag

---

[38] Bennett 1991 African Law Journal 18 32

erf nie, omdat die gewoontereg slegs vir manlike erfopvolgers voorsiening maak.[39] In sulke gevalle word die interpretasie van die tersaaklike artikels onderworpe gestel aan artikel 39 van die 1996 *Grondwet* wat bepaal dat daar gevolg gegee moet word aan die waardes onderliggend aan 'n vrye en demokratiese gemeenskap gebaseer op menslike waardigheid, vryheid en gelykheid. Wanneer enige wetgewing geïnterpreteer, of die gewoontereg ontwikkel word, moet aan die gees doel en oogmerke van die handves van fundamentele regte voldoen word.

2.4 Gevolg van erkenning van gewoontereg vir boedelbeplanning

Soos reeds aangetoon is is een van die kenmerke van 'n goeie boedelbeplanner en boedelberedderaar die vermoë om aan 'n boedeleienaar se wense uitvoering te gee, terwyl hy terselfdertyd 'n boedelplan kan uitwerk, of 'n bestorwe boedel kan administreer sodat dit tot die grootste moontlike voordeel van die boedeleienaar of erfgename sal strek.[40] Die boedelbeplanner en beredderaar moet met die boedeleienaar se persoonlike omstandighede vertroud wees wat dan insluit die huweliksbedeling waaronder die boedeleienaar getroud is, sowel as die boedeleienaar se keuse van regstelsels. Die boedelbeplanner en boedelberedderaar moet dus bewus wees van die feit dat die gewoontereg in Suid-Afrika funksioneer en erken word en in staat wees om die boedelplan so op te stel dat die grootste moontlike voordeel uit alle toepaslike regstelsels gehaal kan word.

---

[39] Sien in die verband *Hoofstuk 4*.
[40] Sien in die verband *Hoofstuk* 1.

HOOFSTUK 3
HUWELIKSLUITING

3.1 Inleiding

Swart Suid-Afrikaners het in die verlede probleme ondervind wanneer hulle 'n huwelikstelsel moes kies. Hierdie probleme is nie uniek nie en kom oral in die wêreld voor waar 'n wêreldmag inheemse inwoners onderdruk en gekoloniseer het.[41] Die keuse van 'n huwelikstelsel het ook dikwels tot probleme gelei, aangesien verskillende stelsels verskillende regsgevolge ingehou het wat onder andere die status en vermoënsregtelike posisie van die partye beïnvloed het. Swartes het ook die keuse gehad om of 'n gewoonteregtelike of 'n gemeenregtelike huwelik aan te gaan. Dit is daarom nodig om die verskillende moontlikhede te ondersoek ten einde te bepaal wat die regsgevolge van die verskillende huwelike is. Daar word drie verskillende situasies onderskei naamlik; die posisie voor 2 Desember 1988, die posisie na 2 Desember 1988 en die gewoonteregtelike huwelik. Hierdie drie situasies sal vervolgens bespreek word.

3.2 Posisie voor 2 Desember 1988

Voor die inwerkingtreding van die *Wysigingswet op die Huwelik en die Huweliksgoedere*[42] kon swartes gemeenregtelike huwelike sluit, selfs al sou die betrokke persone op daardie tydstip reeds in 'n gewoonteregtelike huwelik gestaan het.[43] Met ander woorde 'n man kon, staande 'n gewoonteregtelike huwelik 'n gemeenregtelike huwelik sluit met enige van die volgende persone:

---

[41] Mndaweni C African marriages still at the crossroads in South Africa 1990 *Comparative and International Law Journal of South Africa* 361-373

[42] *Wysigingswet op die Huwelik en Huweliksgoedere* 3 van 1988.

[43] Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* 225.

* Sy eggenote in 'n monogame gewoonteregtelike huwelik.
* Met een van sy gades waar hy in 'n poligame gewoonteregtelike huwelik gestaan het.
* Met 'n ander vrou, met ander woorde 'n vrou wat nie reeds gewoonteregtelik met die man getroud was nie.

Hierdie posisie is deur artikel 22 van die *Swart Administrasiewet*[44] gereël. Artikel 22(1) het bepaal dat geen swarte, wat reeds in 'n gewoonteregtelike huwelik staan, met 'n ander vrou 'n gemeenregtelike huwelik[45] mag sluit nie, tensy hy onder eed verklaar het wie die vrou is met wie hy gewoonteregtelik getroud is, wie die kinders is wat uit die huwelik gebore is en die soort en hoeveelheid roerende goed wat aan elke sodanige vrou toegeken is. Artikel 22(2) het bepaal dat die amptenaar hierdie feite moet opteken as bewys dat aan die vereistes voldoen is.

Hierdie statutêre beperkings het egter nie die probleem opgelos nie. In die saak van *Malaza v Mndaweni*[46] is beslis dat hierdie statutêre maatreëls nie hulle doel gedien het nie. Die geldigheid van hierdie verklaring het geen materiële voordele vir die vrou of die kinders ingehou nie. As die man die verklaring afgelê het het hy sy statutêre plig vervul en het hy onder geen verpligting gestaan om eiendom aan die benadeelde vrou oor te dra voordat hy die sivielregtelike huwelik aangaan nie. Verder is beslis dat nie-voldoening aan artikel 22(1) nie 'n effek op die geldigheid van die huwelik het nie. Die hof het sy redenasie op die omvang en die doel van die wetgewing gebaseer en gekyk wat tot die grootste nadeel sou lei, die instandhouding of die ontbinding van die siviele huwelik. As die siviele huwelik nietig verklaar sou word sou die vrou in die siviele huwelik se posisie erg benadeel word; daarenteen sou die instandhouding van die huwelik nie tot groter benadeling van die vrou wat in terme van die gewoontereg getroud is lei nie en is

---

[44] 38 van 1927.
[45] In hierdie skripsie word sivielregtelike huwelike en gemeenregtelike huwelike as sinonieme gebruik.

die gemeenregtelike huwelik deur die hof instandgehou. In *Nkambula v Linda*[47] ,'n appèlhofbeslissing, is beslis dat die vrou in die gewoonteregtelike huwelik nie 'n reg op kohabitasie het nie, omdat die sluiting van 'n gemeenregtelike huwelik, volgens die hof tot die beskouing lei dat die man sy gewoonteregtelike eggenote verlaat en die huwelik ontbind het.

Artikel 22(6) het die regsposisie met betrekking tot swart gemeenregtelike huwelike gereël en soos volg bepaal:

* As die man ongetroud was, of in 'n monogame gewoonteregtelike huwelik gestaan het en met dieselfde vrou 'n gemeenregtelike huwelik gesluit het dan was so 'n huwelik buite gemeenskap van goed, wins en verlies, met behoud van die maritale mag van die man. Dit was moontlik om die maritale mag by wyse van 'n voorhuwelikse kontrak uit te sluit en die partye kon ook binne een maand voor hulle huwelik 'n verklaring aflê wat bepaal het dat hulle voorgenome huwelik in gemeenskap van goed, wins en verlies moes wees.

* As die man in 'n poligame gewoonteregtelike huwelik gestaan het en met een van die gades 'n gemeenregtelike huwelik aangegaan het, of waar die man met 'n ander vrou as die gewoonteregtelike eggenote 'n gemeenregtelike huwelik aangegaan het was sodanige huwelik buite gemeenskap van goed, wins en verlies met behoud van die maritale mag. Die maritale mag kon by wyse van 'n voorhuwelikse kontrak uitgesluit word, maar die huwelik was steeds buite gemeenskap van goed.

In beide gevalle reël die gemenereg die vermoënsregtelike posisie en bly die goed wat elke eggenoot inbring sy/haar persoonlike eiendom onderhewig aan die beheer van die man, tensy die maritale mag uitgesluit is.

---

[46] *Malaza v Mndaweni* 1975 BAC 45 op 55-56

[47] *Nkambula v Linda* 1951 1 SA 377 (A).

3.3 Posisie na 2 Desember 1988

As die implikasies van swart gemeenregtelike huwelike ontleed word, blyk dit dat veral die vrou in die gewoonteregtelike huwelik benadeel is, veral omdat die gewoonteregtelike huwelik nie as geldige huwelik erken is nie en dit vir die man moontlik was om 'n gemeenregtelike huwelik aan te gaan sonder dat sy gewoonteregtelike huwelik amptelik beëindig word. Volgens die Suid-Afrikaanse Regskommissie[48] kon hierdie hoogs onbevredigende toedrag van sake aanleiding tot probleme in die gemenereg sowel as in die gewoontereg gee. Op aanbeveling van die Regskommissie het die wetgewer hierdie posisie gewysig deur die implementering van die *Wysigingswet op die Huwelik en die Huweliksgoedere* wat op 2 Desember 1988 in werking getree het.

Sedert die inwerkingtreding van die *Wysigingswet*[49] geld die gemenereg ook vir alle swart gemeenregtelike huwelike. Die effek van hierdie wet is dat die huwelik *ipso iure* binne gemeenskap van goed sal wees, tensy anders in 'n huweliksvoorwaardekontrak bepaal word.[50] Hierdie *Wysigingswet* maak daarvoor voorsiening dat partye wat getroud is, voor die inwerkingtreding van die wet, binne twee jaar na inwerkingtreding van die wet, deur registrasie in 'n notariële kontrak, hulle huweliksgoederebedeling kan wysig. Die *Wysigingswet* het ook artikel 25(1) van die *Wet op Huweliksgoedere*[51] herroep. Artikel 25(1) het aanvanklik bepaal dat die hoofstukke in die Wet met betrekking tot die maritale mag van die man nie op huwelike gesluit in terme van artikel 22(6) van die *Swart Administrasiewet*[52] van toepassing was nie en is artikel 25(1)[53] deur artikel 4(a) van die *Wysigingswet* herroep. Hierdie herroeping het tot gevolg dat die

---

48 Project 51 *Marriages and Customary Union of Black Persons* October 1986.
49 3 van 1988.
50 Mndaweni 1990 *CILSA* 370.
51 *Huweliksgoederewet* 88 van 1984.
52 38 van 1927.van 1988.

voorskrifte van Wet 88 van 1984 nou toepassing vind op alle gemeenregtelike huwelike gesluit deur swartes. Voor die herroeping het artikel 25(1) bepaal dat hoofstuk 2 van die spesifieke wet (wat gehandel het oor die maritale mag van die man) en hoofstuk 3 (wat gehandel het oor die feit dat die man en vrou gelyke magte met betrekking tot die administrasie van die gemeenskaplike boedel het) nie op swartes van toepassing gemaak kon word nie. Hoofstuk 1 van Wet 88 van 1984 wat handel oor die aanwasbedeling was ook nie op swartes van toepassing nie. Die herroeping van artikel 25(1) van Wet 88 van 1984 het dus die diskriminasie teen swart gemeenregtelike huwelike opgehef.

3.3 Gewoonteregtelike huwelike

In die verlede is die gewoonteregtelike huwelik nie as 'n regsgeldige huwelik beskou nie.[54] In die saak *Ismail v Ismail*[55] is beslis dat die wetgewer die gevolge van die swart gewoonteregtelike huwelik erken, maar dat dit nie in die geval van ander poligame huwelike, soos, godsdienstige groepe byvoorbeeld Moslems gebeur het nie. In *Seedat's Executors v The Master (Natal)*[56] het regter Innes die opmerking gemaak dat daar geen aanduiding is dat poligamie as deel van die Suid-Afrikaanse regstelsel erken kan word nie. Die rede hiervoor was dat die huwelik in terme van die gemenereg monogaam is en dat die erkenning van poligame huwelike die status van dié huwelik negatief sal beïnvloed en daarom as teen die openbare belang geag kon word.

Sedert die inwerkingtreding van die 1996 *Grondwet* het die posisie verander. In terme van artikel 211(3) van die 1996 *Grondwet* moet die gewoontereg toegepas word in gevalle waar dit toepassing vind onderhewig aan die 1996 *Grondwet* en

---

53 88 van 1984.
54 Geen hof mag egter bevind het dat die *lobola*-gebruik teen die staatsgedragslyn is nie- artikel 1 *Wysigingswet op Siviele Bewysreg* 45 van 1988.
55 *Ismail v Ismail* 1983 1 SA 1006 (A) 1024 B-E
56 *Seedat's Executors v The Master (Natal)* 1917 AD 302.

wetgewing wat spesifiek oor die gewoontereg handel. Daarom het die wetgewer besluit om die gewoontereg met betrekking tot die gewoonteregtelike huwelik te wysig deur *die Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike*[57] wat ten doel het om die gewoontereg in lyn met die 1996 *Grondwet* te bring deur onder andere die volgende wysigings te implementeer:

* Artikel 3(1) van die *Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike* bepaal dat 'n gewoonteregtelike huwelik slegs geldig sal wees indien beide voornemende gades bo die ouderdom van agtien jaar is en instem om kragtens die gewoontereg met mekaar getroud te wees.
* Artikel 4(1) bepaal dat die gades hulle gewoonteregtelike huwelik moet registreer. In terme van hierdie artikel moet gewoonteregtelike huwelike wat voor die inwerkingtreding van die Wet gesluit is binne 'n redelike tyd na inwerkingtreding van die Wet geregistreer word, terwyl gewoonteregtelike huwelike na inwerkingtreding van die Wet gesluit, binne 'n redelike tyd na huweliksluiting geregistreer moet word.[58]
* Artikel 4(2) bepaal dat die huwelik geregistreer word deur aan te dui wie die partye is, wat die datum van die huwelik was en wat die bedrag, of waarde van die *lobolo* wat gegee is beloop.
* Artikel 6 verander die posisie met betrekking tot die status van die vrou deur te bepaal dat haar status in alle opsigte gelyk is aan dié van haar man.[59]
* Artikel 7 reël die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik en bepaal dit onder andere dat 'n huwelik gesluit voor inwerkingtreding van die Wet steeds deur die gewoontereg beheers word. 'n Monogame gewoonteregtelike huwelik sal binne gemeenskap van goed wees met wins en verlies, tensy gemeenskap van goed deur 'n voorhuwelikse kontrak uitgesluit is. Die artikel bepaal dat hoofstuk 3 en artikels 17, 18 en

---

[57] *Wet op die Erkenning van Gebruiklike huwelike* 120 van 1998.
[58] Redelike tyd word egter nie gespesifiseer nie.

19 van die *Wet op Huweliksgoedere*[60] op die gewoonteregtelike huwelik van toepassing sal wees. Artikel 7 van die *Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike*[61] bepaal verder dat gades in 'n gewoonteregtelike huwelik gesamentlik by 'n hof aansoek kan doen om die wysiging van hulle huweliksgoederebedeling en die hof kan die partye magtig om 'n skriftelike kontrak aan te gaan in terme waarvan hulle toekomstige huweliksgoederebedeling gereël word.

* Artikel 7 maak voorsiening vir gevalle waar 'n party in 'n gewoonteregtelike huwelik 'n verdere gewoonteregtelike huwelik wil sluit. Daar moet by die hof aansoek gedoen word om die bestaande huweliksgoederebedeling op te skort, waarna die huweliksgoedere tussen die gades verdeel moet word. Die partye sluit dan 'n skriftelike kontrak wat die toekomstige huweliksgoederebedeling van al die gades reël. Alle partye wat 'n belang by so 'n aansoek het moet gesiteer word en die hof moet die familiegroepe se omstandighede inagneem voordat 'n gelyke verdeling gemaak sal word.

Die regsontwikkeling met betrekking tot die vermoënsgevolge van monogame gemeenregtelike huwelike, sowel as die gewoonteregtelike huwelik, kan aangeprys word. Vir sover dit integrasie betref sal 'n eenvormige regsisteem slegs ontwikkel kan word as daar 'n progressiewe harmonisering en uiteindelike integrasie en gelykstelling van die stelsels kan wees. Beide regstelsels moet dus gelyke behandeling kry en dit beteken dat die gewoontereg op gelyke voet met die gemenereg moet kan staan, ook sover dit op die Huweliksgoederereg van toepassing is.[62]

---

[59] Artikel 11(3) van die *Swart Administrasiewet* 38 van 1927 word dus herroep. Vgl 2.2.
[60] 88 van 1984.
[61] 120 van 1998.
[62] Mndaweni 1990 *CILSA* 371.

3.4 Implikasies van huwelike gesluit voor 2 Desember 1988 huwelike gesluit na 2 Desember 1988 en die gewoonteregtelike huwelik vir boedelbeplanning

Die huweliksbedeling waaronder 'n persoon getroud is vorm 'n belangrike deel van die beplanningsomgewing.[63] Die boedelbeplanner moet dus bewus wees van die verskillende moontlikhede waar met swart kliënte gekonsulteer word.

In die geval van swart huwelike aangegaan voor 2 Desember 1988 moet die beplanner bewus wees van die feit dat gemelde huwelik outomaties buite gemeenskap van goed is en moet die kliënte geadviseer word met betrekking tot die moontlikheid om hulle huwelikstelsel te verander, deur byvoorbeeld die aanwasbedeling op hulle huwelik van toepassing te maak. Andersins moet daar in die testament behoorlik vir die vrou voorsiening gemaak word.

Swart huwelike aangegaan na 2 Desember 1988 is in alle opsigte gelyk aan die gemeenregtelike huwelik. Sodanige huwelik is dus outomaties binne gemeenskap van goed, tensy gemeenskap van goed, wins en verlies deur 'n huweliksvoorwaardekontrak uitgesluit is.[64]

Die erkenning van die gewoonteregtelike huwelik open baie deure vir die boedelbeplanner. So byvoorbeeld bepaal die *Inkomstebelastingwet*[65] dat skenkings tussen 'n man en 'n vrou vrygestel is van geskenkebelasting. 'n Man wat dus ingevolge die gewoontereg getroud is en meer as een gade het kan aan elkeen van die gades bedrae skenk, sonder dat daar skenkingsbelastingimplikasies sal wees. Elkeen van die gades sal ook geregtig wees om jaarliks 'n bedrag van vyf en twintigduisend rand aan byvoorbeeld 'n familietrust te skenk, sodoende word die boedeleienaar se boedel verklein sonder dat hy aanspreeklikheid oploop vir enige geskenkebelasting. Die

---

[63] Olivier en Van den Berg *Praktiese Boedelbeplanning* 17.

[64] Soos gemeld in Wet 3 van 1988.

erkenning van die gewoonteregtelike huwelik kan ook probleme veroorsaak vir die boedelberedderaar. Die beredderaar moet bewus wees van die feit dat daar drie moontlike huwelikstelsels op swartes van toepassing kan wees en dat veral die verdeling van die bates beïnvloed word deur die huwelikstelsel wat op die partye van toepassing was.[66]

Noudat die vermoënsregtelike gevolge van die huwelik onder oë geneem is, moet daar gekyk word hoe hierdie bates versprei sal word by die dood van die gades. Die volgende hoofstuk handel oor erfopvolging by die dood van die erflater.

---

[65] *Inkomstebelastingwet* 58 van 1962.
[66] Sien ook *Hoofstuk 4*.

HOOFSTUK 4
ERFOPVOLGING EN VERERWING

4.1 Inleiding

Die wette wat erfopvolging in Suid-Afrika reël bepaal wat met 'n persoon se bates en laste (die bestorwe boedel) na sy dood moet gebeur. Dit reguleer ook alle sake wat hiermee verband hou.[67] Die probleem ontstaan egter waar swartes intestaat sterf, omdat daar twyfel bestaan oor watter eiendom aan die oorledene behoort het. Volgens die gewoontereg behoort die eiendom aan die gesin as eenheid, onder toesig en kontrole van die familiehoof. Daar word wel onderskei tussen huis- en familie-eiendom. Eiendom in die gewoontereg word beskryf as eiendom behorende aan 'n gesin in kommunale eienaarskap wat die familiehoof insluit.[68]

4.2 Erfopvolging in die gewoontereg

Die gewoonteregtelike opvolgingsreg kom veral ter sprake waar 'n ongetroude swartman intestaat sterf, of as hy volgens die gewoontereg getroud was en intestaat gesterf het, of as hy beide 'n gewoonteregtelike en gemeenregtelike huwelik gesluit het.[69] Hierdie posisie word statutêr gereël deur artikel 23 van die *Swart Administrasiewet*[70] wat bepaal wat met 'n swarte se boedel moet gebeur na sy dood. In terme van artikel 23(1) moet alle roerende goedere wat aan 'n swarte behoort het, of wat hy toegewys het, of wat kragtens die gewoontereg aan 'n vrou met wie hy in terme van die gewoontereg getroud was toegekom het in terme van die gewoontereg beredder word. Artikel 23(2) het bepaal dat alle

---

[67] Bekker J C en De Kock P D Adaption of customary law of succession to changing needs 1992 *Comparative and International Law Journal of South Africa* 25(3): 366-378.
[68] Bekker , De Kock 1992 *CILSA* 367.
[69] Watney M Integreerbaarheid van die Suid-Afrikaanse Erfreg en die Inheemse opvolgingsreg 1993 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 749-754.

Die seun sal dus die gemeenskaplike, sowel as die huisopvolger wees. As die man egter deur meer as een gewoonteregtelike eggenote oorleef word sal daar meer as een opvolger wees.[77] Die oudste seun van die hoofvrou (gewoonlik die eerste gewoonteregtelike vrou van die man) erf die algemene (gemeenskaplike) eiendom, asook die eiendom in sy eie moeder se huis. Die oudste seun in elke ander huis erf dan as besondere huisopvolger die eiendom van die huis waarin hy gebore is.[78] By die Tswana erf die jongste seun die eiendom van die huis waarin hy gebore is.[79]

In die gewoontereg word die algemene opvolger ook as 'n universele opvolger gesien. Hy tree dus in die skoene van die oorledene, asof hy die oorledene is. Die posisie verskil dus radikaal van die posisie in die gemenereg, omdat die erfgenaam in die gemenereg net die deel erf wat oorbly nadat alle skulde en legate uitbetaal is.[80] By die gewoonteregtelike sisteem tree die erfgenaam in die plek van die oorledene. Hy het dus meer regte en verpligtinge wat hy moet nakom. Die volgende regte kan deur die familiehoof afgedwing word:[81]

* Hy kan *lobola* wat vir die hand van sy dogter gelewer is namens die gesin ontvang.
* Hy kan alle uitstaande skulde invorder,
* Hy is geregtig op 'n gedeelte van die vrou en kinders se inkomste en verdienste.

Van die erfgenaam se verpligtinge[82] sluit in:

* Die behoorlike onderhoud en versorging van die weduwee en die kinders.
* Aanspreeklikheid vir onregmatige dade gepleeg deur die familie.
* die versorging van die dogter deur haar verskillende lewensfases deur

---

[77] Watney 1993 *TSAR* 750.
[78] Bekker en De Kock 1992 *CILSA* 368.
[79] Olivier *Inheemse Reg* 175.
[80] Bekker en De Kock 1992 *CILSA* 368.
[81] Watney 1993 *TSAR* 751.
[82] Watney 1993 *TSAR* 751

onder andere haar trourok te koop, verder moet hy ook die *lobola* vir die seun se eerste eggenote betaal. Sy verpligtinge is dus veel meer as die van 'n gewone erfgenaam en dit moet ook in boedelbeplanning in berekening gebring word.

Die familiehoof is ook aanspreeklik vir skulde deur die familie aangegaan en moet dus alle sodanige skulde betaal. In die saak van *Ngqandulwana v Gomba*[83] is beslis dat waar 'n skuld in terme van die gewoontereg aangegaan is, die erfgenaam vir die hele skuld aanspreeklik is, selfs al moet hy van sy eie fondse gebruik om hierdie skuld te betaal.[84]

As gevolg van die veranderende sosio-ekonomiese omstandighede het erfopvolging met verloop van tyd ingrypend verander. By die *Pedi* erf die oudste seun tans steeds die vader se status en algemene eiendom. Die jongste seun erf egter die huis en huisinhoud op voorwaarde dat hy vir die weduwee en die afhanklikes moet sorg. Die rede hiervoor is dat die jongste seun die langste in die huis sal bly, omdat sy ouer broers na alle waarskynlikheid vroeg die huis sal verlaat om in die stede te gaan werk. Omstandighede dwing hom dus om om vir die moeder en die afhanklikes te sorg en om dit te kan doen het hy die vermoëns en die aansporing nodig om dit te kan doen. Daarom kry hy die huis en huisinhoud.[85]

Ander bepalings wat ook op die erfopvolging van toepassing is, is *GK* R200 van 1987[86] wat bepaalde aanwysingsnorme bevat.[87] Veral regulasies 2(c) en 2(d) is van toepassing.

In terme van regulasie 2(c) word die goed van 'n swarte verdeel volgens die *Wet*

[83] *Ngqandulwana v Gomba* 1922 4 NAC 132.
[84] Bekker en De Kock 1992 *CILSA* 368.
[85] Bekker en De Kock 1992 *CILSA* 369.
[86] *GK* R200 in SK 10601 van 1987-02-06.
[87] Reg 2.

op Intestate Erfopvolging 81 van 1987 in gevalle waar die oorledene 'n party was tot 'n huwelik binne gemeenskap van goed, of op huweliksvoorwaardes getroud was, of waar die oorledene 'n weduwee, wewenaar, of geskeide persoon was wat een van bogenoemde huwelike gesluit het en nie oorleef is deur 'n party in 'n gewoonteregtelike huwelik nie. Die bates word in ooreenstemming met die *Wet op Intestate Erfopvolging* verdeel.[88]

Regulasie 2(d) bepaal dat waar 'n swarte deur 'n party oorleef word met wie hy in terme van artikel 22(6) van die Swart Administrasiewet buite gemeenskap van goed getroud was, of met wie hy in 'n gewoonteregtelike huwelik gestaan het, of wat as sy vrou met hom saamgeleef het, of as 'n nasaat hom oorleef word die boedel verdeel volgens die gewoontereg. As dit sou blyk dat die boedelverdeling nie billik is nie het die minister het egter 'n diskresie om te bepaal dat die bates moet vererf asof die swarte blank en buite gemeenskap van goed getroud was.

Die belangrikste beginsel waaraan altyd voldoen moet word waar dit oor die intestate vererwing van bates gaan is die beginsel van billikheid. So is byvoorbeeld in die saak *Tshabalala v Estate Tunzi*[89] beslis dat, alhoewel die vrou in terme van die swart gewoontereg geen eiendom kan besit nie, dit *in casu* tot onbillikheid sou lei. Daarom het die destydse swart appèlhof[90] beslis dat 'n weduwee eiendom mag hou wat sy na haar man se dood verkry het. Hoewel dit strydig met die swart gewoontereg is, vereis billikheid in dié geval dat die reg so toegepas moet word. Die suiwer toepassing van die gewoontereg sou volgens die hof tot onbillikheid lei.

In die saak van *Mthembu v Letsela and Another*[91] is die gewoonteregtelike

---

[88] 81 van 1987.
[89] *Tshabalala v Estate Tunzi* 1950 NAC 46 48.
[90] Die hof bestaan nie meer nie en is herroep deur die *Wet op die Afskaffing van Spesiale Howe vir Swartes* 34 van 1986.
[91] *Mthembu v Letsela and Another* 1997 (2) SA 936.

opvolgingsreg[92] vir die eerste keer getoets aan die gelykheidsklousule in artikel 8 van die 1993 *Grondwet*.[93]

Die applikante in die saak het vir 'n bevel gevra dat die gewoonteregtelike beginsel van eersgeboortereg as onkonstitusioneel verklaar word[94], alternatiewelik dat die gewoontereg in stryd is met die openbare belang en daarom onafdwingbaar. As 'n laaste alternatief het die applikante gevra vir 'n bevel wat verklaar dat as die hof sou bevind dat die gewoontereg geldig en afdwingbaar is die erfgenaam onder die gewoontereg verplig sou wees om die applikante en haar dogter toe te laat om in die huis aan te bly op grond van die gepaardgaande onderhoudsplig van die erfopvolger. Die hof ontleed artikel 31 van die 1993 *Grondwet* wat bepaal dat elke persoon die reg het op die taal van sy keuse asook die reg op deelname aan die kulturele aktiwiteite van sy of haar keuse en weeg hierdie klousule op teen die beperkingsklousule in artikel 33 van die 1993 *Grondwet*. Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die gewoonteregtelike erfopvolging nie in stryd is met die gelykheidsbeginsel nie en dat dit ook nie teen openbare belang is nie.[95] Die hof kom verder tot die gevolgtrekking dat alhoewel die gewoonteregtelike erfopvolgingsreëls *prima facie* diskrimineer op grond van geslag, dit getemper word deur die gepaardgaande onderhoudsplig en dat daar daarom nie gesê kan word dat die gewoontereg teen vroue diskrimineer nie.[96] Die hof het ook aangedui dat die gewoontereg deur wetgewing, en nie deur die howe nie, ontwikkel moet word.[97] Daar is egter sekere skrywers wat van mening is dat die hof in die saak die ideale geleentheid gehad het om die gewoontereg met die 1993 *Grondwet* te versoen, maar dat die hof sy plig versuim het.[98]

---

[92] Eersgeboortereg in die manlike linie.

[93] *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 200 van 1993 hierna die 1993 *Grondwet*.

[94] Prinsloo M W Die inheemse opvolgingsreg getoets aan die grondwet 1998: 3 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 570-573.

[95] Maithufi 1998 *THRHR* 142 145.

[96] Maithufi 1998 *THRHR* 142 145.

[97] Kerr A J Inheritance in customary law under the interim constitution and under the present constitution 1998 *South African Law Journal* 1998:115 262-270.

Ten einde die gewoonteregtelike erfopvolgingsreg in lyn te bring met die oogmerke van die 1996 *Grondwet* poog die wetgewer om die gewoontereg en die 1996 *Grondwet* te versoen deur die gewoontereg in lyn te bring met die waardes onderliggend aan 'n vrye en demokratiese gemeenskap gebaseer op menslike waardigheid, vryheid en gelykheid deur die *Wetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging*[99] te promulgeer. Die uitsluitlike doel van hierdie wetsontwerp is om nuwe bepalings te verorden wat met die 1996 *Grondwet* versoenbaar is. Hierdie *Wetsontwerp* maak voorsiening vir gevalle waar 'n swarte gewoonteregtelik getroud was en intestaat oorlede is.[100] Die volgende artikels is van belang:

Artikel 4(a) van die *Wetsontwerp* wysig die *Wet op Intestate erfopvolging*[101] deur die woordomskrywing met betrekking tot die woord eggenoot te verander. Gewoonteregtelike gades word val ook nou in die kader van hierdie wet. Artikel 4(a) bepaal dat waar 'n man deur een eggenoot sonder nasate oorleef word, erf die eggenoot die hele boedel. As hy deur meer as een eggenoot oorleef word, erf daardie eggenote die boedel in gelyke dele. Die artikel reël ook die posisie waar 'n oorledene deur 'n gade en nasate oorleef word en bepaal dat as daar slegs een gade is, sy 'n kindsdeel of die bedrag deur die minister van Justisie in die *Staatskoerant* bepaal erf.[102] As daar meer as een gade sowel as afstammelinge is erf elkeen van die gades 'n kindsdeel, of bogemelde bedrag welke een die grootste is. Die vraag is of die *Wetsontwerp* die gewoonteregtelike erfopvolgingsreg in lyn bring met die waardes in 'n vrye demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid?

Daar bestaan heelwat praktiese probleme met die afdwinging van die

[98] Kroeze I "Feminism and Power: an analysis of gender in the Bill of Rights" in Konrad Adenhauer Stiftung *Constitution and Law II* 69-72.
[99] *Wetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging* [W110 van 1998].
[100] Vgl. *Hoofstuk 4*.
[101] *Wet op Intestate Erfopvalging* 81 van 1987

Wetsontwerp. As die boedel klein is gaan die vrouens elkeen 'n klein gedeelte van die boedel erf en die kinders niks nie. Op grond van die gewoonteregtelike tradisie gaan die oudste seun steeds as die opvolger van die familiehoof aangespreek word. In gevalle waar die boedel groot is, gaan die oudste seun net soveel as die res van die familie erf. Hy kan egter steeds gewoonteregtelik deur die familie aangespreek word om hulle te onderhou. Die *Wetsontwerp* is in groot haas voor die 1998-verkiesings op die tafel geplaas, maar is intussen weer vir hersiening terugverwys omdat daar nie behoorlike konsultasie plaasgevind het nie.

Uit bogenoemde bespreking is dit duidelik dat die beginsels van die gewoonteregtelike erfopvolging steeds toegepas word, behalwe in gevalle waar 'n suiwer toepassing van die beginsels tot onbillikheid sal lei, in welke gevalle die minister 'n diskresie het om te bepaal hoe die intestate boedel verdeel moet word.

4.3 Invloed van die erfreg op boedelbeplanning

Die gewoonteregtelike erfopvolgingsreg het ook 'n ingrypende uitwerking op boedelbeplanning en die noodsaaklikheid van 'n geldige testament kan nie genoeg beklemtoon word nie. Die volgende moet by boedelbeplanning van 'n swart boedel in gedagte gehou word:

* Die oudste seun tree in die familiehoof se plek en is verantwoordelik vir die familie se onderhoud.
* Waar 'n man meer as een vrou het moet daar voldoende vir al die vrouens en kinders voorsiening gemaak word.
* Indien 'n man meer as een vrou het moet dit in gedagte gehou word dat die oudste, of jongste seun na gelang van die geval vir die huis aanspreeklik is.

[102] Tans R125 000.00.

In die *Wetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging*[103] word gepoog om die gewoontereg in ooreenstemming gebring met die intestate erfreg te bring. Dit het tot gevolg dat die gade heelwaarskynlik bevoordeel gaan word. Die *Wetsontwerp* kan egter nie die kulturele opvattings en gebruike van persone met 'n pennestreep wysig nie.. Dit kan tot gevolg hê dat die oudste seun deur die gemeenskap aanspreeklik gehou kan word vir die betaling van skulde en die versorging van die gesin, terwyl die gade of gades die grootste deel van die erflating ontvang het.

As boedelbeplanning in die lig van die Wetsontwerp gedoen word kan die volgende oorweeg word: Die gewoonteregtelike erfopvolging kan versoen word met die gemenereg deur byvoorbeeld die oprigting van trusts met die oudste seun as trustee en die ander lede van die huis as inkomstebegunstigdes. Dit sal die seun in staat stel om sy gewoonteregtelike pligte na te kom, terwyl daar steeds voorsiening gemaak word vir die ander lede van die huis byvoorbeeld jonger broers en susters.

'n Deeglike kennis van die toepaslike regstelsels is ook belangrik waar 'n swart boedel beredder moet word. Daar moet eerstens bepaal word of die oorledene inderdaad 'n testament gehad het en indien wel of die persoon oor al sy bates kon beskik, aangesien sekere bates nie testamentêr oor beskik kan word nie. Die volgende bates vererf nie in ooreenstemming met 'n testament nie en die Meester van die Hooggeregshof het ook nie jurisduksie daaroor nie:[104]

* Roerende goed behorende aan die man, of toegesê aan enige vrou met wie die man 'n gewoonteregtelike huwelik aangegaan het.
* Erfpaggrond in stamgebiede.

---

[103] W109 van 1998.
[104] Olivier W H "Law of Succession" in Joubert W A (red) *LAWSA* (1994 Durban) 156

Alle eiendom wat nie in bogenoemde kategorieë val nie kan in terme van die testament vererf.[105] As daar gepoog is om met gemelde roerende goed, of erfpaggrond in die testament te handel is daardie klousules ongeldig en vererf die bates in terme van die Intestate Erfopvolging.

In gevalle waar die oorledene intestaat gesterf het vererf die boedel in ooreenstemming met die gemenereg mits die oorledene in terme van die gemenereg getroud was, of vrygestel was van die gewoontereg.[106]

Daarenteen sal die bates in ooreenstemming met die gewoontereg vererf as die langslewende gade en oorledene in ooreenstemming met die gewoontereg getroud was, of afstammelinge uit die gewoonteregtelike huwelik gebore is, of waar die oorledene oorleef is deur 'n gade met wie hy buite gemeenskap van goed getroud is.[107] Die minister het egter altyd 'n diskresie om die verdeling te beveel wat hy billik ag.

Die boedelberedderaar moet deurentyd die gelykheidsklousule in gedagte hou en toesien dat vrouens, dogters en jonger seuns nie van erfopvolging uitgesluit word nie.

Vervolgens word gekyk na die probleme met betrekking tot die toepassing van die erfopvolgingsbeginsels waar onroerende eiendom ter sprake is.

---

[105] Olivier *LAWSA* 156.
[106] Olivier *LAWSA* 156.
[107] Olivier *LAWSA* 156.

HOOFSTUK 5
ONROERENDE EIENDOM EN DIE GEWOONTEREG

Die gewoontereg verskil soms ingrypend van die gemenereg en hierdie verskille blyk duidelik as daar gekyk word na die gewoonteregtelike vorme van grondbeheer in terme van die gewoontereg. Die gewoonteregtelike vorm van grondbeheer is kommunaal van aard, wat impliseer dat die individu se reg tot gronand gebaseer is op sy lidmaatskap van 'n bepaalde gemeenskap.[108] So byvoorbeeld mag die familiehoof in 'n stam by die stamowerhede aansoek doen vir 'n stuk grond waarop hy 'n huis kan bou en vir 'n stuk grond waarop hy 'n boerdery kan bedryf. Die familiehoof mag van die grond aan sy seuns, vroue en ander afhanklike lede van die gesin toewys. As die familie egter sou uitsterf, of uit die gebied sou trek is die grond weer herverdeel. Stamhoofde is daarom by magte om grond aan families toe te wys vir residensiële- of landboudoeleindes, terwyl ander grond as gemeenskaplike grond verklaar mag word. Omdat die stamhoof altyd tot voordeel van die stam moet optree, kan hy as 'n trustee van die stam gesien word.[109] Dit is dus nie moontlik om gewoonteregtelike belange direk in gemeenregtelike belange om te skakel nie.

Veral die idee van westerse eienaarskap as 'n absolute en onvernietigbare reg pas nie in die verwysingsraamwerk van die gewoontereg in nie. Vir hierdie doel is tegniese terme byvoorbeeld beheer in die omstandighede meer geskik. Daar kan gesê word dat die stamhoof die bevoegdheid het om die toesegging en die gebruik van grond te beheer, terwyl individue die reg het om om voordeel te trek uit die okkupasie van die grond.[110] Daar rus egter 'n verpligting op die familiehoof om die eiendom tot voordeel van sy afhanklikes te bestuur. As die familiehoof die grond wanadministreer, het die benadeelde familielede verskeie remedies. Al die

---

[108] Bennett T W en Roos J W The 1991 land reform acts and the future of African customary law 1992 *South African Law Journal* 109:3 447-471.
[109] Bennett en Roos 1992 *SALJ* 448.
[110] Bennett en Roos 1992 *SALJ* 448.

remedies het 'n persoonlike kwaliteit, byvoorbeeld dat die "skuldige" familiehoof deur die stamhoof berispe word, of dat sy vrou van hom kan skei, of dat sy kinders hom kan verlaat.[111]

As grond onderhewig aan die gewoontereg vervreem word moet daar eers bepaal word of die grond inderdaad vervreem kan word. Regdeur Afrika is daar geglo dat die verkoop van grond verbode was omdat dit 'n Godgegewe bate was wat nie vir vervreemding vatbaar was nie.[112] Vanuit 'n gemeenregtelike oogpunt lê die rede vir die verbod in die aard van die reg, want waar eiendom vir 'n groep gehou word kan die individu nie sy reg aan 'n buitestaander vervreem sonder die toestemming van die ander lede van die groep nie.[113] In die gewoontereg word daar egter 'n fundamentele onderskeid tussen gemeenskaplike grond en grond wat vir residensiële doeleindes gebruik is getref. Gemeenskaplike grond is opsygesit vir gebruik deur al die lede van die stam, terwyl grond vir landbou of residensiële doeleindes aan spesifieke families vir hulle uitsluitlike gebruik gegee word. Daar is ook gesag wat aantoon dat die vervreemding van bewerkbare of residensiële grond verbode is.[114]

Regte in grond is nie onderhewig aan die regte van die persoon wat hierdie regte ontvang het nie. Die persoon kan dus nie sy verkreë regte aan 'n derde oordra nie, omdat die reg in die stam gevestig is en daarom slegs deur die stamhoof en sy raad in 'n administratiewe hoedanigheid uitgeoefen kan word. Al wanneer hierdie reg wel oorgedra kan word is wanneer die vervreemding 'n vrywillige skenking aan vriende of familie is en hierdie vriende of familie deel van die stam is.[115]

---

[111] Bennett en Roos 1992 *SALJ* 455.
[112] Bennett en Roos 1992 *SALJ* 455.
[113] Bennett en Roos 1992 *SALJ* 460.
[114] Bennett en Roos 1992 *SALJ* 460.
[115] Bennett en Roos 1992 *SALJ* 460.

Die *Wet op die Opgradering van Grondbesitregte*[116] is gepromulgeer wat aan stamme die bevoegdheid gee om grond in eiendom te verkry en dit te verkoop, te verruil, te skenk te verhuur, te verhipotekeer of andersins daaroor te beskik, onderhewig aan die beperking dat die grond nie binne tien jaar na verkryging daarvan, sonder die toestemming van 'n minister, aan 'n nie-stamlid verkoop mag word nie.[117] Die grond kan in hierdie tien jaar periode slegs vervreem word as sodanige vervreemding deur 'n stamresolusie goedgekeur word en die vervreemding nie met die belange van die stamlede bots nie.[118] Na die verstryking van die tien jaar periode lyk dit of die grond na willekeur vervreem kan word.[119] Hierdie stelling is onderhewig aan die *Wet op die Tussentydse Beskerming van Informele Grondregte*[120] wat bepaal dat informele regte (wat kommunale grondbeheer insluit) nie sonder toestemming vervreem kan word nie. Hierdie wet word van jaar tot jaar by publikasie in die *Staatskoerant* verleng.

5.1 Verkryging van grond deur swartes

In die apartheidsjare was dit bepaal dat swartes buite die sogenaamde tradisionele gebiede in beginsel enersyds geen regte ten opsigte van grond kon verkry nie en andersyds slegs met owerheidsvergunning daar teenwoordig kon wees. Die gevolg van die implementering van hierdie beleid was dat daar 'n afsonderlike stelsel vir grondbeheer vir swartes tot stand gekom het.[121] As gevolg van hierdie afsonderlike stelsel moet daar onderskei word tussen die verskillende statutêre maatreëls soos aangetref in stedelike en landelike gebiede buite die voormalige tuislande en stedelike en landelike gebiede binne die voormalige tuislande.[122]

---

116 *Wet op die Opgradering van Grondbesitregte* 112 van 1991.
117 Artikel19(2) Wet 112 van 1991.
118 Bennett en Roos 1992 *SALJ* 463
119 Bennett en Roos 1992 *SALJ* 463.
120 *Wet op die Tussentydse Beskerming van Informele Grondregte* 3 van 1997.
121 Olivier N J J, Pienaar G J en Van der Walt A J *Statutêre Sakereg* (Kaapstad 1988).
122 Du Plessis W Status of black women regarding land transactions 1996 *Obiter* 17(1): 127-138.

GK 1036[123] soos gedeeltelik herroep deur die *Wet op die Omskepping van Sekere Regte tot Huurpag of Eiendomsreg*[124] maak voorsiening vir onder andere perseelpermitte, sertifikate van bewoning en bewoningspermitte in stedelike gebiede. Hierdie kategorieë permitte is almal sedert die inwerkingtreding van die *Wet op die Omskepping van Sekere Regte tot Huurpag of Eiendomsreg*[125] opgradeerbaar na huurpag. Die opgradering van hierdie permitte is egter nog nie in 'n gevorderde stadium nie al is die permitte die enigste regte wat heelwat van hierdie persone in eiendom het.[126] In terme van artikel 52 tot artikel 57 van die gedeeltelik herroepe *Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe*[127] kan huurpag nog steeds verkry word en opgradeer word na eiendomsreg. In terme van artikel 57 van hierdie wet kan eiendomsreg direk verkry word.[128]

As die posisie in die landelike gebiede ondersoek word moet 'n onderskeid getref word tussen grond van die Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust en die voormalige selfregerende gebiede aangesien verskillende reëls in die onderskeie gebiede toepassing vind. Tot en met 1988 het *Proklamasie* R293[129] toepassing gevind. In 1988 word *Proklamasie* R29-30[130] uittgereik wat onder andere voorsiening gemaak het vir vergunnings tot okkupasie, huur, sertifikate van bewoning, boupermitte, handelspermitte en huurpag. Vergunning tot okkupasie kon omskep word in eiendomsreg.[131]

In die landelike gebiede van die Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust het

---

[123] *GK* 1036 in SK 2096 van 1968-06-14.
[124] *Wet op die Omskepping van Sekere Regte tot Huurpag of Eiendomsreg* 81 van 1988.
[125] 81 van 1988.
[126] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 132.
[127] *Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe* 4 van 1984.
[128] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 133.
[129] *Proklamasie* R293 in SK 373 van 1962-11-16.
[130] *Proklamasie* R29-30 en GK 402-405 in SK 11166 van 1988-03-09.
[131] Du Plessis 1996 Obiter 126 133.

proklamasie R188[132] voorsiening gemaak vir erfpag op opgemete grond en vergunning tot okkupasie op onopgemete kommunale grond.[133] Die erfpag kon ook nie in 'n testament bemaak word nie en het by die dood van die persoon ingevolge artikel 23(2)[134] oorgegaan op 'n manspersoon soos aangewys in die vasgestelde tabelle van erfopvolging.[135]

In die voormalige selfregerende gebiede het Proklamasie R293[136] die posisie in die stedelike gebiede gereël.[137] Eiendomsreg en huurpersele kon deur die familiehoof verkry word. In die proklamasie is die begrip familiehoof nie omskryf nie, maar die begrip familie word wel omskryf. Vir die doeleindes van die proklamasie sluit 'n familie 'n vrou in 'n gewoonteregtelike huwelik in. Na die dood van die houer het die vrou 'n preferente eis vir die huur van 'n perseel of eenheid.[138] As die eenheid aan iemand anders oorgedra is het die vrou die reg gehad om die eiendom te okkupeer totdat dit oorgedra, of aan 'n ander erfgenaam toegesê is.[139]

In die landelike gebiede maak proklamasie R188 voorsiening vir erfpag en vergunnings tot okkupasie. Erfpag vererf volgens die tabel uiteengesit in proklamasie 188 wat hoofsaaklik op die erfopvolgingsreëls[140] geskoei is. Vrouens kan slegs in uitsonderlike gevalle vruggebruik oor erfpaggrond verkry. In beginsel word vergunning tot okkupasie ook nie aan vroue toegeken nie.

5.2 Die posisie van die vrou met betrekking tot onroerende eiendom

---

[132] *Proklamasie* R188 in SK van 1969-07-11.
[133] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 133.
[134] 38 van 1927.
[135] Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* 510.
[136] *Proklamasie* R293 in SK 373 van 1962-11-16.
[137] Du Plessis 1996 *Obiter 127* 134.
[138] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 134.
[139] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 134.
[140] Vgl 4.2.

In die verlede was swart vroue in 'n nadelige posisie vir sover dit oor onroerende eiendom gehandel het. Tot voor 1985 kon die vrou nie op hulle eie kontraktueel optree nie, omdat artikel 11(3) van die *Swart Administrasiewet*[141] bepaal het dat die vrou permanent minderjarig is. Die wetgewer het toe probeer om die situasie te verbeter deur die invoeging van artikel 11A van die *Swart Administrasiewet* wat bepaal het dat 'n vrou ten volle kontraktueel bevoeg is om eiendomsreg en huurpag onder haar eie naam te bekom en dat sy hierdie eiendom ook met 'n verband kan beswaar.[142] Hierdie bepaling het egter net in stedelike gebiede buite die voormalige selfregerende gebiede, TBVC state en Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust-grond gegeld.[143] In laasgenoemde gebiede kon die vrou met moeite wel soms grondregte oor die eiendom kry, mits sy skriftelik daarom aansoek gedoen het. In ander gevalle het die vrou na haar man se dood 'n beperkte reg van okkupasie op die eiendom gekry, soortgelyk aan 'n vruggebruik, omdat die grondtitel aan 'n manlike erfgenaam toegeken is.[144] Dit is dus duidelik dat 'n vrou slegs in stedelike gebiede buite die voormalige Suid-Afrikaanse Ontwikkelingstrust gebiede, die TBVC state en die voormalige selfregerende gebiede eiendomsreg, of huurpag kon verkry.

Dit gebeur verskeie kere in die praktyk dat onroerende eiendom aan 'n manlike persoon (byvoorbeeld vervreemde seun, of seun van vrou in landelike gebied of aan 'n oom) toegeken word. wat nie met die vrou en kinders in die huis simpatie het nie. So 'n persoon het ook geen wil om sy onderhoudspligte na te kom nie. Die persoon wil slegs die wins uit die verkoop van die huis verkry. Sodra die huis in sy naam geregistreer word, word die vrou en kinders uit die huis gesit, sonder dat enige ander heenkome aan hulle gebied word. Op hierdie wyse word sosiale ongeregtigheid te weeg gebring.

---

[141] 38 van 1927

[142] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 138.

[143] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 136

[144] Du Plessis 1996 *Obiter* 127 136.

5.3 Onroerende eiendom en boedelbeplanning

As boedelbeplanning vir swartes gedoen word is dit uiters belangrik om te weet watter titels op grond geregistreer is. Soos vroeër vermeld[145] ervaar swart vroue dikwels probleme om grondtitels oor eiendom te verkry. Dit is noodsaaklik om te weet watter titels op grond geregistreer is en ook of die titels opgegradeer kan word. Sodoende kan die kliënt geadviseer word om voor sy dood die titels op te gradeer. As die persoon reeds oorlede is, kan die boedelberedderaar die titels opgradeer voor dit oorgedra word.

Onroerende eiendom kan ook probleme veroorsaak by die beredderíng van boedels. Die volgende faktore moet in ag geneem word:

* Eerstens moet bepaal word of die oorledene inderdaad regte oor die eiendom gehad het.
* Daarna moet die aard van die regte wat toegeken is bepaal word. GK 1036[146] maak voorsiening vir perseelpermitte, sertifikate van bewoning en residensiële permitte wat outomaties by die dood van die reghebbende verval het. By die dood van die persoon het die plaaslike owerheid die diskresie gehad om die huis her toe te ken. Die erfgenaam het voorkeur gehad en in uitsonderlike gevalle is die huis aan die weduwee en haar afhanklikes toegeken.

'n Eksekuteur van 'n swart boedel moet altyd probeer om die permit op te gradeer na eiendomsreg en oor te dra aan die inwoners (gewoonlik die vrou en kinders). In gevalle waar die oorledene meerdere gades nagelaat het kan die huise in die naam van elke familie geregistreer word en die restant in terme van die

[145] Sien 5.2 in die verband.
[146] Die GK is reeds herroep, maar is steeds van toepassing op mense wat permitte het.

gemeenregtelike intestate erfreg vererf. As die huis aan enige ander familielid toegeken word kan die persoon 'n uitsettingsbevel teen die vrou en kinders kry, wat nie net regsprobleme tot gevolg het nie maar ook sosiale probleme skep wat tot nadeel van die vrou en kinders strek.

Vir die trefwydte van hierdie ondersoek is bogenoemde voldoende vir sover dit oor onroerende eiendom in die gewoontereg handel. In die volgende hoofstuk sal daar gekyk word hoe hierdie ondersoek toepassing vind op die beredderinq en beplanning van boedels, ten einde te verseker dat sosiale geregtigheid seëvier.

HOOFSTUK 6
SAMEVATTING

6.1 Samevatting en gevolgtrekking

In hierdie skripsie is die gevolge vir boedelbeplanning en boedelbereddering in gevalle waar 'n swartpersoon in terme van die gewoontereg, sowel as die gemenereg met dieselfde of verskillende gades getroud was bestudeer. Om die ondersoek te kon doen, moes daar na verskeie faktore gekyk word, soos die erkenning van die gewoontereg, huweliksluiting, erfopvolging en onroerende eiendom.

Daar is bevind dat die gewoontereg steeds in die Suid-Afrikaanse reg toepassing behoort te vind en daar is tot die gevolgtrekking gekom dat dit wel toepassing vind, omdat dit deel van die grootste deel van die bevolking se kultuurgeskiedenis uitmaak en baie mense hulle steeds aan die gewoontereg gebonde ag. Uit die ondersoek het dit geblyk dat die gewoontereg moontlik in stryd met die 1996 *Grondwet* mag wees. Daarom het die wetgewer veral die gewoontereg met betrekking tot die erfopvolgingsreg en huweliksreg probeer wysig deur die promulgering van die *Wetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging*[147] en die promulgering van die *Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike*[148]

Die huwelik in terme van die gemenereg, sowel as die gewoontereg is ondersoek, omdat swartes die keuse gehad het watter huwelik hulle wou sluit. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat die gewoonteregtelike huwelik deur die howe en die wetgewer as ondergeskik aan die gemeenregtelike huwelik beskou is. Die posisie voor en na die inwerkingtreding van die *Wysigingswet op die Huwelik en*

[147] W109 van 1998
[148] 110 van 1998

Huweliksgoedere[149] is ontleed en daar is tot die gevolgtrekking gekom dat hierdie Wet die vermoënsregtelike posisie soos volg gewysig het:[150] Voor 2 Desember 1988 was alle swart gemeenregtelike huwelike van regsweë buite gemeenskap van goed tensy in 'n huweliksvoorwaardekontrak anders bepaal is. Sedert die inwerkingtreding van die *Wysigingswet op die Huwelik en Huweliksgoedere*[151] op 2 Desember 1988 geld dieselfde vermoënsregtelike gevolge vir alle gemeenregtelike huwelike en is die onderskeid tussen swart en ander gemeenregtelike huwelike dus uitgewis.

Die wetgewer het ook deur wetgewing soos die *Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike*[152] aan die gewoonteregtelike huwelik dieselfde status as die gemeenregtelike huwelik toegeken.

Die invloed van die onderskeie huwelikstelsels op die gewoontereg is ondersoek en daar is tot die gevolgtrekking gekom dat die huweliksbedeling waaronder 'n persoon getroud is 'n belangrike deel van die beplanningsomgewing uitmaak en dat veral die erkenning van die gewoontereg baie deure vir die boedelbeplanner oopmaak veral met betrekking tot skenkings gemaak tussen gades. Die aard van 'n persoon se huwelik speel ook 'n belangrike rol by boedelberedderring.

Vir sover dit onroerende eiendom in stamgebiede aangaan, blyk dit dat dit voorheen 'n ingewikkelde proses was om die grond te vervreem, maar dat daar tans tog sekere stappe is wat gevolg kan word om vervreemding van die betrokke grond moontlik te maak. Hierdie vervreemding is egter tans nog onderhewig aan bepaalde statutêre bepalings soos die *Wysigingswet op die Tussentydse Beskerming van Informele Grondregte*[153] Vanweë die

[149] 3 van 1988.
[150] Sien *Hoofstuk 3*.
[151] 3 van 1988.
[152] 110 van 1998
[153] 3 van 1997

rasgebaseerde regserfenis besit talle mense nog onsekere regte op grond. Dit is baie belangrik in beide die boedelbeplanning en boedelberedderingsproses dat presies vasgestel word wat die aard van regte op grond is. Indien moontlik moet die regte voor of na die dood van die erflater (na gelang van die geval) opgegradeer word voor dit oorgedra word. Die boedelbeplanner of boedelberedderaar moet seker maak dat sosiale geregtigheid in die toekenning van onroerende eiendom bewerkstellig word. Daar moet nie 'n situasie ontstaan dat die vrou en kinders na die man se dood haweloos gelaat word nie.

Die gewoonteregtelike erfopvolgingsreëls is ondersoek en blyk dit dat dit soms tot onbillike resultate sal lei as die swart erflater nie sy boedel beplan nie. Die belangrikheid van 'n geldige testament kan nie genoeg beklemtoon word nie. Vir behoorlike beplanning is die testament die belangrikste hulpmiddel en moet dit soveel as moontlik gebruik word ten einde te verseker dat die bates na die boedeleienaar se dood so vinnig moontlik op die erfgename en erfopvolgers sal oorgaan en ook ten einde te verseker dat die bepalings van die *Wysigingswetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging*[154] nie onredelike eise aan die manlike erfopvolgers stel nie. Die Wysigingswetsontwerp wysig die gewoontereg en bring dit in lyn met die intestate erfreg wat tot gevolg het dat elke gewoonteregtelike gade geregtig sal wees op 'n kindsdeel of die bedrag deur die minister van Justisie in die *Staatskoerant* bepaal. Die *Wysigingswetsontwerp* kan egter nie kulturele opvattings en gebruike met 'n pennestreep wysig nie wat tot gevolg kan hê dat die oudste seun vir die versorging van die gesin en die betaling van skulde aanspreeklik gehou kan word terwyl die gewoonteregtelike gade, of gades die grootste deel van die erflating ontvang het.[155] Die voorstel word ook gemaak dat die gemenereg en die gewoontereg versoen kan word deur onder meer die gebruik van trusts. In die beredderingsproses van 'n boedel moet hierdie beginsel ook in aggeneem word.

---

[154] W109 van 1998.
[155] Sien *Hoofstuk 4*.

Goeie mensekennis is een van die belangrikste vereistes vir 'n suksesvolle boedelbeplanner en boedelberedderaar. Die boedelbeplanner en boedelberedderaar moet dus bewus wees van die feit dat die swart inwoners van Afrika se lewens baie keer deels tradisioneel en deels modern is. Daarom moet daar 'n balans tussen die gewoontereg en die gemenereg gevind word. Gevalle waar so 'n balans nodig is, is waar sekere kommunale, of sosiale aspekte van die gewoontereg vermeng word met die individualistiese, of kapitalistiese aard van die gemenereg byvoorbeeld waar die swarte sy huis in terme van die gemenereg besit, maar dit in terme van die gewoontereg wil laat vererf, of waar wetgewing met bestaande tradisies ingemeng het.

Die boedelbeplanner of beredderaar kan dus deur 'n balans te handhaaf tussen die toepassing van gewoontereg en en die gemenereg aan die beginsels van die 1996 *Grondwet,* soos gelykheid, menswaardigheid en die erkenning van kulturele identiteit gevolg gee en so 'n bydrae lewer tot die uitbouing van 'n gemeenskaplike regstelsel vir almal. Die doel van boedelbeplanning en boedelbereddering moet dus sover moontlik wees om sosiale geregtigheid en orde in Suid-Afrika te bewerkstellig.

8. BRONNELYS

HANDBOEKE

Bekker J C *Seymour's Customary Law In South Africa* (Cape Town 1989)

Bennett T W *Human Rights and African Customary Law* (1995)

Kroeze I "Feminisms and power: an analysis of gender in the Bill of Rights" in Konrad Adenhauer Stiftung *Constitution and Law II* 69-72

Olivier N J J ea *Inheemse Reg* (Durban 1998)

Olivier N J J "Law of Persons" in Joubert W A (red) *LAWSA* (1994 Durban) 142-159

Olivier W H en Olivier NJJ *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* (Durban 1989)

Olivier NJJ, Pienaar GJ en Van der Walt AJ *Statutêre Sakereg* (Kaapstad 1988)

Olivier PA en Van den Berg GPJ *Praktiese boedelbeplanning* (Kaapstad 1991)

Wiechers N J en Vorster I *Boedelbereddering* (Durban 1991)

TYDSKRIFARTIKELS

Balatseng DM Equality and women under customary law 1996 *Word and Action* 36(335): 9-11

Bekker JC Interaction between constitutional reform and family law 1991 *Acta Juridica* 1-17

Bekker JC en De Kock PD Adaptation of the customary law of succession to changing needs 1992 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 25(3):366-378

Bennettt TW The compatability of African customary law and human rights 1991 *African Law Journal* 18-35

Bennettt TW en Roos JW The 1991 land reform acts and the future of African customary law 1992 *South African Law Journal* 109(3): 447-471

Cobbah JAM African values and the human rights debate a South African perspective 1987 *Human Rights Quarterly* 320

Du Plessis W Afrika en Rome: Regsgeskiedenis by die kruispad: 1992 *De jure* 25(2): 289-307

Du Plessis W Status of black women regarding land transactions 1996 *Obiter* 17(1): 127-138

Kaganas F en Murray C Law, women and the family: the question of polygamy in a new South Africa 1991 *Acta Juridica* 116-134

Kerr AJ Inheritance in customary law under the interim constitution and the present constitution 1998:(115) *South African Law Journal* 262-270

Maithufi IP The constitutionality of the rule of primogeniture in customary law of intestate succession 1997 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg*

142-147

Mndaweni C African marriages still at the crossroads in South Africa 1990 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 23(3) 361-373

Nhlapo T Human rights: the African perspective 1995 *African law review* 6(1):38-41

Prinsloo MW, Van Niekerk GJ en Vorster LP Knowledge and experience of *lobolo* in Mamelodi and Atteridgeville 1997 *De Jure* 314-330

Prinsloo MW Die inheemse opvolgingsreg getoets aan die grondwet 1998:3 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 570-573

South African Law Commission *Project 90* The harmonisation of the common law and the indigenous law Discussion paper 74 customary marriages

Watney M Integreerbaarheid van die Suid-Afrikaanse erfreg en die inheemse opvolgingsreg 1993 *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 749-754

WETGEWING

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van1996

Wet op die Afskaffing van Spesiale Howe vir Swartes 34 van 1986

Wysigingswet op die Tussentydse Beskerming van Informele Grondregte 3 van

1997

Wet op die Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998

Wetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging B110 van 1998

Wetsontwerp op die Wysiging van die Gewoontereg oor Erfopvolging W109 van 1998

Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984

Wysigingswet op die Huwelik en Huweliksgoedere 3 van 1988

Inkomstebelastingwet 58 van 1962

Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987

Wet op die Opgradering van Grondbesitregte 112 van 1991

Wet op die Omskepping van Sekere Regte tot Huurpag of Eiendomsreg 81 van 1988

Wet op die Ontwikkeling van Swart Gemeenskappe 4 van 1984

Wysigingswet op die Siviele Bewysreg 45 van 1988

Swart Administrasiewet 38 van 1927

REGULASIES

Proklamasie R293 in SK 373 van 1962-11-16

GK 1036 in SK 2096 van 1968-06-14

Proklamasie R188 in SK 2486 van 1969-07-11

GK R200 in SK 10601 van 1987-02-06

Proklamasie R29-30 en GK 402-405 in SK 11166 van 1988-03-09

HOFSAKE

Ismail v Ismail 1983 1 SA 1006 (A)

Malaza v Mndaweni 1975 BAC 45

Mthembu v Letsela and Another 1997 2 SA 936 (T)

Mthembu v Letsela and Another 1998 2 SA 675 (T)

Ngqundulwana v Gomba 1992 4 NAC 132

Nkambula v Linda 1951 1 SA 377 (A)

Seedat's Executor's v The Master (Natal) 1917 AD 302

Tshabalala v Estate Tunzi and Another 1950 NAC 46

Van Breda and Others v Jacobs and Others 1921 AD 330