

AWG Raath

AWG Raath, Research Fellow in the Department of Public Law and the Department of History, University of the Free State. A sincere word of appreciation is extended to my colleague Pieter Brits for his comments on aspects of this article and for the valuable suggestions of the anonymous peer reviewers for improving the text of this article.

DOI: <https://dx.doi.org/10.18820/24150517/JJS42.v2.7>

ISSN 0258-252X (Print)
ISSN 2415-0517 (Online)

Journal for Juridical
Science
2017 42(2):183-214
© UV/UFS

Regssosiologiese pluriformiteit, kulturele erfenisreg en die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* 25 van 1999

Legal-sociological pluriformity, cultural heritage law and the *National Heritage Resources Act* 25 of 1999

Cultural heritage encompasses both moveable and immovable property and includes art and artefacts, monuments and historical buildings, as well as temples and churches. Despite its importance, cultural heritage has continually been the target of destruction – particularly during times of conflict. The Hague Convention of 1954 was a pioneering attempt at protecting cultural heritage property on an international scale. It was also the first attempt at defining cultural heritage property as legally protected objects. South Africa ratified this treaty in 2003. This Convention was followed by the Convention Concerning the Protection of the World Cultural and National Heritage in 1972 and the Rome Statute of 1998. South Africa subscribed to the 1972 Convention by adopting the *World Heritage Convention Act* in 1999 and ratified the Rome Statute of 1998. In addition to international treaties, cultural heritage in South Africa is protected nationally by the *National Heritage Resources Act* of 1999. This *Act* introduces an integrated and interactive system for the management of the national heritage; it aims at promoting good governance of heritage protection on all levels, and to empower civil society to nurture and conserve their heritage resources. In this article, it is argued that the plurality of legal interests involved in cultural heritage protection and management can only meaningfully be integrated on the basis of a sound theoretical approach to legal pluralism. The implications of a legal pluralist framework are briefly discussed and the implications of the distinction between the traditional domains of public and private law interests considered.

1. Inleiding

Die effek van twee wêreldoorloë, konflik in die Midde-Ooste en etniese geweld in Afrika die afgelope eeu het grootliks bygedra tot die internasionale begaandheid oor kulturele erfenisse.¹ Op 'n beskeie wyse het die vernietiging van kulturele erfgoed as gevolg van die Britse verskroeiende aarde-beleid tydens die Anglo-Boereoorlog (1899-1902), en die meegaande plundering van waardevolle kultuur-historiese artefakte van die twee voormalige

1 Kyk bv. Smart 2016:759-802.

Boererepublieke, daartoe bygedra om die noodsaak aan effektiewe regsbeskerming van kulturele erfenisobjekte te beklemtoon.² Dié bewustheid het sowel in die internasionale sfeer as in nasionale jurisdiksies in onderskeidelik verdrae en wetgewing uitgedrukt wat uitdrukking aan die uitkringende begaandheid oor effektiewe beskerming van kulturele erfenisobjekte gee.³ Die eerste belangrike stap in die internasionale reg is gegee met die Haagse Konvensie van 1954.⁴ Gerig op skade wat vanweë militêre konflik aan kulturele erfenisse berokken kan word, is die eerste omvattende regsomskrywing van kulturele erfenisobjekte in art. 1 van die 1954-Konvensie beliggaam.⁵ Dié pionierpoging was egter hoofsaaklik op regsbeskerming in geval van militêre konflik gerig en het grootliks op onroerende kulturele erfenisobjekte gefokus. Sedertdien het toenemende kommer oor die beskerming van kulturele erfenisobjekte in die Suid-Afrikaanse reg tot verskeie statutêre maatreëls gelei. Die mees omvattende daarvan is die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne 25 van 1999*.⁶ Dié *Wet* maak voorsiening vir 'n geïntegreerde en interaktiewe stelsel vir die bestuur van die nasionale erfenishulpbronne; dit beoog om goeie regering op alle vlakke te bevorder, en die burgerlike samelewing te bemagtig om hul erfenishulpbronne te koester en te bewaar sodat dit aan toekomstige geslagte nagelaat kan word; om algemene beginsels te bepaal vir die beheer van erfenishulpbronnebestuur dwarsdeur die Republiek; om 'n geïntegreerde stelsel vir die identifisering, evaluering en bestuur van die erfenishulpbronne van Suid-Afrika in te stel; om die Suid-Afrikaanse Erfenishulpbronnagentskap tesame met sy Raad in te stel om die bestuur van die erfenishulpbronne op nasionale vlak te koördineer en te bevorder; om "essensiële nasionale norme" te onderhou en norme vir die bestuur van erfenishulpbronne in die Republiek te stel en om erfenishulpbronne van nasionale betekenis te beskerm; om die uitvoer van nasionaal betekenisvolle erfenisvoorwerpe en die invoer in die Republiek van kulturele eiendom wat onwettig uit ander lande uitgevoer word, te beheer; om die provinsies in staat te stel om erfenisowerhede in te stel, wat maatreëls in plek moet stel om sekere kategorieë erfenishulpbronne te beskerm en te bewaar; om voorsiening te maak vir die beskerming en bestuur van bewarenswaardige plekke en gebiede deur plaaslike owerhede, en om voorsiening te maak vir aangeleenthede wat daarmee in verband staan.⁷

Verskeie vrae met die oog op die beoogde juridiese regulering en beskerming van kulturele erfenisobjekte in die Suid-Afrikaanse reg kom na

2 MacDonald 1941:76-95. Vir 'n meer omvattende bespreking van die impak van die Anglo-Boereoorlog (1899-1902) en die humanisering van gewapende konflik deur die Haagse Konvensies van 1899 en 1907 met die oog op beskerming van burgerlikes en hul eiendom, kyk Raath & Strydom 1999:149-165.

3 Gerstenblith 2016:336-393.

4 Smart 2016:776-784.

5 Convention for the Protection of Property in the Event of Armed Conflict, art. 1, 14 Mei 1954 (hierna verwys as die Haagse Konvensie (1954)).

6 Goedgekeur op 14 April 1999; datum van inwerkingtreding: 1 April 2000.

7 Volgens die lang titel van die *Wet*.

vore: Wat behels die regsraamwerk waarbinne die doelwitte van die *Wet* bereik kan word? Welke regsbeginsels onderlê die normatiewe hantering van die komplekse vraagstukke wat uit die *Wet* voortspruit binne die regstaatlike paradigma van die Suid-Afrikaanse grondwetlike sisteem? Hoe sou die teoreties-prinsipiële onderbou van die Suid-Afrikaanse reg op genuanseerde wyse die komplekse internasionaal-, publiek-, en privaatregtelike problematiek wat uit kulturele erfenisregulering en beskerming spruit, kon hanteer? Op welke wyse sou 'n regsprinsipiële benadering tot die toepassing van die *Wet* daartoe bydra om op die mees omvattende en genuanseerde wyse die oogmerke daarin vervat, te verwesenlik?

Die regspluralistiese benadering tot kultureel-erfenisregtelike problematiek ten einde diverse regsbelange te harmoniseer en te integreer, word deur Mumma soos volg beskryf: "Legal pluralism refers to a situation in which there are a number of legal systems, all operating and all simultaneously valid."⁸ Ten einde die positivistiese erfenis van oorwoekerende staatsbeheer oor kulturele erfenisbelange hok te slaan, pleit Mumma vir die erkenning van reghebbendes se regsbelange náas dié van die staat:

Legal pluralism involves reinstating historic ownership and/or use rights, particularly with respect to land. Restitution of historic rights reinstates the confidence of communities, enabling them to take charge of managing local resources. ... It involves a fundamental shift in power relations between the central state and local communities.⁹

Dié regspluralistiese benadering tot integrering van kulturele erfenisbelange word onderneem aan die hand van 'n juridies-prinsipiële raamwerk, wat deur Ndoro *et al.* beskryf word as "the principles on which legal rules are based and the means by which judges guide their decision making."¹⁰ Met ander woorde, om nie op die uiterlike vorm van die reg te fokus nie, maar na die materiële aard van regsbeginsels wat sodanige norme onderlê deur te dring. Voorts behels dit dat regsteoretiese benaderings wat in statisme verval of die aanwesigheid van regsbelange naas dié van die staat misken, nie die uitdagings wat uit die komplekse regssosiologiese profiel van die kulturele erfenisreg voortvloei genuanseerd die hoof kan bied nie. Die regssosiologiese grondstruktuur van regspluralisme wat hieruit blyk, strek verder as slegs die staat en plaaslike gemeenskappe. In dié verband bied die transendentiaal-empiriese benadering van die Nederlandse regsfilosoof Van Eikema Hommes 'n voorbeeld van 'n regspluralistiese raamwerk wat vir doeleindes van die komplekse regsbelange-integrering in kultureel komplekse samelewings oorweeg kan word. Van Eikema Hommes beklemtoon dat die staatlike kompetensierrein beperk is tot

8 Mumma 2008:105.

9 Mumma 2008:106.

10 Ndoro *et al.* 2008:118. Vir die belang van regsbeginsels as synde fundamentele "grondslae" van die reg, kyk Dworkin 1977:87. Vir Van Eikema Hommes se regspluriforme-benadering, kyk Raath 2017:59-90.

die handhawing, regulering en integrering van die juridiese inter-orde en sy eie juridiese intra-ordelike belange ter beskerming van niestaatlike kompetensiegebiede:

Maar ... op het statelike territoir (gelden) allerlei rechtsordeningen binne niet-statelike lewenskringe van kerk, bedryf, skool, vereniging, takke van handel en verkeer. Dele rechskringe zyn naar hun tipiese struktuur geenzins van statelik karakter en in principe ook geenzins aan die grense van het statelike grondgebied gebonden. Al deze niet-statelike rechskringe word, voor zover ze op het staatteritoir fungeer, in het statelike publiek en burgerlik privaatrecht *extern geïntegreer*, met behoud van hun interne *juridiese vryheidssferen*.¹¹

Van Eikema Hommes beklemtoon dat die juridiese eenheid in die verskeidenheid van regsterreine slegs deur die normatiewe tipering van die staat se eksterne publiek- en burgerlik-privaatregtelike funksies moontlik is: "Het gaat hier alleen om een *juridiese eenheid in verscheidenheid*."¹² 'n Analoe standpunt vind ons in Lerner se onderskrywing van regspluralisme as synde 'n verwerping van "the legal-centralist notion that state law is exclusive; legal pluralists assert and explore the proposition that non-state legal systems exist alongside state law and are not necessarily subordinate to it."¹³ Ter verrekening van die komplekse profiel van regsbelange wat by die beskerming en repatriasie van kulturele erfenisobjekte ter sprake is, bepleit Ross 'n meer inklusiewe erkenning van regsbelange synde "legal pluralism as the interaction and incorporation of a plurality of legal orders that coexist in the same time and space, and interact".¹⁴ Teen die agtergrond van kultuurerfenisregtelike pluralisme word in hierdie artikel op die laaste vraag hierbo gefokus, aanduidings van 'n beginselraamwerk vir toepassing van die Wet gegee, en voorbeelde van toepassings van regsbeginsels met die oog op die regulering en beskerming van kulturele erfenisobjekte aan die hand gedoen.

2. Regssosiologiese pluriformiteit

2.1 Regsteoretiese perspektiewe op regssosiologiese pluriformiteit

Die regssosiologiese konteks van regsbelange behartiging is sedert die aanvang van die 18^{de} eeu tot 'n groot mate deur reduksionistiese regsparadigmas oorheers. Rousseau (1712-1778) en Hegel (1770-1831) onderskeidelik se benaderings tot die staat en die reg verteenwoordig twee van die mees invloedryke teorieë in dié verband. Vanuit 'n individualistiese

11 Van Eikema Hommes 1972a:111.

12 Van Eikema Hommes 1972a:111.

13 Lerner 2011:836.

14 Ross 2017:308. Vir die komplekse konfigurasie van regsbelange wat by kultuurerfenis ter sprake mag kom, kyk Ministry of Education, Culture and Science of The Netherlands 2012:44.

invalshoek postuleer Rousseau 'n sosiale verdragsteorie ingevolge waarvan die individu, met behoud van individuele outonomie, soewerein vry kan wees. In sy *Du contrat social* (1762) ondersteun Rousseau 'n vorm van assosiasie wat behels dat die kollektiewe staatswil, met behoud van die soewereine vryheid van die individu, in 'n sosiale kontrak beliggaam word.¹⁵ Rousseau bemiddel die spanningsverhouding tussen individuele vryheid en die belange van die staatsvolk deur die klem na die staatswil te verplaas. Bygevolg regeer almal oor almal, met behoud van elkeen se abstrakte gelykheid; elke individu is onderworpe aan die algemene wil van die gemeenskap, terwyl elkeen ook 'n onskeibare element van die staatsgeheel word.¹⁶ Ten spyte van sy individualistiese vertrekpunte, mond Rousseau se staatsfilosofie in die absorbering van die individu se vryheid deur die staatsliggaam uit.¹⁷ In die tweede boek, hoofstuk sewe, van sy werk offer Rousseau as't ware die individu op die altaar van die staatsbelang:

Whoever ventures on the enterprise of setting up a people must be ready, shall we say, to change human nature, to transform each individual, who by himself is entirely complete and solitary, into a part of a much greater whole, from which that same individual will then receive, in a sense, his life and being. The founder of nations must weaken the structure of men in order to fortify it, to replace the physical and independent existence we have all received from nature with a moral and communal existence.¹⁸

In terme van Rousseau se staatsteorie word individuele regsbelange in die absolutistiese staatsbelang geabsorbeer, geen ruimte word vir struktuurgrense ter beperking van staatlike kompetensies gelaat, en grondwetlikheid word deur die *volonté générale* gedikteer. Die Nederlandse regsfilosoof Dooyeweerd (1894-1977) merk oor die regsimplikasies van Rousseau se demokratiese populisme op: "No individual can complain of injustice for in the social contract (Rousseau: *contrat social*) that person agreed to all laws the state might impose."¹⁹ Voorts word die regspluralistiese belange-verskeidenheid tot dié van staatlike aard beperk. By effek beteken dit dat nie-staatlike belangefere oor geen eiestandige kompetensiereine beskik ingevolge waarvan hul eiesoortige burgerregte beskerm kan word nie. By Rousseau in besonder verskuif die prinsipiële klem vanaf die eiestandige vryheid van lewenssfere na die universalistiese seggenskap van die staat. Dié tendens tot publiekregtelike globalisering ontlok Habermas se klem op private lewenssfere *binne* die staatsterritorium, vir sover "the state maintains law and order within the borders of its own territory and guarantees security for citizens within their private spheres

15 Rousseau 1982:60.

16 Rousseau 1982:60.

17 Kyk ook die kritiek van Van Eikema Hommes 1979:162-163. Mekkes (1940:266) wys daarop dat, ingevolge die sosiale kontrak-konstruksie, alle individue hul vryheid aan die staat oordra met gevolglike oorheersing van die meerderheid.

18 Rousseau 1982:84.

19 Dooyeweerd 2012:137.

of life.”²⁰ Dié private sfere sluit ook in die belange van sosiale lewenssfere, oftewel “differentiated forms of life”.²¹

Die ander pool van die genoemde reduksionistiese dilemma kom in die tradisie van Hegel (1770-1830) op markante wyse na vore. Hegel poog naamlik om die individuele outonomie en gemeenskapsolidariteit in die vorm van ’n hoër, transpersoonlike staatsorde te sintetiseer. Dié transpersoonlike entiteit word die beliggaming van ware deugdelikheid en vryheid in die regsorde. Op grond van dié transpersoonlike regs- en staatsteorie verwerp Hegel byvoorbeeld die spanning tussen die persoonlike vryheidsbewussyn, aan die een kant, en die verwesenliking van menslike vryheid deur die bo-individuele normkomplekse van die reg, moraal en sedes, aan die ander kant.²² Die verwesenliking van die subjektiewe vryheidsbewussyn geskied aan die hand van bo-individuele, objektief-geldende norme. Die individualistiese vryheidsidee is ’n element van die wil van die “reinen Unbestimmtheit oder der reinen Reflexion des Ich in sich, in welcher jede Beschränkung, jeder durch die Natur, die Bedürfnisse, Begierden und Triebe unmittelbar vorhandener, oder, wodurch es sei, gegebener und bestimmter Inhalt aufgelöst ist”.²³ Die verwesenliking van die individu se soewereine vryheid, volgens Hegel, mond uit in die vernietiging van alle niestaatlike lewensordeninge.²⁴ As sodanig verwerp Hegel die gedagte van ’n wesenlike staatsdoel omdat die politieke gemeenskap as ’n absolute doel op sigself (*Selbstzweck*) beskou word. Die politieke gemeenskap is die hoogste openbaring van die “objektiewe Gees”, die totaliteit van moraliteit (*Sittlichkeit*), die absolute onbeweeglike doel op sigself waarin die reg op vryheid sy hoogste vergestaltung vind. Die individu se hoogste plig is geleë in lidmaatskap van die politieke gemeenskap.²⁵ Volgens Hegel se standpunt, is die organisemiese staat die hoogste konkreet-universele entiteit wat alle niestaatsamelewingsvorme absorbeer; wat slegs die depositiveerde reg van die staat as reg beskou, en nie-staatsamelewingsinstellings verstaatlik.²⁶ Regsfilosofies wys Rawls op die regtens onhoudbare implikasies van statisme en bepleit ’n meer genuanseerde erkenning van regsbeginsele wat op die verskeidenheid subjekte wat regssosiologies onderskei word, toepassing vind: “But it is the distinct purpose and roles of the parts of the social structure and how they fit together, that explains there being different principles for distinct kinds of subjects.”²⁷ Vervolgens poog Rawls om die spanning tussen individualistiese en universalistiese regsbelange te oorkom deur terreine van outonome regsbelange téénoor dié van die staat te onderskei: “Indeed, it seems natural to suppose that the distinctive character and autonomy of the various elements of society requires that,

20 Habermas 2001:81.

21 Habermas 2001:82.

22 Hegel 1955:32-34, 42-43.

23 Hegel 1955:30.

24 Vgl. Hegel 1955:30.

25 Hegel 1956:12.

26 Vgl. Van Eikema Hommes 1972b:154 ev.

27 Rawls 1996:262.

within some sphere, they act from their own principle designed to fit their peculiar nature.”²⁸

Op die oog af verteenwoordig Rawls se benadering tot regspluriformiteit ’n poging om die individualisme-universalisme dooiepunt aan die hand van die sosiale kontrak-paradigma te transendeer. In sy werk *A theory of justice* (1971), lê Rawls die klassiek-liberale teorie van die sosiale kontrak aan ten einde samelewingsonreg hok te slaan. Op grond van die veronderstelling dat “(o)ur situation is just if it is such that by a sequence of hypothetical agreements we *would* have contracted into the general system of rules which define it”,²⁹ postuleer kontrakterende individue in die samelewing die geregtigheidsbeginsels waaraan hulle onderhewig is. Rawls streef na geregtigheidskriteria wat deur vrye en gelyke persone ter nastrewing van ’n billike samelewingsorde onderskryf sal word. Met die veronderstelling dat individue as rasonele wesens ’n sosiale kontrak sal sluit wat die grondslag van ’n regverdige samelewing sal wees, formuleer Rawls twee grondliggende geregtigheidsbeginsels: (a) Die beginsel van die grootste gelyke vryheid, wat behels dat elke persoon oor ’n gelyke reg tot die mees omvattende stelsel van basiese vryhede beskik, wat met ’n soortgelyke sisteem van vryheid vir almal versoenbaar sal wees.³⁰ Dié basiese vryhede sluit sowel die politieke regte om te stem, die tradisionele burgervryhede met betrekking tot spraak, die reg op eiendom, vryheid van beslaglegging, ensovoorts in.³¹ (b) Sosio-ekonomiese ongelykhede tussen individue behoort, volgens Rawls, gerangskik te word (i) tot die voordeel van almal, of tot dié van die mins bevoorregtes, en (ii) dat almal billikheidshalwe oor gelyke geleenthede beskik om ampte en ander posisies in die samelewing te beklee.³² Die tweede beginsel behels nie dat die verdeling van rykdom volkome gelyk moet wees nie, maar wel dat ongelike verdeling van welvaart tot die voordeel van almal behoort te strek. Dié beginsel maak dus voorsiening vir ’n mate van differensiasie met die oog op die materiële posisie van individue, mits dit strek tot die voordeel van die materieel mins begaafdes in die samelewing. Rawls onderskei bygevolg drie beginsels wat geregtigheid in die samelewing moet verseker: optimale gelyke vryheid; gelyke geleenthede, en die differensiasie-beginsel met die oog op die materiële bevoordeling van die ekonomies mins begaafdes in die samelewing. Die eerste twee beginsels sou goedskiks onder die tradisionele beginsels van die burgerlike privaatreë tuisgebring kon word, terwyl die derde beginsel met die oog op wisselende staatsdoelwitte eerder by die idee van die welvaartstaat sou tuishoort. Al drie beginsels vind toepassing binne ’n sosiale orde wat Rawls beskryf as die “basic structure of society”.³³ Dié samelewing beskik oor ’n enkele

28 Rawls 1996:262.

29 Rawls 1971:302 ev.

30 Rawls 1971:302, 303.

31 Rawls 1971:60.

32 Rawls 1971: 302, 303.

33 Vgl. Rawls 1978:3, 6, 7-8, 9, 10, 17, 18, 32, 39, 47, 48, 49, 53, 57-58, 72-73, 81-82, 89, 91, 93, 95, 95-96, 99, 136, 154, 156-157, 222, 229, 293-294, 308, 365, 409, 511.

vorm waarbinne individue en nie-staatlike samelewingsentiteite binne 'n oorkoepelende struktuur – wat nie op die materiële onderskeidinge van publiek en privaatreg gebaseer is of nie-staatsamelewingsentiteite van die staatlike kompetensierrein onderskei nie – saamgevoeg word: “Instead of supposing that a conception of right, and so a conception of justice, is simply an extension of the principal of choice for one man to society as a whole, the contract doctrine assumes that the rational individuals who belong to society must choose together, in one act, what is to count among them as just and unjust.”³⁴ Ten spyte van Rawls se pogings om individuele regsbelange te beskerm, loop sy regsteorie gevaar om in verstaatliking van die burgerlike lewe uit te mond omdat kompetensiebeperkings van 'n materiële aard in sy regssosiologie afwesig is. Met die oog op die behartiging en beskerming van die spektrum van diverse regsbelange, wat in die sameleving geharmoniseer en geïntegreer moet word, is verdere regsplurale onderskeidinge nodig om aan die oogmerke van sowel publiek- as privaatregtelike geregtigheid reg te laat geskied. Die toepassing van Rawls se relatief ongedifferensieerde regssosiologie op die terrein van die erfenisreg gaan juis mank aan hierdie struikelblok.

Ten spyte van dié gebreke lê Finsham Rawls se regsteoretiese model ter beskerming van kulturele erfenisobjekte aan - 'n benadering wat hy beskryf as “a taxonomy of cultural justice”, wat oor distributiewe, prosedurele, korrektiewe en sosiale aspekte beskik.³⁵ Die teoretiese raamwerk wat daaruit spruit, noem Finsham “an animating theoretical architecture”,³⁶ synde 'n model ter beskerming van onbemaatigde groepe. Dié model vind toepassing oor die hele spektrum van kulturele erfenisobjekte, insluitend nie-tasbare idees en uitdrukkings binne die konteks van oordrag van kulturele eiendom aan toekomstige geslagte. Die kultuurobjekte wat ingevolge dié benadering beskerming behoef, is onder meer kunswerke, standbeelde, antikwariese items en objekte van argeologiese en antropologiese belang. Dat Finsham se kulturele geregtigheidsmaatstawwe komunitêre belange in die oog het, blyk uit die trefwydte van die begrip “kulturele geregtigheid”. Onder dié begrip verstaan hy “fair treatment of a people of all races, cultures, incomes and educationist levels with respect to cultural heritage”.³⁷ Die komunitêre belang wat met kulturele erfenisbeskerming na vore kom, beskryf Finsham hoofsaaklik in groepsterme: “No group should be forced to abandon its cultural heritage. Cultural injustice implies that groups have a right to access the work of other cultures while still maintaining the right to their own culture and its expression.”³⁸ Die vraag na die toepaslikheid van Finsham se Rawls-gebaseerde benadering op die terrein van kulturele erfenisreg en die beskikking oor en beskerming van kulturele erfenisobjekte stuit voor ernstige leemtes: eerstens, die oorbeklemtoning van groepsbelange, en tweedens, die behoefte aan 'n

34 Rawls 2001:132.

35 Finsham 2012:43.

36 Finsham 2012:44.

37 Finsham 2012:45-46.

38 Finsham 2012:46.

meer genuanseerde regspluralistiese benadering wat nie alleen groepe en individuele belange verreken nie, maar ook wat groepsbelange betref, 'n nadere aanduiding van staats- en nie-staatsbelange kan bied.

2.2 Die reg en kulturele welvaartskepping

Die ontwikkeling van die regstaat-idee het wisselende aspekte van die staat se juridiese integrerings- en harmoniseringsfunksies beklemtoon. Aanvanklik het regstaatlike-belangebehartiging die model van die Engelse filosoof Locke (1632-1704) gevolg op grond waarvan die staat sy uitsluitlike doel vind in die beskerming van die aangebore menseregte op lewe, vryheid en eiendom; en deur die beperking van die staat se regsfunksie tot dié van 'n "nagwagstaat".³⁹ In 'n daaropvolgende fase is die staat se taak tot die nastrewing van 'n groot verskeidenheid doeleindes uitgebrei wat aan die hand van louter formele administratiewe wetgewing getoets moes word.⁴⁰ Sedertdien het die idee van die sosiaal-staatlike welvaartskepping 'n modebenadering in regstaatparadigmas geword. Met laasgenoemde het die klem vanaf die normatiewe struktuurtype van die staat na die verskeidenheid van wisselende sekondêre doeleindes van die staatswerkzaamheid verskuif.⁴¹ Gesondheidsorg, huisvesting, skoolwese en steun aan die kultuurlewe in die vorm van musiek, toneel en drama, het as welvaartsoogmerke staatsoptrede bepaal. Die toenemende klem op die idee van die "kultuurstaat" staan egter los van die regstaat as normatiewe struktuurtype, vir sover sodanige sekondêre staatssoogmerke onbegrens en wisselend, tydsgebonde en van veranderende doelstellings afhanklik is. Die sosiaalregtelike oogmerke ter beskikking oor kulturele erfenis is grootliks deur die internasionaalregtelike fokus op kulturele erfenis gestimuleer. Hoewel die Suid-Afrikaanse *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* nie 'n sosiaalregtelike aanspraak op kulturele welvaart in die vorm van 'n fundamentele gemeenskapsreg wat teenoor die staat afdwingbaar is, erken nie, is bepaalde sosiaalregtelike doelwitte in die aanhef tot die *Wet* te onderskei. Ingevolge die aanhef word die uniekheid en kosbaarheid van die land se kulturele identiteit uitgewys, erfenis as grondslag van die geestelike welsyn van die land uitgesonder en as nasiebou-besit beklemtoon.⁴² Vir sover die aanhef 'n deel van die *Wet* uitmaak, bevat dit belangrike aanwysers vir nie-individualistiese interpretasies van die bepalinge van die *Wet*, die verrekening van die regsbelange van nie-staatlike sosiale entiteite en die beklemtoning van regsbelange-integrering met die oog op die bevordering van die publieke belang.

39 Van Eikema Hommes 1975:51.

40 Van Eikema Hommes 1975:51.

41 Van Eikema Hommes 1975:51.

42 Aanhef.

3. Kulturele erfenis en die regspluralistiese verrekening van materiële beginsels van 'n publiekregtelike en privaatregtelike aard

3.1 Die trefwydte van kulturele erfgoed wat regsbeskerming behoeft

Die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* 25 van 1999 is op 14 April goedgekeur en het op 1 April 2000 in werking getree. Dié *Wet* het die vorige *Wet op Nasionale Gedenkwaardighede* 28 van 1969 en art. 41(2) van die *Wet op Omgewingsbewaring* 73 van 1989 herroep. Volgens die aanhef is die *Wet* daarop gemik om die goeie bestuur van die “nasionale besit” te bevorder. Vir dié doel moet sodanige erfenishulpbronne van Suid-Afrika wat van kulturele betekenis of ander spesiale waarde vir toekomstige geslagte is, behou word. Synde “nasionale besit” val dit binne die bestek van werksaamhede van erfenisowerhede wat spesifiek met die oog op bestuur en beskerming van die erfenishulpbronne in die lewe geroep is. “Kulturele betekenis” word gedefinieer as estetiese, argitektoniese, geskiedkundige, wetenskaplike, maatskaplike, geestelike, taalkundige of tegnologiese waarde of betekenis.⁴³ Geen omskrywing van “nasionale besit” kom egter in die *Wet* voor nie. Vir sover die *Wet* op kulturele erfgoed betrekking het, word 'n duidelike omskrywing van die kulturele objekte vereis wat vir juridiese beheer en beskerming kwalifiseer.

Die kultuurbesit van individue en sosiale lewensvorme is heg met die voortgaande kultuurontplooiing in bepaalde beskawingsmilieus vervleg.⁴⁴ Voorts kwalifiseer nie alleen groot (en indrukwekkende) kultuurprodukte as kultuurskeppinge nie, maar ook die oënskynlik klein en alledaagse produkte van beskawingsontwikkeling.⁴⁵ Kultuurfilosofies beskou, is die geskiedenis progressief en kan die geskiedenis-nalatenskap van die mensdom in 'n omvattende sin as akkumulatiewe kultuurskepping beskou word.⁴⁶ Dié akkumulatiewe voortgang (oftewel progressie) deur die nuwe wat telkens bykom in die beskawingsontplooiing van die mensheid, is van internasionale, nasionale en individuele betekenis; dit omvat sowel die kulturele nalatenskap van sosiale lewensvorme as dit wat deur individue kultuurmatig tot stand gebring word. Terloops moet gemeld word dat sowel die verlede as die toekoms nie normatiewe betekenis aan kulturele

43 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* 25/1999:art. 2.

44 Dooyeweerd (1963:76-77) beskryf kultuurskepping met verwysing na die “ontwikkelingsgang van de menselijke samenleving”: “Ook deze vangt aan met ongedifferentieerde vormen, om eerst na een langdurig historisch ontwikkelingsproces tot de differentiatie van de onderscheiden samenlevingsstructuren te komen. En deze differentiëring voltrekt zich naar haar *historisch aspect* door de ‘vertakking’ der cultuur in de eigen gearde machtssferen van wetenschap, kunst, staat, kerk, bedrijf, handel, school, vrije organisatiewezens, enz.”

45 Stoker 1949:3.

46 Stoker 1949:3-4.

erfenis kan gee nie. Gevolglik sou die neerlê van tydperke – byvoorbeeld 60 jaar – as maatstaf vir die bewaring van 'n woning normatief gesproke arbitrêr wees. Andersyds is die waarde van die kulturele erfenisobjek vir die huidige juridiese regulering daarvan relevant en nie afhanklik van die putatiewe waarde wat toekomstige geslagte moontlik daaraan sou heg nie. Enersyds, sou byvoorbeeld die kontemporêre replika van 'n Kaaps-Hollandse woning oor sodanige kulturele erfeniswaarde kon beskik dat dit as kulturele erfenisobjek beskerming behoef. Andersyds, sou die kulturele erfeniswaarde van 'n objek dermate kon afneem dat dit oor 60 jaar van nou weinig regsbeskerming benodig. Voorts sou dit behels dat 'n fase-indeling van beskermwaardige kulturele erfenisobjekte nie voldoende gerig is op die voortgaande akkumulاسie van kulturele erfbesit nie; indien die klem na die waardeskatting van toekomstige geslagte verplaas word, bied dit geen sekerheid van die blywende waarde van kulturele erfgoed nie.

Die omvattende profiel van kulturele erfenisbelange wat by die regsdefiniëring van kulturele erfenisobjekte ter sprake kom, blyk uit die omskrywing wat in die Chinese reg aangelê word, synde:

sites of ancient culture, ancient tombs, ancient architectural structures, cave temples and stone carvings that are of historical, artistic or scientific value; buildings, memorial sites and memorial objects related to major historical events, revolutionary movements or famous people that are highly memorable or are of great significance for education or for the preservation of historical data; valuable works of art and handicraft articles dating from various historical periods; important revolutionary documents as well as manuscripts and ancient or old books and materials, etc., that are of historical, artistic or scientific value; and typical material objects reflecting the social system, social production or the life of various nationalities in different historical periods.⁴⁷

Met die oog op die definiëring van die kulturele erfenisobjekte wat juridiese regulering en beskerming in die Suid-Afrikaanse reg in besonder behoef, word die volgende omskrywing aan die hand gedoen: Kulturele erfenisreg behels die juridiese regulering en beskerming van die akkumulatiewe kultuurskepping van die mensheid, synde sowel roerende as onroerende eiendom van individue en sosiale entiteite, verteenwoordigend van die voortgaande beskawingsontplooiing van sodanige individue en sosiale entiteite, welke erfenisobjekte insluit argitektoniese strukture, kuns- of historiese monumente - hetsy godsdienstig of sekulêr van oorsprong, argeologiese terreine, geboue en gebouekomplekse wat op sigself of as geheel van historiese of argitektoniese belang is; kunswerke, manuskripte, boeke en boekversamelings en ander objekte van artistieke, historiese of argeologiese belang; sowel as wetenskaplike produkte en versamelings daarvan, argiewe sowel as reproduksies van sodanige erfenisobjekte en geboue waarvan die doel is om sodanige roerende en onroerende kultuurprodukte te bewaar, uit te stal, insluitend museums, biblioteke en

47 World Bank 2006:21.

argiefbewaarplekke, sowel as tydelike bewaarplekke en bergplekke waar oor sodanige produkte beskik word.

3.2 Die regulering en beskerming van kulturele erfenisobjekte in die Suid-Afrikaanse reg

3.2.1 Internasionaalregtelike regulering en beskerming van kulturele erfenisobjekte

Die beskerming wat die internasionale reg aan kulturele erfenisobjekte in Suid-Afrika bied, beoog enersyds beskerming van sodanige objekte in tye van militêre konflik en andersins erkenning van kulturele erfgoed vanweë die inherente uniekheid daarvan. Wat eersgenoemde betref, was die Haagse Konvensie vir die Beskerming van Kulturele Eiendom in geval van Gewapende Konflik van 1954 'n belangrike stap in die internasionaalregtelike bewusmaking van beskerming van kulturele erfenisobjekte. Dié Konvensie is in 2003 deur Suid-Afrika geratifiseer en is derhalwe in die Suid-Afrikaanse reg geïnkorporeer.⁴⁸ Die Konvensie het ten doel om grootskaalse beskadiging en/of vernietiging van kulturele erfenisobjekte te verhoed. Met die oog daarop word partye tot die Konvensie deur die bepalings daarvan gebind. Voorts is die bepalings van die Konvensie van toepassing op konflik wat binne die gebied van 'n party tot die Konvensie voorkom. Art. 19 lui in dié verband dat "each party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the provisions of the present Convention which relate to the respect for cultural property."⁴⁹ Alle oorlogvoerende partye op die territorium van 'n party tot die Konvensie is dus aan die bepalings daarvan gebonde. Dit bied die eerste voorbeeld van internasionaalregtelike kulturele erfenisbeskerming wat teenoor derde partye afdwingbaar is.

Die mees resente multilaterale verdrag wat die beskerming van onroerende kultuureiendom ten doel het, is die Statuut van Rome van die Internasionale Strafhof van 1998.⁵⁰ Ingevolge dié Statuut word vir persoonlike strafregtelike aanspreeklikheid vir vernietiging van kultuureiendom onder jurisdiksie van die Internasionale Strafhof in Den Haag voorsiening gemaak. Art. 12 bepaal dat jurisdiksie slegs uitgeoefen kan word oor gedrag wat binne die territorium van 'n verdragsparty gepleeg word. Na afloop van 'n konflik binne die territorium van 'n verdragsparty mag 'n internasionale straftribunaal aangewys word om oorlogsmisdade voortspruitend uit die konflik te bereg. Internasionale straftribunale is howe met beperkte jurisdiksie met die oog op die verhoor van individue wat vanweë oorlogsmisdade vervolgd word. Art. 3 van die Statuut van die

48 Smart 2016:776.

49 Haagse Konvensie (1954):art. 19.

50 Rome Statute of the International Criminal Court, 7 July 1998, 2187 UNTS 38544 (hierna die Statuut van Rome).

Kriminele Tribunaal vir die voormalige Joegoslavië⁵¹ bied, byvoorbeeld, beskerming aan kulturele erfenisobjekte vir sover doelbewuste vernietiging van stede, dorpe of nedersettings strafbaar gestel word. Voorts word, onder andere, dade van opsetlike beskadiging van instellings gewy aan godsdiensige, liefdadigheids- en opvoedkundige aktiwiteite, die kunste en wetenskap, historiese monumente en kuns- en wetenskaplike werke, plundering van publieke en private eiendom gekriminaliseer.⁵² Vir sover Suid-Afrika een van die partye tot die Konvensie is, is die Statuut ook binne die Suid-Afrikaanse jurisdiksionele gebied afdwingbaar.

Ingevolge die Konvensie vir die Beskerming van Wêreld Kulturele en Natuurlike Erfenis (1972) (deur Suid-Afrika op 10 Julie 1997 geratifiseer en op 10 Oktober 1997 in werking gestel), word die internasionale beskerming van kulturele erfenisobjekte as objekte van internasionale betekenis as doelwit gestel: "Considering that deterioration or disappearance of any item of the cultural or natural heritage constitutes a harmful impoverishment of the heritage of all the nations of the world."⁵³ Art. 11, par. 1 bepaal dat elke staatsparty tot die Konvensie sal, sover moontlik, aan die Wêrelderfeniskomitee 'n inventaris van eiendom voorlê wat deel van die kulturele erfenis vorm, wat op die territorium daarvan geleë is en geskik is om ingesluit te word. Insluiting van kulturele eiendom vereis egter die toestemming van die betrokke staat.

Die Suid-Afrikaanse *Wet op die Wêrelderfeniskonvensie* 9 van 1999 inkorporeer die bepalings van die Wêrelderfeniskonvensie in die Suid-Afrikaanse reg, maak voorsiening vir die afdwinging en implementering van die Konvensie in die Suid-Afrikaanse reg met die oog op erkenning van wêrelderfenisterreine, die instelling van owerhede met die oog daarop en die verlening van bykomende magte aan bestaande staatsorgane. Terreine wat sedertdien tot kulturele wêrelderfenisterreine verklaar is, sluit in die Robbeneiland Museum en die terrein bekend as die Wieg van die Mensdom en Mapungubwe.

3.2.2 Publiekregtelike beskikking oor en beskerming van kulturele erfenisobjekte

Ingevolge die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*, word 'n spektrum van staatsorgane met kompetensies ter regulering en beskerming van

51 The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the UN Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1993)), opgerig deur die Veiligheidsraad van die VN ingevolge die handves van die VN.

52 Ingevolge The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the UN Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (1993):art. 3.

53 Aanhef van die Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (adopted by the General Conference at its 17th session, Paris, 16 November 1972).

kulturele erfenisobjekte beklee.⁵⁴ Erfenishulpbronowerhede wat met die bestuur van die kulturele erfenis gemoeid is, sluit in die Suid-Afrikaanse Erfenishulpbronagentskap (SAEHA), ingestel ingevolge art. 11 of, in soverre hierdie *Wet* in of ten opsigte van 'n provinsie van toepassing is, 'n provinsiale erfenishulpbronowerheid.⁵⁵ Die SAEHA is 'n regs persoon wat bevoeg is om eisend en verwerend in sy korporatiewe naam op te tree en wat beheer word deur 'n Raad wat kragtens art. 14 ingestel word.⁵⁶ Die algemene funksies van SAEHA is om nasionale beginsels, standarde en beleid vir die identifisering, aantekening en bestuur van die nasionale besit te vestig, ingevolge waarvan erfenishulpbronowerhede en ander toepaslike liggame met betrekking tot Suid-Afrikaanse erfenishulpbronne moet funksioneer;⁵⁷ die bestuur van die nasionale besit deur alle agentskappe van die Staat en ander liggame te koördineer en hulle bedrywigheede te monitor ten einde te verseker dat hulle voldoen aan nasionale beginsels, standarde en beleid vir die bestuur van erfenishulpbronne;⁵⁸ nasionaal betekenisvolle erfenishulpbronne te identifiseer, aan te teken en te bestuur en permanente rekords van sodanige werk te hou;⁵⁹ enige owerheid wat verantwoordelik is vir die bestuur van die nasionale besit op provinsiale of plaaslike vlak te adviseer, by te staan en van professionele kundigheid voorsien, en om enige ander liggaam wat met die bestuur van erfenishulpbronne gemoeid is, by te staan;⁶⁰ openbare begrip en genieting van nasionale besit en openbare belangstelling in en betrokkenheid by die identifisering, evaluering, aantekening en bestuur van erfenishulpbronne te bevorder en aan te moedig;⁶¹ opleiding en opvoeding op terreine verwant aan die bestuur van die nasionale besit te bevorder,⁶² en enige ander funksies te verrig wat by hierdie *Wet* aan hom opgedra word of soos deur die Minister gelas.⁶³ Benewens bevoegdhede met betrekking tot ondersoek van en verslaglewering oor kulturele erfenisobjekte, beskik erfenishulpbronowerhede oor wye bevoegdhede om in die private vryheidsfeer van eienaars van erfenisterreine in te gryp. Ingevolge art. 45 kan 'n erfenishulpbronowerheid wat verantwoordelik vir die beskerming van 'n erfenisterrein is en wat van mening is dat sodanige terrein toegelaat is om verval te raak met die doel om die vernietiging of sloping daarvan teweeg te bring of moontlik te maak;⁶⁴ die ontwikkeling van die

54 Bv. instelling van die Suid-Afrikaanse Erfenishulpbronagentskap (SAEHA) (art. 11); oogmerk van SAEHA (art. 12); funksies, bevoegdhede en pligte van SAEHA (art. 13); instelling van die SAEHA-Raad (art. 14); instelling van provinsiale erfenishulpbronowerhede (art. 23); funksies, bevoegdhede en pligte van provinsiale erfenishulpbronowerhede (art. 24).

55 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 2.

56 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 14.

57 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 13(1)(a).

58 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 13(1)(b).

59 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 13(1)(c).

60 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 13(1)(d).

61 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 13(1)(e).

62 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art.13(1)(f).

63 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 13(1)(g).

64 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(1)(a)(i).

aangewese grond moontlik te maak;⁶⁵ of die ontwikkeling van enige grond aangrensend aan die aangewese grond moontlik te maak;⁶⁶ of in so 'n mate verwaarloos word dat dit sy potensiaal vir bewaring sal verloor,⁶⁷ 'n bevel om sodanige terrein te herstel of in stand te hou tot tevredeheid van die erfenishulpbronowerheid en binne 'n redelike tydperk soos in die bevel vermeld, aan die eienaar beteken.⁶⁸ Die betrokke erfenishulpbronowerheid mag egter slegs sodanige werk vereis as wat na sy mening nodig is om enige verdere agteruitgang in die toestand van die plek te voorkom.⁶⁹ By versuim van 'n eienaar om binne die vermelde tyd aan die bepalings van sodanige bevel te voldoen, kan die owerheid wat die bevel beteken het, self die stappe doen wat nodig is vir die herstel of instandhouding daarvan en die koste van die eienaar verhaal.⁷⁰ Indien die eienaar goeie gronde aanvoer, kan hy/sy, binne 21 dae na die betekening van die bevel vir herstel van die betrokke terrein, by die erfenishulpbronowerheid wat die bevel vir herstel beteken het, aansoek doen om 'n verlenging van die tydperk in die bevel vermeld;⁷¹ of na die Minister appelleer op die wyse in art. 49 voorgeskryf.⁷² Ingevolge art. 46, kan die Minister, op advies van SAEHA en na oorleg met die Minister van Finansies, 'n eiendom aankoop of, onderworpe aan vergoeding, dit onteien vir bewaring of vir enige ander doeleinde kragtens hierdie *Wet* indien daardie doeleinde 'n openbare doeleinde of in die openbare belang is.⁷³

Die *Wet* maak voorts voorsiening vir evalueringsmaatstawwe en gradering van erfenishulpbronne en bepaal die verantwoordelikhede en bevoegdhede van erfenis- en plaaslike owerhede vir identifisering en bestuur van die nasionale besit. Ingevolge art. 7, is Graad I-erfenishulpbronne objekte met eienskappe wat so uitsonderlik is dat dit van spesiale nasionale betekenis is;⁷⁴ Graad II-objekte is erfenishulpbronne wat, hoewel dit deel van die nasionale besit is, geag word spesiale eienskappe te besit wat hulle van betekenis maak binne die konteks van 'n provinsie of streek,⁷⁵ en Graad III-erfenishulpbronne is sodanige kulturele erfenisobjekte wat bewaringswaardig is.⁷⁶ Wat Graad I-hulpbronne betref, is die SAEHA self verantwoordelik vir die identifisering en bestuur daarvan;⁷⁷ Graad II-erfenishulpbronne val binne die jurisdiksie van provinsiale erfenishulpbronowerhede,⁷⁸ terwyl plaaslike owerhede verantwoordelik is

65 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(1)(a)(ii).

66 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(1)(a)(iii).

67 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(1)(b).

68 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(1)(b).

69 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(1)(b).

70 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(2).

71 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(3)(a).

72 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 45(3)(b).

73 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 46(1).

74 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 7(1)(a).

75 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 7(1)(b).

76 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 7(1)(c).

77 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 8(2).

78 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 8(3).

vir die identifisering en bestuur van Graad III-erfenishulpbronne en erfenishulpbronne wat geag word binne sy bevoegdheid te val.⁷⁹

Die uitoefening van diskresionêre bevoegdhede deur erfenishulpbronnwerhede op al drie regeringsvlakke is onderhewig aan 'n wye spektrum van regbeginsels wat Van Eikema Hommes in regspluralistiese terme beskryf as:

juridiese skarniere [waarop] de deur van het gedifferensieerde rechtsleven met zijn talloze onderling onherleidbare rechtskringen draait en waardoor de toegang geopend word tot een ontsloten en verdiepte rechtsontwikkeling binnen deze rechtskringen onder leiding van de regulatieve beginselen van de juridische moraal.⁸⁰

Op die terrein van die publiekreg, in die algemeen, en die administratiefreg, in besonder, is die implikasies van dié beginsels van deurslaggewende regsbetekenis. Die kompetensies van publiekregtelike organe is derhalwe gebonde aan die beginsels wat die publieke belang (*salus publica*) op die terrein van kulturele erfenisbeskerming moet nastreef, wat die eweredige verspreiding van publieke belange by die bestuur van nasionale erfenishulpbronne beoog, wat uitoefening van owerheidsgesag ter regulering van kulturele erfenisbelange ten doel het en legitieme publieke doelnastrewing by vervolging wat met oortredings van die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* verband hou.

Van die grootste struikelblokke op die weg van harmoniëring en integrering van die uiteenlopende kultuurerfenisregtelike belange kom in die domein van die kulturele erfenisreg na vore - uitdagings wat veral in konflikgeteisterde lande in Afrika bestaan. Volgens Chirikure, vereis dit ewewigtige belange-integrering sonder diskriminasie: "There are many stakeholders in heritage conservation, and their interests must be balanced without privileging one group over another. Thus, there is need for compromises that allow controlled development to co-exist alongside heritage protection."⁸¹ Die bevordering van die publieke belang behoort in dié verband die hoogste doelwit van nasionale regsisteme te wees - 'n transponering van die kultuurerfeniswaardes in regsinstrumente wat uitdrukking aan die fundamentele waardes van kultuurgemeenskappe gee:

In so far as societies frame their values in law, such acceptance will be found in legal enactments that, in turn, identify actors and their roles in the interests of the public good. Judgments of cultural values are rooted in epistemology, aesthetics, memory and sentiment. ... The progressive elaboration of conservation principles can be seen as an ongoing attempt to articulate more precisely values that are achieving greater depth and subtlety of expression while maintaining cross-cultural relevance.⁸²

79 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 8(4).

80 Van Eikema Hommes 1972a:488.

81 Chirikure 2013:1.

82 Stanley-Price & King 2009:96.

Die profiel van regspluriformiteit wat met die oog op die bevordering van die publieke belang op die voorgrond staan, verhoed dat die publieke belang as verteenwoordigend van slegs enkele kultuursubjekte beskou kan word - 'n aspek wat deur Ndoro by die harmonisering en integrering van uiteenlopende kultuurerfenisregtelike belange met die oog op die bevordering van die publieke belang in geval van 'n enkele monument, soos die Groot Zimbabwe-akropolis, voorop behoort te staan:

It is necessary to understand the needs of this heterogeneous public. ... Each of these groups may hold changeable and potentially conflicting attitudes to the monument ... Their interests have to be catered for. These are prior to change in response to fluctuations in the ideological environment. The history of Great Zimbabwe might well illustrate this point.⁸³

Die juridiese verrekening van die uiteenlopende kultuurerfenisbelange met die oog op die publieke belang is, volgens Ndoro, 'n belangrike voorwaarde vir die voortbestaan van kultuurhistoriese artefakte: "In short, the general public must be informed about this heritage in which they are stakeholders ... they are the only way of ensuring that present and future generations play a part in managing their own heritage."⁸⁴ Die meeste state in Afrika gee blyke van komplekse profiele van pluriforme kultuurerfenisbelange en die noodsaak aan 'n genuanseerde benadering tot regspluralistiese belange-integrasie ten einde publieke geregtigheid te laat seëvier.⁸⁵ Veral die feit dat kultuurerfenis 'n hoë publieke belangstellingsprofiel vertoon, van groot emosionele en ekonomiese betekenis is en in noue verband met die verwesenliking van publieke geregtigheid staan, is 'n ewewigtige benadering tot kultuurerfenis van deurslaggewende belang in die publieke sfeer:

Culture can be viewed as a public good par excellence. Through culture, we can promote and strengthen principles and values such as freedom of expression, democracy, tolerance, social justice and mutual respect. Citizens' participation in cultural life improves social cohesion and community empowerment. The creative sector is a factor of inclusive and sustainable growth across the world, at national and regional levels. Cultural activities can also provide a livelihood to vulnerable, marginalized groups.⁸⁶

Die regulatiewe beginsel van die *salus publica* kan bygevolg slegs op grond van die erkenning van die struktuurverskeidenheid van gedifferensieerde samelewingsvorme en van die pluraliteit en prinsipiële gelykwaardigheid van regtens beskermingswaardige regsbelange tot sy reg kom.

Die verskeidenheid regsbelange wat in die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* ter sprake kom, stel besondere uitdagings aan die

83 Ndoro 2005:79.

84 Ndoro 2005:86.

85 Kyk Eboreime 2009:9 vir die kompleksiteit van die Nigeriese samelewing en Munjeri 2009:33 wat Mauritius betref.

86 UNESCO 2015:15.

publiekregtelike belange-behartiging op dié terrein. Dit is veral belangrik dat staatsorgane hulself sal weerhou van oormatige en onewewigtige ingrepe in die kulturele belange van nie-staatlike lewensterreine. Mumma beklemtoon dat “the legitimate rights of individuals should not be infringed unnecessarily”.⁸⁷ Hy voeg by dat, in gevalle waar die staat genoodsaak is om kulturele erfenisobjekte te onteien, “it may be necessary to provide a mechanism in the law for the payment of compensation to mitigate the loss of income or profits from a legitimate activity”.⁸⁸ Die klassieke formulering van die beginsel teen oormatige staatsingrepe op private regsterreine - soos gemeenregtelik in die Suid-Afrikaanse reg vereis - is in *Dadoo and Others v Krugersdorp Municipal Council*, by monde van hoofregter Innes, soos volg verwoord: “It is a wholesome rule of our law which requires a strict construction to be placed upon statutory provisions which interfere with elementary rights. And it should be applied not only in interpreting a doubtful phrase, but in ascertaining the intent of the law as a whole.”⁸⁹ Die ewemaat in die behartiging van die betrokke regsbelange word soms vanweë staatsingrepe oor die hoof gesien. Waarskynlik ’n uiterste negering van hierdie regsbeginself in die Suid-Afrikaanse regsgegeskiedenis is te vinde in die beslissing van *Gouws v Oranje-Vrystaatse Ongedierde Bestrydings- en Wildbeskermingsvereniging*,⁹⁰ waar beslis is dat die verpligting wat van staatsweë op ’n plaaseienaar geplaas word om lid van die betrokke vereniging te wees, om geldelik by te dra tot die vereniging, asook die bekleding van laasgenoemde met owerheidsgesag ingevolge waarvan, onder andere, vrye toegang tot ’n lid se grond verkry kan word en van hom verlang kan word om huisvesting, maaltye en hulp te voorsien, nie buite verhouding tot die bevordering van die publieke belang van bestryding van ongediertes staan nie.⁹¹ Op die terrein van die kulturele erfenisreg blyk dieselfde Hegeliaanse inslag vir sover die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* die staat bemaagtig om private eienaars te verplig om gedwonge restourasie van erfenisterreine te onderneem.⁹² Regter Davis se opmerkings oor die kommunitariese inslag van die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* ter effek dat ingevolge die huidige grondwetlike bedeling ’n groter klem op die verantwoordelikhede van grondeienaars teenoor die breë gemeenskap geplaas word, herinner aan die beperkende regstaat-model van Hegel en - in ekstreme vorm - die implikasies van die beslissing in *Gouws*.⁹³

Voorts behoort die ewewigtige verrekening van die relatiewe gewig van regsbelange by vervolging van oortreders ingevolge die wetgewing wat op

87 Mumma 2008:99.

88 Mumma 2008:99.

89 *Dadoo and Others v Krugersdorp Municipal Council* 1920 AD 530, op 552.

90 *Gouws v Oranje-Vrystaatse Ongedierde Bestrydings- en Wildbeskermingsvereniging* 1970 (1) SA 508 A.

91 Op 519 merk die hof selfs op dat dié wetgewing “aan sekere fasette van ’n vergange feodale sisteem” herinner.

92 *Wet op Kulturele Erfenishulpbronne*:art. 45(1).

93 *Qualidental Laboratories (Pty) Ltd v Heritage Western Cape and Another* 2007 (4) SA (C).

die behoud en instandhouding van - veral onroerende - kultuurerfenis van toepassing is, in aanmerking geneem te word. Die opportunitatsbeginsel in die strafprosesreg, ingevolge waarvan vervolging van oortreders noukeurig oorweeg moet word ten einde te verhoed dat nie meer skade aan gewigtige publieke belange veroorsaak word as wat versuim om te vervolg sou meebring nie, speel bygevolg 'n deurslaggewende rol by die ewewigtige harmonisering en integrering van regsbelange ter bevordering van die *salus publica*.⁹⁴ By oorweging van die moontlike vervolging van oortreders van die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* sal die kompetente erfenisowerheid dié beginsel in gedagte moet hou ten einde nie die publieke belang skade toe te bring wat uit onoordeelkundige vervolging spruit nie.

3.2.3 Die privaatregtelike beskikking oor en beskerming van kulturele erfenisobjekte

- Ekonomies-waardeerbare en nie-ekonomies-waardeerbare regsbelange

Die regsbelange waarvoor regsobjekte beskik, vertoon 'n pluriforme verskeidenheid wat ter bevordering van die publieke belang, ewewigtige en harmonieuse afweging behoef. Benewens publieke en private regsbelange kan ook onderskei word tussen regsbelange wat gemaklik in terme van die ekonomiese markwaarde van die onderliggende regsobjekte geïdentifiseer kan word, en regsbelange wat minder vatbaar vir waardering in terme van finansiële aanbod- en aanvraagnorme is. Die tradisionele onderskeid in dié verband het van subjektiewe en objektiewe regsbelange gewag gemaak. Volgens Van Eikema Hommes,⁹⁵ geniet regsbelange wat onverbreeklik met die menslike persoonlikheid en die regsobjektiwiteit van persone verbonde is - byvoorbeeld vryheid, eer en liggaamlike integriteit - regsbeskerming sonder dat dit voorwerpe van subjektiewe regte vorm.⁹⁶ Onafhanklik van die menslike persoonlikheid beskik dit nie oor ekonomiese waarde wat in die handelsverkeer vir die bestaan van subjektiewe regte essensieel is nie.⁹⁷ Subjektiewe regsbelange betref dus die regsgoedere wat onverbreeklik met die regsobjektiwiteit van enkelinge en die erkenning van regspersoonlikheid van sosiale entiteite, vir sover dit juridies as eenheid optree, verbonde is.⁹⁸ Soos die subjektiewe regsbelange van naam, vryheid, eer, liggaamlike integriteit, afstammingsverhouding van ouers tot kinders, ensovoorts op die terrein van die burgerlike reg, kan subjektiewe regsbelange van die staatsgemeenskap as regspersoon onderskei word.⁹⁹ In die geval van objektiewe regsbelange staan die ekonomiese waarde van die betrokke regsobjek op die voorgrond. Sodanige regsobjekte beskik oor

94 Kyk Hazewinkel-Suringa 1956:339 vir die regsteoretiese grondslag en toepassing van dié beginsel.

95 Van Eikema Hommes 1972a:464.

96 Van Eikema Hommes 1972a:370, 464.

97 Van Eikema Hommes 1972a:464.

98 Van Eikema Hommes 1972a:464.

99 Van Eikema Hommes 1972a:464.

'n ekonomiese waarde wat markverwant is, in ekonomiese terme uitgedruk kan word en waarop die beginsel van ekonomies-waardeerbare aanbod en aanvraag van toepassing is. Op die gebied van die burgerlike privaatreë behoort die voorwerpe en saaklike en persoonlike regte, die voorwerpe van outeursreg en van regte van industriële eiendom (handelsnaam, merk, oktrooi, ensovoorts) tot sodanige objektiewe regsbelange, alhoewel sodanige regsobjekte van 'n nie-tasbare aard is.¹⁰⁰ Tereg wys Ross daarop dat die oorbeklemtoning van ekonomies-waardes aan kultuurerfenisse nie voldoende verrekening van nie-tasbare waardes bevat, dit die beswering van konflik oor bewaring van kultuurerfenisse dikwels belemmer, en verhoogde moontlikhede van inter-groepkonflik inhou.¹⁰¹ Die skrywer se pleidooi vir erkenning van kultuurerfenisse wat *res extra commercium* figureer, sou steeds in terme van die tradisionele onderskeid tussen subjektiewe en objektiewe regsbelange relevant wees. In gevalle van botsende waardebepalings oor kulturele erfenisobjekte of waar erfenisobjekte van uitnemende publieke waarde is, sou sodanige objekte as behorende tot die publieke domein gereken kon word. Dit diskwalifiseer nie regswaardes waarvoor sodanige erfenisobjekte beskik nie. Hoewel 'n waardevolle Van Wouw-beeld van die Boeregeneraal JH (Koos) de la Rey van groot publieke betekenis mag wees en steeds die eiendom van die regmatige eienaar kon bly, sou dit as synde *res extra commercium* nie vir pandgewing, verkoop of gee van sekuriteit vatbaar wees nie. In geval van botsende kulturele erfeniswaaardebepalings sou, byvoorbeeld, die vervalde strooihut van 'n tradisionele stamkaptein vir sy stamgenote oor sodanige piëteitswaarde beskik dat dit nie vir aftakeling met die oog op oprigting van 'n hospitaal op die terrein deur 'n vooraanstaande farmaseutiese maatskappy vatbaar is nie en as synde *res extra commercium* tot publieke bate verklaar kon word. Die beskerming wat hieruit sou voortvloei, onttrek spesifieke kulturele erfenisobjekte as *res extra commercium* van bepaalde saaklike en vorderingsregte soos besit, pandgewing en beskikking by wyse van ooreenkoms. Dit ontnem die betrokke regsobjekte nie hul ekonomiese waarde en beïnvloed nie hul status as regsobjekte nie. Met die oog op die publiekregtelike bestemming - om regsbelange-konflik te besweer of te verhoed dat kulturele erfenisobjekte van uitsonderlike publieke erfenisbelang na die buiteland uitgevoer word - sou die beperking op die beskikkingsreg binne die staatsgemeenskap met betrekking tot sodanige objekte regtens geoorloof wees. Ten spyte van die genoemde beperkings, sou dus wel saaklike regte van regsobjekte daarop gevestig kan word. Voorts beteken dit dat die staat benewens publieke eiendom ook oor burgerlike eiendom sou kon beskik. Die ontwikkeling van 'n kategorie kulturele erfenisobjekte *res extra commercium* sou derhalwe as ontwikkeling van die gemenerereg binne die konteks van die grondwet aandag kon geniet - 'n moontlikheid wat nie verder binne die bestek van hierdie artikel bespreek kan word nie.

100 Van Eikema Hommes 1972a:464.

101 Ross 2017:297-389.

Hoewel die tradisionele onderskeid tussen subjektiewe en objektiewe regsbelange tot 'n groot mate deur die grondwetlike beskerming van burgerlike en politieke vryhede vervaag, bied die erkenning van subjektiewe regsbelange minstens 'n riglyn waarvolgens regsbelange van 'n subjektiewe aard nie oor bewese ekonomiese waarde hoef te beskik ten einde vir regsbeskerming te kwalifiseer nie. Die effek van dié tradisionele onderskeid vir die kulturele erfenisreg kan soos volg toegelig word: Die artistiese begaafdheid van 'n skilder kan hoogstens as subjektiewe regsbelang beskerm word, terwyl sy prestasie ('n skildery) as regsobjek van 'n persoonlike reg fungeer. Soortgelyk bring die artistieke, wetenskaplike, literêre en tegniese kapasiteit van outeurs en uitvindere die voorwerpe (oftewel objekte) van regte voort. Die materieel geobjektiveerde geestesprodukt fungeer as objektiewe regsbelang, met name omdat dit in die regsverkeer oor 'n bepaalde waarde beskik. Dit doen egter nie af aan die feit dat ook subjektiewe regsbelange, eweseer as objektiewe regsbelange relatief skaars regsgoedere is, wat deur regsnorme beskerm en met regsbelange van andere in ewewig gebring word, sonder dat dit noodwendig ekonomies waardeerbaar is. Vir dié doel sou Van der Vyver en Joubert¹⁰² se omskrywing van 'n regsobjek aangewend kon word, naamlik dat dit iets is met waarde in die sin dat dit 'n juridiese behoefte van die mens bevredig en as sodanig die objek van 'n subjektiewe reg kan wees. Dié benadering het die pluspunt dat dit die moontlikheid van uitbreiding van die subjektiewe regsbegrip open om 'n verskeidenheid van immateriële en persoonlikheidsgoedere te onderskei wat nie noodwendig oor eksplisiete ekonomiese waarde beskik nie. Dié waardes onderliggend tot dié uitgebreide subjektiewe regsbegrip kan as aanknopingspunte ter erkenning van 'n verskeidenheid subjektiewe regte op die terrein van die kulturele erfenisreg dien.¹⁰³

- Burgerlik-privaatregtelike regsbelange

Die regte en vryhede van individue is belangrike toegangspoorte tot die beskikking oor en genieting van kulturele erfenisobjekte. Die beskerming van individue se fundamentele burgerlike vryhede stel sodanige individue in staat om oor die volle spektrum van samelewingsverhoudinge hul genots- en beskikkingsbevoegdhede oor kulturele erfenisobjekte uit te oefen: Persoonlike vryhede (byvoorbeeld, persoonlike geloofsvryheid); ekonomiese vryheid (om by wyse van koop en verkoop oor kulturele eiendom te beskik); sosiale vryheid (byvoorbeeld die reg op keuse van vriende); besitreg en beskikking oor eiendom is nie afhanklik van lidmaatskap van bepaalde samelewingsinstellings waarvan die individu 'n lid is nie, maar uit hoofde van die individu se hoedanigheid as mens.¹⁰⁴

Dit is veral op die terrein van burgerlike vryhede wat die Europese Hof vir Menseregte 'n daadwerklike bydrae lewer tot die omvattende juridiese bemagtiging van individue om hul kulturele erfenisregte uit te leef. In

102 Van der Vyver & Joubert 1980:11-12.

103 Vgl. Van der Vyver & Van Zyl 1972:176.

104 Van Zyl en Van der Vyver 1982:402.

die saak van *Sargsyan v Azerbaijan*¹⁰⁵ was die applikant se beswaar dat hy die reg van toegang tot sy eiendom en tuiste in 'n nedersetting naby Nagorno-Karabkh, 'n betwiste gebied tussen Armenië en Azerbaijan, ontnem is. By oorweging van art. 8 van die Europese Konvensie aanvaar die Hof dat die applikant se kulturele en godsdienslike bande met die grafte van oorlede aanverwante in Gulistan ook onder die begrip “private en familielewes” tuisgebring kan word. Voorts aanvaar die Hof dat dit 'n deurlopende aantasting van die applikant se regte onder art. 8 van die Konvensie meebring, vanweë die onmoontlikheid vir die applikant om toegang tot sy tuiste en sy aanverwante se grafte in Gulistan te verkry, dat die regering geen stappe geneem het om sy regte in dié verband uit te oefen of hom kompensasie verleen het vir die verlies aan genieting daarvan nie en gevolglik 'n deurlopende disproporsionele las op die applikant geplaas het.¹⁰⁶

Voorts het die Hof in verskeie beslissings met die reg van individue wat tot die sigeuner kultuur behoort, gehandel. Die vraag het ontstaan tot welke mate sigeuners die reg het om hul lewe in ooreenstemming met hul kulturele identiteit en tradisies te voer en dit as 'n beskermde reg op respek vir die private en familielewes teenoor derdes kan afdwing. In die saak van *Chapman v the United Kingdom*,¹⁰⁷ moes die Hof bepaal of die lewensstyl van sigeunerfamilies en die struikelblokke wat hulle ondervind om hul karavane op hul eie eiendom te parkeer regtens afdwingbaar is ingevolge die Europese Konvensie. Die Europese Hof vir Menseregte het, met toepassing van art. 8 van die Konvensie, beslis dat die reg op respek vir die private en gesinslewe en die reg op tuiste, die reg verleen op minderheidsidentiteit en die reg van die individu om sy/haar private en gesinslewe in ooreenstemming met dié tradisie te voer:

The Court considers that the applicant's occupation of her caravan is an integral part of her ethnic identity as a Gypsy, reflecting the long tradition of that minority of following a travelling lifestyle. This is the case even though, under the pressure of development and diverse policies or by their own choice, many Gypsies no longer live a wholly nomadic existence and increasingly settle for long periods in one place in order to facilitate, for example, the education of their children. Measures affecting the applicant's stationing of her caravan therefore have an impact going beyond the right to respect for her home. They also affect the ability to maintain her identity as a Gypsy to lead her private life in accordance with that tradition.¹⁰⁸

Behalwe vir enkele uitsonderings, soos Namibië, Suid-Afrika en Tanzanië, word eiendomsreg op antieke kulturele erfenisse en monumente na die staat of staatsagentskappe oorgedra. In Suid-Afrika en Tanzanië bly sodanige verklaarde objekte die eiendom van die betrokke individue of

105 *Sargsyan v Azerbaijan* [GC], no. 40167/06, ECHR 2015.

106 *Sargsyan v Azerbaijan*: paras 257, 260-261.

107 *Chapman v the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, ECHR 2001-1:par. 73.

108 *Chapman v the United Kingdom*:par. 73.

sosiale instellings.¹⁰⁹ Ingevolge die betrokke kulturele erfeniswetgewing, word riglyne verskaf oor die regulering van en beskikking oor sodanige eiendom wat van nasionale belang geag word. In die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* word “openbare monumente en gedenktekens” omskryf as alle monumente en gedenktekens wat opgerig is op grond wat behoort aan enige tak van die sentrale, provinsiale of plaaslike regering, of op grond wat behoort aan enige organisasie wat befonds word deur of ingestel is ingevolge die wetgewing van sodanige tak van die regering; of waarvoor betaal is deur openbare onderskrywing, regeringsfondse of ’n burgerlike of militêre organisasie, en wat op grond is wat aan ’n private individu behoort.¹¹⁰ Dit beteken dus dat die verklaring van ’n terrein tot nasionale gedenkwaardigheid nie noodwendig individue of burgerlike entiteite hul eiendomsreg op sodanige terreine of objekte ontnem nie. Ingevolge die betrokke wetgewing, kan die eienaars se regte met betrekking tot die benutting en ontwikkeling van sodanige terreine of objekte wat tot nasionale monumente verklaar is, egter beperk word.¹¹¹ Die positivering en toepassing van staatlike wetgewing, met betrekking tot die beskikking oor sodanige burgerlike eiendom, moet met groot omsigtigheid geskied. Nie alleen behoort die inperking van die betrokke eienaars se regte tot die minimum beperk te word nie, maar ondervinding leer dat eienaars van terreine en objekte sodanige eiendom verwaarloos - ’n tendens wat dikwels tot groter staatsingrepe lei:

Owning a national monument is not viewed with pride in some communities, particularly once it is declared to be a monument under existing law. In most of the countries therefore, the enactment of protective legislation makes cultural property Government property; the interest of Government equals adherence to national and international regulations whose formulation had no input from the local communities.¹¹²

Die gevolg is dat die teoorgestelde resultate as wat beoog word, soms bereik word deurdat die staat nie oor die nodige befondsing vir instandhouding daarvan beskik nie en sodanige terreine en objekte gevolglik verval. Alhoewel kulturele erfenisse in Suid-Afrika onder bepaalde voorwaardes deur die staat onteien kan word, het die *Wet* nie oordrag van eiendomsreg na die staat tot norm verhef nie. In Nigerië bepaal die *National Commissions for Museums and Monuments Decree* van 1979, byvoorbeeld, dat in geval waar ’n antiekwarese objek tot nasionale gedenkwaardigheid verklaar word, die eienaar geregtig is op vergoeding vir die waarde daarvan op datum van verklaring, waarna die betrokke privaat-eienaar alle aansprake, titel, reg en belang op sodanige voorwerp verloor. In geval waar private eienaars sodanige vergoeding

109 Ndoro & Kamamba 2008:37.

110 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 2.

111 Ndoro & Kamamba 2008:37.

112 Ndoro & Kamamba 2008:37.

betwis, word die aangeleentheid na 'n kompetente hof ter beslegting van die dispuut verwys.¹¹³

Ingevolge die Suid-Afrikaanse *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* is die kulturele erfenisregte waaroor individue en sosiale entiteite beskik, nie tot die ekonomiese waarde van regsobjekte beperk nie. Wat onroerende eiendom betref, geniet, byvoorbeeld, grafte van voorouers, koninklike grafte, grafte van slagoffers van konflik, historiese grafte as behorende tot die nasionale besit beskerming.¹¹⁴ Roerende voorwerpe wat by die nasionale besit ingesluit is, behels, byvoorbeeld, voorwerpe herwin uit die grond of waters van Suid-Afrika; voorwerpe waaraan mondelinge tradisies geheg word of wat met lewende erfenis geassosieer word; etnografiese kuns en voorwerpe; militêre voorwerpe; voorwerpe van sierkuns en skone kuns; voorwerpe van wetenskaplike of tegnologiese belang, en boeke rekords, dokumente, fotografiese positiewe en negatiewe, grafiese, film- of videomateriaal of klankopnames.¹¹⁵ Die omvang van voorwerpe wat ingevolge die kulturele erfenisreg beskermingswaardig geag word, noodsaak 'n wye benadering tot die bestaande kategorieë regsbelange wat, ingevolge die kulturele erfenisreg, beskerming behoeft. Die ontwikkeling van die elektroniese media het, byvoorbeeld, die vereiste van kultureel-hanteerbaarheid as voorwaarde vir die vestiging van beskikkingsbevoegdheid daadwerklik uitgeberei. Indien 'n historiese foto in elektroniese formaat kunstig geretoeseer word, sou die regmatige beskikker oor so 'n foto ook estetiese waarde tot die foto voeg wat dit vroeër nie gehad het nie. Voorts is genotsbevoegdhede nie alleen tot die ekonomiese waarde van objekte beperk nie. Indien 'n derde die beursie van my oorlede oupa, waaraan belangrike genealogiese waarde deur sy nasate geheg word, vernietig, sou ook die geobjektiveerde piëteitswaarde van die kulturele erfenisobjek ter sprake kom. Indien 'n grafskender onsensitiewe graffiti op die graftombe van 'n tradisionele leier van 'n Afrika-stam uitbeitel, sou die etiese piëteitswaarde van die tombe geskend word. Hoewel die ekonomiese waarde van 'n kultuurobjek minimaal mag wees, mag die godsdienstige piëteitswaarde, die estetiese genotswaarde of die etiese waarde wat 'n regsobjek aan die betrokke kultuurobjek verbind, sodanig wees dat die hof ook ander regswaardes daarvan sou moes bepaal. Die juridies-geobjektiveerde waarde is voorts van besondere belang met die oog op die gemeenskapsordenende effek daarvan. Die afwegings van die pluriformiteit van regsbelange wat ter sprake mag kom, kan slegs op basis van 'n regsplurale teoretiese benadering geskied wat al die betrokke regsbelange regstaatlik onderskei, harmoniseer, integreer en binne die konteks van die publiek-en privaatregtelike aard daarvan verreken.

- Nie-burgerlik-privaatregtelike regsbelange

Binne die sfeer van die nie-burgerlike privaatrege lewer nie-staatlike (private) instellings in die burgerlike lewe 'n belangrike bydrae tot die

113 Ndoro & Kamamba 2008:40.

114 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 2(g)(i)-(v).

115 *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne*:art. 3(2).

handhawing van die kulturele erfenisregte en vryhede. Dié regte behels die regte van groepe individue om samelewingsinstellings (byvoorbeeld, klubs, skole, sake-ondernemings of kerkgenootskappe) tot stand te bring, sowel as die vryheid (kompetensie) van die bestuursliggame van die betrokke instellings om die regsbelange wat binne hul kompetensiesfere lê na goeie dinge te reël. Vir sover dit hier gaan om die beskerming van die vrye bestaansruimte van nie-staatlike samelewingsinstellings, sou hierdie vryhede as samelewingsvryhede getipeer kon word. Die gemeente van die Grote Kerk in Kaapstad se reg om te beskik oor die waardevolle silwer Nagmaalservies van die gemeente en die Tweetoringkerk in Bloemfontein se kompetensie om 'n replika van die oorspronklike preekstoel in die kerk te installeer, berus in die bevoegdheidsfeer van die betrokke gemeentes. Tot dieselfde mate beskik die historiese vuurwapenvereniging te Onze Rust in Bloemfontein oor die vryheid van nabootsing van historiese veldslae uit die Eerste en Tweede Vryheidsoorloë van die Boererepublieke en om die belange van eenaars van historiese vuurwapens in dié verband te bevorder. Die profiel van beskikkers oor kulturele erfenisobjekte in Suid-Afrika is nie tot die staat as sodanig beperk nie. 'n Beduidende hoeveelheid kulturele erfeniseiendom behoort aan universiteite en ander sosiale entiteite. Die universiteite van Pretoria en die Witwatersrand beskik, byvoorbeeld, oor groot kulturele erfenisversamelings. Mapungubwe, 'n terrein wat Zimbabwe-boukuns en artefakte bevat, is onder beheer van die Departement Argeologie van die Universiteit van Pretoria. Thulamela, 'n ander Zimbabwe-boukunssterrein, is onder bestuur van die Kruger Wildtuin en talle kulturele erfenisterreine is in private besit, welke besittingsregte deur die *Grondwet* beskerm word.¹¹⁶ Nie-staatsentiteite wat oor kulturele erfenisobjekte beskik, se eiendomsreg word, ingevolge die Suid-Afrikaanse *Grondwet*, erken en beskerm.

Die Europese Hof vir Menseregte het die regte waarvoor sosiale kollektiwiteite ter beskerming van hul kulturele erfenis beskik, gehandhaaf. In die saak van *Catholic Archdiocese of Alba Iulia v Romania* was die reg op toegang tot regsobjekte se kulturele erfenis en die staat se versuim - ten spyte van 'n regeringsbesluit 14 jaar vantevore - om 'n biblioteek en museum van groot historiese en kultuurbelang aan 'n vorige eenaar, naamlik 'n Katolieke godsdienstige gemeenskap terug te gee, in dispuut. By die toepassing van art. 1 van Protokol 1, beklemtoon die Hof die staat se volgehoue versuim om op te tree en die onsekerheid waarin die applikant vir 14 jaar met betrekking tot die regstatus van die eiendom verkeer het. Die versuim van die staat is deur die Hof des te meer onredelik beskou in die lig van die kulturele en historiese belang van die kulturele erfenis ter sprake.¹¹⁷

Die hegte vervlegting van burgerlik-privaatregtelike en nie-burgerlik-privaatregtelike beskermingsmeganismes van kulturele erfenisreg blyk uit arts 30 en 31 van die Suid-Afrikaanse *Grondwet*.¹¹⁸ Ingevolge art. 30 (die regte

116 Mahachi & Kamuhangire 2008:49.

117 *Catholic Archdiocese of Alba Iulia v Romania* No. 33003/03, 25 September 2012.

118 *Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* 108/1996.

op taal en kultuur) beskik alle regssubjekte oor die reg om die taal en aan die kulturele lewe van hul keuse deel te neem, mits die uitoefening van dié regte nie in stryd met enige bepaling van die *Handves van Regte* in Hoofstuk 2 handel nie. Ingevolge art. 31 (die regte van kulturele, godsdienstige en taalgemeenskappe), mag persone wat tot kulturele, godsdienstige of taalgemeenskappe nie die reg ontsê word om, tesame met ander lede van daardie gemeenskap, hul kultuur uit te leef en hul taal te gebruik nie; en om kultuur-, godsdienstige en taalassosiasies en ander organe van die burgerlike samelewing te vorm, daarby aan te sluit en in stand te hou nie. Saamgelees met art. 235 van die *Grondwet*, die werksaamhede van, byvoorbeeld, die Volkstaatraad (voor ontbinding daarvan), die groeiende internasionale begaandheid oor die lot van onbemaagtigde etniese en kultuurgroepe, die oogmerk in die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* om die burgerlike samelewing te bemaagtig om hul erfenishulpbronne te koester en die lang titel van die *Wet* wat lui dat die *Wet* daarop gemik is om die goeie bestuur van die nasionale besit te bevorder, en om gemeenskappe in staat te stel en hulle aan te moedig om hul erfenis te koester en te bewaar “sodat dit aan toekomstige geslagte nagelaat kan word”, is dit belangrik om die regstatus van die betrokke gemeenskappe wat ter sprake is, te bepaal. Met die oog op die wêreldwye belangstelling en sensitiwiteit oor kulturele en godsdienstige minderheidsbeskerming, is beide dié artikels van belang met die oog op die wye spektrum van minderheidsbelange wat die Suid-Afrikaanse samelewing kenmerk. Die vraag is egter welke sosiale entiteite in die regsorde op selfstandige vryheidsfere aanspraak kan maak en welke sosiale entiteite nie vir selfstandige regsbeskerming kwalifiseer nie. Lerner se waarskuwing dat nie enige sosiale entiteit op beskerming van eiestandige vryheidsbeskerming aanspraak kan maak nie behoort by beantwoording van dié vraag ter harte geneem te word, naamlik “(n)ot every conglomerate, reunion, or association of persons, even if it is permanent and responds to an evident public interest, constitutes a group”.¹¹⁹ Met die oog op regs-sosiologiese onderskeidings wat met die pluriforme aard van regsbelange in die samelewing korreleer, behoort onder andere tussen maatskaps-, gemeenskaps- en verbandsfunksies in die samelewing rekening gehou te word. ’n Uitgebreide sisteem van regs-sosiologiese onderskeidings en belange wat daarmee verband hou, is deur die Nederlandse juriste Dooyeweerd en Van Eikema Hommes ontwikkel.

Op filosofiese basis onderskei Dooyeweerd sosiale kategorieë wat die transendentale gesigspunte behels van waaruit die wysgerige sosiologie tot die eerste algemene onderskeidings en indelings van die menslike samelewingsverhoudings kan kom.¹²⁰ Vervolgens onderskei hy die volgende sosiale kategorieë: maatskaps- en gemeenskapsbetrekkings; natuurlike en georganiseerde gemeenskappe; gedifferensieerde en ongedifferensieerde samelewingsverhoudings; institutêre en nie-institutêre gemeenskappe, en sosiale vervlegting in die sosiale ontstaans- en bestaansvorme. Op dié basis definieer Van Eikema Hommes die sosiale kategorieë wat vir

119 Lerner 2011:833.

120 Dooyeweerd 1969 III:176, 565.

regssosiologiese doeleindes relevant is. Die belangrikste beginsels, met die oog op die onderskeidinge wat die erfenisreg relevant is, betref dié van maatskaps- en gemeenskapsverhoudinge, en natuurlike en georganiseerde gemeenskappe.¹²¹ Maatskapsverhoudinge is inter-individuele of inter-gemeenskapsverhoudinge, waarin enkelinge en gemeenskappe gekoördineerd naas en teenoor mekaar te staan kom, sonder dat dit tot 'n enkele sosiale eenheid verbonde is.¹²² Gemeenskapsverhoudinge daarenteen is min of meer duursame samelewingsverhoudinge, waarin die lede tot 'n interne sosiale eenheid verbind is, ongeag die intensiteit van die gemeenskapsband wat hulle saamsnoer. Dit is 'n kenmerk van gemeenskapsverhoudinge dat dit meestal verhoudinge van gesag en onderskikkingsverhoudinge vertoon en dat die betrokke gemeenskap voortbestaan ongeag die wisseling van die lede daarvan.¹²³ Maatskaps- en gemeenskapsverhoudinge is korrelaat: die huweliksgemeenskap is korrelaat met die maatskapsrelasies op grond waarvan die huweliksgemeenskap tot stand kom; die staatsgemeenskap is korrelaat met die maatskapsverkeer tussen die state en ander volkeregtelike subjekte (internasionale betrekkinge); die staatsgemeenskap is korrelaat met die burgerlike regsverkeer (maatskapsbetrekkinge), waaraan die owerheid as privaat-persoon deelneem, ensovoorts.¹²⁴ Die sosiale kategorieë van maatskaps- en gemeenskapsverhoudinge lê ten grondslag aan twee kategorieë van regsfeere, naamlik maatskapsreg en gemeenskapsreg. Maatskapsreg is inter-individuele reg of inter-gemeenskapsreg, waarin regssubjekte op voet van gelykheid gekoördineerd, naas en teenoor mekaar te staan kom. Daartoe behoort onder andere die volkereg as inter-staatlike reg, die burgerlike privaatreg, die interne kontraktereg en die reg van gebruike en gebruiklike bedinge. Gemeenskapsreg daarenteen is die interne reg van gemeenskapsverhoudinge, waarin die regssubjekte tot 'n hoër juridiese eenheid verbind is. Hiertoe behoort, onder andere, die interne publiekreg van die staat, die interne bedryfsreg, die interne kerkreg, ensovoorts. Voorts is maatskaps- en gemeenskapsreg gelykwaardig en korrelaat: die burgerlike privaatreg (maatskapsreg) is korrelaat met die staatlike publiekreg (gemeenskapsreg), omdat dit in wetgewing en regspraak tot stand kom wat publiekregtelik georganiseerd is.¹²⁵ Op grond van dié onderskeidinge kom Dooyeweerd tot die slotsom dat volkere nie as verbande of gemeenskappe kwalifiseer nie omdat dit nie oor 'n sentrale gesagsorganisasie beskik nie, hoewel dit mag voortbestaan ongeag die wisseling van die lede daarvan.¹²⁶ Niks verhoed egter etniese groepe om hul regsbelange deur regspersone wat kompetent is om oor kulturele erfenisbates te beskik, te beskerm nie.

Ingevolge art. 3(3)(g) en (h) van die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* word 'n plek of voorwerp as deel van die nasionale besit beskou indien

121 Van Eikema Hommes 1975:24.

122 Van Eikema Hommes 1975:24.

123 Van Eikema Hommes 1972a:325-328, 407-410.

124 Van Eikema Hommes 1975:25.

125 Van Eikema Hommes 1975:27.

126 Vir 'n analoë standpunt kyk na Du Plessis 1985:93; 1987:133-134.

dit kulturele betekenis of ander spesiale waarde het omrede dit, onder andere, vanweë maatskaplike, kulturele of geestelike redes, 'n sterk of spesiale assosiasie met 'n bepaalde gemeenskap of kultuurgroep het, of die sterk of spesiale assosiasie daarvan met die lewe of werk van 'n persoon, groep of organisasie van belang in die geskiedenis van Suid-Afrika. Vir regsdoeleindes behoort die verskeidenheid maatskaps- en gemeenskapstrukture wat aan die regsverkeer deelneem, ingesluit te word. Die gemeenskappe sou bestaan uit die sosiale entiteite wat voortbestaan ongeag die wisseling van die lede daarvan, en meestal ook daardie kringe wat oor 'n sentrale gesagstruktuur beskik. In effek sou dit egter beteken dat kultuur-etniese entiteite wel as regsobjekte in die regsverkeer deelneem deur middel van die betrokke kultuur- en/of gemeenskapsorganisasies wat oor regspersoonlikheid beskik, wat die belange daarvan behartig en oor die erfenisobjekte wat in arts 30 en 31 van die *Grondwet* ter sprake is, beskik. Die doelwitte wat deur arts 30 en 31 van die *Grondwet* nagestreef word, saamgelees met die lang titel, die aanhef en art. 3 van die *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* sou ook as staatsdoelwitte getipeer kon word wat, hoewel dit nie-afdwingbare regte deur etniese gemeenskappe teen die staat verleen nie, wel staatsdoelwitte daarstel wat binne die konteks van estetiese, historiese en kulturele welvaartskepping as objektiveerbare regsbelange ontwikkel sou kon word. Voorts sou die juridiese bemagtiging van gemeenskappe betrokke by die bestuur van erfenishulpbronne ingevolge art. 5(2)(a) slegs moontlik wees indien sodanige gemeenskappe oor 'n sentrale gesagstruktuur beskik en voortbestaan ongeag die wisseling van die lede daarvan.

4. Gevolgtrekking

Die komplekse konfigurasie van kulturele erfenisbelange wat in regswaardes getransponeer word, geniet toenemende aandag deur regsakademië in die internasionale diskoers oor erfenisbeskerming van sleutelitems van kulturele betekenis. Kulturele erfenis-studies lê toenemende klem op regspluralistiese benaderings ter harmonisering en integrasie van die diversiteit van kulturele erfenisbelange wat in die internasionale verkeer en nasionale jurisdiksies ter sprake kom. Die regssosiologiese pluriformiteit van kulturele erfenisbeskerming sou nie met die klassiek-reduksionistiese paradigmas van individualistiese of universalistiese regsbelangevertolking versoen kon word nie. Selfs die Rawls-gebaseerde teoretiese paradigma wat Finsham met die oog op kulturele erfenisbeskerming aanlê, verdiskonteer nie die komplekse belangeprofile wat in dié verband ter sprake mag wees nie. Die Haagse Konvensie van 1954 was 'n pionierinisiatief om waardevolle kulturele erfenisobjekte in konflikgeteisterde lande te beskerm. Die noodsaak aan sodanige beskerming het sedertdien ook in kultuur-etniese-pluriforme sosiale sisteme in Afrika prominent op die voorgrond getree. Staatlike gebrek aan kapasiteit om voldoende beskerming aan kulturele erfenisobjekte te bied, die kulturele diversiteit in meeste Afrikalande en uiteenlopende waardebepalings van kulturele erfenisobjekte onderstreep die tendens tot regssosiologies-pluriforme

paradigmas in Afrika-jurisdiksies; dit plaas die regspluralistiese aard van kulturele erfenisvraagstukke op die voorgrond en verreen die behoefte aan beskerming van kulturele erfenisobjekte in besit van sowel individue as sosiale entiteite in Afrika-samelewings. Finsham se Rawls-gebaseerde kultuurerfenisregtelike model van sosiale geregtigheid word - ten spyte van die lofwaardige oogmerk daarvan ter verwesenliking van publieke geregtigheid in die sfeer van die kulturele erfenisreg - in die lig van die regssosiologies-pluriforme verdiskontering van kulturele erfenisbelange as onvoldoende ter implementering van die Suid-Afrikaanse *Wet op Nasionale Erfenishulpbronne* 25 van 1999 uitgewys. Ten slotte word op die rol van tradisionele regsonderskeidings ter beskrywing van ekonomies en nie-ekonomies waardeerbare kulturele erfenisobjekte gewys en die rol van gemeenregtelike regsfigure soos *res extra commercium* geïdentifiseer ter ewewigtige harmonisering en integrering van regspluriforme kultuurerfenisbelange in die Suid-Afrikaanse reg, ten einde publieke geregtigheid op die mees inklusiewe wyse te bewerkstellig.

Bibliografie

CHIRIKURE S

2013. Heritage conservation in Africa: The good, the bad, and the challenges. *South African Journal of Science* 109(12) 1-3.

DOOYEWEERD H

1963. *Vernieuwing en bezinning*. Zutphen: J.B. van den Brink & Kie.

1969. *A new critique of theoretical thought*. Vols. I-IV. Philadelphia, PA: Presbyterian and Reformed Publishing Co.

2012. *The struggle for a Christian politics*. Grand Rapids, MI: Paideia Press.

DWORKIN R

1977. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

DU PLESSIS LM

1985. Law, race and ethnicity in a plural society. *Tydskrif vir Regswetenskap* 10(1):89-93.

1987. 'n Regsteoreties-regspolitiese peiling van die menseregtehandvesdebat in Suid-Afrika. *Tydskrif vir Regswetenskap* 12(2):124-144.

EBOREIME J

2009. Nigeria's customary laws and practices in the protection of cultural heritage with special reference to the Benin Kingdom. In W Ndoro & G Pwiti (eds.) 2009:9-12.

FINSHAM D

2012. Justice and the cultural heritage movement: Using environmental justice to appraise art and antiquities disputes. *Virginia Journal of Social Policy and the Law* 20(1):43-95.

GERSTENBLITH P

2016. The destruction of cultural heritage: A crime against property or a crime against people? *John Marshall Review of Intellectual Property Law* 15:336-393.

HABERMAS J

2001. *The postcolonial constellation, political essays*. Cambridge, MA: Polity Press.

HAZEWINKEL-SURINGA D

1956. *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*. 2^{de} uitg. Haarlem: H.D. Tjeenk Willink.

HEGEL GWF

1955. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. 4^{de} uitg. Hamburg: J. Hoffmeister.

1956. *Philosophy of history*. New York: Dover Publications.

LARENZ K

1975. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlyn/Heidelberg: Springer-Verlag.

LERNER N

2011. Group rights and legal pluralism. *Emory International Law Review* 25:829-851.

MACDONALD JR

1942. *Wat ek in Suid-Afrika gesien het, September en Oktober 1902*. Vertaal deur J.A. Coetzee. Johannesburg/Pretoria: Voortrekkerpers.

MAHACHI G & KAMUHANGIRE E

2008. Administrative arrangements for heritage resources management in sub-Saharan Africa. In W Ndoro, A Mumma & G Abungu (eds.) 2008:43-52.

MEKKES JPA

1940. *Proeve eener critische beschouwing van de ontwikkeling der humanistische rechtsstaattheorieën*. Utrecht/Rotterdam: Libertas-Drukkerijen.

MINISTRY OF EDUCATION, CULTURE AND SCIENCE OF THE NETHERLANDS

2012. *From astronomy to Zanzibar. 10 years of Dutch support to world heritage*. Paris: UNESCO.

MUMMA A

2008. Framework for legislation on immovable cultural heritage in Africa. In W Ndoro, A Mumma & G Abungu (eds.) 2008:97-107.

MUNJERI D

2009. The National Heritage Trust Draft Amendment Bill 2002 of the Republic of Mauritius. In W Ndoro & G Pwiti (eds.) 2009:33-35.

NDORO W

2005. *The preservation of Great Zimbabwe*. ICCROM Conservation Studies 4. San Michele: International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property.

NDORO W & KAMAMBA D

2008. The ranking of heritage resources. In W Ndoro, A Mumma & G Abungu (eds.) 2008:37-42.

NDORO W & PWITI G (EDS.)

2009. *Legal frameworks for the protection of immovable cultural heritage in Africa*. Paris: ICCROM

NDORO W, MUMMA A & ABANGU G (EDS.)

2008. *Cultural heritage and the law. Protecting immovable cultural heritage in English-speaking countries of sub-Saharan Africa*. ICCROM Conservation Studies 8. Rome: ICCROM International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property.

RAATH AWG

2017. Wysgerige kanttekeninge by HJ van Eikema Hommes se regsbeginself-teorie. *Journal for Christian Scholarship* 42(1):59-90.

RAATH AWG & STRYDOM H

1999. The Hague Conventions and the Anglo-Boer War. *South African Yearbook of International Law* 24:149-165.

RAWLS J

1971. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University Press.

1978. *A theory of justice*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

1996. *Political liberalism*. Revised ed. Cambridge: Harvard University Press.

2001. *Collected papers*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

ROSS SG

2017. *Res extra commercium* and the barriers faced when seeking the repatriation and return of potent cultural objects. *American Indian Law Journal* 4(2):297-389.

ROUSSEAU J-J

1982. *The social contract*. Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books.

SMART M

2016. An issue of monumental proportions. The necessary changes to be made before international cultural heritage laws will protect immovable cultural property. *Chicago-Kent Law Review* 91(2):759-802.

STANLEY-PRICE N & KING J

2009. *Conserving the authentic: Essays in honour of Jukka Jokilehto*. Rome: ICCROM International Centre for the Study of the Preservation and Restoration of Cultural Property.

STOKER HG

1949. *Progressiewe Calvinisme en die huidige wêreldtoestand*. Stellenbosch: Stellenboschse Drukkery.

1970. *Die aard en die rol van die reg - 'n wysgerige besinning*. Publikasiereeks van die Randse Afrikaanse Universiteit A 36. Johannesburg: Randse Afrikaanse Universiteit.

UNESCO

2015. *Re: Shaping cultural policies. A decade promoting the diversity of cultural expressions for development*. Paris: UNESCO.

VAN DER VYVER JD & JOUBERT DJ

1980. *Persone- en familiereg*. Kaapstad: Juta.

VAN DER VYVER JD & VAN ZYL FJ

1972. *Inleiding tot die regs wetenskap*. Durban: Butterworths.

VAN EIKEMA HOMMES HJ

1972a. *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*. Deventer: Kluwer.

1972b. *Hoofdlijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie*. Deventer: Kluwer.

1975. *Hoofdlijnen der rechtssociologie en de materiële indelingen van publiek- en privaatrecht*. Zwolle: WEJ Tjeenk Willink.

1979. *Major trends in the history of legal philosophy*. Amsterdam: North-Holland Publishing Co.

VAN ZYL FJ & VAN DER VYVER JD

1982. *Inleiding tot die regs wetenskap*. 2^{de} uitg. Durban: Butterworths.

WORLD BANK

2006. *Strategic overview report*. Paris: World Bank.