

**'N REGSHISTORIESE ONDERSOEK NA DIE JURIDIESE  
AARD  
EN ORDENING VAN BEGRAAFPLASE IN DIE  
SUID-AFRIKAANSE REG**

**DEUR**

**NEVILLE CLOETE**

GLORIA DEO

**'N REGSHISTORIESE ONDERSOEK NA DIE JURIDIESE AARD  
EN ORDENING VAN BEGRAAFPLASE IN DIE  
SUID-AFRIKAANSE REG**

**PROEFSKRIF INGEDIEN TER VERVULLING VAN DIE  
VEREISTES VIR DIE GRAAD VAN**

**DOCTOR PHILOSOPHIAE**

**IN DIE DEPARTEMENT PRIVAATREG IN DIE FAKULTEIT  
VAN REGSGELEERDHEID VAN DIE UNIVERSITEIT VAN  
DIE VRYSTAAT**

**DEUR**

**NEVILLE CLOETE**

**PROMOTOR : DR NJB CLAASSEN**

**JANUARIE 2016**

## DECLARATION

I, the undersigned, NEVILLE CLOETE declare that the Doctoral Degree research thesis that I herewith submit for the degree of Doctor Philosophiae at the University of the Free State is my independent work and that I have not previously submitted it for a qualification at another institution of higher education.

I, NEVILLE CLOETE hereby declare that I am aware that the copyright is vested in the University of the Free State.

I, NEVILLE CLOETE hereby declare that all royalties as regards intellectual property that was developed during the course of and/or in connection with the study at the University of the Free State, will accrue to the University.

SIGNED AT BLOEMFONTEIN ON 5 FEBRUARY 2016

---

NEVILLE CLOETE

## SUMMARY

In Roman law things like burial grounds or tombs were classified as *res nullius* or things that belong to nobody. These things were not susceptible to human ownership and were also known as *res divini iuris* or things subject to divine law. They were also referred to as *res religiosae* as opposed to *res profanae* or profane things since they were endowed with special religious significance. These attributes *res religiosae* shared with the human body as such which was regarded as an object that was incapable of being owned or subjected to legal and commercial transactions. They were *res extra commercium*. *Res religiosae* were also exempt from the ordinary principles and rules of private law and were governed by the *ius sacrum* or sacred law, which formed part of the *ius publicum* or public law.

Under influence of the Protestant Reformation the Roman-Dutch jurists of the sixteenth century and thereafter introduced a partial secularisation into the law relating to burial places and tombs. Some wrote that the classification of these places as *res religiosae* had fallen into desuetude and that in Roman-Dutch law all things are susceptible to human ownership, and liable to legal and commercial transactions. Nevertheless they were virtually unanimous in maintaining that despite this relative secularisation respect and reverence had to be shown to the human body and the human tomb or burial place on the ground of the scripturally based beliefs and doctrines of the resurrection of the glorified human body and eternal life.

In the early South African case of *Cape Town and District Waterworks v Executor of Elders*<sup>1</sup> the court held that the Roman classification of things as *res religiosae* had fallen into disuse, that these things were fully susceptible to ownership and that they could be subjected to legal and commercial transactions. Nothing was said about basic human respect for the human body and its final resting place except that the continued existence of the crime of *violatio sepulchri* or violation of a tomb was recognised.

---

<sup>1</sup> 1890 8 SC 9.

The court reached this conclusion as a result of a controversial and wrong reading and interpretation of the Roman-Dutch sources. Groenewegen and Van Leeuwen were pitted against Voet, found to have better reflected the contemporary law of their times, and authoritatively applied. Voet on the other hand was held not to have expressed himself on his contemporary law but rather on Roman law and on that basis rejected.

Groenewegen and Van Leeuwen were found by the court to have stated without any doubt that the Roman classification of things as *res religiosas* had fallen into disuse, and that graveyards and other burial places were fully susceptible of ownership and commercial transactions.

In this study it is argued that the court strayed and that Groenewegen and Van Leeuwen's writings never justified such an absolutistic secularisation of the law relating to burial places. When the said two jurists attributed full susceptibility to ownership and commercial transactions to *res religiosas* they only had the so-called *ius sepulchri* or the right to bury a body in a particular tomb in mind and not the tomb or place of burial as such.

This absolutized secularisation of landownership caused hardship for certain categories of persons such as lessees in terms of a long lease or occupiers of rural and farm land. Land owners were loath to grant burial rights since they believed that the granting of such rights was tantamount to the granting of a servitude over their land with long term consequences and implications. A conservative judiciary endorsed such absolutized ownership of landowners with the result that occupiers could not freely practise their religious and cultural beliefs in regard to the burial places of their dead.

The Extension of Security of Tenure Act<sup>2</sup> of 1997 (ESTA) as amended by the Land Affairs General Amendment Act of 2001<sup>3</sup> brought some relief for occupiers of land since it accords statutory burial rights to them. These rights are original, constitutional and statutory by nature. They exist as rights in their own right independent of any consent from the landowner. They are regarded as original for it is the first time in South African legal history that burial rights are conferred without the consent of the landowner. They are therefore not to be seen as derivative rights derived from the landowner. These rights are also constitutional rights since they find their origin in the Constitution which grants a mandate to the state

---

<sup>2</sup> Act 62 of 1997.

<sup>3</sup> Act 51 of 2001.

for the reform of land ownership and for securing security of tenure for all persons. Lastly these rights are statutory by nature since they are embodied in and protected by the ESTA and the Land Affairs General Amendment Act<sup>4</sup> which give expression to the state's constitutional mandate relating to land reform.

Despite the obvious benefits brought about by the ESTA it has to be borne in mind that such benefits extend only to a relatively small category of persons, namely occupiers as defined in the ESTA itself. Persons such as long term lessees, *bona fide* possessors and others are excluded and it is therefore recommended that the legislature should widen the scope of the Act so as to ensure that a broader group of persons qualify for burial rights.

\*\*\*\*\*

---

<sup>4</sup> Act 51 of 2001.

## OPSOMMING

In die Romeinse reg is sake soos begraafplase en graftombes as *res nullius* of sake wat aan niemand behoort nie geklassifiseer. Hierdie sake was nie vatbaar vir menslike eiendomsreg nie en het ook bekend gestaan as *res divini iuris* of sake wat aan die goddelike reg onderworpe was. Omdat hierdie sake met 'n spesiale religieuse betekenis bekleed was, is ook daarna as *res religiosae* verwys om dit van *res profanae* of profane sake te onderskei.

*Res religiosae* het bogenoemde eienskappe gedeel met die menslike liggaam wat as sulks beskou is as 'n objek wat nie vatbaar vir menslike eiendomsreg was nie en wat ook nie aan handelstransaksies onderwerp kon word nie. *Res religiosae* was dus ook *res extra commercium* en het buite die regs- en handelsverkeer gestaan. Dit was vrygestel van die gewone privaatregtelike beginsels aangesien dit deur die *ius sacrum* oftewel sakrale reg wat deel van die *ius publicum* of publiekreg gevorm het, gereguleer is.

Onder invloed van die protestantse reformasie het die Romeins-Hollandse juriste van die sestende en daaropvolgende eeue 'n gedeeltelike of relatiewe sekularisering van die reg met betrekking tot begraving en begraafplekke voorgestaan. Sommige het geskryf dat die klassifisering van hierdie sake as *res religiosae* in onbruik verval het en dat alle sake volgens Romeins-Hollandse reg vir eiendomsreg en handelstransaksies vatbaar was. Desnieteenstaande was hierdie juriste egter bykans eenparig in hul siening dat ten spyte van die relatiewe sekularisering van *res religiosae* daar nog steeds eerbied en respek daaraan verskuldig was op grond van die Christelike geloof in die wederopstanding van die vlees en die ewige lewe.

In die vroeë Suid-Afrikaanse beslissing van *Cape Town and District Waterworks v Executors of Elders*<sup>5</sup> het die hof beslis dat die Romeinsregtelike klassifisering van sake as *res religiosae* in onbruik verval het, dat hierdie sake ten volle vatbaar was vir eiendomsreg en dat dit vrylik aan regs- en handelstransaksies onderwerp kon word. Byna niks is in dié beslissing aangaande die basiese eerbied vir die menslike liggaam en die finale rusplek daarvan vermeld nie behalwe dat die voortgesette bestaan van die misdaad grafskending of *violatio sepulchri* erken is.

---

<sup>5</sup> 1890 8 SC 9.

Die hof het hierdie regsposisie as gevolg van die verkeerde lees en uitleg van die Romeins-Hollandse bronne bereik. Groenewegen en Van Leeuwen is teenoor Voet opgestel en daar is bevind dat hulle die kontemporêre reg van hul tyd beter uiteengesit het en is hul menings dus as gesaghebbend toegepas. Aan die ander kant was die hof van mening dat Voet nie sy kontemporêre reg nie maar wel die Romeinse reg weergegee het en is sy standpunt verwerp.

Die hof het bevind dat Groenewegen en Van Leeuwen sonder enige twyfel die mening gehuldig het dat die Romeinse klassifisering van sake as *res religiosae* in onbruik verval het en dat grafte en begraafplase ten volle aan eiendomsreg en kooptransaksies onderwerp kon word.

Dit word in hierdie studie betoog dat die hof in hierdie opsig gedwaal het aangesien Groenewegen en Van Leeuwen se tekste glad nie so 'n absolute sekularisering van die reg met betrekking tot begraafplekke geregverdig het nie. Toe hierdie twee juriste skynbaar absolute vatbaarheid vir eiendomsreg en kooptransaksies aan hierdie sake toegesê het, het hulle slegs die sogenaamde *ius sepulchri*, oftewel die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke begraafplek te begrawe in gedagte gehad en nie die begraafplek as sulks nie.

Bogenoemde bykans algehele sekularisering van die eiendomsreg van grond deur die howe het tot ontbering onder sekere persone soos langtermynhuurders of okkupeerders van plaas- en ander landelike grond gelei. Grondeienaars was onwillig om begrawingsregte te verleen omdat hulle onder die indruk verkeer het dat dit op die toestaan van 'n serwituut oor hul grond sou neerkom, met drastiese langtermynimplikasies en -gevolge. 'n Konserwatiewe regterlike gesag het hierdie absolute eiendomsreg van grondeienaars geëndosseer met die gevolg dat die okkupeerders nie hul kulturele- en godsdiensoortuigings vrylik kon beoefen en uitleef nie.

Die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg van 1997<sup>6</sup> (Hierna genoem die Wet op Verblyfreg) soos gewysig deur die Algemene Wysigingswet op Grondsake van 2001<sup>7</sup> het tot 'n groot mate verligting aan okkupeerders gebring aangesien dit statutêre begrawingsregte aan hierdie persone toegestaan het. Hierdie regte is oorspronklik, grondwetlik en statutêr van aard. Dit bestaan in eie reg onafhanklik van die toestemming van 'n grondeenaar. Dit is oorspronklik aangesien dit die

---

<sup>6</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>7</sup> Wet 51 van 2001.



eerste keer in die Suid-Afrikaanse regsgeeskiedenis is dat regte van hierdie aard sonder die toestemming van die grondeienaar aan okkuperders verleen word. As sulks kan hier geen sprake van afgeleide regte wees nie aangesien die regte nie hul oorsprong in die toestemming van die grondeienaar vind nie. Hierdie regte is ook grondwetlik van aard aangesien hul oorsprong na die Grondwet, wat 'n mandaat tot grondhervorming en tot die uitbreiding van sekerheid van verblyfreg aan die staat verleen, teruggespoor kan word. Laastens is hierdie regte ook statutêr van aard aangesien dit ingelyf is by en beskerm word deur die Wet op Verblyfreg en die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>8</sup> wat in konkrete terme uitdrukking verleen aan die staat se grondwetlike mandaat tot grondhervorming.

Ten spyte van die ooglopende voordeel wat die Wet op Verblyfreg inhou moet dit egter in gedagte gehou word dat die bepalings daarin vervat hierdie voordeel slegs aan 'n klein kategorie van persone, naamlik okkuperders soos in die wet gedefinieer, toeken. Persone soos langtermynhuurders, *bona fide*-besitters en andere word nog steeds uitgesluit en word dit daarom aanbeveel dat die wetgewer weereens sal ingryp en die trefwydte van die wet verbreed sodat 'n breër groep persone vir begrawingsregte kwalifiseer.

\*\*\*\*\*

---

<sup>8</sup> Wet 51 van 2001.

## INHOUDSOPGAWE

Summary	i-iii
Opsomming	iv-vi

### BLADSY NR

<b>HOOFSTUK I</b>	<b>INLEIDING</b>	1
<b>HOOFSTUK II</b>	<b>ROMEINSE REG</b>	17
2.1	Inleiding en begripsbepaling	17
2.2	Vereistes vir skepping van 'n <i>res religiosa</i>	23
2.3	Verbode regs- en kommersiële handeling	33
2.4	Serwitute	38
2.5	Leerstuk van analoë gebruik	41
2.6	Grafskending	42
2.7	Verhindering van of inmenging met begraving	44
2.8	Opgraving	46
2.9	Reg, religie, openbare belang, en billikheid	47
2.10	Gevolgtrekking	49
<b>HOOFSTUK III</b>	<b>KANONIEKE REG</b>	51
3.1	Inleiding	51
3.2	<i>Corpus Iuris Canonici</i>	53
3.2.1	Papiensis	53
3.2.2	Hostiensis	55
3.2.3	Devotus	57
3.2.4	Many	59
3.3	<i>Codex Iuris Canonici</i> (1917)	60
3.3.1	Cocchus	60
3.3.2	Bouscaren en Ellis	62
3.4	<i>Codex Iuris Canonici</i> (1983)	62
3.5	<i>Ius Sepulchri</i>	63
3.6	Ontheiliging ( <i>Exsecratio</i> ) van begraafplase	65

3.7	<i>Profanatio coemeteriorum</i>	66
3.8	Verbode handelingte tov begraafplase	68
3.9	Gevolgtrekking	71
<b>HOOFSTUK IV</b>	<b>MIDDELEEUE</b>	73
4.1	Inleidend	73
4.2	Irnerius	73
4.3	Placentinus	75
4.4	Accursius	75
4.5	Turyense Glos	76
4.6	Baldus De Ubaldis	77
4.7	Azo	77
4.8	<i>Brachylogus Iuris Civilis</i>	78
4.9	<i>Lo Codi</i>	78
4.10	Faber	80
4.11	Gevolgtrekking	82
<b>HOOFSTUK V</b>	<b>HUMANISME</b>	83
5.1	Inleidend	83
5.2	Brissonius	83
5.3	Cuiacius	84
5.4	Mynsinger	86
5.5	Bachovius	86
5.6	Ritterhusius	87
5.7	Donellus	87
5.8	Freherus	90
5.9	A Faber	91
5.10	Gevolgtrekking	93
<b>HOOFSTUK VI</b>	<b>REFORMASIE</b>	95
6.1	Inleiding	95
6.2	Calvyn	98

6.3	Gevolgtrekking	100
<b>HOOFSTUK VII</b>	<b>NATUURREG OFTEWEL REDEREG</b>	102
7.1	Inleidend	102
7.2	Althusius	102
7.3	Thomasius	107
7.4	Gevolgtrekking	110
<b>HOOFSTUK VIII</b>	<b>IUS COMMUNE :USUS MODERNUS PANDECTARUM</b>	111
8.1	Inleidend	111
8.2	Sekularisering en verhandelbaarheid	112
8.2.1	Samuel Stryk	112
8.2.2	Justus Henning Bohmer	119
8.2.3	Marcus Aurelius Galvanus	119
8.2.4	Antonius Pichardus	120
8.2.5	Augustinus Leyser	120
8.2.6	George Adam Struvius	122
8.2.7	Wolfgang Adam Lauterbach	124
8.3.1	Muhlenbruch	125
8.3.2	Francisco Brolo	125
8.3.3	Everardus Otto	126
8.4	Privaatgrafte	126
8.5	Die sepulkrale regime en <i>division hereditatis</i>	128
8.6	<i>Ius sepulchri</i>	129
8.7	Geldelike begrawingsheffing	131
8.7.1	Struvius	131
8.7.2	Lauterbach	133
8.8	Gevolgtrekking	133
<b>HOOFSTUK IX</b>	<b>PANDEKTISME</b>	135
9.1	Inleidend	135
9.2	Carl Friedrich Sintenis	135

9.3	Bernardus Windscheid	139
9.4	Carolus Hofacker	139
9.5	J Emmanuel Goudsmit	140
9.6	Gevolgtrekking	141
<b>HOOFSTUK X</b>	<b>ROMEINS-HOLLANDSE REG</b>	142
10.1	Inleidend	142
10.2	Eiendomsreg en gebruik van religieuse sake	143
10.2.1	Johannes Voet	143
10.2.2	Hugo Grotius	144
10.2.3	Dionysius Gothofredus Van der Keessel	148
10.2.4	Simon Van Leeuwen	150
10.2.5	Arnoldus Vinnius	153
10.2.6	Ulrich Huber	154
10.2.7	Henricus Wevelinckhoven	155
10.2.8	Cornelius Vrolikhert	157
10.2.9	Immens	157
10.2.10	Petrus Opperdoes	158
10.2.11	Gerhardus Jacobus Van Cattenburgh	159
10.2.12	H Becius	159
10.2.13	Gerardus Noodt	159
10.2.14	J E Goudsmit	160
10.3	Vindisering van <i>Res Religiosae</i>	161
10.3.1	Petrus Gudelinus	162
10.3.2	Johannes Voet	163
10.3.3	Ulrich Huber	165
10.3.4	Phillip Le Heulle	167
10.3.5	Gerhardus Christopherus Kutemeier	168
10.3.6	Marcus Joannes Van Horbag	169
10.4	Leerstuk van analoë of soortgelyke gebruik	170
10.4.1	Antonius Perezius	170

10.4.2	Johan Van den Sande	170
10.4.3	Dionysius G Van der Keessel	171
10.5	Die sogenaamde sepulkrale regime	174
10.5.1	Simon Groenewegen	174
10.6	Verjaring	177
10.7	Gevolgtrekking	177
<b>HOOFSTUK XI</b>	<b>SUID AFRIKAANSE REG</b>	180
11.1	Inleidend	180
11.2	Die voor-grondwetlike fase of bedeling	182
11.2.1	<i>Cape Town and Districts Waterworks v Executors of Elders</i>	182
11.3	Die begrip eiendomsreg in die Romeins-Hollandse reg en die Suid-Afrikaansereg	202
11.3.1	<i>Rex v Spear</i>	209
11.3.2	<i>Dibley v Furter</i>	212
11.3.3	<i>Gillespie v Toplis</i>	219
11.4	Gillespie en die <i>actio de sepulchre violato</i>	230
11.5	Begraafplekke is sake <i>sui generis</i>	237
11.6	<i>Kruger v King Williams Town Municipality</i>	245
11.7	Statutêre Erkenning van die <i>Ius Sepilchri</i>	252
11.8	Deproklamasie van Begraafplase en die leerstuk van Analoë gebruik	258
11.9	Gevolgtrekking	259
<b>HOOFSTUK XII</b>	<b>DIE SUID AFRIKAANSE REG IN DIE NUWE GRONDWETLIKE BEDELING</b>	261
12.1	Inleiding: Die Grondwetlik bedeling en mandaat	261
12.1.1	<i>Serole v Pienaar</i>	263
12.1.2	<i>Buhrmann v Nkosi</i>	270
12.1.3	<i>Nkosi v Buhrmann</i>	278
12.2	Wetgewende ingryping en hervorming	279
12.3	<i>Nhlabathi v Fick</i>	281

12.4	<i>Dlamini and Another v Joosten and Others</i>	291
12.5	<i>Selomo v Doman</i>	293
12.6	Inheemse gewoontereg	295
12.7	Die Wet op Nasionale Erfenishulpbronne	302
21.8	Grondwetlike mandaat en balansering van eiendomsreg en begrawingsreg	304
12.9	Gevolgtrekking	310
<b>HOOFSTUK XIII</b>	<b>SLOT EN AANBEVELINGS</b>	<b>313</b>

**SAKEREGISTER**

**BIBLIOGRAFIE**

\*\*\*\*\*

# HOOFSTUK I

## INLEIDING

Soos die titel van hierdie studie aantoon, word ondersoek ingestel na die aard en ordening van begraafplase in die Suid-Afrikaanse reg. Die studie behels nie slegs die hedendaagse reg asof dit 'n uit rots gekapte gegewe is nie maar skenk ook deurtastende aandag aan die wisselvallige en by tye moeisame en gekompliseerde historiese ontwikkelingsgang wat hierdie reg voorafgegaan het.

Hiermee word nie bedoel dat alleenlik na die historiese oorsprong of ontstaansbron van die reg met betrekking tot begraafplase, hetsy dit nou die Romeinse-, Griekse- of Oud-Hebreeuse reg is, gekyk word nie. Die studie omvat ook 'n kennismaking met die historiese en eeue-lange ontwikkelingsgang en verloop van die reg met betrekking tot begraving in die algemeen maar meer spesifiek dan met betrekking tot begraafplase.

Soos dit gebruikelik is by die bestudering van die Suid-Afrikaanse reg vanuit 'n historiese perspektief neem die ondersoek 'n aanvang met die Romeinse reg, saam met die Romeins-Hollandse reg een van die twee steunpilare waarop die Suid-Afrikaanse reg grotendeels rus, en dus een van die ontstaans- en voedingsbronne van dié reg.

Die Romeinse reg soos aangeteken in die sogenaamde Justiniaanse Kodifikasie<sup>1</sup> dateer terug na 529 AD. Dit was en bly nog steeds die vernaamste kenbron van 'n groot, indien nie die grootste nie, gedeelte van die Suid-Afrikaanse reg. Hierdie regsbron was egter op sigself weer 'n weerspieëling van 'n millennium van ontwikkeling.

---

<sup>1</sup> Die *Corpus Iuris Civilis*.



As sodanig staan daarin opgeteken die belangrikste en oorgrote massa van regsbeginsels wat op begraafplase en graftombes betrekking het en wat na die resepsie daarvan in die Romeins-Hollandse reg aan die Suid-Afrikaanse reg oorgelewer is.

Wat die teks van die *Corpus Iuris Civilis* so waardevol maak vir doeleindes van hierdie studie is die feit dat die materiaal wat daarin saamgevat is die voor-Christelike sowel as die Christelike era van Romeinsregtelike ontwikkeling weerspieël.

Deur 'n proses van verkerstening van die voor-Christelike regsbeginsels wat op begrawing betrekking het, het die Romeinse juriste asook Romeinse keisers soos Justinianus, die opsteller van die *Corpus Iuris Civilis*, verseker dat geheel die Westerse wêreld, insluitende Suid-Afrika, met gemak daaruit kan put.

Die Justiniaanse wetboek is aan die Westerse regswêreld oorgelewer met die nie-amptelike status en aansien van 'n heilige wetboek,<sup>2</sup> en is die teks daarvan dan ook geredelik deur die Hollandse juriste vanaf die vyftiende eeu van die Christelike era omhels, gerespieer en aan die Suid-Afrikaanse reg oorgelewer.<sup>3</sup>

In 'n mate gelyklopend met die ontwikkeling van die Romeinse reg is die ontstaan en ewolusie van die Kanonieke reg, oftewel die reg van die Katolieke Kerk. Net soos dit die geval met die Romeinse reg was, is dit uiteindelik ook gekodifiseer in die vorm van die *Corpus Iuris Canonici* en ander meer moderne kerkregtelike kodes.<sup>4</sup>

Daar kan geen twyfel bestaan oor die waarde wat die Kanonieke reg vir hierdie studie inhou nie.<sup>5</sup> Om die waarheid te sê, was die onderwerp van begrawing van die menslike liggaam reg deur die geskiedenis van die

---

<sup>2</sup> Veen 2000: 56; Hfst 2 1 hieronder.

<sup>3</sup> Hfst 2 hieronder.

<sup>4</sup> Die 1917- en 1983 Kodes van Kanonieke reg.

<sup>5</sup> Van Zyl 1983a: 184.

Kanonieke reg as 'n inherent kerkregtelike aangeleentheid beskou.<sup>6</sup> Terwyl 'n begraafplaas in die Romeinse reg *res divini iuris*, oftewel 'n saak was wat onder goddelike beskerming gestaan het,<sup>7</sup> is dit in die Kanonieke reg as 'n heilige saak wat Kanoniekregtelike beskerming geniet het, beskou.<sup>8</sup> Die ordening van begraafplase was in beide regstelsels dus by uitstek 'n religieuse of kerkregtelike aangeleentheid. Om hierdie rede neem die onderhawige studie dus deeglik kennis van die vernaamste Kanoniekregtelike beginsels wat op begraafplase betrekking het.<sup>9</sup>

Om egter 'n gapende geskiedkundige breuk in die verloop van die studie te voorkom, word ook ondersoek ingestel na die uiters karige gegewens wat na Suid-Afrika oorgekom het via die Middeleeuse regs wetenskap en daarna die Protestantse Reformasie.<sup>10</sup>

Laasgenoemde is een van die belangrikste ontwikkelings wat daar in die lang geskiedkundige verloop van die begrawingsreg en reg met betrekking tot begraafplase voorgekom het, miskien slegs oorskadu deur die verchristeliking van die begrawingsreg deur Christelike Romeinse keisers soos Theodosius en Justinianus in die vyfde en sesde eeue.

Ondersoek word ingestel na die invloed wat veral die Calvinistiese Protestantisme op die bekendste Romeins-Hollandse juriste gehad het, insoverre dit die leer van die begrawingsreg deur laasgenoemdes betref.<sup>11</sup>

Dieselfde geld ten opsigte van die Duitse juriste van Gereformeerde tradisie, naamlik dié wat die sogenaamde *Usus Modernus Pandectarum*<sup>12</sup> en Pandektisme<sup>13</sup> gepraktiseer het. Hierdie juriste was bure en tot 'n hoë

---

<sup>6</sup> A Coronata 1939: Vol II 88 par 792; Many 1904: 225; Vermeersch en Creusden 1920: 1 2; Sien hfst 3 1 hieronder.

<sup>7</sup> Inst 2 1 9.

<sup>8</sup> Hfst 3 5 – 3 7 hieronder.

<sup>9</sup> Hfst 3 hieronder.

<sup>10</sup> Sien Hfste 4 en 6 onderskeidelik hieronder.

<sup>11</sup> Hfst 6 hieronder.

<sup>12</sup> Hfst 8 hieronder.

<sup>13</sup> Hfst 9 hieronder.

mate ook geesgenote van die Hollanders en is dit te verwagte dat hulle as sodanig ook 'n aansienlike invloed op laasgenoemde sou uitoefen.<sup>14</sup>

Dit moet beklemtoon word dat hierdie studie nie 'n dorre oefening in vergange gebeurtenisse, begrippe of beginsels is nie. Die historiese word onderneem ten einde lig te werp op die hedendaagse en is dit om hierdie rede dat die studie kulmineer in 'n diepgaande ondersoek na die Suid Afrikaanse reg.<sup>15</sup>

Hierby word ingesluit 'n beknopte oorsig van die Suid-Afrikaanse inheemse gewoontereg met betrekking tot begraafplase, 'n onderwerp wat van groot belang is in die godsdienstige en kulturele praktyke van 'n groot deel van die Suid-Afrikaanse bevolking. Die inheemse gewoontereg maak ook weer deel uit van 'n wyer Afrika-kulturele tradisie<sup>16</sup> en oor die jare is al kritiek uitgespreek teen die gebrekkige erkenning wat aan gewoontereg verleen word in die beregting van dispute wat met die begrawingsreg verband hou.<sup>17</sup>

Weens ruimtelike gebrek kan die aandag slegs op enkele aspekte van die inheemse begrawingsreg gevestig word en dan slegs ook insoverre dit verband hou met begraafplekke of begraafplase.<sup>18</sup> Daar word aangetoon dat ook hierdie verwaarloosde gebied van die inheemse gewoontereg tot 'n aansienlike mate tot sy reg gekom het met die koms van die Grondwet van 1996, wat die status van die gewoontereg gelyk stel aan dié van die gemenerereg.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Van Zyl 1983a: Voorwoord dui aan dat die *ius commune*, oftewel die Europese regswetenskap as grondslag vir die ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg gedien het. Van Zyl 1983a: 7 beklemtoon dat die belangrikste gevolg van die Romeinsregtelike beïnvloeding van Europese regstelsels was dat hierdie stelsels algaande nader aan mekaar beweeg het totdat 'n stadium bereik is toe daar gepraat kon word van 'n "Europese gemenerereg" of *ius commune*.

<sup>15</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>16</sup> Joubert 2010: vol 32 9 par 9.

<sup>17</sup> Mqoke 1987:258.

<sup>18</sup> Sien hfst 11 hieronder.

<sup>19</sup> Pelser en Rautenbach 2012: 137; Bekker ea 2004: 219.

Gerieflikheidshalwe, asook om historiese redes word die historiese verloop van die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot begraafplase in twee breë fases of bedelings verdeel: Eerstens is daar die Voor-Grondwetlike bedeling wat gegeld het vanaf die aanvang van die Suid-Afrikaanse reg tot en met die aanneming van die Grondwet.<sup>20</sup>

Die oorheersende aspek van die begraafplaasreg gedurende hierdie periode was die kwessie van en die debat rondom die vatbaarheid vir eiendomsreg van graftombes en begraafplase en die wyse waarop die antwoord op hierdie vraag die verhouding tussen grondeienaar en persone wat begrawingsregte met betrekking tot grond wou bekom, afdwing of eerbiedig beïnvloed het.

Onder hierdie ou of Voor-Grondwetlike bedeling in die begraafplaasreg het dit eenvoudig maar om een ding gegaan en dit is die begrip eiendomsreg. Die eiendomsreg van die grondeienaar het die onvermybare paradigma gevorm waarbinne die aangeleentheid van begrawingsregte oorweeg, toegestaan of geweier moes word. Die vraagstuk van begrawingsregte was dus wat privaatgrond betref 'n uitsluitlik privaatregtelike aangeleentheid wat binne die raamwerk van die privaatregtelike orde aangespreek moes word. Soos die regspraak wat bespreek sal word aandui, het hierdie toestand van sake tot vele ongewenste resultate en gevolge gelei.<sup>21</sup>

Vele bywoners, okkupeerders, werkslui en dies meer was dikwels vir jare woonagtig op plase en ander landelike grond waarvan hulle nie eienaars was nie maar waar hulle gewoon, geleef of gewerk het net om by die punt van afsterwe agter te kom dat hulle of hul gesinslede nie op die betrokke

---

<sup>20</sup> 1996.

<sup>21</sup> Sien die bespreking van die volgende beslissings in hfst 11: *Cape Town and Districts Waterworks Co (Ltd) v Executors of Elders* 1890 8 SC 9 wat sover as 1890 terugdateer, *Gillespie v Toplis* 1951 (1) SA 290 (C) in 1951, *Dibley v Furter* 1951 (4) SA 75 (KPA) ook in 1951, *Kruger v King William's Town Municipality* 1959 (4) SA 547 (O K) in 1959, *Ex parte Bruton* NO 1970 (4) SA 154 (O K) in 1970 en *Rex v Spear* 1928 (1) SA 413 (T P A).

grond begrawe kon word nie aangesien die vereiste toestemming van die grondeienaar nie verkry kon word nie.

In hierdie ou, oftewel gemeenregtelike bedeling was die grondeienaar bewapen met *dominium* en alle bevoegdhede wat daarmee gepaard gegaan het. Hierteenoor het die persoon of persone gestaan wat op begrawingsregte aanspraak gemaak het of wat ten minste gepoog het om sodanige regte te bekom.

Hierdie was dan 'n Dawid-Goliat verhouding waarin Goliat wat met die nodige eiendomsreg in die grond bewapen was byna altyd die botoon gevoer het.

Die Voor-Grondwetlike bedeling kan op sigself ook weer in twee duidelike fases ingedeel word. Eerstens is daar die fase wat die beslissing van *Cape Town and District Waterworks v Executors of Elders*<sup>22</sup> voorafgegaan het. Gedurende hierdie fase was die meer suiwere of oorspronklike gemenerereg met betrekking tot *res religiosae* soos dit aan die Kaap as deel van die wyer Romeins-Hollandse reg geresipieer is in swang. In hierdie fase van die Suid-Afrikaanse regsgeeskiedenis het daar 'n relatiewe in plaas van 'n algehele of absolutistiese sekularisering van *res religiosae* die botoon gevoer.

Daardie relatiewe sekularisering van die reg is dié wat ontwikkel is deur die Romeins-Hollandse juriste self soos later in hierdie studie aangetoon word.<sup>23</sup> In terme van hierdie bedeling was daar nog steeds respek en eerbied aan sake soos begraafplase betoon op grond van religieuse oortuigings soos geloof in die wederopstanding van die vlees en ander Christelike geloofsoortuigings. Hierdie regsposisie was dus in ooreenstemming met die leer van die gemeenregtelike skrywers oor die

---

<sup>22</sup> 1890 8 SC 9.

<sup>23</sup> Hfste 10 en 11 hieronder.

algemeen maar spesifiek dan met dié van die Romeins-Hollandse skrywers.

In *Cape Town and District Waterworks* en ander beslissings wat daarop voortgebou het, vind daar egter 'n diepgaande breuk met die relatief-gesekulariseerde benadering van die gemeenregtelike skrywers plaas en word die sekularisering van *res religiosae* byna verabsoluteer. Dit is ironies dat hierdie proses plaasvind met 'n misplaaste beroep op die gesag van dieselfde Romeins-Hollandse juriste wat eensins absolutisties of slegs maar meganies of ongevoelig in hul benadering tot die regsposisie van begraafplase en graftombes gestaan het nie.

Dit is in *Cape Town and Districts Waterworks* en daaropvolgende ooreenstemmende beslissings bevind, met respek foutiewelik volgens skrywer hiervan, dat menslike begraafplase, graftombes en grafte geheel en al vatbaar is vir eiendomsreg, vervreemding en kommersiële transaksies, en dat graftombes en begraafplase die eiendom van die grondeienaar is. Sodoende is die doodsklok gelui en onvoldoende ruimte gelaat vir die vrye beoefening van die godsdienstige-, kulturele- en geloofspraktyke van al diegene wat weens 'n jarelange verbintenis met die grond aanspraak gemaak het op of wat selfs slegs 'n versoek gerig het tot die grondeienaar om begraving van die betrokke persone of hul families op die grond toe te laat.

Dit verg geen vernuftige verbeeldingswerk om te merk dat hierdie benadering oor aansienlike potensiaal beskik om in botsing te kom met 'n moderne akte van menseregte soos wat gewoonlik in enige Grondwet vervat is nie.

In die geval van die Suid-Afrikaanse reg het die benadering wat in *Cape Town Waterworks* en ander beslissings gevolg is tot 'n groot mate in botsing gekom met die menseregtelike voorskrifte wat in artikels 10, 15,

30 en 31 van die Grondwet, 1996 vervat is.<sup>24</sup> Hierdie voorskrifte erken en beskerm die menswaardigheid van elke persoon asook gewetens-, godsdiens-, geloofs- en meningsvryheid en die reg om aan 'n eie taal-, kulturele- of godsdienstige gemeenskap te behoort.

Soos hieronder<sup>25</sup> aangetoon sal word, het beide die wetgewende en die regterlike gesag uiteindelik op 'n redelik dramatiese wyse ingegryp om die invloed van *Cape Town Waterworks* en ander gelykluidende beslissings tot 'n groot mate om te keer en sodoende die menseregtelike ewewig in die begrawingsreg te herstel.

Dit is een van die hoofdoelstellings van hierdie studie om aan te toon dat die regsbreuk wat deur bogenoemde beslissings teweeggebring is nie te rym is met óf die gemeenregtelike skrywers self óf die grondwetlike bedeling soos vergestalt in die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>26</sup> en die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>27</sup> nie.

Die gemeenregtelike bronne verwys na die reg om 'n liggaam in die grond van 'n ander te begrawe as die *ius sepulchri*.<sup>28</sup> In die gemenerereg was die gewone en belangrikste metode om die *ius sepulchri* ten opsigte van die grond van die grondeienaar te bekom die verkryging van toestemming vanaf die betrokke grondeienaar. In die praktyk is toestemming egter dikwels deur die grondeienaar geweier op grond daarvan dat die toestaan van begrawingsregte aan 'n persoon op die verlening van 'n serwituut aan daardie persoon of sy of haar familie oor die betrokke grond sou neerkom.

Dit was dikwels om hierdie gevolg te vermy dat grondeienaars enige aanspraak op begrawingsregte tot in die hoogste howe beveg het. Dit is dan ook presies wat gebeur het in die appèlhofbeslissing van *Nkosi and*

---

<sup>24</sup> Sien hfst 12 hieronder.

<sup>25</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>26</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>27</sup> Wet 51 van 2001.

<sup>28</sup> Meervoud: *iura sepulchrorum*.

*Another v Buhrmann*,<sup>29</sup> die laaste beslissing wat byna uitsluitlik in terme van die gemeenregtelike eiendomsregtelike paradigma gelewer is en waarop die wetgewer sonder versuim gereageer het. Die wetgewer het ter volvoering van sy grondwetlike mandaat ingegryp en die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>30</sup>, soos kort daarna gewysig deur die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>31</sup>, op die wetboek geplaas. Hierdie aangeleentheid geniet deeglike aandag in hoofstuk 12 van hierdie studie.

Anders as wat daar in die Suid-Afrikaanse regspraak aanvaar word, het die verlening van toestemming om 'n liggaam te begrawe nie die vestiging van 'n serwituut in die grond daargestel, voor of na oprigting van die betrokke graf of grafkelder nie. Inteendeel het die begraving van 'n menslike liggaam in 'n stuk grond volgens gemeenregtelike beginsels eerder die eiendomsreg van die grondeienaar en bestaande serwitute uitgewis as wat dit 'n serwituut gevestig het.

In gevalle waar 'n graftombe egter reeds gevestig is, kon die familieledede van die begraaftede persoon by gebrek aan toestemming deur die grondeienaar by die Magistratuur aansoek doen om grafbesoek- en ondershoudsregte in die vorm van 'n *precarium*.<sup>32</sup> Die *ius sepulchri* moet nie met die sogenaamde *ius inferendi*, oftewel die reg van 'n persoon soos 'n familielid of erfgenaam van 'n oorledene om beheer oor laasgenoemde se liggaam uit te oefen vir doeleindes van begraving asook om daardie liggaam te begrawe, verwar word nie. Die *ius inferendi* het betrekking op 'n liggaam terwyl die *ius sepulchri* van toepassing is op 'n saak, naamlik

---

<sup>29</sup> 2002 (1) SA 372 (HHA).

<sup>30</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>31</sup> Wet 51 van 2001.

<sup>32</sup> D 43 26 2 2; D 19 2.



die grond waarin begrawe word. Eersgenoemde val buite die bestek van hierdie studie.<sup>33</sup>

Daar is onlangs ook na die *ius inferendi* verwys as “begrafnisregte.” By die begrip *begrafnisregte* is dan ook die *ius sepulchri* ingesluit.<sup>34</sup> Terwyl daar beslis ruimte en behoefte binne die algemene raamwerk van die begrawingsreg, dit wil sê die reg met betrekking tot menslike begraving vir die term begrafnisreg bestaan, word daar tog aan die hand gedoen dat die term begrafnisreg met omsigtigheid aangewend moet word. Die rede hiervoor is dat die woord begrafnis die fokus rig op die seremoniële-, rituele-, of uitvoerende handelingsaspekte van begraving. Hieronder sou ‘n mens moontlik die reg met betrekking tot begrafnisuitgawes of begrafniskostes kon tuisbring maar pas die *ius inferendi* effens ongemaklik by hierdie begrip in.

Die *ius inferendi* is wel ‘n onderwerp wat vierkantig binne die raamwerk van die begrawingsreg, dit wil sê die reg wat op begraving oor die algemeen betrekking het, tuishoort maar hou dit nie direk verband met die onderwerp van die onderhawige studie naamlik die aard en ordening van begraafplase nie.

Die begrip *ius sepulchri* behoort egter nie binne die raamwerk van die begrafnisreg geplaas te word nie en is die term begrawingsreg meer

---

<sup>33</sup> Vir meer besonderhede aangaande die *ius inferendi*, dit wil sê die reg waaroor ‘n bepaalde persoon beskik om ‘n spesifieke begrafnis te behartig, kan die volgende hofbeslissings en regsliteratuur geraadpleeg word: *Saiid v Schatz* 1972 (1) SA 491 (Tk); *Human v Human* 1975 (2) SA 251 (OK); *Tseola v Maqutu* 1976 (2) SA 418 (Tk); *Mbanywa v Mona* 1977 (4) SA 403 (Tk); *Consalves v Consalves* 1985 (3) SA 507 (T); *Sekeleni v Sekeleni* 1986 (2) SA 176 (Tk); *Mankahla v Matiwane* 1989 (2) SA 920 (Ck); *Mnyama v Gxalaba* 1990 (1) SA 650 (K); *Mabulu v Thys* 1993 (4) SA 701 (SO); *Finlay v Kotoane* 1993 (4) SA 675 (W); *Ndlovu v Ramocoela* 2003 JOL 1037 (O); *Gabavana v Mbete* (2000) 3 ALL SA 561 (Tk); *Trollip v Du Plessis* 2002 (2) SA 242 (W); *Mahala v Nkombombini* (2006) 3 ALL SA 366 (SO); *Goniwe v Mawindi* 2007 JDR 474 (SO); Cloete 1986: 20; Cassim 1993: 533; Pelser en Rautenbach 2012: 134.

<sup>34</sup> Pelser en Rautenbach 2012: 137 skryf soos volg wanneer hulle na die *ius inferendi* verwys: “Die hele kwessie kan onder die begrip Begrafnisregte tuisgebring word. Hierdie “regte” om ‘n oorlede familielid te begrawe het eerstens te doen met die vraag wie die oorledene mag begrawe en tweedens met die vraag waar die oorledene begrawe moet word.”

geskik om dit te akkommodeer. Die woord begrawingsreg, soos dit in hierdie studie aangewend word, dra meer as een betekenis. In die eerste plek verwys dit na die *reg* of dissipline wat betrekking het op begrawing van die menslike liggaam in die breë sin van die woord. Tweedens mag die term egter ook 'n sinoniem wees vir die *ius sepulchri* waarna alreeds hierbo verwys is. Die spesifieke betekenis wat die woord in 'n spesifieke geval dra, sal dus afhang van die konteks waarin dit aangewend word.<sup>35</sup>

Daar word byvoorbeeld dikwels verwys na die vraag of 'n spesifieke persoon oor begrawingsregte met betrekking tot 'n grafperseel of 'n stuk grond soos 'n plaas beskik. In hierdie konteks is die term begrawingsreg sinoniem met die reg om 'n liggaam in die betrokke grond te begrawe, dit wil sê die *ius sepulchri*.

Met die koms van die Grondwetlike bedeling word die geslote gemeenregtelike raamwerk wat deur vele as beklemmend en versmorend ervaar is, oopgebreek en word 'n grondwetlike dimensie daarby gevoeg. Daar is onder andere twee dinamiese regsaspekte wat deur die Grondwet ingevoer is en wat 'n ingrypende uitwerking op die begraafplaasreg in geheel gehad het, en na alle waarskynlikheid in die toekoms nog steeds sal hê.

Eerstens is daar die feit dat die Grondwet<sup>36</sup> erkenning verleen aan die fundamentele behoefte aan sekerheid van verblyfreg van alle persone en sodoende hierdie sekerheid tot die status van 'n grondwetlike reg of fundamentele mensereg verhef. Die akte van menseregte bepaal naamlik dat 'n gemeenskap wie se titel in grond onseker is as gevolg van rassediskriminerende wette of –praktyke van die verlede geregtig is op óf

---

<sup>35</sup> Daar sou byvoorbeeld verwys kon word na die *begravingsreg* wat op die studie van die reg wat op begrawing oor die algemeen betrekking het, dui of daar sou kon word na die *begravingsreg (ius sepulchri)* waaroor 'n persoon ten opsigte van 'n plaas beskik.

<sup>36</sup> Art 25(6).

sekere verblyfreg óf vergelykbare regshulp tot die mate waartoe dit deur 'n Parlements wet toegelaat word.<sup>37</sup>

Tweedens word Grondwetlike erkenning en beskerming verleen aan die godsdienstige oortuigings en kulturele praktyke van persone met betrekking tot begrawing en begraafplase. Besluite oor die reg op begrawing met betrekking tot 'n spesifieke perseel word geensins meer geneem bloot op grond van die eiendomsregtelike paradigma nie, maar word billike oorweging ook geskenk aan die begrawingsbehoefte van sekere groepe persone soos vasgelê in hul godsdienstige oortuigings of kulturele praktyke. Die Grondwet het hierdie godsdienstige oortuigings en kulturele praktyke wat begrawing en begraafplase betref tot fundamentele regte verhef en daarmee 'n relatiewe opbloeï in belangstelling in hierdie onderwerp onder Suid-Afrikaanse juriste teweeggebring.<sup>38</sup>

As gevolg van die heilsame ingryping deur die wetgewer wat die posisie van die okkuperder van grond en sy of haar gesinslede drasties verbeter het, kan die begrawingsregte van hierdie persone geensins meer as *afgeleide* of *verkreë* regte, dit wil sê regte wat afkomstig en afhanklik is van die toestemming van die grondeienaar, beskou word nie. Intendeel verkry die okkuperder en sy familie outonome, oorspronklike of statutêre regte wat in eie reg teen die grondeienaar afdwingbaar is op voorwaarde natuurlik dat daar aan al die relevante bepalings van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg voldoen word. Die vestiging van hierdie nuwe statutêre bedeling in die begrawingsreg was 'n belangrike, selfs drastiese stap wat deur die wetgewer geneem is in die uitvoering van sy grondwetlike mandaat waarvan liefst deeglik kennis geneem moet word.

---

<sup>37</sup> Art 25(6). Sien ook art 25(7).

<sup>38</sup> Die oorwig van belangstelling was egter nie in die reg met betrekking tot begraafplase as sulks nie maar het eerder gegaan oor die sogenaamde *ius inferendi* oftewel die kwessie rondom wie die persoon of persone is wat aanspraak kon maak op die reg om die liggaam van 'n gestorwene te begrawe.

Daar kan geen twyfel bestaan dat daar 'n vorm van ontneming of selfs onteiening by die toestaan van statutêre regte deur 'n geregshof betrokke is. Sodanige onteiening is met die eerste oogopslag ongrondwetlik omdat dit skynbaar in botsing is met (i) die sogenaamde eiendomsbeskermingsklousule<sup>39</sup> wat in artikel 25 van die Grondwet beliggaam is en wat 'n verbod op die ontneming van eiendom plaas, behalwe ingevolge 'n wet wat van algemene toepassing is, en (ii) op die arbitrêre ontneming van eiendom.<sup>40</sup> In hierdie studie word egter verskeie redes aangevoer waarom so 'n onteiening grondwetlik toelaatbaar is. Dit is onteiening wat in terme van artikel 36 van die Grondwet redelik en regverdigbaar in 'n oop en demokratiese gemeenskap is, gegrond op menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Hierdie benadering is in harmonie met *Nhlabathi and Others v Fick*<sup>41</sup> waar die hof tereg beslis het dat die ontneming of onteiening wat onderliggend aan die bepalings van die Wet op Verblyfreg is weens 'n aantal faktore grondwetlik regverdigbaar is. Hier kan veral genoem word die feit dat die Wet op Verblyfreg spesifiek daarvoor voorsiening maak dat die regte van die grondeienaar gebalanseer moet word met die begrawingsregte van die okkupeerder of persoon in beheer.<sup>42</sup> Geregtigheids- en billikheidsoorwegings speel 'n belangrike rol in hierdie proses.<sup>43</sup> Tweedens vereis die wet dat daar 'n gevestigde praktyk moet bestaan in terme waarvan begrawingsregte alreeds voorheen toegestaan is.<sup>44</sup> Derdens kan aanvaar word dat hoewel die toestaan van begrawings- en besoekregte beslis 'n inbreuk op die eiendomsreg van die grondeienaar maak sodanige inbreuk in die oorgrote meerderheid van gevalle 'n relatief geringe inbreuk sal wees. Laastens moet in gedagte gehou word dat die Wet op

---

<sup>39</sup> *Property clause*.

<sup>40</sup> Sien ook Currie en de Waal 2005: 531.

<sup>41</sup> 2003 (7) BCLR 806 (LCC).

<sup>42</sup> *Nhlabathi*: par 26. Vgl art 6(2)(dA) van Wet 62 van 1997.

<sup>43</sup> *Hattingh v Jutta* 2013 (3) SA 275 (CC); *Dlamini v Joosten* 2006 (3) SA 342 (HHA).

<sup>44</sup> Art 6(2)(dA) van Wet 62 van 1997.

die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>45</sup> wetgewing is wat aangeneem is om uitdrukking te verleen aan die staat se grondwetlike mandaat tot grondhervorming en die verlening van sekerheid van verblyfreg.<sup>46</sup>

Alhoewel die Grondwet geen direkte of uitdruklike voorskrifte in verband met begrawing as sulks bevat nie is praktiese uitdrukking en effek aan bogenoemde grondwetlike beginsels verleen deur die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg.<sup>47</sup> Onderhawige oorweging van die relevante bepalings van laasgenoemde wet is dus ook 'n studie van die fundamentele mensereg tot begrawing en die beskikbaarstelling van grond deur grondeienaars, met of sonder toestemming, vir hierdie doel.

Daar bestaan egter 'n belangrike *caveat* op die verligting wat deur die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>48</sup> gebring is en dit is dat slegs okkupeerders, soos in die wet gedefinieer, direkte baat by die bepalings van die wet vind. Wie of wat 'n okkupeerder is, word in besonderhede in Hoofstuk XII van hierdie studie bespreek. Op hierdie stadium word volstaan deur daarop te wys dat daar belangrike kategorieë persone mag wees wat op begrawingsregte aanspraak maak maar wat hulself nie kan beroep op die voordele wat die Wet op Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg inhou nie, eenvoudig omdat sodanige persone nie as okkupeerders van die grond kwalifiseer nie. Hier word byvoorbeeld gedink aan persone soos langtermynwerkers, bywoners, *bona fide*-besitters en selfs huurders. Gevalle soos hierdie moet dan hoofsaaklik nog steeds aan die hand van die privaatregtelike, oftewel gemeenregtelike beginsels wat op eiendomsreg en saaklike regte met betrekking tot grond van toepassing is, hanteer word. Skrywer hiervan wil ter oorweging gee

---

<sup>45</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>46</sup> *Nhlabathi*: par 26(d).

<sup>47</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>48</sup> Wet 62 van 1997.

dat die regposisie van sodanige persone dalk ook vir doeleindes van statutêre beskerming in oorweging geneem behoort te word.

Bo en behalwe die historiese en statutêre aspekte van die studie wat hierbo verduidelik is, bestaan die behoefte om enkele opmerkings aangaande die konseptuele trefwydte en omvang van die studie te maak.

Onmiddellik moet daarop gewys word dat die verwysing na begraafplase in die titel van die studie eerder verstaan moet word as 'n verwysing na begraafplekke in die wye sin van die woord wat begraafplase in die gebruikelike sin insluit. Die studie het dus betrekking op menslike grafte en graftombes as primêre begrawingsvorme wat ook buite amptelike begraafplase soos munisipale of provinsiale begraafplase aangetref word.

Soos uit die latere bespreking van die regspraak sal blyk, het skrywer hiervan spesifiek landelike- of plaasgrond wat dikwels in Suid-Afrika as alternatief vir provinsiale- en munisipale begraafplase dien in gedagte. Dit is immers juis om aan die begraafplaasbehoefte van die okkupeerders van hierdie tipe grond te voorsien dat die wetgewer die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>49</sup> en die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>50</sup> op die wetboek geplaas het.

Tweedens moet die aandag daarop gevestig word dat weens ruimtebeperkings nie onderneem en gepoog word om die magdom van statutêre en regulatiewe maatreëls wat in verskeie wette, provinsiale ordonnansies en regulasies opgeneem is in besonderhede uiteen te sit en te bespreek nie.

Veel meer is dit die voorneme om 'n ondersoek in te stel na die gemenerereg asook die historiese ontwikkeling van gemeenregtelike beginsels met betrekking tot begraafplase, insluitend die invloed van sodanige beginsels op die ontwikkeling van die moderne reg. Die

---

<sup>49</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>50</sup> Wet 62 van 1997.

toepaslikheid van sodanige gemeenregtelike beginsels binne die raamwerk van die grondwetlike bedeling en die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>51</sup> geniet ook aandag.

Laastens moet daar beklemtoon word dat hierdie studie nie gerig is op 'n ondersoek na geheel die reg met betrekking tot begrawing nie. Indien dit die geval sou wees, sou diepgaande aandag geskenk moes word aan aangeleenthede soos begrafniskoste, die reg op beskikking oor 'n liggaam vir begrawingsdoeleindes, begrawingsrituele en veel meer. Gegewe die tyd en ruimte beskikbaar vir voltooiing van onderhawige studie is sodanige wydlopende ondersoek net nie haalbaar nie. Hierdie proefskrif word dus beperk tot die reg met betrekking tot begraafplekke, dit wil sê die juridiese aard, doel en ordening van begraafplekke, insluitende begraafplase.

Daar word ter oorweging gegee dat dit duidelik uit bogenoemde beknopte uiteensetting van die raamwerk van die huidige Suid-Afrikaanse begraafplaasreg blyk dat daar inderdaad ruimte en behoefte bestaan vir 'n studie van hierdie aard. Dit is wyd bekend dat daar 'n ernstige en steeds groeiende tekort aan stedelike begraafplaasgrond bestaan en dat provinsiale- en munisipale begraafplase te kort skiet aan begrawingsruimte en inderdaad besig is om vol te loop. Vraagstukke soos die sluiting van veral stedelike begraafplase en die gebruik van die grond wat sodoende beskikbaar word om in ander dringende behoeftes te voorsien, die opgraving van liggame vir dieselfde doeleindes, die verkryging van begrawingsruimte deur okkupeerders van landelike grond en dies meer is dringende vraagstukke van nasionale sowel as plaaslike belang.

---

<sup>51</sup> Wet 62 van 1997.

# HOOFSTUK II

## ROMEINSE REG

### 2.1 INLEIDING EN BEGRIPSBEPALING

Die Klassieke Romeinse reg<sup>52</sup> het die volgende leidende indeling<sup>53</sup> van sake geken:<sup>54</sup> Sake was vatbaar of nie-vatbaar vir eiendomsreg.<sup>55</sup> Eersgenoemde was *res in nostro patrimonio*,<sup>56</sup> dus vatbaar vir eiendomsreg en verhandelbaar<sup>57</sup>, terwyl laasgenoemde *extra patrimonium*<sup>58</sup> en dus onverhandelbaar<sup>59</sup> was.

---

<sup>52</sup> Die volgende kan as die belangrikste klassieke kenbronne van die Romeinse reg met betrekking tot *res religiosae* beskou word: Die *Edictum Perpetuum* Tit. 16 *De religiosis et sumptibus funerum*; Gaius *Institutiones* 2 6; Justinianus *Institutiones* 2 1 9; *Digesta* 11 7 *De religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat*; *Digesta* 11 8 *De mortuo inferendo et sepulchro inaedificando*; *Digesta* 47 12 *De sepulchro violato*; *Codex* 2 44 *De religiosis et sumptibus funerum*; *Codex* 9 19 *De sepulchro violato*; *Pauli Sententiae* 1 21 *De sepulchris et lugendis* en *Codex Theodosianus* 9 17 *De sepulchro violato*.

<sup>53</sup> *summa divisio*.

<sup>54</sup> G 2 2. Hier verwys die teks na die *summa divisio* van sake. Ander indelings is ook erken.

In Inst. 2 1 pr het hierdie hoofindeling van sake van Gaius byvoorbeeld nie voorrang geniet nie. Hier word sake geklassifiseer volgens vatbaarheid vir eiendomsreg (*patrimonium*) al dan nie. Ietwat van 'n afwatering van die goddelike aspek van klassifikasie in die na-klassieke, Christelike Romeinse reg wor dus hier gemerk. Hall 1976: 8; Lee 1953: 125; Kaser 1984: 100-1. Sien ook Van Warmelo 1976: 1 1 1 en Thomas 1975: 73 vir 'n bespreking van die Romeinsregtelike geskiedenis van die begrip 'saak'. Sien verder Vegting 1946 5; Du Bois 2007: 418; Sonnekus 2006: 105; Mostert ea 2009: 31.

Die Gaiaanse indeling word egter sonder noemenswaardige aanpassing opgeneem in D 1 8 1 pr.

<sup>55</sup> Inst. 2 1 1.

<sup>56</sup> Inst. 2.1 pr.

<sup>57</sup> *in commercio*.

<sup>58</sup> buite die mens se vermoë.

<sup>59</sup> *extra commercium*. Hackwill 1985: 13; Joubert 1987: 134; Mostert ea 2009: 28-29; Kleyn en Boraine 1992: 22; Lee 1931: 125; Erasmus ea 1983: 224; Wessels 1908: 475. Sien egter ook Borkowski (ongedateerd): 154. *Cape Town*



Gewyde sake, wat beskou was as onderworpe aan die goddelike reg,<sup>60</sup> was 'n goeie voorbeeld van sake wat buite menslike eiendomsreg en handelsverkeer gestaan het en waarvoor mens nie vrylik kon beskik nie.<sup>61</sup> Sodanige sake was *res divini iuris*.<sup>62</sup> Gewyde, oftewel goddelike sake, is op sigself weer onderverdeel in sakrale sake<sup>63</sup>, waaronder kerkgeboue, tempels en aanbiddingsplekke resorteer het,<sup>64</sup> religieuse sake<sup>65</sup> soos grafte en begraafplase<sup>66</sup>, en geheiligde sake<sup>67</sup> wat in hoofsaak die stadsmure van Rome behels het.<sup>68</sup>

Dit word vandag allerweë aanvaar dat die begrip *res sanctae* verouderd is en word dit dus geensins verder in hierdie studie in oorweging geneem nie.<sup>69</sup> In hierdie studie word die term gewyde sake in die wyer sin gebruik om te verwys na alle sake wat aan die

---

*and District Waterworks v Elders* 8 S C 9; *Dibley v Furter* 1951 (4) SA 73 (C) ; *Gillespie v Toplis* 1951 (1) SA 290 (C) 297.

<sup>60</sup> *res divini iurus*: G 2 7a; Inst 2 7; D 1 8 6 3; D 1 2 21.

<sup>61</sup> Sodanige sake was *habere non potest* – D 18.1-4.

<sup>62</sup> Reeds in onheuglike tye was begraving en begraafplase sake wat binne die domein van die *ius pontificium* oftewel pontifikale reg geval het - Cicero *De Legibus* 2. 22. 57. Oor die wisselwerking tussen reg en godsdiens, sien Van Warmelo 1973: 22. Die pontifikale funksie is oorspronklik direk deur die *rex sacrorum*, wat die koning self was, vervul. Sien Kunkel 1964: 1 3 2; Kelly 1973: 13-4.

<sup>63</sup> *res sacrae*.

<sup>64</sup> Inst 2 1 7; Albertario 1941: 36-7.

<sup>65</sup> *res religiosae*.

<sup>66</sup> Inst 2 1 9.

<sup>67</sup> *res sanctae*.

<sup>68</sup> Inst 2 1 10; Van Warmelo 1976: 112; Thomas 1975: 66. Die terminologie is soms problematies. Sandars 1917: 94 vertaal *res sanctae* as "*hallowed things*". Thomas 1975: 75 gee geen direkte vertaling van die begrip aan nie, nóg in sy teksvertaling, nóg in sy teksbespreking. G 2 8 noem dat hierdie tipe saak dus *quodammodo*, in 'n sekere sin dus, onder beskerming van die goddelike reg geplaas is. Inst 2 10 verskaf ook 'n verduideliking van die term *res sanctae*: Romeinse kriminele statute, soos hul hedendaagse eweknieë, het byna altyd 'n strafsanksie bevat – 'n sogenaamde *sanctio*. Aangesien skending van die stadsmure en hekke met die sanksie van die dood strafbaar was, is dié sake dus as *res sanctae* bestempel.

<sup>69</sup> Du Bois 2007: 418.

sogenaamde goddelike reg<sup>70</sup> onderworpe was. Waar daar egter spesifiek na *res religiosae*, religieuse sake, *loca religiosae* of *locus religiosus* verwys word, het sodanige verwysing op begraafplase en grafte as `n kategorie of spesie van die genus gewyde of goddelike sake betrekking.<sup>71</sup>

'n Alternatiewe sake-indeling,<sup>72</sup> die sogenaamde *summa divisio* van Gaius,<sup>73</sup> was egter dié wat voorrang aan óf die goddelike óf die profane aard van sake verleen het in plaas van die vatbaarheid vir eiendomsreg daarvan.<sup>74</sup> Hierdie indeling het van die standpunt uitgegaan dat alle sake in die eerste plek óf *res divini iuris* óf *res humani iuris* was.<sup>75</sup>

Bogenoemde sake-indelings dui reeds met 'n redelike mate van sekerheid die aard en omvang van die sogenaamde religieuse sake oftewel graftombes of begraafplase aan. Die beweegredes wat tot hierdie sake-indeling aanleiding gegee het, word ook reeds tot 'n mate duidelik, bloot uit 'n oorweging van die aard van die onderskeie sake self. Volgens voor-Christelike Romeinse reg<sup>76</sup> is tempels, kerkgeboue en ander aanbiddingsplekke (*res sacrae*) daargestel en gewy of gekonsekreer aan die erediens en aanbidding

---

<sup>70</sup> *res divini iuris*.

<sup>71</sup> Inst 2 1 9; 2 1 10.

<sup>72</sup> De Colquhoun 1860: 1; Burdick 1989: 306.

<sup>73</sup> G 2 2; Abdy en Walker 1885: 75.

<sup>74</sup> G 2 2. Oor die verskillende betekenisse van die woord *res*, sien De Colquhoun 1860: 1; Burdick 1989: 298; Volterra 270.

<sup>75</sup> G 2 2; Inst. 2 7; Albertario 1941: 36-7; Burdick 1989: 308-10; Kotze (Tr.) 1881: 147. Thomas 1975: 75 verkies tereg die sake-indeling van Justinianus *Institutiones* bo dié van Gaius, aangesien laasgenoemde nie 'n aanduiding bevat van die sekulêre sake wat nie-vatbaar vir eiendomsreg is nie. Gevolglik moes die klassieke juris, onder die hoof van *res humani iuris*, 'n verdere onderverdeling van sake in dié wat binne en dié wat buite menslike eiendomsreg val, doen.

<sup>76</sup> Inst 2 1 7.

van die supra-mundane gode,<sup>77</sup> oftewel die bo-aardse of hemelse gode.

Die koms van die Christendom het hierdie wydingsbegrip geensins verouderd gelaat of in onbruik laat verval nie. Inteendeel, sakrale sake is nou aan die erediens <sup>78</sup> wat aan die Christelike God<sup>79</sup> verskuldig is, gewy. Maar, terwyl dit in die voor-Christelike Romeinse reg die heidense *pontifices* of priesters<sup>80</sup> was wat die wyding deur 'n rituele konsekrasie-proses of offerande teweeggebring het,<sup>81</sup> was dit die Biskop<sup>82</sup> of ander geskikte geestelike kerkbeampte wat dit na die koms van die Christendom behartig het.<sup>83</sup> Met ander woorde, in beide die voor-Christelike en die Christelike reg was die wyding van *res sacrae*<sup>84</sup> 'n pontifikale of priesterlike en religieuse handeling.<sup>85</sup>

---

<sup>77</sup> *diis superis*.

<sup>78</sup> Terwyl G 2 4 aantoon dat hierdie tipe saak direk aan die bo-aardse gode gekonsekreer is (*consecratae sunt*), beklemtoon Justinianus eerder dat dit – in die Christelike tydvak – in die eerste plek aan die erediens van God gewy (*dedicatae*) is.

<sup>79</sup> In teenstelling met die Gaiaanse teks G 2 4 , wat die uitdrukking *diis superis* oftewel die *supra*-mundade gode gebruik, verwys die Justiniaanse teks *na Deo* of God – Inst 2 8.

Die Romeinse priesters het 'n soort van geheime wetenskap beoefen: Sien Kunst 1969: vol 1 12.

<sup>81</sup> Slegs sake wat deur middel van die amptelike gesag van die Romeinse volk aan die gode gewy is, was sakraal. Die aanneming van 'n spesiale magtigende *lex* of senaatsbesluit was dus 'n voorvereiste – G 2 5. Streng gesproke was 'n saak wat in die provinsies sonder sodanige gesag gewy is dus nie sakraal nie, maar het die Romeine eenvoudig maar ander pad gekyk en dit as sulks geag – hier was die fiksie *pro sacro habentur* handig van toepassing gemaak - G 2 7a; Abdy 1885: 77-8.

<sup>82</sup> Sien Thomas 1975: 65 vir 'n vertaling van Inst 2 1 7.

<sup>83</sup> Inst 2 8.

<sup>84</sup> Tempels en kerkgeboue.

<sup>85</sup> In D 1 8 6 huldig die juris Marcianus die mening dat slegs sake wat deur publieke handeling (*publice*) gekonsekreer is, en nie deur private handeling (*private*) nie 'n sakrale karakter verkry het. In gevalle waar 'n privaats persoon gepoog het om deur private handeling 'n sakrale saak (byvoorbeeld 'n kerkgebou of tempel) tot stand te bring, het die betrokke saak ongeaffekteerd sy profane aard behou.

Justinianus, die groot Christelike keiser, het verder gegaan en 'n konstitusie of keiserlike verordening aangeneem wat nie slegs erkenning aan die gewyde aard van heidense sakrale sake verleen het nie, maar wat ook spesifiek die verbod op die verkoop, verbandgewing, pandgewing of ander beswaring<sup>86</sup> daarvan herbevestig het.<sup>87</sup>

Joubert<sup>88</sup> huldig die mening dat nieteenstaande die feit dat Justinianus<sup>89</sup> die sake-indeling van die klassieke heidense Romeinse reg, naamlik *res divini iuris* en *res humani iuris*<sup>90</sup> oorgeneem het, hy kerkgeboue en kerkgoedere as sulks nie meer as *res divini iuris* bestempel het nie en dat dié sake dus vrylik verhandelbaar geword het.<sup>91</sup> Met hierdie uitgangspunt kan daar nie saamgestem word nie. In C 1 2 21 maak Justinianus dit duidelik dat sy eie

---

<sup>86</sup> Inst 2 8 gebruik die uitdrukking *...alienari et obligari prohibuimus..* Sandars 1917: 93 vertaal dit met "...sold or mortgaged..." Thomas 1975: 65 se vertaling lui "*pledged.*"

<sup>87</sup> 'n Uitsondering op die reël was dat sakrale sake wel verkoop of beswaar kon word met die doel om Romeinse krygsgevangenes vry te koop – Inst 2 1 8; Vir 'n volledige teks van die konstitusie, sien C 1 2 21. In hierdie teks beklemtoon Justinianus dat ook die "allerheiligste" vase, kleeed en ander geskenksartikels (*sacratissima atque arcana vasa vel vestem caeteraque donaria*) noodsaaklik is vir godsdienstige doeleindes en dit om daardie rede nie verkoop, verpand of verhipotekeer kon word nie. Hy maak ook voorsiening vir die terugvordering van sodanige sake deur die betrokke kerkowerhede soos die biskop, en beklemtoon dat die antieke wette reeds bepaal het dat sodanige sake onder beskerming van die goddelike reg gestaan het en van menslike verkeer onttrek moes word.

<sup>88</sup>1951: 24-5.

<sup>89</sup> Inst 2 1 7 en D 1 8 1 pr.

<sup>90</sup> Sake onderworpe aan die menslike reg.

<sup>91</sup> Joubert 1951: 24-5 wys daarop dat aangesien die Christelike *episcopi* geen verband meer met die *auctoritas populi* het nie verval die ekstrapatrimonialiteit ten opsigte van Christelike kerkgeboue. Onder Justinianus, voer Joubert aan, is kerkgeboue en kerkgoedere dus terdeë vatbaar vir private eiendomsreg. Die vervreemdingsverbod wat Justinianus aanneem, vorm geensins 'n absolute vervreemdingsverbod op kerkgoedere nie maar dien slegs om die voortdurende bestaan en gebruikmaking van die kerkgoedere vir godsdienstige doeleindes te verseker.

vervreemdingsverbod alleen maar 'n bevestiging van die "antieke reg" is.<sup>92</sup>

Dit wil voorkom of 'n sakrale saak sy gewyde aard permanent behou het want Justinianus<sup>93</sup> het die regsmenting van die klassieke juris Papinianus<sup>94</sup> herbevestig dat selfs waar 'n gewyde tempel of kerkgebou vernietig is, die grond waarop dit gestaan het geensins sy sakrale karakter verloor het nie.<sup>95</sup>

Justinianus het dus letterlik die voor-Christelike *status quo* met betrekking tot *res divini iuris* behou,<sup>96</sup> behalwe dat die heidense of voorvaderlike gode (die sogenaamde *dii manes*)<sup>97</sup> geen rol of eer meer in die *Corpus Iuris* toebedeel is nie. Hierdie tipe saak is nou, weens die direkte toewyding daarvan aan die erediens verskuldig aan die Christelike God, dan ook onder Sy beskerming en in Sy diens geplaas.<sup>98</sup>

In bogenoemde uiteensetting is daar 'n beknopte opsomming van die begrip gewyde sake of *res divini iuris*, asook die kategorisering of indeling van sake wat onder die vaandel daarvan deurgegaan het, verskaf.<sup>99</sup> Hierdie uiteensetting is egter tans slegs ter wille van inleiding en begripsbepaling deurgegee. Dit is byna onveranderd<sup>100</sup>

---

Vgl Van Warmelo 1971: 111. *Res divini iuris* kon slegs by hoë uitsondering, soos vir doeleindes van die vrykoop van krygsgevangenes of die onderhoud van armes weer verhandelbaar gemaak word; Inst 2 1 8.

<sup>93</sup> Inst 2 1 8.

<sup>94</sup> Inst 2 1 8.

<sup>95</sup> Inst 2 1 8; D 1 8 6 3.

<sup>96</sup> Van Warmelo 1971: 111.

<sup>97</sup> G 2 4; 2 6; Cicero *De legibus* 2 7 18.

<sup>98</sup> sien ook Birks 1985: 1-31 op 10-11: "Christianization, however, merely adapted the pagan category of things subject only to divine law, *res divini iuris*. In legal analysis there was no need for a radically new classification."

<sup>99</sup> Oor die wyere begrip *saak* sien Thomas 1975: 72.

<sup>100</sup> Van Warmelo 1971: 111 noem dat slegs enkele wysigings deur die keiser aangebring is.

deur Justinianus in sy *Corpus Iuris Civilis* aan die Middeleeuse- en die latere Wes-Europese regstradisie oorgelewer.<sup>101</sup>

Die verband tussen begraafplase, graftombes, senotawe, grafte en soortgelyke sake (*res religiosae*) aan die een kant, en die goddelike of pontifikale reg aan die ander kant word ook meteens duidelik uit bogenoemde sake-indeling.

In teenstelling met *res sacrae* wat in die voor-Christelike reg aan die bo-aardse of hemelse gode<sup>102</sup> gewy is, was *res religiosae* aan die *diis manibus* oftewel onderaardse gode of selfs voorvaderlike geeste toegesê.<sup>103</sup> 'n Plek of stuk grond wat nie *religiosus* was nie is as *purus, profanus*, of ongewyd beskou, en het volgens Romeinse reg nie onder beskerming van die goddelike reg gestaan nie.<sup>104</sup>

## 2.2 VEREISTES VIR SKEPPING VAN 'N *RES RELIGIOSA*

In die klassieke Romeinse reg<sup>105</sup> was daar 'n aantal eenvoudige vereistes vir die skepping van 'n *res religiosa*. Die konsep "graf" het gedurende die loop van die Romeinse reg, voor-Christelik sowel as Christelik, wesenlik konstant of onveranderd gebly. Die meeste omskrywings daarvan wat deur latere juriste aangegee word, is op

---

<sup>101</sup> Dit moet in gedagte gehou word dat selfs die Middeleeuse kerk volgens die voorskrifte van die Romeinse reg geleef het ("*ecclesia vivit lege romana*"). Sien Koschaker 1947: V11 56; Veen 2000: 58. Koschaker 1947: XII 211 en IX 106 asook Veen 2000: 204 3n 105 betoog tereg dat daar tussen Middeleeuse reg en kerk geen kloof bestaan het nie en dat die *Corpus Iuris* as heilige boek beskou is.

<sup>102</sup> *diis superis*.

<sup>103</sup> G 2 4; Fadda 1899: 5; Albertario 1941: 60; De Colquhoun 1860: 8; *Diis Manibus* verwys na voorvaderlike geeste. Gemeenregtelike skrywers het dikwels die titel *De Iure Manium* aan werke wat die begrawingsreg behandel het, gegee. Sien Brissonius 1741: 14; Ferinni 1883: 5 13. Fadda 1899: 5.

D 11 7 2 4; Watson (ongedateerd): 348 se vertaling verwys na 'n "*ordinary place*", dit wil sê 'n "gewone plek".

<sup>105</sup> Aangaande die vroeë Romeinse reg, sien Cloete 1982: 65-73; Cicero *De legibus* 2 22 57.

dié van Gaius se *Institutiones*<sup>106</sup> en Justinianus se *Institutiones*<sup>107</sup> gegrond.

Gaius skryf dat `n *locus religiosus* tot stand kom deur blote begraving van `n menslike liggaam in grond.<sup>108</sup> Insgelyks skryf Justinianus dat iedereen `n *locus religiosus* volgens eie wil<sup>109</sup> skep wanneer hy `n liggaam in `n stuk grond begrawe.<sup>110</sup>

In teenstelling met die skepping van 'n *res sacra*, wat 'n amptelike, publiekregtelike of kerkregtelike en openbare handeling<sup>111</sup> was, is *res religiosae* inderdaad deur 'n vrywillige<sup>112</sup> private regshandeling tot stand gebring.<sup>113</sup>

Vervolgens word enkele spesifieke vereistes vir die skepping van `n *res religiosa* behandel.

#### 1. `n Menslike liggaam

Die rasionaal vir die bestaan van graftombes, begraafplase en die klassifisering van sake as *res religiosae* oor die algemeen, is die menslike liggaam self. Derhalwe word die reg met betrekking tot bogenoemde sake nooit in isolasie van die reg met betrekking tot die menslike liggaam as sulks oorweeg nie.<sup>114</sup> Dit geld ten opsigte

---

<sup>106</sup> C 160 n C.

<sup>107</sup> C 529 n C.

<sup>108</sup> G 2 6; De Colquhoun 1860: 7.

<sup>109</sup> *sua voluntate*.

<sup>110</sup> Inst 2 9; De Colquhoun 1860: 6.

<sup>111</sup> Inst 2 1 8; Thomas 1975: 75.

<sup>112</sup> G 2 6 gebruik inderdaad die sinsnede *...Religiosum vero nostra voluntate facimus...*, dit wil sê "ons maak 'n plek religieus deur ons eie vrywillige handeling." D 1 8 6 3 wys uitdruklik uit dat die onderskeid tussen *res sacrae* en *res religiosae* daarin lê dat eersgenoemde deur publieke en nie deur private regshandeling, soos dit in die geval van *res religiosae* is, tot stand gebring word.

<sup>113</sup> D 1 8 6 4 dui aan dat enigiemand (*unusquisque*) 'n *res religiosa* tot stand kon bring, solank sodanige persoon maar aan die nodige regsvereistes voldoen het.

<sup>114</sup> de Zulueta 1966: 10-1.

van beide die lewende sowel as die lewelose menslike liggaam, maar uit die aard van die saak veral laasgenoemde.

Die mens, oftewel die menslike liggaam, kon nie die voorwerp van eieindomsreg uitmaak nie<sup>115</sup> en was dus *res nullius*.<sup>116</sup> Liggaamsdele of ledemate van `n lewende persoon kon nóg deur homself, nóg deur andere toegeëien word.<sup>117</sup>

Vry persone sowel as slawe is vir doeleindes van die begrawingsreg deur die Romeinse reg as *persone* eerder as sake of voorwerpe erken<sup>118</sup> en geniet dan hoofsaaklik ook aandag by die behandeling van die status van persone, 'n onderafdeling van die personereg, eerder as by die indeling van sake.<sup>119</sup>

Dit mag dalk so wees dat `n slaaf regtens `n status soortgelyk aan dié van `n dier of `n voorwerp gehad het, maar is die plek of *locus* waar die liggaam van `n slaaf begrawe is nogtans as gewyd of *religiosus* beskou.<sup>120</sup>

Die graf of graftombe wat die liggaam van die vyand bevat het, het egter nie die status van *locus religiosus* geniet nie en die *actio sepulchri violati* is nie vir die skending daarvan toegestaan nie.<sup>121</sup>

---

<sup>115</sup> D 9 2 13 pr; G 1 8; Albertario 1941: Vol 2 58 n 43; De Geronimo 1923: 32; De Groot 1903: 2 1 3 41; Van Leeuwen 1662: 1 2 1 1; Erasmus 1983: 222-3; Strauss 1980: 138-40; Price 1951: 405; Van der Merwe 1989: 20.

<sup>116</sup> Sake wat aan niemand behoort het nie.

<sup>117</sup> D 1 8 6 2; 9 2 13 pr; De Groot 1903: 2 1 3 41; Van der Keessel 1961: ad 2 1 3 41; Van Leeuwen 1662: 1 2 1 1; Erasmus 1983: 222-3; Strauss 1980: 138; Price 1951: 405; Van der Merwe 1989: 20; Albertario 1941: 58 vn 45; De Geronimo 1923: 32.

<sup>118</sup> Inst 1 3 pr.

<sup>119</sup> In verband met sake-indeling, sien G 2 1.

<sup>120</sup> D 11 7 2 1.

<sup>121</sup> D 47 12 4. Die grafsteen of monument kon dus verwyder word en vir profane doeleindes aangewend word. Die bronne meld egter nie of die liggaam verwyder of geskend kon word nie.



Die begraving van menslike gebeente of oorskot het `n gewone of profane plek in 'n religieuse of gewyde plek omskep.<sup>122</sup> Waar verskeie liggaamsdele op verskeie plekke begrawe is, het die plek waar die vernaamste deel, naamlik die hoof begrawe is, *religiosus* geword.<sup>123</sup> Slegs een plek per liggaam het *religiosus* geword aangesien dit 'n algemene beginsel was dat die begraving van een liggaam slegs een *locus religiosus* kon oplewer.<sup>124</sup> Die begraving van `n swanger vrou met haar ongeboore kind *in vitro* het nie `n *locus religiosus* geskep nie. Laasgenoemde moes eers van die moeder geskei word.<sup>125</sup>

In die Klassieke reg is die liggame van terdoodveroordeeldes oorhandig aan wie ookal<sup>126</sup> daarom vir begrawingsdoeleindes versoek het.<sup>127</sup> Voorrang moes egter aan bloedverwante van die oorledene verleen word.<sup>128</sup> Waar `n persoon tot die brandstapel veroordeel is,<sup>129</sup> kon 'n versoek gerig word om oorhandiging van die beendere of as-oorblyfsels van die liggaam.<sup>130</sup> In die na-Klassieke reg moes 'n versoekskrif<sup>131</sup> aan die Keiser gerig word vir oorhandiging van die liggaam.<sup>132</sup> Dikwels is die versoek geweier, veral in geval van hoogverraad.<sup>133</sup> Waar `n persoon na `n eiland

---

<sup>122</sup> D 11 7 2 pr; D 11 7 2 5.

<sup>123</sup> D 11 7 44. Die rede hiervoor was dat die identiteit van die liggaam deur uitkenning van die hoof vasgestel kon word. Sien ook Gane 1955: vol 2 729.

<sup>124</sup> D 11 7 44; Voet 11 7 44.

<sup>125</sup> Hierdie reël is al in onheuglike tye deur die sogenaamde *Leges Regiae* of Koninklike Wette verorden maar het die tyd deurstaan, tot opname daarvan in D 11 7 8 2.

<sup>126</sup> *quibuslibet petentibus*.

<sup>127</sup> D 48 24 3; D 48 44 1.

<sup>128</sup> D 48 24 1.

<sup>129</sup> *exurendi damnatur*.

<sup>130</sup> D 48 24 1.

<sup>131</sup> *petitum*.

<sup>132</sup> D 48 24 1.

<sup>133</sup> *laesio maiestatis*. D 48 24 1.

gedeporteer of verban is<sup>134</sup>, was die straf ook na sy dood van toepassing en was dit nie sonder keiserlike toestemming<sup>135</sup> toelaatbaar dat sy liggaam verwyder word vir begraving elders nie.<sup>136</sup> Skrywer hiervan huldig die mening dat begraving in die plek van deportasie of verbanning `n plek *religieus* gemaak het, terwyl dit nie die geval was waar die liggaam sonder Keiserlike vergunning elders begrawe is nie.<sup>137</sup>

## 2. Persone met begrawingsreg

Tweedens moes die begraving behartig gewees het deur die persoon of persone *ad quos funus pertineat*,<sup>138</sup> dit wil sê, sodanige persone as wat regtens in die eerste plek ten nouste deur die begraving geraak was<sup>139</sup> of wat 'n spesifieke belang gehad het by die begraving. Dit beteken dat selfs die eienaar van grond nie 'n *res religiosa* kon skep deur goedsmoeds enige liggaam in sy grond ter ruste te lê nie. Die persoon wat die begraving behartig het, moes oor die begrawingsreg of –bevoegdheid, die sogenaamde *ius inferendi*<sup>140</sup> beskik het.<sup>141</sup>

Daar was 'n juridiese ranglys van persone aan wie die *ius inferendi* toegekom het. Eerstens die persoon wat deur die oorledene aangewys is om sy begrafnis te behartig, gevolg deur die testamentêre erfgenaam indien eersgenoemde onbeskikbaar of onbevoegd geword het. Waar geen testamentêre erfgenaam

---

<sup>134</sup> *in insulam deportatus vel relegatus*.

<sup>135</sup> *inconsulto principe*.

<sup>136</sup> D 48 24 2.

<sup>137</sup> D48 24 2.

<sup>138</sup> Dit is persone op wie die begraving betrekking gehad het: G 2 6.

<sup>139</sup> G 2 6. Hierdie vereiste word nie in Inst 2 1 9 of D 11 7 uitdruklik gestel nie.

<sup>140</sup> Letterlik: *die reg van begraving*.

<sup>141</sup> G 2 6.

aangewys is nie, die *legitimi heredes* en laastens die bloedverwante in die volgorde van erfopvolging.<sup>142</sup>

### 3. Grond

Onder grond<sup>143</sup> moet ook 'n gebou<sup>144</sup> verstaan word.<sup>145</sup> Dit was nie noodwendig die geheel van die stuk grond waarin begraving plaasgevind het wat as gewyd beskou is nie, maar slegs die spesifieke afgebakende plek of *locus* van begraving.<sup>146</sup> Die konsep van 'n amptelike begraafplaas in die sin van 'n relatief uitgebreide stuk staatseiendom wat spesifiek bestem is vir begraving, was eintlik nog onbekend aan die Romeinse reg.

Reeds vanaf die tyd van die Twaalf Tafelwette<sup>147</sup> was begraving binne die stadsmure verbode, 'n maatreël wat deur Diocletianus herbevestig is.<sup>148</sup> 'n Soortgelyke verbod was van toepassing op enige openbare plek,<sup>149</sup> insluitende 'n openbare weg.<sup>150</sup> Selfs waar munisipale reg begraving in openbare plekke toegelaat het, was dit teenstrydig met algemene landswette in die vorm van Keiserlike reskripte en dus as ontoelaatbaar geag.<sup>151</sup> Waar begraving in 'n openbare plek wederregtelik plaasgevind het, moes die magistrate sorg dra dat die liggaam opgegrawe en elders begrawe word.<sup>152</sup>

---

<sup>142</sup> D 11 7 12 4.

<sup>143</sup> *agro*.

<sup>144</sup> *aedificio*.

<sup>145</sup> D 11 7 2; D 11 7 8 3.

<sup>146</sup> Thomas 1975: 66 vertaal die Latynse teks *locum* in Inst 2 1 9 met "*spot*."

Tafel 10.1. Riccobono 1941: 66 verwys na Isidorus *Orig.* 5 11 1 wat aantoon dat in die vroegste tye begraving selfs binneshuis plaasgevind het, 'n praktyk wat ook deur die Twaalf Tafel-wette tot 'n einde gebring is.

<sup>148</sup> 290 A D; C 3 44 12.

<sup>149</sup> D 11 7 8 2. 'n Populêre aksie is teen so 'n persoon toegestaan en hy kon ook strafregtelik vervolgd word. Boetes was egter lig. Vergelyk D 47 12 3 5.

D 43 7 2; D 47 12 3 5. Magistrate wat sodanige begraving toegelaat het, is ook beboet.

<sup>151</sup> Regsmening van Ulpianus: D 47 12 3 5.

<sup>152</sup> Dekreet van keiser Hadrianus: D 47 12 3 5.

Die tekste maak dit duidelik dat gedenktuine, asook profane ruimtes binne die mure van 'n graftombe, geensins as *religiosus* gekwalifiseer het nie,<sup>153</sup> slegs die graftombe self of *locus* van begraving wat met grond bedek is, het.<sup>154</sup> Alles wat in 'n graf of graftombe self opgeneem is by begraving is as *religieus* aangemerkt.<sup>155</sup> Synde profane sake, was gedenktuine en profane ruimtes binne die ringmure van 'n graftombe dus by 'n kooptransaksie van die groter stuk grond waarin 'n graftombe geleë was ingesluit, 'n resultaat wat die verkoper slegs kon verhoed deur uitdruklike kontraktuele voorwaarde tot die teendeel.<sup>156</sup>

Waar 'n stuk grond egter dermate vir begraving gebruik is dat die geheel daarvan as een groot begraafplaas beskou kon word, sou daardie grond nie vir verkoop vatbaar wees nie aangesien dit *divini iuris* sou wees.<sup>157</sup> Waar so 'n stuk grond verkoop is, kon die *bona fide*-koper die transaksie nietig laat verklaar en die koopprys deur middel van 'n *condictio*<sup>158</sup> terugvorder.<sup>159</sup> Waar die koper mislei is, was die *actio empti*<sup>160</sup> tot sy beskikking vir die eis van skadevergoeding.<sup>161</sup>

---

<sup>153</sup> D 11 7 37 stel dit duidelik dat 'n monument 'n struktuur is wat opgerig word met die doel om 'n graftombe te beskerm. Dit is dus nie *religiosus* nie.

<sup>154</sup> D 18 1 37.

<sup>155</sup> Dit het dus die beskerming van die *actio sepulchri violati* geniet. D 47 12 3 2; *Rex v Kunene and Mazibuko* 1918 J S par 321 ( N C H C ); *Goosen* 1906 C P D, 'n ongerapporteerde beslissing wat in *Gardner and Lansdowne* 1919: 783 aangehaal word; *R v Letoka* 1947 (3) SA 73 ( K ); *Gillespie v Toplis* 1951 (1) SA 290 (K); *R v Sephuma* 1948 (3) SA 928 (T); *Dibley v Furter* 1951 (4) SA 73 (K); *Eshowe Local Board v Hall* 1923 44 N C L 233; *De Vos* 1952: 296; *Cloete* 1984: 111 vn 2. <sup>156</sup> D 11 737; D 18 1 37.

<sup>157</sup> D 18 1 22.

<sup>158</sup> Dit was 'n *actio in personam* oftewel 'n aksie om skadevergoeding teen 'n spesifieke persoon, in teenstelling met die *rei vindicatio* wat 'n reële aksie was. *Thomas* 1975: 267.

<sup>159</sup> D 18 1 23.

<sup>160</sup> Die *actio empti* was 'n sogenaamde *actio bonae fidei* oftewel 'n aksie wat toegestaan is aan een van die partye betrokke by 'n transaksie wat te goeder trou

Waar die groter stuk grond<sup>162</sup> slegs enkele grafte bevat het, sou dit egter normaalweg aan kooptransaksies onderhewig wees en die *Digesta*<sup>163</sup> noem uitdruklik dat 'n klousule in die kontrak wat religieuse plekke van die kooptransaksie uitgesluit het, "nie oorbodig sou wees" soos in die geval van 'n ten volle gebruikte "begraafplaas" nie.<sup>164</sup>

Die regsaksie met betrekking tot kooptransaksies, naamlik die *actio empti*, was dus beskikbaar by die koop van 'n groter stuk grond<sup>165</sup> wat nie geheel deur grafte bedek was nie aangesien dit nie die begraafplek of graftombe as sulks is wat verkoop was nie, maar wel die grond waarvan dit deel uitgemaak het.<sup>166</sup>

Dit wil ook voorkom of 'n senotaaf of praalgraf in die klassieke reg as gewyd beskou is maar dat die regsposisie deur keiserlike wetgewing gewysig is.<sup>167</sup>

#### 4. Eiendomsreg of ander saaklike reg

'n Grondeienaar kon in sy eie grond begrawe word.<sup>168</sup> Indien dit nie die geval was nie moes die persoon wat die begraving behartig het,

---

gesluit is, soos die koopkontrak, om die persoonlike regte wat deur die transaksie geskep is, af te dwing: D 19 1; C 4 49; Van Warmelo 1976: par 847.

<sup>161</sup> D 18 1 62 1.

<sup>162</sup> *fundus*.

<sup>163</sup> D 18 1 22.

<sup>164</sup> D 18 1 22. Skrywer hiervan is van mening dat sodanige klousule tog oorbodig sou wees, aangesien *res religiosae* in elk geval van die transaksie uitgesluit sou wees. Die bedoeling agter die opmerking in die teks is egter dat waar geheel die stuk grond (ten volle) vir begraving gebruik is, so 'n klousule oorbodig sou wees.

<sup>165</sup> "*fundus*".

<sup>166</sup> D 18 1 24.

<sup>167</sup> In sy *Institute* het die juris Marcianus hom op die digter Vergilius *Aeneid* 3 303 beroep en die mening gehuldig dat 'n senotaaf *religiosus* was, maar Ulpianus het uitgewys dat hierdie posisie verander is deur keiserlike dekreet – D 1 8 6 & 7. Sien ook De Colquhoun 1860: 7 waar die konsep *konstruktiewe* begraving ten opsigte van 'n senotaaf geruik word.

<sup>168</sup> D 2 14 61.

eiendomsreg in die grond waarin die begraving plaasgevind het, gehad het.<sup>169</sup>

Begraving in die grond van 'n ander, of van 'n mede-eienaar, of in grond wat onder 'n vruggebruik<sup>170</sup> gebuk gegaan het,<sup>171</sup> was ontoelaatbaar sonder toestemming van die betrokke reghebbende.<sup>172</sup> So 'n begraving het nie die grond *religieus* gemaak nie.<sup>173</sup> Waar toestemming tot begraving verleen is, kon die eienaar of ander reghebbende nie weier dat 'n grafsteen of monument ook opgerig word nie.<sup>174</sup> Toestemming kon egter ook na voltrekking van begraving verkry word – deur 'n soort ratifisering<sup>175</sup> dus. 'n *Bona fide possessor* was nie as eienaar beskou nie.<sup>176</sup>

Waar daar in die grond van mede-eienaars 'n bestaande gemeenskaplike begraafplek of graftombe was, het elke mede-eienaar oor die reg van begraving daarin beskik.<sup>177</sup> Waar die grond egter nog profaan was, kon geen mede-eienaar dit sonder

---

<sup>169</sup> Die vereiste dat die grond waarin 'n liggaam begrawe is in eiendomsreg aan die behartiger van die begraving moes toegekom het, het streng gesproke beteken dat begraving in provinsiale grond nie 'n *res religiosa* geskep het nie. Sodanige grond het immers aan die Romeinse volk of die keiser behoort. Private burgers beskik alleenmaar oor besit of vruggebruik daarvan. Weereens egter, soos in die geval van *res sacrae*, toon die Romeine hul sin vir die pragmatiese en vir alle praktiese doeleindes word so 'n plek as *res religiosa* geag – *pro religioso habentur* - G 2 7.

<sup>170</sup> *usufructus*.

<sup>171</sup> Inst 2 1 9.

<sup>172</sup> D 1 8 6 4. Die toestemming van 'n mede-eienaar is egter slegs vereis in gevalle waar die grond nog "rein" (*purus*) of ongewyd was, dit wil sê daar nog geen vorige begraving daarin plaasgevind het nie. Indien die teendeel die geval was, kon begraving wel sonder toestemming van mede-eienaars en niesteenstaande hul moontlike besware plaasvind.

<sup>173</sup> D 1 8 6 4; C 3 44 2.

<sup>174</sup> C 3 44 2.

<sup>175</sup> In D 1 8 6 4 verwys die teks dan inderdaad ook na ... *et licet postea ratum habuerit* - "en ratifisering daarna word toegelaat." Sien ook Inst 2 1 9.

<sup>176</sup> D 11 7 2.

<sup>177</sup> D 10 6 6.

toestemming van sy eweknieë *religiosus* maak nie.<sup>178</sup> 'n *Actio in factum*<sup>179</sup> is aan 'n benadeelde mede-eienaar toegestaan.<sup>180</sup>

Daar was waarskynlik statutêre maatreëls of administratiewe regulasies wat die minimum afstand bepaal het waarop die eienaar van een stuk grond 'n graftombe vanaf die woonhuis of ander strukture van 'n aangrensende eienaar kon oprig.<sup>181</sup> Waar 'n graftombe dus binne die statutêre speredstand vanaf die woonhuis of strukture van 'n aangrensende grondeienaar in aanbou was, kon laasgenoemde 'n kennisgewing dien op die oprigter om die werk te staak.<sup>182</sup> Indien die werk egter alreeds voltooi was, was die *actio vi aut clam* die enigste remedie.<sup>183</sup>

Waar daar alreeds 'n begraving binne die minimum statutêre grensgebied plaasgevind het, sonder dat die *interdictum vi aut clam* daarteen uitgereik is, het die grafperseel *religieus* geword en kon die eienaar van die aangrensende erf nie die aangrensende eienaar verbied om weer daar te begrawe nie indien daardie eienaar in die eerste plek met die volle bewussyn van die beswaarmaker opgetree het nie.<sup>184</sup>

As algemene reël kon die eienaar van grond wat aan vruggebruik<sup>185</sup> onderhewig was nie daardie grond *religiosus* maak sonder toestemming van die vruggebruiker nie.<sup>186</sup> Uitsonderings wat

---

<sup>178</sup> D 10 6 6.

<sup>179</sup> 'n Aksie wat toegestaan was en wat op geen sivilregtelike gesag berus het nie. Die *praetor* het in sy *formula* slegs aangedui dat indien die regter bevind het dat 'n gegewe stel feite bewese was, hy ten gunste van die eiser moes besluit. Dit was dus ook 'n billikheidsaksie: Thomas 1975: 292; Van Warmelo 1973: 273.

<sup>180</sup> Dit was die regsmening van *Trebatius* en *Labeo*. D 10 6 6.

<sup>181</sup> D 11 8 3 pr; en D 11 8 3 1.

<sup>182</sup> D 11 8 3 pr.

<sup>183</sup> D 11 8 3 pr.

<sup>184</sup> D 11 8 3 1.

<sup>185</sup> *usufructus*.

<sup>186</sup> D 7 17 pr.

genoodsaak was deur die voorskrifte van religie is egter toegelaat. Die *Digesta* noem die voorbeeld van die grondeienaar wat wel sonder toestemming van die vruggebruiker begrawe kon word indien daar geen ander plek beskikbaar was waar begraving sonder ongerief kon plaasvind nie.<sup>187</sup> Die aksie vir die verdeling van 'n erflating<sup>188</sup> was nie op (gemeenskaplike) graftombes van toepassing nie en elke erfgenaam het volle begrawingsregte behou, selfs na afhandeling van die verdeling van die boedel.<sup>189</sup>

## 5. Permanente terrustelegging

Dit is ook slegs die plek waar 'n liggaam permanent ter ruste gelê is wat *religiosus* geword het aangesien tydelike begraving nie 'n *locus religiosus* geskep het nie maar die grond *purus* of profaan gelaat het.<sup>190</sup> Hierdie beginsel was volkome versoenbaar met die Christelike leer van die Wederopstanding van die Vlees en die idee dat die menslike graf 'n ewige rusplek is.

## 2.3 VERBODE REGS- EN KOMMERSIËLE HANDELINGE

In die Romeinse reg was daar 'n aantal regshandelinge, die sluiting waarvan ten opsigte van *res religiosae* nie slegs aan strafregtelike en deliktuele verbod onderhewig was nie, maar wat ook met sivilregtelike ongeldigheid besook was.<sup>191</sup> Die regshandelinge

---

<sup>187</sup> D 7 17 pr.

<sup>188</sup> *actio familiae eriscundae*.

<sup>189</sup> D 10 2 30.

<sup>190</sup> D 11 7 39. Dit wil voorkom of hierdie beginsel ook aangewend is by die vraag of iemand grafskending of grafskennis gepleeg het. Die gewyde aard van die graf is dus deur die bedoeling waarmee begraving plaasgevind het, bepaal. D 11 7 39 noem uitdruklik dat indien 'n liggaam in 'n sarkofaag geplaas word met die bedoeling dat dit permanent begrawe word, 'n *locus religiosus* geskep sou word. Daar word egter ook gemaak dat die bedoeling ook mag wees dat die sarkofaag self op 'n latere stadium na 'n meer geskikte plek verwyder sou word.

<sup>191</sup> Volterra 274; De Colquhoun 1860: 5; Die terme *ekstrapatrimonialiteit* en *ekstrakommersialiteit* word onderskeidelik afgelei van die begrippe *extra patrimonium* en *extra commercium* wat deur die meerderheid Romaniste gebruik



waarna verwys word, het gewoonlik die algehele of gedeeltelike vervreemding van sodanige sake ten doel. Aangesien `n persoon sivielregtelik absoluut onbevoeg was om `n *res religiosa* te besit,<sup>192</sup> volg dit dat die “besit” of “*possessio*” daarvan ook nie oorgedra kon word nie. Besitsoordrag van ‘n *res religiosa* was dus nie slegs juridies verbode nie, maar juridies onmoontlik.<sup>193</sup> Oortreding van die vervreemdingsverbod kon die misdaad *crimen laesae religionis*, oftewel geloofskending, daarstel.<sup>194</sup> Tog is daar in gepaste gevalle `n interdik toegestaan om die fisiese behoud of “besit” van *res divini iuris* vir begrawingsdoeleindes te beskerm.<sup>195</sup>

`n *Locus religiosus* was `n *res nullius* en dus nie vindiseerbaar nie.<sup>196</sup> Streng gesproke is *vindisering* nie ‘n kommersiële transaksie nie. Tog staan dit bo twyfel dat ‘n *res divini iuris*, wat nie vir eiendomsreg vatbaar was nie, ook nie deur middel van die eiendomsregtelike beskermingsremedie, die *rei vindicatio*,<sup>197</sup> terug gevorder kon word nie. Nogtans is ‘n *actio in rem*<sup>198</sup> in gepaste gevalle toegestaan, wat `n eiser toegelaat het om ‘n religieuse saak

---

word om die nie-vatbaarheid vir eiendomsreg van *res divini iuris* uit te druk. Opvallend is egter die feit dat die klassieke bronne, selfs G 2 1, Inst 2 1 en D 8 1, *De divisione rerum et qualitate*, hoegenaamd nie die term *extra commercium* besig nie. Dit is dus ‘n term wat nóg aan die klassieke, nóg aan die na-klassieke Romeinse reg bekend is.

<sup>192</sup> D 41 2 30 1; Scialoja 1928: 168.

<sup>193</sup> D 18 1-4, waar dit gestel word dat *res sacrae et religiosae habere non potest*, dit wil sê nie besit kon word nie. Kaser 1984: 144; Van der Walt en Kleyn 1989: 213 op 229.

<sup>194</sup> C 19 1.

<sup>195</sup> D 41 1 1 pr.; Biondi 1936: 20.

<sup>196</sup> D 6 1 23 1; D 6 1 23 43; C 3 44 4 Die *actio rei vindicatio* was die primere aksie waarmee die eienaar van ‘n saak besit daarvan terug gevorder het van ‘n onregmatige besitter. Dit was dus ‘n reële aksie, oftewel ‘n *actio in rem*: G 4 5-6; Thomas 1975: 267; Van Warmelo 1973: 234-5.

<sup>197</sup> Aangaande die betekenis van die *rei vindicatio*, sien voorafgaande voetnota.

<sup>198</sup> ‘n Sogenaamde reële aksie gemik op die terugvordering van ‘n saak of saaklike reg: G 4 5-6; Van Warmelo 1973: 234-5; Thomas 1975: 267.

te vorder *asof* dit aan hom behoort het – `n fiktiewe billikheidsaksie dus.<sup>199</sup>

`n *Locus religiosus* kon nie die voorwerp van `n kooptransaksie uitmaak nie.<sup>200</sup> Waar die verkoper egter die aanwesigheid van `n *locus religiosus* bedrieglik verswyg of verberg het, was die koper geregtig om deur middel van die *actio empti* te vorder dit wat die grond vir hom werd sou wees indien hy nie bedrieg was nie.<sup>201</sup> Die bedrieglike aard van die kooptransaksie het egter nie die gewyde aard van die *locus religiosus* aangetas nie, met dien verstande natuurlik dat die koper onbewus was van die aard van die koopsaak.<sup>202</sup> Waar beide partye egter bewus was van die religieuse aard van die koopsaak was die transaksie nietig.

Die *ruilkontrak* was `n spesie van die sogenaamde *contractus innominati re – do ut des*,<sup>203</sup> dit wil sê dit was `n ooreenkoms tussen twee persone dat die een aan die ander `n spesifieke saak in eiendom sou oordra, en omgekeerd.<sup>204</sup> Die ruilkontrak het dus, anders as wat die geval met die koopkontrak was, nie slegs persoonlike regte en verpligtinge tussen die kontrakterende partye gevestig nie, maar het dit tegelykertyd by sluiting van die kontrak

---

D 6 1 23. Fiktiewe aksies is deur die *praetor* toegestaan in omstandighede waar die sivielregtelike aksies nie beskikbaar was nie. Dit was uitbreidings of verlengings van laasgenoemde en derhalwe ook genoem *actiones in factum*. Thomas 1975: 293.

<sup>200</sup> Inst 3 5; D 18 1 4 6; D 18 1 62 1; Van Naerssen 1802: par 1; Biondi 1936: 7-8; C 9 19 1 bestempel die koop en verkoop van *res religiosae* as die misdaad *crimen laesae religionis*, oftewel heiligskennis.

<sup>201</sup> Inst 3 5; Vgl *Gillespie v Toplis* 1951 (1) SA 290 (K).

<sup>202</sup> Vgl D 18 1 4-6.

<sup>203</sup> Die sogenaamde *contractus innominatae*, letterlik onbenaamde kontrakte, was 'n kategorie van transaksies wat in die na-Klassieke reg ontwikkel het en wat wel as kontrakte erken is, alhoewel dit nie binne die erkende kategorieë van kontrak geval het nie. *Do ut des*, letterlik *ek gee sodat jy kan gee*. Thomas 1975: 246-7.

<sup>204</sup> So na aan verkoop was die ruiltransaksie dat dit in antieke tye aan koop gelykgestel is: Ins 3 2; Inst 3 23 2; D 18 1 11; C 4 64 7; Thomas 1975: 232, 256; Van Warmelo 1976: par. 1015, 1017.

ook die oordrag van eiendomsreg behels. In hierdie opsig kan dus gesê word dat dít, en nie soseer die koopkontrak nie, 'n oordragshandeling *par excellence* was.<sup>205</sup>

Die vervreemdingsverbod het nie slegs geslaan op die ruil van 'n *res religiosa* vir 'n profane saak nie maar ook op die onderlinge uitruil van *res religiosae*.

In die geval van 'n *donatio* of skenking het mens te doen met 'n kontrak wat nie direk by sluiting daarvan die effek van eiendomsoordrag het nie, maar wat tog op daardie effek gerig is en om daardie rede verbode was, insoverre dit *res divini iuris* aangaan.<sup>206</sup> Dit was by uitstek 'n verbode vervreemdingshandeling.

By *datio in solutum* of skulddelging het mens te doen met 'n oorbetalings van geld of die oorhandiging van 'n saak wat nie uit pure vrygewigheid, soos in die geval van skenking, plaasvind nie, maar wel ter delging van een of ander verskuldigde verpligting.<sup>207</sup> Ook in hierdie geval word daar dus deur die skulddelger óf eiendomsreg oorgedra óf verbind hy homself om dit te doen. Om hierdie rede is die aanwending van *res religiosae* vir die doeleindes van *datio in solutum* ongeldig.<sup>208</sup>

*Usucapio* en *praescriptio* was die verkryging van eiendomsreg deur tydsverloop en was om dié rede verbode sover dit *res religiosae* betref.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> Van Naerssen 1802: par 1.

<sup>206</sup> Van Naerssen 1802: par 1.

<sup>207</sup> G 3 168; Inst 3 29 pr; Van Warmelo 1976: par 1015, 1017; Thomas 1975: 232, 256.

<sup>208</sup> Van Warmelo 1976: par 1015; 1017; Thomas 1975: 232, 256.

<sup>209</sup> G 2 48: Weereens wys die teks die verband tussen die menslike liggaam en religieuse sake uit, want dit verklaar in een sin dat beide sake nie vatbaar is vir *usucapio* nie; Albertario 1941: 55-56; D 11 8 4; D 50 28 verklaar *usucapio* as 'n vorm van saakvervreemding.

Dit was juridies ook onmoontlik om 'n serwituut in of oor 'n *res religiosa* te vestig.<sup>210</sup>

'n Stipulasie was wel geen kontrak soos ons dit vandag ken nie, maar eerder 'n individuele term van 'n kontrak.<sup>211</sup>

'n Stipulasie vir die lewer van 'n *res religiosa* was nietig, net soos die stipulasie ten opsigte van die lewering van 'n lyk of die liggaam van 'n vry persoon.<sup>212</sup>

Dit blyk uit 'n teks van Ulpianus dat 'n legaat<sup>213</sup> ten opsigte van *res divini iuris* nietig was.<sup>214</sup> Die rede hiervoor was die algemene beginsel dat *res divini iuris* "dari non potest", dit wil sê nie oordraagbaar was nie en in hierdie opsig is daar geen uitsondering ten opsigte van die *legatum* toegelaat nie.

Emphyteusis, vruggebruik, hipoteek, huur en verhuur of enige vorm van vervreemding of beswaring van 'n *res religiosa* hoegenaamd was ook ontoelaatbaar.<sup>215</sup> Dit was dus nie slegs die eiendomsreg in 'n *locus religiosus* wat onvervreembaar was nie maar ook alle saaklike regte daarin, van watter aard ookal.<sup>216</sup>

---

<sup>210</sup> D 8 1 14 2; D 43 24 22 4.

<sup>211</sup> Sandars 1917: 332. Dit het eensydige verbintenis geskep.

<sup>212</sup> Inst 3 19 2 *De Inutilibus stipulationibus*; G 3 97; D 46 82; D 83 5. Die rede hiervoor was dat *res religiosae extra commercium* was en dus buite die handelsverkeer geval het.

<sup>213</sup> *legatum per damnationem*.

<sup>214</sup> Van Naerssen 1802: par 1.

<sup>215</sup> De Colquhoun 1860: 5; *Res religiosae* het onder beskerming van die goddelike reg geval en is van handels- en regstransaksies uitgesluit.

<sup>216</sup> C 3 44 2 en 3 44 9; D 18 1 23 en 23; C 9 19 1; D 11 7 8 1; D 20 3 1 2. *Pignus* oftewel pandgewing is 'n voorbeeld van so 'n saaklike reg. Die eienaar van 'n saak wat verpand is, het die *dominium* in daardie saak behou terwyl sy krediteur besit van die saak verkry het. Sodanige transaksie was egter ontoelaatbaar waar die betrokke saak 'n *locus religiosus* was.

## 2.4 SERWITUTE

Wat die vestiging van serwitute<sup>217</sup> betref moet daar weereens onderskei word tussen die *religieuse saak* soos `n graftombe as sulks en aangrensende grond. Die reëls van die privaatreg het nie op eersgenoemde betrekking gehad nie aangesien dit aan die goddelike of pontifikale reg onderworpe was.<sup>218</sup> Aangrensende grond het egter *purus* of profaan gebly. Dit wat regtens ten opsigte van die religieuse saak kon geskied, is deur die goddelike reg gereguleer terwyl dit hoofsaaklik gewone privaatregtelike beginsels was wat op laasgenoemde van toepassing was.<sup>219</sup>

Dit hou noodwendig in dat `n serwituut hoegenaamd nie oor `n graftombe as sulks of `n stuk grond wat feitlik as geheel `n begraafplaas was, gevestig kon word nie.<sup>220</sup> Insgelyks meld geen Romeinsregtelike bron dat die teenwoordigheid van enige graftombe in die grond van `n ander `n serwituut oor daardie grond daarstel nie.<sup>221</sup> Soos reeds genoem, het die vestiging van `n graf of graftombe die onttrekking van die betrokke grafperseel vanuit privaatregtelike handelsverkeer as gevolg gehad.<sup>222</sup> `n Graftombe

---

<sup>217</sup> 'n Serwituut kan beskryf word as die reg oor grond waarvan hy nie *dominus* is nie ten gunste van die eienaar van aangrensende grond. Thomas 1975: 85. 'n Serwituut was 'n sogenaamde *ius in re aliena* of saaklike reg in die eiendom (grond) van 'n ander. Van Warmelo 1976: par 467.

<sup>218</sup> D 18 1 14 1; D 8 4 4.

<sup>219</sup> D 1 8 1 141; D 8 4 4.

<sup>220</sup> Vgl D 18 1 22.

<sup>221</sup> D 8 5 1.

<sup>222</sup> In 'n aantal Suid-Afrikaanse beslissings is die mening gehuldig dat die teenwoordigheid van 'n graftombe of grafte in die grond van 'n ander, of die toestemming deur die eienaar dat 'n graftombe in sy grond gevestig word, moontlik op die bestaan van 'n serwituut neerkom : *Dibley v Furter* 83H. In *Nkosi & another v Buhrmann*: 384, par 36 het Howie AR versigtig die mening uitgespreek dat die inrigting van 'n graf in die grond van 'n ander moontlik 'n serwituut mag betrek. Dieselfde geld ten opsigte van die uitspraak van Du Plessis R in *Buhrmann v Nkosi* 1152H en 1153E waar na *Serole v Pienaar* en Cassim R se uitspraak daarin verwys word. Dit word beoog om hierdie beslissings volledig in die hoofstuk oor die Suid-Afrikaanse reg te bespreek.

was *res nullius* en *divini iuris* insoverre dit menslike handelsverkeer of regsverkeer aangaan, en kan daar dus geen sprake van 'n serwituut wees waarvoor 'n heersende<sup>223</sup> en dienende erf,<sup>224</sup> of ten minste ook twee eienaars vereis word nie.

D 8 4 11 gee direkte leiding in dié verband. Dit beklemtoon dat dit verbode is vir die eienaar van 'n dienende erf om 'n religieuse saak (graftombe) op die oewer van 'n rivier of selfs bo-op die rivier as sulks<sup>225</sup> te bou indien dit 'n bestaande serwituut sou uitwis.<sup>226</sup> Die serwituut hier ter sprake was waarskynlik dié van *aqueductus* of waterleiding, alhoewel die teks omvattend genoeg is om op enige serwituut hoegenaamd van toepassing te kan wees.

Skrywer hiervan se gevolgtrekking is dus dat in stede daarvan dat 'n graftombe of begraafplaas 'n serwituut daargestel het dit intendeel eerder 'n serwituut kon uitwis.<sup>227</sup> Dit was dus onregmatig om 'n *locus religiosus* in te rig op grond wat aan 'n serwituut onderhewig was maar indien die serwituut ewe gerieflik elders oor die grond gevestig kon word, kon 'n *locus religiosus* wel tot stand gebring word.<sup>228</sup>

Alhoewel die vestiging van 'n graftombe in die grond van 'n ander – met of sonder toestemming - as sulks nie 'n serwituut of ander saaklike reg daargestel het nie, het dit sonder twyfel 'n verenging<sup>229</sup> of selfs 'n ontneming van eiendomsreg teweeg

---

<sup>223</sup> *praedium dominans*. Inst 2 3 pr; Van Warmelo 1976: par 469; Thomas 1975:

<sup>224</sup> *praedium serviens*. Van Warmelo 1976: par. 469; Thomas 1975: 85.

<sup>225</sup> D 8 4 11 meld dat dit kon gebeur waar 'n waterleiding ondergronds ingerig is.

<sup>226</sup> *ne servitus intreat*.

<sup>227</sup> D 8 4 11.

<sup>228</sup> D 11 7 2 7.

<sup>229</sup> *diminutio*.

gebring. Vir alle privaatregtelike doeleindes is die grondeienaar die eiendomsreg van die spesifieke grafperseel ontnem. <sup>230</sup>

Die reg op 'n toegangsweg of die serwituut van *iter*<sup>231</sup> of van *via* <sup>232</sup> na 'n graftombe het 'n privaatregtelike aangeleentheid gebly en kon deur die eienaar van die dienende erf toegestaan word, voor of selfs na begraving plaasgevind het.<sup>233</sup> So 'n reg van weg het vir 'n onbepaalde tyd gegeld en is byvoorbeeld nie deur onbruik verloor nie.<sup>234</sup> Waar 'n grondeienaar 'n graftombe op sy eie grond gehad het en die grond verkoop het, het hy nogtans 'n toegangsreg<sup>235</sup> na die tombe behou vir begrawingsdoeleindes.<sup>236</sup>

Wat 'n religieuse saak self betref was privaatregtelike stipulasies ten opsigte daarvan nie toegelaat nie, weereens omdat dit deur die beginsels van die goddelike reg beheer is. 'n "Serwituut" tot dien effekte dat 'n graftombe nie bo 'n sekere vasgestelde hoogte gebou kon word nie was daarom nietig, synde 'n vergryp teen die goddelike oftewel die religieuse reg.<sup>237</sup> 'n Soortgelyke verbod was van toepassing op die "serwituut" dat daar slegs 'n bepaalde aantal begrawings in een plek (*loco*) sou plaasvind.<sup>238</sup> Die rede vir laasgenoemde verbod was dat indien 'n plek soos 'n graftombe eers 'n religieuse aard aangeneem het dit nie aan sodanige

---

<sup>230</sup> Die aangeleentheid van die ontneming van eiendomsreg deur begraving in die grond van 'n ander het pertinent ter sprake gekom in 'n aantal onlangse Suid-Afrikaanse beslissings waarna terugkeer sal word onder die bespreking van die Suid-Afrikaanse reg.

<sup>231</sup> Die reg van voetpad: Inst 2 3 pr; Van Warmelo 1976: par 469.

<sup>232</sup> D 8 5 1. *Via* was die reg op 'n gebaaide weg. Dit het *iter* en *actus* ingesluit. Dit was dus 'n algemene reg van vervoer. Van Warmelo 1976: 469; Thomas 1975: 86.

<sup>233</sup> D 18 1 1 1; D 8 5 1.

<sup>234</sup> D 8 4 4.

<sup>235</sup> D 47 12 5: *ius adeundorum sepulchrorum*. Die teks ken ook 'n toegangsreg (*aditus*) en vergaderingsreg (*ambitus*) aan die verkoper toe.

<sup>236</sup> D 47 12 5.

<sup>237</sup> D 8 4 4.

<sup>238</sup> D 8 4 4.

privaatregtelike stipulasie onderwerp kon word nie.<sup>239</sup> Insgelyks was `n ooreenkoms<sup>240</sup> dat die eienaar van grond nie `n begraving daarin sou doen nie nietig.<sup>241</sup>

## 2.5 DIE LEERSTUK VAN ANALOË GEBRUIK

`n Senaatsbesluit van onsekere datum het bepaal dat `n graftombe nie deur gebruiksverandering besoedel moes word nie, dit wil sê dat graftombes vir geen ander gebruik as begraving aangewend kon word nie.<sup>242</sup>

Daarbenewens het `n keiserlike dekreet<sup>243</sup> bepaal dat graftombes wat volgens religieuse gebruik opgerig was vir ewig onveranderd en onverstoord gelaat moes word. Die verwydering of skending van `n graf of graftombe, die ontsiering daarvan, of selfs die uitwissing of verandering van `n grafinskripsie was strafbaar met die dood.

Insgelyks was die bewoning van `n graftombe of die strukturele verandering daarvan deur aanbouing, of selfs slegs veroorsaking van die algemene verslegting van die toestand daarvan ook verbode,<sup>244</sup> tensy dit *sepulchri causa*<sup>245</sup> geskied het.<sup>246</sup> Die *bona fide* herstel van `n grafsteen of grafmonument is egter toegelaat.<sup>247</sup> Die leerstuk van analoë of soortgelyke gebruik van graftombes was dus nog onbekend aan die Romeinse reg.

---

<sup>239</sup> 'n Plek of graftombe wat reeds *religiosus* was, is van privaatregtelike verkeer en transaksies uitgesluit.

<sup>240</sup> *pactum*.

<sup>241</sup> D 2 14 61.

<sup>242</sup> D 11 7 12 pr.

<sup>243</sup> Vermoedelik 'n dekreet van keiser Augustus. Sien Riccobono: 1941: XIX 415 vir volle teks.

<sup>244</sup> D 47 12 7.

<sup>245</sup> Dit wil sê vir doeleindes van begraving self.

<sup>246</sup> Dit was in terme van die *Edictum Perpetuum* van die Praetor. Sien Riccobono 1941: 353 vir volle teks; D 47 12 3 pr.

<sup>247</sup> Slegs indien dit nie in kontak met die liggaam was nie: D 47 12 7.



## 2.6 GRAFSKENDING

Aangesien `n graf of graftombe buite die trefwydte van siviëlregtelike beginsels geval het en nie vir eiendomsreg vatbaar was nie het die *actio legis aquiliae*, net soos die *rei vindicatio*, geen toepassing gevind by die skending van `n graftombe nie.<sup>248</sup>

Grafskending kon op verskeie wyses geskied,<sup>249</sup> soos die vernietiging van die graf of tombe, die ontsiering daarvan of van `n grafsteen, die verwydering van die grafmonument of van liggaamsreste, insluitend `n houer met liggaamsas.<sup>250</sup> Dit was dus nie `n vereiste dat die voorwerp wat ontsier was permanent aan die graftombe of monument geheg moes gewees het nie.<sup>251</sup> Die begrip *res religiosa*, soos vir siviëlregtelike doeleindes aangewend, was ook ietwat enger as die strafregtelike begrip wat ook ongehegte voorwerpe soos standbeelde kon insluit.<sup>252</sup>

Dit was nie slegs handeling wat fisiese skade of ontsiering aangerig het of die fisiese verwydering van materiaal van die graftombe wat op grafskending neergekom het nie. Grafskending was in die eerste plek `n vergryp teen die religie – *laesio religionis* – en het dus geslaan op velerlei oneerbiediglike<sup>253</sup> handeling teen die religie, soos die bewoning van `n graftombe of aanbouing aan die binnekant of struktuur daarvan.<sup>254</sup> Selfs die begraving van `n

---

<sup>248</sup> D 47 12 2.

<sup>249</sup> Cloete 1984: 111.

<sup>250</sup> *Ossuarium*.

<sup>251</sup> D 47 12 2; Snyman 2008: 382-3.

<sup>252</sup> D 47 12 2. Dit is om hierdie rede dat daar nie met De Vos 1952: 296 se omskrywing van die misdaad Grafskending saamgestem word nie en Snyman 2008: 382 eerder ondersteun word. Joubert 1993: vol 6 216-7.

<sup>253</sup> Snyman 2008: 382 verwys na die skending of *ontering* van graftombes.

<sup>254</sup> D 47 12 3 pr.

liggaam aldaar, in stryd met die testamentêre of ander instruksies van die erflater, het op grafskending neergekom.<sup>255</sup>

Grafskending was `n ernstige misdaad veral wanneer `n liggaam verwyder of beendere verstrooi is, in welke geval die doodstraf, verbanning, deportasie na `n eiland, *infamia* of selfs dwangarbeid in die myne van toepassing kon wees.<sup>256</sup>

Verskeie sivilregtelike remedies was ook van toepassing: Die *interdictum quod vi aut clam*<sup>257</sup> is toegestaan weens die onderliggende gewelddadige aard van grafskending wat as `n vorm van begrawingsontsegging beskou is. Die *actio sepulchri violati* is aan `n belanghebbende toegestaan om skadevergoeding te eis aangesien die *actio legis aquiliae* nie van toepassing was nie.<sup>258</sup> Die *actio sepulchri violati* was `n populêre aksie<sup>259</sup> maar by die toestaan daarvan is voorrang altyd verleen aan persone wat `n direkte belang by die grafskending gehad het, soos byvoorbeeld `n erfgenaam of bloedverwant.<sup>260</sup> Skrywer hiervan is van mening dat dit dus as `n soort semi-populêre of `n quasi-populêre aksie beskou kon word.<sup>261</sup> Dit was ook `n *actio in aequum et bonum concepta*, oftewel `n billikheidsaksie.<sup>262</sup> Benewens hierdie remedies is `n sogenaamde *actio in factum* ook deur die praetor toegestaan na gelang van die feite of omstandighede van die geval.<sup>263</sup>

---

<sup>255</sup> D 47 12 3 1.

<sup>256</sup> D 47 12 11.

<sup>257</sup> 'n Interdik onder die *lex Julia de vi publica* wat grafskending as 'n spesie van die genus verhinderende van begraving beskou het: D 47 12 8.

<sup>258</sup> D 47 12 2; D 47 12 8; 47 12 9.

<sup>259</sup> *actio popularis*.

<sup>260</sup> D 47 12 6.

<sup>261</sup> Hierdie terme word nie in die bronne of literatuur aangetref nie maar word hier aangewend aangesien dit weer by die bespreking van die Suid-Afrikaanse reg van pas gaan kom.

<sup>262</sup> D 47 12 10.

<sup>263</sup> D 47 12 3.

## 2.7 VERHINDERING VAN OF INMENGING MET BEGRAWING

Aangesien dit een van die hoogste beginsels van die Romeinse begrawingsreg was *ne insepulta cadavera iacerunt* – dat liggame nie onbegrawe moes lê nie<sup>264</sup> - het daar verskeie maatreëls bestaan ter beskerming van begrawing en wat 'n verbod geplaas het op inmenging daarmee.

Die *interdictum de mortuo inferendo*<sup>265</sup> en 'n *actio in factum* is toegestaan aan enigiemand wat self, of wie se verteenwoordiger verhinder is om 'n liggaam te begrawe in grond waarin hy die begrawingsreg gehad het.<sup>266</sup> Die verhinderde persoon kon egter ook die liggaam elders begrawe, daarna die *actio in factum* instel en skadevergoeding eis.<sup>267</sup>

Waar die reg om in 'n spesifieke plek te begrawe (dit wil sê die *ius sepulchri*) kontraktueel beding is, het dit 'n toegangsreg (*iter*) tot die graftombe vir begrawingsdoeleindes ingesluit.<sup>268</sup> Waar 'n persoon wel oor 'n graftombe in die grond van 'n ander beskik het maar nog geen toegangsreg daartoe gehad het nie kon hy die grondeienaar om 'n *precarium*<sup>269</sup> versoek. Onder normale omstandighede moes dit toegestaan word.<sup>270</sup> Waar die grondeienaar egter geweier het, was daar geen regsaksie tot beskikking van die versoeker nie en moes hy die goewerneur van die provinsie deur middel van buitengewone proses nader.

---

<sup>264</sup> D 11 7 43.

<sup>265</sup> Letterlik vertaal: "interdik met betrekking tot begrawing van die dode".

<sup>266</sup> D 11 7 8 5; D 47 12 34; Nov 60 1; Nov 115 1.

<sup>267</sup> D 11 7 9.

<sup>268</sup> D 11 7 10.

<sup>269</sup> *Precarium* was die vrye gebruik van grond, met dien verstande dat die grondeienaar die reg ter enige tyd (*at will*) kon beëindig – D 43 26 2 2; 19 2; Van Warmelo 1976: 793; Thomas 1975: 248.

<sup>270</sup> Hierdie beginsels is bevestig deur 'n reskript van Keiser Antoninus: D 11 7 12.

Laasgenoemde was by magte om toegangsreg te verleen teen betaling van billike vergoeding.<sup>271</sup>

Waar grond onderhewig aan vruggebruik of mede-eiendomsreg was, kon die eienaar of mede-eienaar nie `n liggaam begrawe sonder toestemming van sy mede-eienaar of van die vruggebruiker nie. Nogtans kon hy aansoek doen om `n interdik waar toestemming geweier is. In sodanige gevalle is die toestaan van `n interdik in openbare belang<sup>272</sup> en in belang van die hoogste religieuse beginsel, *ne insepulta cadavera iacerunt*, toegestaan.<sup>273</sup>

Dit was ook die plig van die provinsiale goewerneur om te verseker dat `n liggaam of liggaamlike oorskot nie onregmatiglik aangehou of andersins mee bemoei is nie en dat niemand verhoed moes word om `n liggaam op `n openbare pad te vervoer vir begrawingsdoeleindes nie.<sup>274</sup>

Die *praetor* het ook die verhinderings van die vervoer van 'n liggaam vir begraving, asook die verhinderings van die bereiking van die grafperseel of gratombe self, deur middel van interdik verbied.<sup>275</sup> Die interdik was van toepassing op grond wat reeds *religiosus* was, asook op profane grond.<sup>276</sup> Dit is ook toegestaan aan die persoon wat `n gewone reg van weg of ander serwituut gehad het en verhinder is om `n liggaam vir begraving langs sodanige weg te vervoer. Die verhinderings van so `n persoon om sy reg van weg vir

---

<sup>271</sup> D 11 7 12 pr. Die goewerneur moes homself ook vergewis van die geskiktheid van die grond om ernstige ontbering (*magnum detrimentum*) vir die grondeienaar te voorkom.

<sup>272</sup> *publicam utilitatem*.

<sup>273</sup> D 11 7 43.

<sup>274</sup> D 11 7 38.

<sup>275</sup> D 11 8 1 1.

<sup>276</sup> D 11 8 1 2.

begrawingsdoeleindes te gebruik, is deur die *praetor* as 'n verhinderende van begrawing as sulks beskou.<sup>277</sup>

Waar 'n persoon die reg gehad het om in 'n spesifieke stuk grond te begrawe, het hy ook die reg gehad om 'n graftombe en grafmonument ter goeder trou op te rig.<sup>278</sup> Hierdie reg het ook die beskerming van die interdik geniet.<sup>279</sup>

## 2.8 OPGRAWING (EXHUMATIO)

Selfs waar 'n liggaam onregmatiglik<sup>280</sup> begrawe is, soos byvoorbeeld waar die vereiste toestemming van 'n grondeienaar nie verkry is nie en waar die grafperseel dus nie *religiosus* geword het nie is opgraving (*exhumatio*) van 'n liggaam nie toegelaat sonder keiserlike of pouslike vergunning nie.<sup>281</sup> Hierdie beginsel het ook die grondeienaar self verbind.<sup>282</sup>

Weereens word 'n streng of rigiede afbakening van die privaatregtelike sfeer vanaf die religieuse bemark: hantering van die liggaam self of selfs slegs van die inhoud van die graftombe is as 'n religieuse saak en dus as buite die trefwydte van die sekulêre privaatrek beskou.<sup>283</sup> Om dié rede moes selfs 'n grondeienaar pouslike of keiserlike, dit wil sê religieuse vergunning verkry om 'n liggaam uit sy grond te verwyder. Weereens is die enorme eerbied vir die grafstus van die begraafde hier opmerklik.

---

<sup>277</sup> D 11 8 1 3.

<sup>278</sup> D 11 8 1 5.

<sup>279</sup> D 11 8 1 15.

<sup>280</sup> Maar permanent.

<sup>281</sup> D 11 7 8; C 3 44 14; De Colquhoun 1860: 11.

<sup>282</sup> De Colquhoun 1860: 11.

<sup>283</sup> D 11 7 8.; C 3 44 14. Hierdie beginsels is ook in die Romeins-Hollandse reg toegepas waar vergunning van die toesighouer van die tempel 'n vereiste was: Voet 1669: 11 7 3; Gane 1955: 732.

Die effek van *vis maior* en soortgelyke noodtoestande<sup>284</sup> is egter ook in aanmerking geneem, soos waar liggaamsreste deur vloedwater blootgelê is. Met die toestemming van die provinsiale *rector* kon dit verwyder en na 'n meer geskikte plek van begraving vervoer word.<sup>285</sup> Die verbod op opgraving het ook slegs gegeld ten opsigte van liggame wat reeds permanent ter ruste gelê is.<sup>286</sup>

## 2.9 REG, RELIGIE, OPENBARE BELANG EN BILLIKHEID

Die streng sivielregtelike beginsels<sup>287</sup> wat op begraving en begraafplase van toepassing was, het nie absolute geldigheid geniet nie. Religieuse sake het die naam *res religiosae* gedra, juis omdat sodanige sake *divini iuris* was, dit wil sê, onder beskerming en regulering van die goddelike, in teenstelling met die menslike reg gestaan het.<sup>288</sup>

Die Romeinse reg het dit beskou as in die openbare belang,<sup>289</sup> *insepulta cavera iacerent*, dit wil sê dat liggame nie onbegrawe moes lê nie en dat die grafrus van liggame wat reeds begrawe is nie versteur moes word nie.<sup>290</sup> Dit was ook 'n algemene beginsel dat in gevalle van twyfelagtige religieuse dispute streng regsreëls geignoreer, gebuig of versoepel moes word aangesien religieuse oorwegings die hoogste voorrang geniet het.<sup>291</sup>

---

<sup>284</sup> C 3 44 1: *vel alia iusta et necessaria causaintervenit* – Dekreet van keiser Antoninus in 213 A D.

<sup>285</sup> C 3 44 1.

<sup>286</sup> C 3 44 10.

<sup>287</sup> *ius strictum*.

<sup>288</sup> G 2.3; Vgl D 1 1 2 waar Pomponius na die *deum religio* verwys en sodoende die religie aan die *ius gentium* verbind; Van Warmelo 1973: 22.

<sup>289</sup> *publicam utilitatem*.

<sup>290</sup> D 11 7 43.

<sup>291</sup> D 11 7 43; D 11 8 1 6. Cicero *De Legibus* 2.4.9-10 en ander juriste het die reg as 'n skepping van die *mens divina* of goddelike rede beskou. Dit geld ten opsigte van beide die vroeë sowel as die Justiniaanse reg want laasgenoemde het die goddelike indeling van sake behou. Sien ook Van Warmelo 1973: 27; Kaser

Dit is duidelik dat begrawing een of ander *religieuse*, heilige of vrome *doel* gediens het, vandaar die term *res divini iuris*. Daar bestaan oorweldigende gesag vir die stelling dat begrawing eintlik 'n piëteitshandeling is. In D 11 7 6 word daar na "*humanitatis gratia*" verwys terwyl D 11 14 7 "*humanitas*", "*misericordia*", "*pietas*" en "*affectio*" vermeld. Latere groot Romaniste het die vroomheids – en liefdadigheidsgerigte motief asook die deugdelikheid van begrawing beklemtoon.<sup>292</sup>

Die Christelike Romeinse keisers het so 'n afkeur aan grafrusversteuring gehad dat die *Codex Theodosianus* 'n vrou wie se eggenoot homself aan hierdie gruwel skuldig gemaak het, gemagtig het om 'n egskeiding aan te vra terwyl sy dit in die geval van owerspel nie kon doen nie.<sup>293</sup>

---

1925: 20; Van Zyl 1986: 42. Van Zyl 1991: 102 toon aan dat die term *religio* in Latyn ook die betekenis gedra het van *piëteit*, *waarheid*, *bedagsaamheid*, *dankbaarheid* en soortgelyke deugde op die vlak van 'n hoër, goddelike orde. Dit sluit ook eerbied en vrees vir die gode in. Kunst 1969: I 12 dui aan dat die skeidingsproses van reg en religie pas in die negentiende eeu of nog later voltooi is. Volterra 275.

<sup>292</sup> Sien veral De Groot 1913: 2 19 1 waar gesteun word op 'n aantal juristiese en literêre skrywers. De Groot 1913: 2 19 3 skryf dat begrawing van selfs die vyand op die slagveld deur volkeregtelike gewoontereg voorgeskryf word. Stryk 1713: 11 8 skryf dat die begrawingsorg (*cura funeris*) een van die primere deugde is waarna in die Heilige Skrif verwys word. Hy haal 'n aantal voorbeelde uit die Heilige Skrif aan: Genesis 23: 19; 25: 9; 2 Samuel 2: 4 en verder en 21: 12; Tobit 1: 20 (apokrief); Matheus 27: 57 en verder; Handeling 5: 6 en 10 en Deuteronomium 34: 60.

Hy behandel dan die vraag of Lukas 9: 60 die teendeel verkondig waar Jesus tot sy dissipels spreek en nadat hy hieself op De Groot, Gerhardus en Polus beroep het, kom hy tot 'n negatiewe gevolgtrekking in hierdie verband. Wat betref die *necessitas cadaveri sepeliendi* oftewel die noodsaaklikheid van begrawing, haal Stryk verskeie skrywers aan wat die oorsprong van hierdie noodsaaklikheid aan verskeie juridiese bronne en stelsels toeskryf: Anton. Grananiet *Caten. Jurium, tit. De Sepult.* N.5 skryf dit aan die *ius naturale* toe; De Groot, *De Jure Belli ac Pacis*, p 2, Dec. 167 n.3, en *Jurispr. Consist.* L.2 t.24. d. 378 n 6 & 7 wat dit aan die Christelike *religio* toeskryf. Stryk self is egter van mening dat begrawing ook in belang van *openbare veiligheid* is.

<sup>293</sup> *Lekota*: 716; Sien ook Ferrini 1883: *praefatio*; Grotius 1913: 2 19 3; Scialoja 1928: 158; Albertario 1941: 51; Thomasius 1963: 3 10 1.

Justinianus se wetboek maak geen direkte melding van die wederopstandingsleer met betrekking tot begraafplase nie. Hiermee wil egter nie te kenne gegee word dat die wederopstandingsleer aan die Christelike Romeinse reg en die kanonieke reg onbekend was of dat dit geen rol daarin vervul het nie. Inteendeel. Die wederopstandingsleer word allerweë as die fondament van die Christelike geloof beskou. Justinianus<sup>294</sup> neem byvoorbeeld 'n keiserlike verordening aan wat die besit van ateïstiese literatuur, die ontkenning van die Wederopstandingsleer, die Laaste Oordeel, die Geboorte van Christus asook die bestaan van engele met verbanning dreig.<sup>295</sup> Die betekenis wat die wederopstandingsleer vir die latere begrawingsreg van die Westerse wêreld sou inhou, word in latere hoofstukke weer aangespreek.

## 2.10 GEVOLGTREKKING

Die Romeinse reg dien as 'n soliede basis of onderbou waarop verdere Westerse regsontwikkeling gegrond kan word. Dit beskik oor 'n omvattende stel reëls en beginsels wat as vertrekpunt kan dien vir 'n ondersoek na die historiese ontwikkeling van die begrawingsreg vanaf antieke tye tot vandag. Hierdie onderbou is logies en sistematies in die *Digesta* en antieke handboeke soos die *Institute van Gaius* en die *Institute van Justinianus* uiteengesit.

In bogenoemde werke word dit duidelik gestel dat die menslike graf of begraafplaas sake is wat weens die noue verbintenis daarvan met die menslike liggaam self net soos laasgenoemde nie-vatbaar is vir privaatregtelike handels- en regstransaksies. Dit is sake sonder kommersiële of geldelike waarde. Hierdie sake word van profane sake gesegregeer en staan onder beskerming van die sakrale reg wat deel uitmaak van die publiekreg.

---

<sup>294</sup> Nov 29 2.

<sup>295</sup>Cloete 1984: 113 vn 13.



Die Romeinse reg met betrekking tot begrawing is 'n deeglik plooibare of soepel reg aangesien dit kennis neem van religieuse en kulturele praktyke wat op begrawing betrekking het en sulke praktyke dan ook akkommodeer.

Sodoende kan die Romeinse begrawingsreg met gemak ook aanpas by die vereistes wat gestel word deur die moderne reg en veral dan deur die Grondwet van 1996 asook die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg van 1997, soos gewysig deur die Algemene Wysigingswet op Grondsake van 2001 wat in Hoofstuk XII in oorweging geneem word.

## HOOFSTUK III

### KANONIEKE REG

#### 3.1 INLEIDEND

Gedurende die Middeleeue beskik die Kerk nog nie oor 'n eie omvattende kerkregkode nie en word die regslewe daarvan hoofsaaklik volgens die voorskrifte van die Romeinse reg, soos opgeneem in die Justiniaanse *Corpus Iuris Civilis* ingerig. Die spreuk *Ecclesia vivit lege romana*,<sup>296</sup> oftewel „die Kerk leef volgens Romeinse reg“ gee uitdrukking aan die verhouding tussen kerk en Romeinse reg. Kerk- en imperiale regsadministrasie word grootliks geïntegreer<sup>297</sup> en beskou die kerk homself tot 'n mate as 'n voortsetting van die Romeinse Ryk.<sup>298</sup> Sodoende verkry die *Corpus Iuris* nie-amptelik die status van 'n heilige regsboek.<sup>299</sup> Bogenoemde wêreldbeskouing duur voort tot , en selfs na die aanneming van 'n amptelike kerkregkode in die twaalfde eeu, in die vorm van die *Corpus Iuris Canonici*<sup>300</sup> wat hieronder bespreek word.

Hierdie toedrag van sake hou ook betekenis in vir die onderhawige studie. Skrywer hiervan wil beklemtoon dat Romeinse- en Kanonieke reg nie as

---

<sup>296</sup> Erlar 1967: 798; Van den Bergh 1985: 16; Hosten ea 1995: 290. Hahlo en Kahn 1968: 511 beskou die Kanonieke reg basies as gemoderniseerde Romeinse reg wat aangepas is by die behoeftes van die Middeleeuse Kerk. Hazeltine 1929: vol V 705 bestempel die Kanonieke reg as „an offshoot from the main stem of Roman legal growth.“

<sup>297</sup> Van den Bergh 1985: 16.

<sup>298</sup> Van den Bergh 1985: 16. Koschaker 2000: 113 toon aan dat die Romeinse Ryk in die Weste as 'n deur God gewilde instelling beskou word.

<sup>299</sup> Koschaker 2000: 105.

<sup>300</sup> Vernoem na die *Corpus Iuris Civilis*. Terwyl die C I Civ wêreldlike wette bevat het, het die C I Can geestelike of kerklike *canones* of wette bevat. Vir die geskiedenis van die C I Can sien Van den Bergh 1985: 28-9.

teenoorgestelde pole beskou moet word nie maar eerder as wederkerig aanvullend en komplimentêr ten opsigte van mekaar.<sup>301</sup> Dit bleik duidelik uit die onderhawige ondersoek dat die Kanonieke reg in die eerste plek 'n verkerstenende invloed op die Romeinse reg gehad het en dat dit tweedens die leemtes en skuiwergate wat nog in die sekulêre Romeinse begrawingsreg bestaan het aangevul en opgeklaar het.<sup>302</sup>

Desnieteenstaande moet egter aanvaar word dat die Kerk maar altyd vir homself wetgewende, uitvoerende en regterlike jurisdiksie met betrekking tot begrawing toegeëien het.<sup>303</sup> Die rede hiervoor was dat die Kerk, soos die Romeinse juriste, begrawing altyd as 'n religieuse aangeleentheid waarin die Kerk byna uitsluitlike bevoegdheid gehad het, beskou het.

---

<sup>301</sup> Selfs 'n juris van Gereformeerde tradisie soos Van der Linden, in sy notas op Voet se *Commentarius* 1 1 2: nota 1(d), betreur die feit dat die Kanonieke reg onbehoorlik daardie benaming, asook dié van Pontifikale reg dra aangesien daardie reg deur vele Christelike volke aangeneem is, waaronder ook Holland. Van der Linden beroep hom op die gesag van vele van sy landgenote, waaronder Grotius *Inleidinge* 1 1 22; Van Leeuwen 1662: 2 1 1 n 20; Bockelmann Hfst 12 en Van Oudenhoven en Van der Spiegel. Sien ook Van den Bergh 1985: 29; Wessels 1908: 131.

<sup>302</sup> Omdat die Kanonieke reg grootliks op die Heilige Skrif gegrond is, word dit soms die Goddelike reg genoem. Sien ook Lijdsman 1924: 16. Vermeersch en Creusden 1929: 1 1 par 2 verduidelik dat die Kanonieke reg voorskrifte bevat wat direk van God afkomstig is, of wat op spesiale gesag van God daargestel is en deur die hulp van die Heilige gees bevestig is. Van de Wouw: 2 beklemtoon dat die Kanonieke reg 'n teologiese dissipline met 'n juridiese metode is. Die teologie bepaal die inhoud van die Kanonieke reg, as *ius divinum*. Van de Wouw wys verder daarop dat *ratione materiae*, dit wil sê inhoudelik, staan die Kanonieke reg ook as die *Ius Sacrum* bekend aangesien dit met geestelike en nie met wêreldse sake bemoei is nie. Die uitgangspunt van die 1983 Kode van Kanonieke reg is dan ook *Salus animarum suprema lex.*, oftewel "Sielsheil stel die hoogste wet daar." Vgl Kanon 1752 van die 1983 *Codex Iuris Canonici: In causis translationis applicentur praescripta canonis 1747, servata aequitate canonica et prae oculis habita salutate animarum, quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet*. Volgens Van de Wouw tap het die Moraalteologie die Romeinse reg as belangrikste susterswetenskap van die Kanonieke reg reeds gedurende die Middeleeue verdring. *Ratione finis*, dit wil sê wat doelstelling betref, is die Kanonieke reg op sielsheil gerig. Laastens word daar soms na die Kanonieke reg as die *Ius Pontificium*, oftewel die Pouslike reg verwys.

<sup>303</sup> A Coronata 1939: 88 par 792; Many 1904: 225; Vermeersch & Creusden 1928: 1 2. Vermeersch en Creusden 1928: 1 1 par 2 verduidelik dat die Kerk, meer nog as 'n siviele gemeenskap, 'n *societas perfecta* oftewel 'n perfekte en outonome gemeenskap met wetgewende, uitvoerende en regterlike gesag is.

Lancelotti<sup>304</sup> verduidelik dat die begrawingsreg teruggespoor kan word na die Natuurreg, die Mosaïese reg sowel as Christelike regsbeginsels soos weergegee in die Heilige skrif.<sup>305</sup>

### 3.2 CORPUS IURIS CANONICI

Die *Corpus Iuris Canonici*<sup>306</sup> het vir 'n tydperk van bykans agt eeue<sup>307</sup> as die belangrikste Kanoniekregtelike bron gedien sodat dit verstaanbaar is dat daar gedurende hierdie tydperk vele kommentare daarop geskryf is. Vir doeleindes van hierdie studie word dit voldoende geag om gebruik te maak van enkele vroeë middeleeuse kommentare, ten einde die vroeë Kanonieke reg toe te lig, asook kommentare wat aan die einde van die era van die *Corpus Iuris Canonici*, dit wil sê slegs enkele dekades voor die promulgering van die 1917 Codex<sup>308</sup> verskyn het. Daar word gehoop om sodoende 'n realistiese prentjie van die vroeë Kanonieke reg te vorm.

#### 3.2.1 BERNARDUS PAPIENSIS (1150 - 1213)

Volgens Papiensis<sup>309</sup> behoort kerkgeboue (en dus ook begraafplase) *cum quadam sollemnitate*<sup>310</sup> opgerig te word. Die presiese aard en effek van

---

<sup>304</sup> 1580: 2 24.

<sup>305</sup> Lancelotti 1581: 2 24 verskaf die volgende voorbeelde: In die geval van die natuurreg is daar Abraham en sy nakomelinge: Gen 23, 25, 35 en 50. In die Mosaïese reg is daar Samuel : 1 Konings 25 : 2 en Konings 3 asook Tobit 1 en 2 (apokrief) waar Tobit 'n behoorlike begrawingsorg vir sy seun Tobias aangeprys het. Christus het ook die begrawingsorg vereer in Matt 26 terwyl Josef van Aramathea ook vir Jesus met begrawing vereer het : Matt 27. Die vroegste Christene het die relieke van die Heiliges vereer, soos in die geval van Johannes die Doper : Matt 14.

<sup>306</sup> Letterlik vertaal, die *Liggaam (Versameling) van Kanonieke reg*. Dit was die kerklike eweknie van die *Corpus Iuris Civilis* oftewel die *Liggaam van Siviele (Romeinse) Reg*: Van Zyl 1983a: 160; Van den Bergh 1985: 27-9; Koschaker 2000: 56-8; Veen 2000: 60-1; Vermeersch en Creusden 1929: vol 1 1.

<sup>307</sup> 1140 – 1917.

<sup>308</sup> *Codex Iuris Canonici*. Die verskil tussen 'n *corpus iuris* en 'n *codex iuris* is dat eersgenoemde 'n volledige versameling van wette bevat terwyl laasgenoemde 'n versameling is wat op 'n gegewe tydstip gepromulgeer is. Vermeersch en Creusden 1928: vol 1 7.

<sup>309</sup> 1861: 35. Hierin vervat Papiensis verskeie titels wat tot 'n mindere of meerdere mate vir onderhawige ondersoek van belang is, onder andere Tit. 14: *De sepulturis*;

die plegtigheid word nie deur hom beskryf nie maar hy verskaf tog enkele besonderhede,<sup>311</sup> soos die aanbring van 'n altaar, kruise ensovoorts. In al hierdie aangeleenthede is biskoplike toestemming 'n vereiste.<sup>312</sup>

Papiensis se konsep van 'n kerkgebou is dat dit die huis van God (*domus Dei*) is en as sulks behoort dit nie aan die laste wat die gewone huis te beurt val, onderwerp te word nie. As gevolg hiervan word daar dus 'n sekere immuniteit<sup>313</sup> aan kerkgeboue toegeken.

Hy beklemtoon<sup>314</sup> dat begraafplase oor dieselfde immuniteit beskik. Die betekenis van kerk- en begraafplaasimmuniteit is *...ut nullus inde per vim abstrahatur, nisi sit publicus latro...* oftewel "dat niemand hieruit met geweld verwyder word tensy hy 'n openbare rower of misdadiger is nie," wat volgens skrywer hiervan na die sogenaamde *ius asyli* of asielreg verwys waarop persone wat 'n kerk of begraafplaas binnegevlug het, aanspraak kon maak. Om hierdie rede is die hou van sekulêre funksies<sup>315</sup> en hofgedinge<sup>316</sup> in kerkgeboue en begraafplase insgelyks verbode aangesien die status van *tutela refugii*, oftewel vlugtelingsorg aan hierdie sake toegestaan word.

Immuniteit is 'n kerklike privilegie wat die vryheid van persoon en goedere waarborg.<sup>317</sup> Die immuniteit van kerkgeboue en begraafplase behels ook dat hierdie tipe saak nie vir besoedelende of oneerbiediglike

---

Tit. 15: *De ecclesiis aedificandis vel reparandis*; Tit. 16: *De immunitate ecclesiae, coemeterii et rerum ad eam pertinentium* en Tit. 17: *De raportibus et praedonibus, incendiariis et violatoribus ecclesiarum*.

<sup>310</sup> Met 'n sekere mate van plegtigheid.

<sup>311</sup> 1861: 35.

<sup>312</sup> 1861: 35.

<sup>313</sup> *immunitas*.

<sup>314</sup> 1861: 36

<sup>315</sup> *placita saecularia*.

<sup>316</sup> "*judicia saecularia*".

<sup>317</sup> 1861: 36: *Immunitas* word omskryf as 'n *...privilegium ecclesiasticae libertatis personarum vel rerum ad eam pertinentium et dicitur immunitas quasi extra munia vel munera...*

gebruik<sup>318</sup> soos die brand van kalk, die grawe van sand ensovoorts aangewend mag word nie. Enige persoon wat hom aan die skending van die immunitet van kerkgeboue en begraafplase skuldig gemaak het, het die misdaad heiligskennis <sup>319</sup> gepleeg.<sup>320</sup>

### 3.2.2 HOSTIENSIS ( 1200 - 1271)

Hostiensis<sup>321</sup> publiseer sy *Summa Aurea*<sup>322</sup> in 1250. Hy maak slegs enkele karige opmerkings in verband met begraafplase en graftombes.<sup>323</sup> Hy tref 'n onderskeid tussen 'n *sepultura*, wat hy omskryf as 'n *locus concavus in ecclesiastico cimiterio fact. in q.*<sup>324</sup> *corpus catholici conquiescit* - " 'n uitgeholde plek in 'n kerklike begraafplaas waarin die liggaam van 'n Katolieke begrawe is" en 'n *sepulchrum*, wat hy in siviëlregtelike terme definieer as *...sepulchrum est locus in quo corpus hominis ossave condita sunt* – " 'n plek waarin 'n menslike liggaam of beendere begrawe is", of 'n plek wat deur 'n private persoon vir begraving bestem is. Daar word dus gemerk dat Hostiensis reeds 'n onderskeid tref tussen grafte en begraafplase wat deur die kerk vir (Katolieke) gelowiges opgerig is en wat vir dié *doel* bestem is aan die een kant, en graftombes en begraafplase wat volgens die burgerlike reg vir die algemene publiek bestem is.

Dit is interessant dat hy die woord *conquiescit*, oftewel "ontslape" ten opsigte van die ontslapenes wat in die kerklike begraafplaas begrawe is, gebruik terwyl hy dit nie doen in die geval van siviele begraafplase nie. Met die gebruik van hierdie term dui Hostiensis aan dat die

---

<sup>318</sup> *sordida*.

<sup>319</sup> *sacrilegium*.

<sup>320</sup> 1861:14. Heiligskennis kan omskryf word as die ongeoorloofde gebruik (*usus iniuriosus*) van 'n gewyde saak.

<sup>321</sup> Henricus de Segusia (-1217), kardinaal van Ostia.

<sup>322</sup> Ook bekend as die *Summa Hostiensis*.

<sup>323</sup> 1605: 3 Tit *De sepulturis*.

<sup>324</sup> Sic. Die afkorting staan vir "*factus in quo*" en verwys na 'n *locus* of plek wat in 'n kerkbegraving aangebring is.

Wederopstandingsleer reeds op hierdie stadium die grondslag van die Christelike begrawingsreg vorm.

Papiensis<sup>325</sup> het aangedui dat begraafplase in die Kanonieke reg nie deur *illatio corporis* nie, maar wel deur liturgiese plegtigheid (konsekrasie) gevestig is. Hostiensis maak geen melding van die konsekrasie van begraafplase nie aangesien hy nie die oprigting van begraafplase as sodanig behandel nie. Hy<sup>326</sup> dui egter aan dat hy nie slegs die bestemming van grond vir begrawingsdoeleindes beskou het as die feit wat religiositeit aan 'n stuk grond verleen nie, maar wel *illatio corporis*.<sup>327</sup>

In Hoofstuk II<sup>328</sup> is aangetoon dat die Romeinsregtelike tekste nie die term *coemeterium* of begraafplaas aanwend nie aangesien 'n begraafplaas in die moderne sin van die woord onbekend was aan die Romeinse juriste. Begrawing in stedelike gebiede of openbare plekke was immers verbode. Begrawing het dus grootliks plaasgevind in grond wat privaateiendom was. Dit is egter opmerklik dat beide Papiensis en Hostiensis<sup>329</sup> alreeds die term *coemeterium* oftewel begraafplaas besig. Begraafplase staan egter grootliks onder kerklike, in teenstelling met sekulêre jurisdiksie. Die blote afbakening of bestemming<sup>330</sup> as sulks vestig nie 'n religieuse saak nie maar wel die konsekrasie daarvan as begraafplaas volgens Kanonieke reg, of *illatio corporis* in terme van die burgerlike reg. Latere Romaniste sou hierdie sekulêre regsbeginneel by wyse van spreuk so uitdruk: *Non destinatio sed illatio facit locum religiosum* - "Bestemming alleen vestig nie 'n begraafplaas nie, maar wel begrawing".

---

<sup>325</sup> 1861: 25.

<sup>326</sup> 1605: 3 *De sepulturis*.

<sup>327</sup> 1605: 3. In hierdie verband staan hy dus sterk onder Romeinsregtelike invloed: *Quando vero sepultura dicitur terra deputata sepulturae: hoc similiter si pura sit vendi potest ... secus si sit cimiterio vel si ibi aliquis sepultus fuerit ff. de rei vend. qui religiosus*.

<sup>328</sup> Waar die Romeinsregtelike posisie aangespreek is.

<sup>329</sup> 1605: 3 *De sepulturis*.

<sup>330</sup> *Destinatio*.

### 3.2.3 DEVOTUS ( 1744 – 1820 )

Johannes Devotus was werksaam in die era van die sogenaamde *ius novum*, oftewel die nuwe reg.<sup>331</sup> Devotus<sup>332</sup> wys daarop dat plekke wat vir begraving van die liggame van gestorwe Christene bestem is reeds vanaf die vroegste tye as *coemeteria* bekend staan. Hiervoor blyk daar twee redes te wees: (i) Die liggame van Christengelowiges rus daar asof in diepe slaap<sup>333</sup>; (ii) Sodanige liggame sal met die wederkoms van Christus weer opgewek word.<sup>334</sup>

Devotus gaan voort om die geskiedenis van begraafplase en kerkgrafte uiteen te sit. Een van die redes waarom Christene vanaf die vroegste tye in kerkgeboue, wat eintlik vir die erediens bestem is begrawe wou wees, is omdat hulle dan in die teenwoordigheid van die erediens geslaap het en dit sodoende as't ware bygewoon het.

Daar word egter met Many<sup>335</sup> saamgestem dat die gebruik eerder ontstaan het deur die gewoonte om kerkgeboue oor die graftombes van ontslape martelare, heiliges of gelowiges op te rig.<sup>336</sup> Devotus<sup>337</sup> wys daarop dat dit in sy tyd algemene gebruik onder Christene was om in kerkgeboue te begrawe maar dat daar terselfdertyd ook *coemeteria*<sup>338</sup>,

---

<sup>331</sup> Vermeersch en Creusden 1928: 37.

<sup>332</sup> 1758: 1 9 1 *De sepulturis*.

<sup>333</sup> Devotus 1758: 191: *...quasi fidelium corpora iacerent in loco dormitionis*. Devotus se bewysplaas is hier 1 Thessalonisense 1 13 (hy verwys foutiewelik na 1 12). A Coronata 1939: 1 791: *Coemeterium ( ...dormitorium) est locus sacer ad cadavera fidelium sepelienda legitime deputatus*.

<sup>334</sup> Devotus 1758: 191: *unde Christo adveniente excitarentur*. Devotus se bewysplaas is 1 Thesalonisense 1 13. Hy haal egter foutiewelik 1 12 aan. Hy beskryf 'n *coemeterium* soos volg: *Sunt autem coemeteria loca religiosa, solemni episcopi benedictione humanis fidelium cadaveribus addicta, eaque prope ipsas ecclesias sita esse solent. Ubi nulla sunt coemeteria ab ecclesiis distincta, christiani in ipsis ecclesiis sepeliuntur, nefas autem est eorum aliquem in loco profano sepulturam habere*.

<sup>335</sup> 1907: 232.

<sup>336</sup> Sien ook Meerman 1512: 28; Van Leeuwen 1780: 2 1 9;

<sup>337</sup> 1758: 1 9 2.

<sup>338</sup> Devotus 1758: 1 9 2 vermeld *...coemeteria in quibus mortuorum corpora humo teguntur* – "begraafplase waarin menslike liggame met grond bedek is". Sien ook *Rituale*



oftewel begraafplase aangrensend aan kerkgeboue was. Vandaar die term *kerkhof*.

Devotus<sup>339</sup> beskryf 'n *coemeterium* as 'n religieuse plek wat deur plegtige biskoplike seën volgens kerklike ritus<sup>340</sup> aan die begrawing<sup>341</sup> van die menslike liggaam gewy<sup>342</sup> is.<sup>343</sup> Waar daar geen afsonderlike begraafplaas was nie is Christene in die kerkgebou self begrawe.<sup>344</sup>

In teenstelling met die sekulêre Romeinse reg, waarvolgens 'n privaat individu 'n plek deur die blote begrawing<sup>345</sup> van 'n liggaam daarin *religiosus* kon maak,<sup>346</sup> vereis die Kanonieke reg plegtige biskoplike seën vir die toesegging van 'n graftombe of begraafplaas aan die begrawingsdoel of –bestemming. Christene word verbied om in profane grond, dit wil sê grond wat nie deur plegtige biskoplike seën gewy is nie, te begrawe. 'n Oortreding van hierdie beginsel is sonde<sup>347</sup> en dus 'n vergryp teen die Kanonieke Reg.<sup>348</sup>

Dit beteken egter nie dat die Kanonieke reg geen ander begraafplase as kerklike begraafplase erken het nie, want *ratione auctoritate a qua constituuntur coemeteria*,<sup>349</sup> dit wil sê op grond van die gesaghebbende wat 'n spesifieke begraafplaas opgerig het, is begraafplase ingedeel in

---

*Romanum* uitg Paulus V, *De Exequiis: Sepeliendi mortuos in coemeterio, retineatus et ubi fieri potest, restituatur.*

<sup>339</sup> 1758: 192.

<sup>340</sup> Sien *Rituale Romanum* Paulus V uitg *De Sepulturis*.

<sup>341</sup> *Humandis* beteken letterlik *vir bedekking met aarde of grond*.

<sup>342</sup> *addicta*.

<sup>343</sup> Sien ook Vermeersch en Creusen 1928: 3212; Many 1907: n 137; A Coronata 1939: 14; Tondini 1927: *passim*; Cocchus 1942: 3212; Bouscaren en Ellis 1939: 651.

<sup>344</sup> Devotus 1758: 192.

<sup>345</sup> *illatio corporis*.

<sup>346</sup> Inst 219.

<sup>347</sup> *Nefas*.

<sup>348</sup> Begrawing moes eerder in die kerkgebou self geskied.

<sup>349</sup> In terme van die gesaghebbende wat vir die stigting van 'n begraafplaas verantwoordelik was.

siviele en kerklike begraafplase.<sup>350</sup> Alhoewel eersgenoemde dikwels deur die wêreldse owerhede besit en gereguleer word, beteken dit egter nie dat die kerk nie sy eie jurisdiksie soos die seën en wyding van spesifieke grafpersele daarin kan uitoefen nie.<sup>351</sup>

### 3.2.4 MANY (fl.c. 1907)

Many was 'n Kanonis wat 'n uitvoerige monograaf met religieuse sake as onderwerp slegs enkele jare voor die vervanging van die *Corpus Iuris Canonici* deur die 1917 *Codex Iuris Canonici* gepubliseer het.<sup>352</sup>

Nadat Many<sup>353</sup> die kerk se reg om sy eie begraafplase te besit beklemtoon het, behandel hy die geval waar daar nie 'n eie begraafplaas, of ten minste 'n gedeelte van 'n begraafplaas wat gekonsekreer kan word, beskikbaar is nie.<sup>354</sup> Die regsposisie onder die *Corpus Iuris Canonici* kan soos volg opgesom word: 'n Graf wat nie deur biskoplike konsekrasie gewy is nie of wat nie in 'n gewyde begraafplaas geleë is nie, het profaan gebly en het nooit *locus sacer*<sup>355</sup> geword nie.<sup>356</sup> Daar het 'n verpligting op die priester gerus om gedurende die verloop van die begrawingsdiens elke oop graf<sup>357</sup>, asook elke gevulde graf<sup>358</sup> te seën<sup>359</sup>. Hierdie seën moes geskied ooreenkomstig die seënformulier soos in die *Rituale Romanum*<sup>360</sup> uiteengesit.

---

<sup>350</sup> A Coronata 1939: 87-8 par 791.

<sup>351</sup> A Coronata 1939: 87-8 par 791.

<sup>352</sup> Many 1907: 4 1 143.

<sup>353</sup> 1907: 4 1 143.

<sup>354</sup> Many 1907: 4 1 143.

<sup>355</sup> Dit is *religiosus*.

<sup>356</sup> Many 1907: 4 1 43. Pichardus 1651: 2 1 huldig die mening dat die rede waarom die wyding van grafte in die Kanonieke reg pouslike of biskoplike bemiddeling benodig het, die feit is dat grafte en begraafplase in verhouding met kerkgeboue gestaan het soos genus en spesie. Perezus 1670: 2 1.

<sup>357</sup> *Fossa*.

<sup>358</sup> *sepulchrum*.

<sup>359</sup> *benedicere*.

<sup>360</sup> 6 3 12.

Hierdie reël is in die 1983 *Codex* herbevestig.<sup>361</sup> Sodanige seën was nie konsekratief van aard<sup>362</sup> nie maar wel invokatief<sup>363</sup> en Many beklemtoon dat daar twyfel bestaan het of laasgenoemde tipe graf *locus sacer* in die behoorlike sin van die woord geword het.<sup>364</sup> *Pollutio* oftewel besoedeling van so 'n graf was byvoorbeeld nie moontlik nie en in hierdie opsig het hierdie tipe graf dus minder beskerming geniet as gekonsekreerde kerkgeboue, begraafplase of grafte.<sup>365</sup> 'n Graf wat selfs hierdie relatief eenvoudige seremonie nie ondergaan het nie was tegnies gesproke nie 'n gewyde plek wat enige Kanoniekregtelike beskerming geniet het nie.<sup>366</sup>

### 3.3 CODEX IURIS CANONICI (1917)

In 1917 word die eeue oue *Corpus Iuris Canonici* deur 'n meer moderne kode, die *Codex Iuris Canonici* vervang. Weens ruimtelike gebrek word slegs enkele kommentare op hierdie Kode ondersoek.

#### 3.3.1 COCCHUS (fl. C. 1942)

Guidus Cocchus se *Commentarius*<sup>367</sup> op die Kanonieke reg verskyn etlike dekades na die inwerkingtreding van die 1917 *Codex*. Hy<sup>368</sup> skryf die respek wat Christene vir die menslike liggaam het toe aan die leer van die

---

<sup>361</sup> Kanon 1240 (2).

<sup>362</sup> *benedictio consecrativa*.

<sup>363</sup> *benedictio invocativa*.

<sup>364</sup> Many 1907: 4 1 143; Bouscaren en Ellis 1939: 653 verduidelik dat verskillende seenformuliere op verskillende tipes grafte of begraafplase betrekking gehad het: Vir 'n plegtige wyding (konsekrasie) was dit die Pontifikale Formulier, vir 'n eenvoudige seën van 'n begraafplaas was dit die *Rituale Romanum* 10 10 n 22, terwyl *Rit Rom* 7 3 n 12 van toepassing was op 'n eenvoudige graf wat deur 'n gewone priester geseën kon word. Sien ook Van Groessen en Van Vlissingen 1947: 701.

<sup>365</sup> Van Groessen en Van Vlissingen 1947: 701.

<sup>366</sup> Van Groessen en Van Vlissingen 1947: 701.

<sup>367</sup> Cocchus 1942: 3 2 11.

<sup>368</sup> Cocchus 1942: 3 2 11.

wederopstanding van die vlees<sup>369</sup> en die ewige saligheid<sup>370</sup> wat aan die einde van tye<sup>371</sup> ondervind sal word.

Die Christelike Kerk<sup>372</sup> het reeds van oudsher die tradisie aangehang om die liggame van Christengelowiges<sup>373</sup> wat in heiligheid sterf<sup>374</sup> in 'n gewyde plek te begrawe. Die rede waarom dit met verloop van eeue Christelike tradisie geword het om voorkeur aan begraving bo enige ander dodeversorgingsvorm te verleen, is die feit dat die begravingstradisie ouer, natuurliker,<sup>375</sup> meer algemeen en meer in ooreenstemming met piëteit en religieuse gevoelens is as enige ander metode van finale beskikking oor die menslike liggaam.<sup>376</sup> Hierdie tradisie word voortgesit in die 1983 *Codex*.<sup>377</sup>

Vervolgings word aandag aan Cocchus se omskrywing van 'n begraafplaas geskenk.<sup>378</sup> Anders as in die sekulêre reg is 'n begraafplaas nie slegs 'n stuk afgesonderde grond wat vir begraving bestem is en waarin daar reeds 'n liggaam begrawe is nie. Dit verkry sy bestemming en gewyde aard van die biskoplike seën wat óf *solemniter* óf *simpliciter* volgens die goedgekeurde liturgiese boeke en ritus van die kerk uitgespreek word. Die skepping van 'n Christelike begraafplaas geskied dus, anders as wat

---

<sup>369</sup> *Ob fidem in dogma resurrectionis*. Cocchus verwys na die apostel Paulus se woorde in Thessalonisense 4 12.

<sup>370</sup> *aeterna beatitudo*.

<sup>371</sup> *post finem saeculorum*.

<sup>372</sup> *Ecclesia Catholica*.

<sup>373</sup> Die term Christengelowiges het die volgende persone wat vir kerklike begraving gediskwalifiseer is, uitgesluit : Ongelowiges, kettters, selfmoordenaars en diegene wat in tweevegte omgekome het : Perezus 1670: 2 1.

<sup>374</sup> *corpora fidelium sancte decedentium*.

<sup>375</sup> Dit wat uit die aarde geneem is, moet daartoe terugkeer.

<sup>376</sup> Hy beroep hom op Genesis en antieke Hebreeuse en Chaldese gewoonte.

<sup>377</sup> Kanon 1176. Vir die geskiedenis van die Christelike begravingstradisie sien A Coronata 1939: 87 par 790; Many 1907: 137.

<sup>378</sup> *Coemeterium a graeca voco ... (= accubitorium, dormitorium) est locus sepulturae destinatus et definitur: Locus, secundum ritus in probatis liturgicis libris traditus, benedictus sive solemniter sive simpliciter, in quo cadavera fidelium sepelienda sunt.*

die geval in die Romeinse reg is, nie deur middel van die handeling van 'n private individu nie maar wel deur biskoplike handeling.<sup>379</sup>

### 3.3.2 BOUSCAREN EN ELLIS ( fl. c. 1939)

In hul kommentaar<sup>380</sup> op die 1917 *Codex Iuris Canonici* toon Bouscaren en Ellis<sup>381</sup> dat Christene vanaf die vroegste tye om twee gewigtige redes begrawing as dodeversorgingsvorm verkies het: Eerstens weens hul geloof in die wederopstanding van die menslike liggaam en tweedens uit respek vir die menslike liggaam as sulks wat as lid van die liggaam van Christus beskou is.

Christene, en die kerk dus, het verassing as dodeversorgingsvorm afgekeur, nie omdat hulle geglo het dat dit die wederopstanding kon verhinder of benadeel nie maar juis omdat laasgenoemde 'n sienswyse was wat deur vervolgers van die vroeë martelare gehuldig was. Die rede vir die verbod was om te verhinder dat Christene hul dooies op dieselfde wyse, en moontlik met dieselfde motiewe, as hul vervolgers versorg.<sup>382</sup>

### 3.4 CODEX IURIS CANONICI ( 1983)

In 1983 word die 1917 *Codex* deur 'n nuwe kode vervang. Hierdie kode is tans nog geldig.<sup>383</sup> In hierdie *Codex* word begraafplase op gelyke voet met kerkgeboue as heilige plekke behandel.<sup>384</sup> Dit is plekke wat deur die

---

<sup>379</sup> Die term *accubitorium* wat Cocchus as sinoniem vir *coemeterium of dormitorium* gebruik, en wat skrywer hiervan by geen ander skrywer kon naspeur nie, het 'n interessante etimologiese agtergrond. Cassel se Latynse woordeboek gee die volgende betekenisse weer: "*to lie beside*"; "*to recline at table*"; "*next to*"; "*at the house*"; "*to take your place*" (as gas). Die indruk word dus gewek dat hierdie term meer op lewendes as op gestorwenes van toepassing is. In hierdie konteks druk dit egter die mistiek van die wederopstandingsleer uit.

<sup>380</sup> Bouscaren en Ellis 1939: 651-2.

<sup>381</sup> 1939: 651.

<sup>382</sup> Cocchus 1942: 3 2 1 12.

<sup>383</sup> Ioannis Paulus II 1983. Die amptelike Engelse vertaling is *The Code of Canon Law* Collins 1983.

<sup>384</sup> Ioannis Paulus PP 1983: Deel III tit 1 *De locis sacris*.

wyding<sup>385</sup> of seën<sup>386</sup> wat in die liturgiese tekste voorgeskryf word aan die goddelike erediens of begraving van gelowiges toegewy word.<sup>387</sup>

Die 1983 Kode<sup>388</sup> bevat slegs vier *canones*, naamlik *canones* 1240 tot 1243, wat spesifiek op begraafplase betrekking het. Dit is 'n beknopte maar omvattende weergawe van die tradisionele Kanonieke begrawingsreg, soos in die Kodes van 1140 en 1917 vervat. Dit bevat natuurlik ook belangrike wysigings.

Kerklike begraafplase word slegs vir begraving van gelowiges bestem en word deur biskoplike seën gevestig.<sup>389</sup>

Waar gelowiges egter buite 'n kerklike begraafplaas begrawe word, word vereis dat die individuele grafte deur die biskop of ander kerkbeampte geseen word.<sup>390</sup> Parogieë, religieuse instellings, ander juridiese persone, asook families word gemagtig om hul eie begraafplase of kommunale grafpersele te besit en hierdie grafte of grafpersele moet volgens biskoplike oordeel geseen word.<sup>391</sup> Daar word 'n uitdruklike verbod op begraving in kerkgeboue geplaas.<sup>392</sup> Laastens maak die Codex ook voorsiening vir dissiplinêre maatreëls op plaaslike vlak met betrekking tot die beskerming van die waardigheid en piëteit van begraafplase.

### 3.5 DIE IUS SEPULCHRI

Met die term *ius sepulchri* verstaan ons die reg wat 'n persoon het ten opsigte van 'n spesifieke graf, grafkelder of begraafplaas, en meer bepaald die reg om of daarin begrawe te word of om ander daarin te begrawe.

---

<sup>385</sup> *Dedicatio*.

<sup>386</sup> *Benedictio* wat in die liturgiese boeke voorgeskryf word.

<sup>387</sup> Canon 1205.

<sup>388</sup> Ioannis Paulus PP 1983: Bk 4 Deel 3 Tit 1 Hfst 5 *De coemeteriis*.

<sup>389</sup> Kanon 1240 (1).

<sup>390</sup> Kanon 1240 (2).

<sup>391</sup> Kanon 1241 (1) en (2).

<sup>392</sup> Kanon 1242. Die pous, kardinale en biskoppe is vrygestel van dié verbod.

Dit is 'n aangeleentheid van groot belang vir doeleindes van hierdie studie, soos later hieronder uit die bespreking van die Romeins-Hollandse-<sup>393</sup> en Suid-Afrikaanse reg<sup>394</sup> sal blyk, aangesien dit in noue verband staan met die vraag of begraafplase in die hedendaagse reg vatbaar is vir eiendomsreg en handelstransaksies, al dan nie.

Die vraag ontstaan egter wat die aard en omvang van sodanige reg is en of dit byvoorbeeld 'n saaklike- of persoonlike reg is, en indien eersgenoemde, hoe dit verband hou met eiendomsreg.

Verdere vrae wat in hierdie verband mag opduik, is of 'n graf volgens Kanonieke reg verkoop of andersins vervreem mag word en of dit slegs die *ius sepulchri* is wat van die hand gesit mag word.

Many<sup>395</sup> verwys na die verkryger van die *ius sepulchri* as die koper (*emptor*) daarvan. Volgens hom verkry die *emptor* die reg om sy liggaam in die graf waarop die *ius sepulchri* betrekking het, te laat begrawe. Indien die *emptor* hierdie reg vir homself, sowel as sy bloedverwante en erfgename<sup>396</sup> koop, verkry ook laasgenoemde persone daardie reg.

Volgens Galliese reg, wat in ooreenstemming met die Romeinse reg is, is die *ius sepulchri* hoegenaamd nie eiendomsreg<sup>397</sup> nie maar wel 'n spesifieke en eksklusiewe, voorafbepaalde gebruiksreg – dit is 'n *ius ad usum determinatum et exclusivum*.<sup>398</sup> Die *ius sepulchri* neem nie die *proprietas* of eiendomsreg van 'n begraafplaas, wat by die munisipaliteit of ander plaaslike owerheid berus, weg nie. Die *ius sepulchri* is dus 'n persoonlike gebruiksreg vir begrawingsdoeleindes.<sup>399</sup> In die geval van 'n kerklike begraafplaas sal koop en verkoop van die *ius sepulchri* ook nie op

---

<sup>393</sup> Hfst 10 hieronder.

<sup>394</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>395</sup> 1907: 256.

<sup>396</sup> *pro se et suis cognatis et heredibus*.

<sup>397</sup> *ius proprietatis*.

<sup>398</sup> 1907: 256.

<sup>399</sup> *ad usum sepulturae causa*.

simonie<sup>400</sup> neerkom nie, aangesien dit nie die vermoënskompleks (begraafplaas of graf) as sulks is wat verkoop word nie maar wel die gebruiksreg ten opsigte daarvan.<sup>401</sup>

Die Kanonieke reg bepaal dat geen geldsom *tanquam pretium*, dit is as koopprys vir 'n gewyde saak gevra mag word nie. Dit sou op simonie neerkom. Daar bestaan egter geen beletsel op 'n geldelike heffing *alia titulo* ten opsigte van 'n gewyde saak, soos byvoorbeeld 'n onderhoudsheffing nie.<sup>402</sup> Sodanige heffing mag egter nie op 'n voorwaarde vir begrawing in die betrokke begraafplaas neerkom nie.<sup>403</sup>

Die sogenaamde "koper" van 'n familiegraf verkry geen eiendomsreg nie maar slegs die *usum privatum* van die grond waarin die graf geleë is. Die reg van die "koper" het as teenkant 'n verpligting wat op die kerk rus om toe te laat en toe te sien dat slegs lede van die "koper" se familie of slegs sy erfgename, met die uitsluiting van alle ander persone, daar begrawe word. Dit is dan hierdie verpligting wat die kerk opneem wat in wêreldse geldmate gemeet kan word en nie die gewyde grond as sulks nie.<sup>404</sup>

### 3.6 ONTHEILIGING (*EXSECRATIO*) VAN BEGRAAFPLASE

Dit was 'n algemene reël van die tradisionele Kanonieke reg dat *exsecratio coemeterii*, oftewel ontheiliging van 'n graftombe of begraafplaas ontoelaatbaar was,<sup>405</sup> behalwe in uitsonderlike gevalle. Ontheiliging is erken wanneer dit as gevolg van natuurlike of kwasi-

---

<sup>400</sup> Die term *simonie* is afkomstig van Simon Magus ( Handeling 8 18-24 ) en dui die verbode koop en verkoop van geestelike sake aan. Livingstone 1966: 534; Aquinas 1960: iia IIae 100; Glenn: 1960 252.

<sup>401</sup> Many 1907: 705.

<sup>402</sup> Many 1907: 256.

<sup>403</sup> Many 1907: 256.

<sup>404</sup> Many 1907: 256.

<sup>405</sup> Reclusius 1773: 2 3 vn 22-8 105 109 het betoog dat ontheiliging wel kon geskied, soos byvoorbeeld waar die houtkruis deur 'n vuur verkeer is. Many 1907: 245 is oortuig dat Reclusius dwaal, en toon aan dat 'n begraafplaas op die bestaan van grond, en nie houtkruis berus nie; Sien ook Van Groessen en Van Vlissingen 1947: 703 par 645; Vermeersch en Creusen 1928: 3 486.



natuurlike gebeurtenisse plaasgevind het, soos wanneer die begraafplaas deur *vis major* in die vorm van 'n aardbewing of 'n soortgelyke ramp totaal ongeskik gemaak is vir die begrawingsdoel.<sup>406</sup> Die blote feit dat die ringmure van 'n begraafplaas egter verkrummel of verval het of vernietig is, het niks verander aan die gewyde aard van die begraafplaas nie.

Die 1983 *Codex* verklaar die volgende omstandighede as *causae exsecrationis* van enige gewyde plek:<sup>407</sup>

- (i) verwoesting van die grootste gedeelte daarvan;
- (ii) die redusering daarvan tot permanente profane gebruik deur die dekreet van 'n bevoegde kerkbeampte; en
- (iii) die *de facto* redusering daarvan tot permanente profane gebruik.

### 3.7 PROFANATIO COEMETERIORUM

Alhoewel 'n kerklike begraafplaas op enkele uitsonderings na nie 'n *exsecratio* kon ondergaan nie, het die Kanonieke reg tog die *profanatio cemeteriorum* onder sekere omstandighede toegelaat. Die profanisering van 'n begraafplaas kan omskryf word as die beskikbaarstelling van sodanige begraafplaas vir profane gebruik deur 'n wettige gesaghebbende.<sup>408</sup> Die Konsilie van Trente (1545 – 1563) het alreeds voorsiening gemaak vir die profanisering van 'n begraafplaas deur die betrokke biskop.<sup>409</sup>

Waar 'n begraafplaas aangrensend<sup>410</sup> is tot 'n kerkgebou wat deur die biskop geprofaniseer word weens die bouvallige toestand waarin dit verkeer het, of om enige ander geldige rede, sal sodanige begraafplaas *ratione vicinitatis*, *ratione proprietatis* en *ratione destinationis*, dit wil sê op die basis van aangrensendheid, gemeenskaplike eiendomsreg of

---

<sup>406</sup> Many 1907: 245 par 145; Van Groessen en Van Vlissingen 1947: 703.

<sup>407</sup> Kanon 1212.

<sup>408</sup> Many 1907: 246 par 146.

<sup>409</sup> Many 1907: 246 par 146.

<sup>410</sup> *contiguum*.

soortgelyke bestemming ook geprofaniseer word. Die rede hiervoor is dat so 'n begraafplaas as gevolg van *accessio* 'n ondergeskikte deel van die kerkgebou uitmaak. Laasgenoemde is die hoofsaak terwyl die begraafplaas die bysaak is.<sup>411</sup>

Laastens verdien ook vermeld te word dat waar daar 'n stuk grond, of deel daarvan wat as begraafplaas *bestem* is maar nog nie as sodanig gewy is nie, verkoop is, het die gewone Kanoniekregtelike en sekulêre reëls wat op die verkoop van profane kerklike goedere betrekking het toepassing gevind. Die blote afsondering van 'n stuk grond, selfs vir die begrawingsdoel, het nog geensins 'n gewyde plek volgens Kanonieke reg daargestel nie. Die gewyde saak neem sy gewyde aard immers eers aan met uitvoering van die konsekrasiehandeling.<sup>412</sup>

Kanon 1187 van die 1917 Codex het 'n biskop gemagtig om 'n kerkgebou of begraafplaas wat nie meer vir die erediens of begrawing gebruik kon word nie, te sluit en tot profane gebruik wat nie onrein (*sordidum*) is nie te reduseer. In die 1983 Codex word die reg met betrekking tot die profanisering van begraafplase nog verder verslap. Kanon 1222(1) bepaal dat indien dit geensins meer moontlik is om die erediens in 'n kerkgebou te hou nie (of om in 'n begraafplaas te begrawe nie) en indien daardie moontlikheid nie herstel kan word nie, die biskop van die betrokke parogie die gebruik (*usus*) van die kerk of begraafplaas tot profaan, maar nie tot onrein<sup>413</sup> nie, kan verklaar.

---

<sup>411</sup> Die Kanoniekregtelike spreuk *Accessorium sequi debet naturam principalis* – “Die bysaak behoort die aard van die hoofsaak te volg” was hier van toepassing: Many 1907: 245; Frances 1698: 287 – 294.

<sup>412</sup> Sien Papiensis 25 hierbo : *non destinatio sed illatio seu consecratio facit locum religiosum*.

<sup>413</sup> *sordidum*.

### 3.8 VERBODE HANDELINGE TEN OPSIGTE VAN BEGRAAFPLASE

Volgens tradisionele Kanonieke reg was daar eerbied aan 'n gewyde begraafplaas verskuldig en om dié rede is veelvuldige maatreëls ontwikkel wat gerig was op die voorkoming van die pleeg van onreine of oneerbiediglike handeling in, of ten opsigte van begraafplase. Alhoewel daar geen *numerus clausus* was nie kon hierdie sogenaamde ontoringshandeling tog in twee kategorieë ingedeel word.

Aan die eenkant was daar 'n geslote aantal handeling wat gelei het tot *pollutio coemeteriorum*, oftewel besoedeling of besmetting van 'n begraafplaas en om daardie spesifieke rede verbode was, terwyl daar ook die kategorie handeling was wat geen fisiese besoedeling as sodanig ingehou het nie maar wat wel van religieuse of morele oneerbiedigheid teenoor die begraafplaas self, of die gestorwenes wat daarin gerus het, getuig het.

Daar was 'n belangrike verskil in effek tussen besoedelingshandeling en oneerbiediglike handeling. Wanneer 'n begraafplaas op een of ander wyse besoedel is, is geen nuwe begraving daarin toegelaat nie totdat 'n versoeningseremonie (*reconciliatio coemeterii*) plaasgevind het nie.<sup>414</sup> Die oneerbiedige handeling aan die ander kant, het geen sodanige effek gehad nie maar was *per se* verbode, of indien dit sekulêre regshandeling was, met nietigheid getref.

---

<sup>414</sup> Kanon 1173 van die 1917 Codex het bepaal dat dit ongeoorloofd (*nefas*) was om die erediens in 'n geskonde kerkgebou te vier, die sakramente daarin te bedien of liggame daarin te begrawe alvorens rekonsiliasie nie plaasgevind het nie. Rekonsiliasie moet so spoedig moontlik (*quam citissime*) na die besoedeling plaasvind.

Kanon 1211 van die 1983 Codex het betrekking op rekonsiliasie. Gewyde plekke mag nie vir die hou van die erediens of vir begraving gebruik word nie alvorens die *iniuria* nie volgens die penitensiële ritus wat in die liturgiese boeke bevat is deur middel van rekonsiliasie uitgewis is nie. Laasgenoemde kode gebruik egter nie die term *rekonsiliasie* as sulks nie maar verwys wel na die *regstelling van die iniuria – iniuria reparatur*.

Besoedeling of besmetting van 'n begraafplaas kon geskied deur die vergieting van liggaamstowwe soos bloed,<sup>415</sup> deur die begraving van gekommunikeerdes<sup>416</sup> en deur moord of ander vorm van menseslagting in die begraafplaas.<sup>417</sup>

In die 1983 Codex word die skending van alle gewyde plekke gesamentlik gereël. Kanon 1211 bepaal dat gewyde plekke geskend word deur handeling wat daarin gepleeg word en wat so 'n ernstige benadeling<sup>418</sup> inhou, asook so skandalig is vir die gelowiges,<sup>419</sup> dat dit volgens oordeel van die plaaslike biskop sodanig teenstrydig is met die heiligheid van die plek dat die erediens nie daar beoefen kan word nie (of 'n begraving nie daarin kan plaasvind nie), alvorens die gewyde plek nie volgens die penitensiële ritus wat in die voorgeskrewe liturgiese boeke vervat is van die onreg herstel is nie.

Dan was daar ook die oneerbiediglike handeling wat teen die *immunitas* waarmee begraafplase teen profane gebruik bekleed was, ingedruis het.<sup>420</sup> Die volgende dien as voorbeelde:

- (i) *Judicia saecularia*, oftewel die hou van sekulêre hofgedinge in 'n begraafplaas. Hofgedinge en hofsittings wat teenstrydig met hierdie verbod gehou is, was nietig en van geen krag nie.
- (ii) *Negotiones et nundinae*, oftewel handels – en marktransaksies. Ook hierdie transaksies is met nietigheid getref;<sup>421</sup>
- (iii) Terwyl laasgenoemde handeling deur die positiewe Kanonieke reg verbied is, het daar ook nog 'n natuurregtelike of tradisionele verbod gegeld op enige tipe handeling wat aanstootlik was vir die heiligheid van

---

<sup>415</sup> *effusio sanguinis aut seminis humani*.

<sup>416</sup> *sepultura excommunicatorum vitandorum*.

<sup>417</sup> *homicidium*.

<sup>418</sup> *graviter iniuriosas*.

<sup>419</sup> *cum scandalo fidelium*.

<sup>420</sup> Papiensis *Summa Decret. XXIV De sepulturis*, hierbo; Hostiensis *Summa III*.

<sup>421</sup> Many 1907: 252 par 150.

'n begraafplaas. Voorbeelde van sodanige handeling is die dors van koring, die trap van wyn, die hou van danspartytjies, spele en jolyt asook die wyding van vee en ander diere.<sup>422</sup>

Die 1917 Codex het 'n verpligting gelê op diegene aan wie die sorg van kerkgeboue (en dus ook van begraafplase) toevertrou is om toe te sien dat die sindelikheid (*munditia*) van die huis van God of die rusplek van die gestorwe gelowiges eerbiedig word. 'n Spesifieke verpligting is ook op bogenoemde toesighouers geplaas om handelstransaksies en handelsmarkte uit die kerkgebou of begraafplaas te weer, selfs al is dit *ad piam causam* bedryf. Daar word egter geen uitdruklike verbod op regspleging in 'n begraafplaas in die 1917 Codex aangetref nie terwyl verbode transaksies ook nie uitdruklik met nietigheid getref word nie.

Vele van bogenoemde maaatreëls word nie uitdruklik in die 1983 Codex opgeneem nie. Kanon 1210 van laasgenoemde Kode bepaal egter wel in breë trekke dat in alle heilige plekke slegs dit toegelaat word wat gerig is op die bevordering van die *cultus, pietas* of *religio*. Enigiets wat nie met die heiligheid van 'n begraafplaas harmoniseer of rym nie is verbode. Die biskop beskik egter oor die bevoegdheid om op 'n individuele en voorwaardelike grondslag ander gebruike wat nie met die heiligheid van die plek teenstrydig is nie, daarin toe te laat.

Aangesien geloofsoortuiging, menswaardigheid en piëteit die basiese dryfvere van die ganse begrawingsreg is, is 'n groot deel van die Kanonieke reg dan ook gerig op die beskerming van die religieuse en piëtiese waardigheid van begraafplase en grafte wat in die eerste plek nie beskou word as slegs plekke wat menslike oorskot bevat nie, maar wel as *dormitoria fidelium* oftewel rusplekke van die gelowiges, wat in afwagting op die wederopstanding verkeer.

---

<sup>422</sup> Many 1907: 252 par 150.

Soos in latere hoofstukke aangedui sal word, het die sekulêre regstelsels - en in hierdie verband word selfs die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg ingesluit - nie slegs veelvuldige grafregtelike beskermingsmaatreëls van die Kanonieke reg gerespieer of oorgeneem nie maar ook ander beskermingsnorme van natuurregtelike aard gepositiveer.

In stede van slegs begraving word enige handeling wat gerig is op die bevordering van *cultus, pietas* of *religio* nou in 'n begraafplaas toegelaat en word slegs dit wat nie in harmonie met die gewyde aard of doel van die begraafplaas is nie verbied. Selfs die matige *gebruik (usus)* van 'n begraafplaas vir doeleindes anders as begraving word toegelaat, solank dit maar strook met die heiligheid van die begraafplaas. Ook 'n geslote begraafplaas mag nou vir enige profane doel wat nie onrein (*sordidum*) is nie aangewend word, in stede van slegs *ad alias analogas causas*. Daar sou so ver gegaan kon word as om te verklaar dat die analoë gebruiksdoktrine wat tradisioneel in sowel die Kanonieke- as die gemenerreg gegeld het, en tans nog geld, hiermee 'n aansienlike verslapping ondergaan het.

### 3.9 GEVOLGTREKKING

Aangesien die kanonieke reg gelyklopend met die Romeinse reg ontwikkel het moes dit desnoods gebeur dat dié twee regstelsels nie slegs in sekere opsigte oorvleuel nie maar ook aanvullend en verbeterend op mekaar sou inwerk. Na die val van die Romeinse Ryk was die Christelike kerk feitlik alleen-toesighouer oor beide regstelsels. Die kerk het homself egter ten alle tye as die gesagsorgaan met jurisdiksie oor begraafplase beskou aangesien begraving as 'n byna uitsluitlik religieuse aangeleentheid beskou is.

Terwyl die Romeinse reg veral klem op die privaatregtelike onverhandelbaarheid en gepaardgaande aspekte van begraafplase geplaas het, was dit die kerk wat verseker het dat religieuse beginsels en praktyke

wel deur die begrawingreg gerespekteer en toegepas word. Die Christelike leer aangaande die heilige of gewyde aard van die menslike liggaam, die ewige lewe en die wederopstanding van die vlees sou op hierdie wyse kenmerkend van die begrawingsreg van die ganse Westerse wêreld word.

Vandag beskou die kerk begrawing nog steeds as 'n kerklike aangeleentheid, en reël verskeie kerke die onderwerp van begrawing in hul onderskeie kerklike rituele en ritusse. Sover dit die kanonieke reg betref staan 'n menslike graf slegs onder kerklike beskerming indien dit in grond geleë is wat gewy is volgens voorskrifte en vereistes van die kerkreg.

Die kanoniekregtelike beginsels wat op die beskerming van die waardigheid van begraafplase gemik is en wat regdeur die verloop van die geskiedenis van die begrawingsreg die Romeinse reg aangevul het, word vandag nog in 'n meer beknopte en met geringe inhoudelike wysiging in kanon 1210 van die Codex Iuris Canonici van 1983 aangetref. Hierdie beginsels kan as vertrekpunt dien by oorweging van die moontlike ontwikkeling van die gemene reg in ooreenstemming met die Grondwet van 1996.

## HOOFSTUK IV

### MIDDELEEUE

#### 4.1 INLEIDEND

Tradisioneel neem die Middeleeue 'n aanvang met die val van die Romeinse Ryk in 476 AD en kom tot 'n einde met die aanbreek van die Renaissance in die twaalfde eeu.<sup>423</sup>

Soos te verwagte het skrywer nie veel middeleeuse literatuur gevind wat direkte betrekking het op die onderwerp van hierdie studie nie. Ook waar daar wel materiaal te vinde was was dit maar karig en nie veelseggend nie. Tog ag skrywer dit die moeite werd om die literatuur wat wel in die onderstaande bronne opspoor kon word hier onder die loep te neem.

#### 4.2 IRNERIUS (1055 – 1130)

Irnerius was die amptelike stigter van die regskool te Bologna in die eerste helfte van die twaalfde eeu.<sup>424</sup> In sy *Summa Codicis*,<sup>425</sup> 'n kommentaar op die Codex-titel *De contrahenda et committenda stipulatione*,<sup>426</sup> skryf Irnerius<sup>427</sup> dat sake ingedeel kan word in dié wat natuurlik en dié wat juridies nie vatbaar is vir eiendomsreg nie.<sup>428</sup> *Res*

---

<sup>423</sup> Vergelyk Van den Bergh 1985: 15.

<sup>424</sup> Feenstra 1974: 107.

<sup>425</sup> 1894: 289-90.

<sup>426</sup> C 8 37.

<sup>427</sup> 1894: 8 33.

<sup>428</sup> *Res extra commercium*.



*religiosae* is 'n voorbeeld van laasgenoemde.<sup>429</sup> Hieruit is af te lei dat die nie-vatbaarheid vir eiendomsreg van *res divini iuris* nie op die natuureg berus nie maar wel op menslike vindingrykheid soos weerspieël in die burgerlike reg. In bogenoemde rubriek van die *Summa Codicis* beperk Irnerius homself egter tot die aangeleentheid van die vatbaarheid vir eiendomsreg van *res divini iuris* en verwys hy nie na die *usus* of gebruiksdoel van sodanige sake nie.

In die rubriek *De sacrosanctis ecclesiis* behandel Irnerius weer die eiendoms- en gebruiksaspekte van kerkgeboue maar nie van grafte en begraafplase nie.<sup>430</sup> Analogies is die stellings wat Irnerius in hierdie verband maak egter vir ons van besondere belang. 'n Kerkgebou is die *mater fidei ac religionis* - die moeder van geloof en religie - en is net soos ander *loca venerabilia*,<sup>431</sup> 'n noodsaaklikheid.<sup>432</sup> Kerkgeboue is ook *loca pia*.<sup>433</sup>

Weens die gewyde aard daarvan beskik *res sacrae* en *res religiosae* oor immuniteit teen besoedeling, bevlekking of profane gebruik. Die eiendomsregtelike verbod van die siviele reg en die immuniteit wat grafte en begraafplase in die Kanonieke reg geniet, is natuurlik wedersyds aanvullend en dra insgelyks by tot die behoud en beskerming van hierdie sake teen ongeoorloofde kommersiële transaksies en ontoelaatbare gebruik (*usus*).

Irnerius<sup>434</sup> wys ook op die beperkte mate van vervreemding wat keiser Leo ten opsigte van kerkgeboue toegestaan het vir doeleindes van die vrykoop van krygsgevangenes. Hy meld egter nie of hierdie die enigste

---

<sup>429</sup> Hy verduidelik dat 'n *Ypocentaurus* 'n voorbeeld is van 'n saak wat nie vatbaar is vir eiendomsreg nie omdat dit nie kan bestaan nie. Die slaaf Stichus wat dood is, is 'n voorbeeld van 'n saak wat wel kan bestaan maar nie vatbaar is vir eiendomsreg nie.

<sup>430</sup> 1894: 1 2.

<sup>431</sup> Eerbiedwaardige plekke.

<sup>432</sup> 1894: 1 2 1.

<sup>433</sup> Plekke aan vroomheid gewy.

<sup>434</sup> 1894: 1 2 1.

gebruik is waartoe *res sacrae* aangewend kon word, afgesien van die *cultum Dei*<sup>435</sup> nie.

#### 4.3 PLACENTINUS ( - 1192 )

Placentinus<sup>436</sup> beskryf 'n *res religiosa* as die plek waar die menslike liggaam as geheel, alternatiewelik die hoof,<sup>437</sup> begrawe is.<sup>438</sup> Begrawing van slegs die liggaamsromp<sup>439</sup> skep geen wetlik beskermde *res religiosa* nie. 'n Grafmonument is 'n struktuur wat om religieuse redes<sup>440</sup> oor 'n graftombe opgerig is en dus ook aan die religie gewy is.<sup>441</sup>

#### 4.4 ACCURSIUS ( 1182 – 1263 )

Die *Accursiese Glos*<sup>442</sup> op D 11 7 4, *Neque sacer*, verskaf slegs voorbeelde van *res sacrae* wat nie in die Digesta-tekste self genoem word nie, naamlik goddelike sake (*res divinae*) en kerke (*res ecclesiae*).<sup>443</sup>

Die glos *Religiosus* op dieselfde Digesta-tekste<sup>444</sup> gaan ook nie verder as om 'n *sepulchrum* as voorbeeld van 'n *res religiosa* aan te gee nie.<sup>445</sup>

In die glos *Pertinet* op D 11 7 8 1 annoteer Accursius dat die woord *pertinet* in die Digesta-tekste betrekking het op die *cuius est sepulchrum sive locus sepulchri*, oftewel die persoon aan wie die graftombe of

---

<sup>435</sup> Godskultus.

<sup>436</sup> Hy was die waarskynlike stigter van die beroemde regscool te Montpellier wat reeds voor die 12de eeu in Frankryk floreer het.

<sup>437</sup> Vgl D 11 7 44.

<sup>438</sup> Placentinus 1806: 2 1.

<sup>439</sup> *truncus*.

<sup>440</sup> *religioni destinatum*.

<sup>441</sup> Placentinus 1806: 2 1. *Religiosa dicuntur loca in quibus hominu. Corpora sunt humata, vel tota, vel saltem capita: truncus enim solo religione non exhibet. Locus autem religiosus proprie vocatur sepulchrum. Religioni destinatum vocatur monumentum.*

<sup>442</sup> 1969: 2 1.

<sup>443</sup> Die glos haal Inst 2 1 7 as gesag aan.

<sup>444</sup> 1969: 2 1.

<sup>445</sup> D 11 7 4 lees soos volg: *Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus, sed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare videtur.*

grafperseel "behoort". Inderwaarheid egter gaan die sinsnede *cuius es'* selfs nie sover as 'behoort' nie en kan dit vertaal word met 'wie s'n dit is'.

Hierdie woorde moet egter nie sodanig uitgelê word as sou Accursius menslike eiendomsreg in *sepulchra* erken nie. Inteendeel, hy vermy die woord *dominium* ten opsigte van 'n graftombe. So 'n interpretasie sou ook teenstydig wees met die glos *Neque sacer* waarna vroeër verwys is.<sup>446</sup> In hierdie glos verduidelik Accursius dus slegs na wie die woord *pertinet* in D 11 7 8 1 verwys en is dit geensins sy bedoeling om die presiese aard van die reg met betrekking tot 'n graftombe uiteen te sit nie.<sup>447</sup>

In die glos *Senatus alterius* op D 11 7 12 1 ondersoek Accursius nie die *usus* waartoe 'n saak bestem is en waarna in die Digesta-tekst verwys word nie, maar beklemtoon hy eerder dat oortreding van D 11 7 12 1 die misdaad *violatio sepulchri* daarstel.

Behalwe bogenoemde paar glosse word weinig in die *Groot Glos* gevind wat enigsins verdere impetus aan onderhawige ondersoek verleen.

#### 4.5 TURYNSE GLOS ( 10de eeu )

In verband met religieuse sake bevat die Turynse Glos nie veel meer as wat daar in die *Institute* van Justinianus<sup>448</sup> self staan nie. Beduidend is

---

<sup>446</sup> Die glos op D 11 7 4.

<sup>447</sup> Die Digesta-tekst waarna die glos verwys lees soos volg: *si locus religiosus pro puro venisse dicitur, praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem res pertinet*. Dit is dus duidelik dat die woord *pertinet* (en vandaar die Glos *Pertinet*) na een van twee partye tot die gewaande kooptransaksie verwys: óf die sogenaamde koper, óf die persoon aan wie die graf behoort – die waarskynlike verkoper. Die glos verduidelik nou dat die woord *pertinet* in die teks betrekking het op '*cuius est sepulchrum sive locus sepulchri*', dit wil sê die persoon aan wie die graf behoort. Die verduideliking wat in die glos aangevoer word, is waarskynlik in elk geval 'n mistasting aangesien dit slegs logies is dat die woord *pertinet* verwys na die persoon aan wie die *actio in factum* toekom, dit wil sê die gegriefde oftewel die eiser in die saak, naamlik die gewaande koper. Vergelyk die vertaling van die teks deur Watson: "*If a religious place is alleged to have been sold as though it was ordinary, the praetor grants the person concerned – pertinet – an actio in factum against the seller*".

<sup>448</sup> Inst 2 1 7.

egter die feit dat daar 'n enkele interliniêre glos op Inst 2 1 7 geskryf is waarin *res religiosae* nader omskryf word in terme van die gebruiksaandwending daarvan. Die eenvoudige glos lees: *Quantum ad usum*.<sup>449</sup>

#### 4.6 BALDUS DE UBALDIS ( -1400 )

Ook by Baldus tref ons 'n relatief konserwatiewe benadering tot die aangeleentheid van die vatbaarheid vir eiendomsreg al dan nie van *res divini iuris* aan. Hy wend hom nie in soveel woorde tot begraafplase nie maar wat hy oor kerkgeboue en *res sacrae* oor die algemeen skryf, is eweseer op begraafplase van toepassing.<sup>450</sup>

Belangrik vir doeleindes van hierdie studie is dat kerkgeboue en sake wat onder die goddelike reg staan uit die "kettinggreep" van profaniteit ontruk is - *a pfanis*<sup>451</sup> *vinculis exempta sunt*. Volgens Baldus<sup>452</sup> word *res sacrae* deur die proses van konsekrasie gewy en is dit hierdie proses wat onvervreembaarheid daaraan verleen. Konsekrasie geskied slegs met pouslike toestemming.

#### 4.7 AZO VAN BOLOGNA ( c 1150 – 1230 )

Azo<sup>453</sup> wy ook nie veel uit oor dit wat in die Justiniaanse kode in verband met *res religiosae* opgeneem is nie. Wat egter wel interessant is, is dat selfs hy die term *usus* gebruik wanneer hy verwys na die verbod op die

---

<sup>449</sup> "...in soverre dit gebruik betref..."

<sup>450</sup> In sy kommentaar *Rerum omnium* op D 1 8 1 pr., verdeel Baldus sake soos volg: *Rerum omnium, quaedam sunt Dei, ut eccl'ia: qda oium aiantiu, ut mare, qda oium hoium de mudo, ut flumina navigabilia. Qda fisci, qda civitatu, ut theatra, stratae, et plateae civitatu, et qda capi, ut capus batagliae Perusii. Qda singuloru, ut agri et dom: Qda nullius, ut gemae et lapilli maris. Ite q & divini iuris sunt, a pfanis vinculis exempta sunt ...*

<sup>451</sup> Sic.

<sup>452</sup> *Commentarius ad D 1 8 1 pr (rerum omnium)*.

<sup>453</sup> 1572: 266; *Glossa Torinensis* 1933: 2 1 1-2.

“onbestemde gebruik” van ’n graf, wat die misdaad *violatio sepulchri*<sup>454</sup> daarstel.

#### 4.8 BRACHYLOGOS IURIS CIVILLIS ( c 1100 )

Die *Brachylogos Iuris Civilis*<sup>455</sup>, die werk van ’n anonieme skrywer vanuit die twaalfde eeu,<sup>456</sup> beklemtoon dat nieteenstaande die feit dat ’n religieuse saak aan die goddelike reg onderworpe is, dit nie die geval is met die sogenaamde *ius inferendi* of begrawingsreg nie. Laasgenoemde is aan die menslike, oftewel die sekulêre reg ondergeskik en kan byvoorbeeld aan erfgename oorgedra word. *Inter vivos* bly hierdie reg egter onvervreembaar buite familieverband.<sup>457</sup> Die reg waarna die *Brachylogos* hier verwys as die *ius inferendi* is eintlik die sogenaamde *ius sepulchri* waarna deurgaans in hierdie studie verwys word.<sup>458</sup>

Dit is een van die vroegste tekste waarin die sogenaamde *ius inferendi* wel uitdruklik as *humani iuris* bestempel word. Dit hou groot betekenis in vir die bespreking hierna van hierdie reg in die Romeins-Hollandse- en die Suid-Afrikaanse reg.<sup>459</sup> Dit is egter opmerklik dat die vatbaarheid vir eiendomsreg en kommersiële transaksies wat die *Brachylogus* aan die *ius inferendi* toeken maar heel beperk is: Hierdie reg mag *inter vivos* slegs binne die familieverband van die reghebbende vervreem word.

#### 4.9 LO CODI ( c 1149 )

Teen die middel van die twaalfde eeu verskyn daar in die provinsie Provence, Frankryk ’n samevatting van Justinianus se *Codex* genaamd *Lo Codi* oftewel *Die Kode*.<sup>460</sup> Die outeur daarvan is onbekend, maar is dit

---

<sup>454</sup> Hfst 2 6 hierbo.

<sup>455</sup> 1583.

<sup>456</sup> Outeur onbekend. Dit dateer terug tot ongeveer die twaalfde eeu; Joubert 1951: 52; Van Zyl 1983a: 78.

<sup>457</sup> *Brachylogus* 1583: 3 1.

<sup>458</sup> Sien die inleidende hoofstuk hierbo aangaande die betekenis van hierdie twee terme.

<sup>459</sup> Hoofstukke 10 en 11.

<sup>460</sup> Outeur onbekend.

waarskynlik reeds voor 1162 deur Richardus Pisanus in Latyn vertaal.<sup>461</sup> In *Lo Codi* word egter slegs enkele fragmentariese tekste gevind wat skrywer hiervan nietemin onder die vergrootglas wil plaas.

*Sepulchrum intelligitur locus ubicumque olim homo mortuus est sepultus.*<sup>462</sup>

Die gebruik van die woord *olim* in *Lo Codi* is opvallend. Dit beklemtoon immers dat onder *sepulchrum* nie slegs verstaan moet word 'n plek waar 'n onlangse begraving van 'n menslike liggaam plaasgevind het nie. Al het die begraving *olim* – dit wil sê eens op 'n tyd<sup>463</sup> – daar plaasgevind, moet die plek nog steeds as *religiosus* beskou word.

Die implikasie van die woord *olim* is dat dit die permanente aard van 'n *locus religiosus* beklemtoon: “Eenmaal 'n begraafplaas, altyd 'n begraafplaas.”<sup>464</sup> Hierdie feit hou weer verband met die opvatting dat 'n *sepulchrum* vir geen ander doel as begraving aangewend kon word nie.

Nog 'n teks uit *Lo Codi*<sup>465</sup> handel oor die geval waar een persoon 'n ander in private grond wat binne 'n stedelike gebied geleë is, begrawe. Begrawing binne die ringmure van enige stad wat onder gesag van die Romeinse reg gestaan het, was reeds sedert die Twaalf Tafelwette streng verbode en is hierdie verbod vir eeue herhaaldelik deur keiserlike verordening bevestig.<sup>466</sup> Die verbod word eers in die agste eeu deur

---

<sup>461</sup> Van Zyl 1983a: 79; Vinogradoff 1939: 73.

<sup>462</sup> Onder graftombe verstaan ons enige plek waar 'n dooie persoon eens begrawe is.

<sup>463</sup> Cassell's 1969: 411.

<sup>464</sup> Stryk 1713: 1 7 1: *Sepulchrum facilius construitur quam destruitur* – “'n Graftombe word makliker opgerig as afgebreek”.

<sup>465</sup> *Lo Codi* 9 24.

<sup>466</sup> Die Twaalf Tafelwette L 3 T 10 het soos volg geles: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito* – “Jy sal 'n dooie liggaam nie in 'n stad begrawe of verbrand nie.” Hierdie verbod het waarskynlik die Twaalf Tafelwette via die Wette van Solon vanaf Athene binnegedring. In 290 AD herbevestig Diocletianus en Maximianus die verbod – C Th 9 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

Keiser LEO herroep,<sup>467</sup>waarskynlik op grond van ekonomiese, logistieke en praktiese oorwegings.<sup>468</sup>

Die *Lo Codi* teks onder oorweging skryf voor dat die liggaam verwyder moet word, en dat die spesifieke *locus* waar die liggaam begrawe is aan die Staatskas verbeur word en kommunaal of publiek van aard word. 'n Geldboete is ook betaalbaar.

Daar kan aanvaar word dat die betrokke *locus* nie *religiosus* geword het nie maar 'n profane karakter behou het. Die teks skryf nie voor tot watter tipes gebruik (*usus*) hierdie kommunale grond aangewend mag word nie, maar daar kan aanvaar word dat dit nou in die kategorie van *res civitatis* of *res publicae* geval het en net soos ander sake van hierdie aard slegs vir openbare gebruik aangewend kon word, soos wat byvoorbeeld die geval is met openbare paaie, die skouburg, teater ensovoorts.<sup>469</sup>

#### 4.10 JOHANNES FABER ( 1478 – 1541 )

Johannes Faber behandel eerstens die verskil tussen *res sacrae* en *res communes* en daarna dié tussen *res religiosae* en *res sacrae*. Wat interessant is, is dat hy hierdie onderskeid nie op grond van *proprietas* oftewel vatbaarheid vir eiendomsreg tref nie maar wel op grond van *usus* oftewel gebruiksaanwending: *sacrae* word gebruik ter diening van God terwyl *communes* in diens van die mens staan.<sup>470</sup>

Oor die algemeen mag *res sacrae* nie vervreem word nie maar op hierdie algemene verbod bestaan daar 'n aantal uitsonderings. Vervreemding mag

---

<sup>467</sup> *Constitutio Leonis* 51.

<sup>468</sup> Stedelike begrawing was goedkoper en het oorlewende familie en vriende binne maklike bereik van grafpersele geplaas.

<sup>469</sup> Daar word byvoorbeeld gemerk dat Grotius 'n paar eeue later begraaflase as *res publicae* beskou het aangesien dit die publieke belang dien. Selfs vandag nog bestaan daar 'n aantal statutêre maatreëls in die Suid-Afrikaanse reg in terme waarvan ongebruikte begraaflaasgrond vir publieke doeleindes aangewend kan word, volkome in ooreenstemming met die voorskrifte van *Lo Codi*.

<sup>470</sup> Faber 1703: 30.

wel plaasvind vir piëteitsdoeleindes, <sup>471</sup> vir doeleindes van die vrykoop van krygsgevangenes<sup>472</sup> asook die verligting van armoede <sup>473</sup> en hongersnood.<sup>474</sup>

Bogenoemde teks van Faber hou betekenis in vir die sogenaamde leerstuk van analoë gebruik.<sup>475</sup> Daar is reeds vroeër daarop gewys<sup>476</sup> dat, volgens Romeinse reg, *res religiosae* vir slegs een doel aangewend kon word en dit is menslike begraving. Profane gebruik en vervreemding daarvan was verbode.<sup>477</sup> Die vervreemdingsverbod op *res sacrae* het wel vir een uitsondering voorsiening gemaak, naamlik die vrykoop van gevangenes.<sup>478</sup> Hierdie uitsondering word deur die Faber-tekse erken.

Die gevolgtrekking is dat die analoë gebruiksdoktrine gedurende die Middeleeue verder ontwikkel is en dat in terme daarvan 'n graftombe nie slegs vir begraving aangewend kon word nie maar ook vir erkende doeleindes anders as begraving, solank dit maar analoog was aan begraving, in die sin van humanitêre, vroomheids- en piëteitsgerigtheid.<sup>479</sup>

Wat betref die onderskeid tussen *religiosus* en *sacer*, verduidelik Faber dat *religiosus* in 'n wye sin van *sacer* verskil soos *genus* van spesie. *Religiosus* in die eng sin is 'n spesie van die *genus sacer*.<sup>480</sup> Wat die totstandbringings van 'n *locus religiosus* betref, hang Faber die Romeinse reg aan ...*quod unusquisque potest locum religiosum facere, inferendo mortuum* – "Enigiemand kan 'n plek *religiosus* maak deur begraving van

---

<sup>471</sup> *propter causam pietatis*.

<sup>472</sup> *redemptionis captivorum*.

<sup>473</sup> *propter...pauperu*.

<sup>474</sup> *tempore famis*.

<sup>475</sup> Hfst 2 5 hierbo.

<sup>476</sup> Hfst 2 5 hierbo.

<sup>477</sup> 2 3, 2 4, 2 5, 2 6 en 2 7 hierbo.

<sup>478</sup> Inst 2 8.

<sup>479</sup> Hfst 2 9 hierbo.

<sup>480</sup> Soortgelyke voorbeelde wat hy aangee, is die verhouding tussen *adoptio* en *arrogatio*, *cognatio* en *agnatio* ensovoorts.



'n menslike liggaam daarin." Faber vestig ook die aandag daarop dat hy met Innocentius verskil waar laasgenoemde beweer dat die plek waar 'n menslike liggaam sonder biskoplike toestemming begrawe is nie religiosus word nie. *Res religiosae* kan nie verkoop of in eiendom gehou word nie aangesien dit *nullius in bonis sunt*- "nie in die menslike boedel val nie".

#### 4.11 GEVOLGTREKKING

Die middeleeuse juriste het 'n relatief beskeie bydrae tot die begrawingsreg gelewer. Die waarde van hierdie juriste lê vir doeleindes van hierdie studie veral daarin dat hulle die Romeinsregtelike tradisie getrou bly aanhang het maar wil dit tog voorkom of hulle die *usus* of gebruik van religieuse sake in teenstelling met slegs die aangeleentheid van die vatbaarheid vir eiendomsreg en handelstransaksies al dan nie meer as die Romeinse juriste beklemtoon het. Hier het ons veral die glos *Senatus alterius* op D 11 7 12 1 van Accursius asook die glos op Inst 2 1 7 soos aangetref in die Turynse Glos in gedagte.

## HOOFSTUK V

### HUMANISME

#### 5.1 INLEIDEND

Die Humanisme het sy ontstaan as krities-filologiese beweging alreeds teen die aanvang van die dertiende eeu in Italië maar bereik wasdom eers sowat twee eeue later, dit wil sê pas in die eerste kwart van die sestende eeu.<sup>481</sup> Dit floreer veral aan Franse universiteite, en meer spesifiek dan aan die Universiteit te Bourges waar Cuiacius, Donellus en ander beroemde humaniste doseer.<sup>482</sup> Studente van hierdie universiteite dra as afgestudeerdes die Humanistiese gees en studie-benadering uit oor die hele Europa waar dit onnuut posvat en opvlam.

Die Humanisme streef na 'n algemene kultuurrewolusie en op juridiese gebied poog dit veral om terug te keer na die oorspronklike regsbronne (*petere fontes*) met die oog op 'n beter begrip van die Justinaanse kompilasie.<sup>483</sup> Hulle wend 'n poging aan om die Romeinse reg in suiwer vorm te weergee en om regsekerheid te bewerkstellig deur hul rasionele en logiese werkswyse.<sup>484</sup> Ook poog hulle om die regsbronne in 'n elegante taal en styl te weergee.

#### 5.2 BRISSONIUS ( 1531 – 1591 )

Brissonius<sup>485</sup> is oor die algemeen onduidelik wanneer dit kom by die vraag in hoeverre die Romeinsregtelike reëls in verband met *res religiosasae*

---

<sup>481</sup> Van den bergh 1985: 45.

<sup>482</sup> Van den Bergh 1985: 45.

<sup>483</sup> Van Zyl 1983: 142.

<sup>484</sup> Van Zyl 1983: 143.

<sup>485</sup> 1741 : 2 15.

in sy eie tyd van toepassing is. In hierdie opsig kontrasteer hy skerp met sy Humanistiese geesgenote Cuiacius en Donellus.<sup>486</sup>

Brissonius vestig die aandag daarop dat die Romeine dikwels die terme *res sacrae*, *res sanctae* en *res religiosae* verwar het en dat die aangeleentheid in meer resente tye meer gekompliseer as vereenvoudig is. Hy wys daarop dat 'n *res religiosa* 'n grafkelder is en brei geensins daarop uit nie.<sup>487</sup> Hy beklemtoon ook dat grafstene en grafmonumente nie vatbaar is vir eiendomsreg en vindisering nie aangesien dit net soos grafkelders aan die religie gewy, en dus *res divini iuris* is.<sup>488</sup>

### 5.3 CUIACCIUS (1522 – 1590)

Vir Cuiacius<sup>489</sup> was die Romeinsregtelike maatreëls met betrekking tot *res divini iuris* wel deeglik geldig. Hy spreek homself sterk ten gunste van die juridiese bestaan en behoud van *res divini iuris* uit.<sup>490</sup> Vir Cuiacius is *res divini iuris* ook nie vindiseerbaar nie aangesien dit nie vir eiendomsreg vatbaar is nie. Hierdie reël geld ook vir alle aanhegtings aan 'n *locus religiosus*, soos grafstene en monumente. Wanneer 'n stuk grond verkoop word, aldus Cuiacius, gaan 'n graf daarmee saam, net soos die standbeelde<sup>491</sup> in 'n kerk daarmee saamgaan. Die voorwaarde is egter dat dit 'n *modica loca religiosa*, dus 'n graf van beskeie grootte op 'n *minor praedium*, dit wil sê 'n kleiner stuk afgebakende grafperseel moet wees.<sup>492</sup>

---

<sup>486</sup> Roberts 1942: 65.

<sup>487</sup> Brissonius 1741: 2 15: "*In praesenti enim de solis rebus religiosis solliciti erimus, et praetermissa operatione definitio, id tantum dicimus, quod certum est: res religiosas nimirum esse sepulchra.*"

<sup>488</sup> Brissonius 1741: Hfst 1 hierbo.

<sup>489</sup> 1822 :6 54.

<sup>490</sup> Dit blyk duidelik uit die volgende aanhaling wat met die veelseggende bewoording: *pro certo constabat* - "dit staan vas"-'n aanvang neem: *Pro certo constabat sacras et sanctas res vindicari non posse quasi nostras, quia nullius in bonis sunt, et divini iuris sunt potius, quam humani: non possunt etiam jure dominii quasi nostrae vindicare res, aut loca religiosa, volunti monumenta, et sepulchra, in quae mortuus illatus est.*

<sup>491</sup> *simulachra.*

<sup>492</sup> Cuiacius 1822: 6 54. Sien D 18 1 7 3; D 18 1 22; Hfst 2 2 hierbo.

Waar dit byvoorbeeld 'n baie groot of uiters heilige en eerbiedwaardige graf soos 'n mausoleum is, sal hierdie reël nie van toepassing wees nie.<sup>493</sup> Of 'n graf of begraafplaas dus met die oordrag van die groter stuk grond waarin dit geleë is op 'n koper oorgaan, hang af van die relatiewe grootte van die graftombe of begraafplaas, met verwysing na die groter stuk grond.<sup>494</sup>

Daar word aan die hand gedoen dat die regter by geskille in hierdie verband 'n waarde-oordeel sou moes vel: Is dit eintlik dan 'n graf of begraafplaas wat "verkoop" word of is dit 'n groter stuk grond wat (toevallig) 'n graf of begraafplaas bevat. Eersgenoemde tipe transaksie sou ongeldig wees terwyl dit nie die geval met laasgenoemde is nie.<sup>495</sup>

Bogenoemde regsposisie weerspieël eintlik die Romeinse reg.<sup>496</sup> Cuiacius maak dit ook duidelik dat dit nie slegs kooptransaksies met betrekking tot *res religiosae* is wat ontoelaatbaar is nie maar alle ander kommersiële transaksies, soos byvoorbeeld pandgewing en *usucapio*<sup>497</sup>. *Res religiosae* is ook in die reg van sy tyd, soos in die Romeinse reg, nie direk vindiseerbaar nie.<sup>498</sup> In hierdie opsig kom Cuiacius en Donellus grootliks ooreen: Die *ordinaria vindicatio directa* of *legitima*, dit wil sê die gewone direkte vindiseringsaksie, is nie beskikbaar nie maar wel 'n *actio in factum extraordinaria*, oftewel 'n buitengewone fiktiewe aksie.<sup>499</sup>

---

<sup>493</sup> Cuiacius 1822 : 6 54.

<sup>494</sup> Vergelyk D 1 8 22 en 23. Sien hfst 2 2 hierbo.

<sup>495</sup> D 1 8 22 en 23.

<sup>496</sup> Cuiacius 1822: 6 54. Vgl D 1 8 1 7 3; D 1 8 1 2 2; 2 2 hierbo.

<sup>497</sup> Cuiacius 1822: 6 54. Vgl D 18 1 2 3; D 11 7 8 3; D 20 3 1 2; C 3 44 2; C 3 44. 9; De Colquhoun 1860: 5. Vgl hfst 2 3 hierbo. Dit is om hierdie rede dat gesê word dat *res religiosae* buite menslike handelsverkeer (*extra commercium*) val.

<sup>498</sup> Die *actio in factum extraordinaria* was 'n feite-aksie wat subsidiêr of aanvullend tot die *rei vindatio* was.

<sup>499</sup> Cuiacius 1822: 6 54 wys daarop dat die juris Paulus in hierdie verband die woord *repetere* gebruik het om *petere* te verplaas. "Petere" beteken dan *vindicare* terwyl *repetere* eintlik die betekenis van *condicere* het.

#### 5.4 MYNSINGER ( 1517 – 1588 )

In sy *Apostolesma*<sup>500</sup> skryf Mynsinger, 'n Duitse Humanis, die sogenaamde beskerming wat die religie in die Romeinse reg aan grafte verleen het aan bygeloof toe.<sup>501</sup> Hy wys daarop dat sy eietydse reg in hierdie opsig van die Romeinse reg verskil aangesien 'n graf nie met heiligheid bekleed word nie, tensy dit volgens voorskrifte van die Kanonieke reg gekonsekreer is.<sup>502</sup>

#### 5.5 BACHOVIUS ( 1575 – 1640 )

Bachovius,<sup>503</sup> 'n Duitse Humanis, was van Leipzig afkomstig.<sup>504</sup> Volgens hom<sup>505</sup> het 'n *res religiosa* in die Romeinse reg wel sy gewyde aard verkry deur *illatio corporis humani*, oftewel begraving van 'n menslike liggaam, maar het die posisie in sy tyd sodanig verander dat begraafplase deur priesters (*sacerdotes*) gekonsekreer word. Hy wys egter daarop dat Johannes Faber tog van mening is dat selfs in sy eie tyd, 'n plek *religiosus* gemaak kon word deur begrawing van 'n menslike liggaam (*illatio corporis*) daarin. Sodanige plek kan in elk geval nie gekoop word of die voorwerp van 'n juridiese verpligting gemaak word nie.

Volgens Bachovius<sup>506</sup> is dit slegs onroerende sake (*res immobiles*) wat *res religiosae* kan word. In hierdie opsig stem hy dus met Donellus ooreen wat meer breedvoering hieroor uitwei.<sup>507</sup> Hierdie vereiste wat Bachovius en Donellus vir die oprigting van *res religiosae* stel, kom met die eerste oogopslag onbeduidend voor. Indien egter in gedagte gehou word dat roerende sake wel tot *res sacrae* gekonsekreer kon word, strook hierdie

---

<sup>500</sup> 1612: 21.

<sup>501</sup> *error superstitionis*.

<sup>502</sup> Aangesien Mynsinger hier uitdruklik na die reg van sy eie tyd (*hodie*) verwys maar geen melding van die sekulêre reg maak nie, wil dit voorkom of hy die mening huldig dat die Kanonieke reg hierdie aangeleentheid gereguleer het.

<sup>503</sup> 1661 : 2 6.

<sup>504</sup> Roberts 1942: 42.

<sup>505</sup> Bachovius 1661: 2 1.

<sup>506</sup> 1661: 2 1.

<sup>507</sup> Donellus 1840: 4 1 6.

reël met die idee dat *illatio corporis* in vaste eiendom, dit wil sê grond, 'n vereiste vir die skepping van *res religiosae* is.<sup>508</sup>

Die vereiste dat begraving in grond moet geskied, rym ook met die verdere vereiste vir die skepping van 'n *res religiosa* wat hier 'n rol speel, naamlik dat die begraving van 'n liggaam *perpetuae sepulturae causa*<sup>509</sup> moet geskied. Daar word nie aan hierdie vereiste voldoen indien 'n liggaam slegs in 'n roerende saak soos 'n kis of sarkofaag gehou word nie.<sup>510</sup>

## 5.6 RITTERHUSIUS ( 1560 - )

Ritterhusius<sup>511</sup>skryf in sy kommentaar op Justinianus se Institute nie veel oor begraafplase nie maar wys tog in 'n enkele sin daarop dat die Christene van sy tyd van publieke begraafplase gebruik maak sodat nie veel van die Romeinse reg van toepassing is nie.<sup>512</sup>

## 5.7 DONELLUS ( 1527 – 1591 )

Donellus, 'n Calvinistiese Protestant, was een van die voorste Humaniste van die sestiende eeu.<sup>513</sup> Sy kommentaar op die siviele reg<sup>514</sup> bevat ietwat meer inligting oor die begrawingsreg van die vroeë sestiende eeuse Europa as die werke van meeste ander Humaniste.<sup>515</sup>

---

<sup>508</sup> Vgl hfst 2 .2 hierbo; D 11 7 2; D 11 7 8 3.

<sup>509</sup> Met die bedoeling om permanent te begrawe.

<sup>510</sup> Donellus word vandag allerweë as een van die voorste Humaniste van die 16de eeu beskou. Hy was 'n Calvinistiese Protestant en kan dus verwag word dat hy Calvyn en die Reformatoriese tradisie getrou sou aanhang in sy juridiese geskrifte. Oor Donellus, sien Van Zyl 1983a: 149; Hahlo en Khan 1968: 497; Guarino 1970: 17; Van den Bergh 1985: 55; Wessels 1908: 19-20.

<sup>511</sup> Conradus Rittershusius.

<sup>512</sup> Ritterhusius 1616: 2 1 9.

<sup>513</sup> Van Zyl 1983a: 149; Hahlo en Khan 1968: 497; Guarino 1968: 17; Van den Bergh 1985: 55; Wessels 1908: 19-20.

<sup>514</sup> Donellus 1840: 4 1 6.

<sup>515</sup> Donellus 1840: 4 1 6 beskryf *res sacrae* as sake *...quae Deo recte consecratae sunt...Deo, id est usibus divinis, iisdemque ad cultum Dei*

Donellus is een van die eerste juriste wat 'n aanslag loods op die gevestigde konsekrasie-idee asook op die wydingseffek wat nog altyd daaraan toegeskryf is. Hy verleen slegs beperkte erkenning aan die konsekrasie-seremonie.

Die effek van konsekrasie behels by hom immers nie die oordrag van 'n saak aan God of die vestiging van God se eiendomsreg in 'n saak nie maar wel die bestemming daarvan tot goddelike gebruik. Hy stel dit ook duidelik dat niks sodanig gewy of gekonsekreer kan word dat dit aan God kan behoort, of nog méér aan Hom kan behoort as vroeër, dit wil sê voor sodanige konsekrasie nie. Hy verskaf ook redes waarom hy hierdie beperkte rol en effek aan konsekrasie toeskryf: God het naamlik die gekonsekreerde saak nie nodig nie of neem dit ook nie van die mens in ontvangs nie, aangesien alles wat op dese aarde bestaan in elk geval aan Hom behoort.

Donellus stel vier vereistes vir 'n effektiewe konsekrasie. Dit het onderskeidelik betrekking op die saak wat gekonsekreer word, die persoon wat daarvoor benodig word, die vorm of wyse van konsekrasie asook die doel of eindbestemming daarvan.<sup>516</sup>

Wat die vereiste van 'n *saak* betref beklemtoon Donellus dat enige saak wat deur die mens vir goddelike gebruik aangewend kan word ook gekonsekreer kan word. Dit geld vir roerende sowel as onroerende sake. Die feit dat bruikbaarheid vir goddelike doeleindes as vereiste gestel word, bevestig dat die gewyde saak nie soseer aan God oorgedra word as wat dit tot 'n bepaalde, heilige gebruik gewy of bestem word nie.

---

*pertinentibus. Nam Deo proprie nihil dedicatur, consecraturve ita, ut fiat eius, aut magis eius, quam ante.*

<sup>516</sup> 1) *res quae dedicatur*, 2) *personae ad eam rem necessariae*, 3) *forma et modum dedicationis*, en laastens 4) *dedicandi finis*.

Wat die vereiste met betrekking tot persoon betref verwys Donellus nie slegs na 'n priester, biskop of geestelike wat die konsekrasie-seremonie verrig nie maar ook na die persoon wat toestemming tot die konsekrasie moet verleen. In die geval van die konsekrasie van 'n private saak is dit die eienaar terwyl dit in die geval van 'n publieke saak die *princeps* is.

Alhoewel die eienaar van 'n saak se toestemming 'n voorvereiste vir die konsekrasie daarvan is, word die seremonie egter volgens Donellus deur die biskop uitgevoer. Toestemming van die eienaar is egter 'n vereiste aangesien so 'n persoon sy eiendomsreg deur die proses van konsekrasie ontnem word. Wat die wyse of prosedure van konsekrasie betref moet die saak volgens die voorgeskrewe of gebruikelike vorm, ritus of ritueel gekonsekreer word.<sup>517</sup>

Daar word dus gemerk dat alhoewel Donellus uitvoerig oor konsekrasie skryf, en hoewel hierdie proses volgens hom 'n voorvereiste vir die skepping van 'n *res sacra* is, en hoewel hy nog die konsekrasie-voorreg aan die biskop verleen, 'n gekonsekreerde saak volgens hom nie aan God behoort nie maar slegs vir goddelike gebruik bestem is. Goddelike gebruik is dan ook die finale doelstelling of oogmerk van konsekrasie.

Donellus beskryf *res religiosae* as alles wat aan grond vir begrawingsdoeleindes toegesê is.<sup>518</sup> Eerstens word 'n plek slegs *religiosus* indien daar 'n liggaam in *begrawe* is.<sup>519</sup> Destinasië of bestemming alleen verleen nie heiligheid aan 'n plek nie. So kan 'n senotaaf byvoorbeeld wel verhandel word, alhoewel dit vir begraving bestem is, indien daar nog geen *illatio corporis* of teraardebestelling plaasgevind het nie.

---

<sup>517</sup> *Ritus est solemnis ritus moribus cuiusque populi receptus.*

<sup>518</sup> *religiosae res sunt, humationi, et sepulturae attributae sunt.* Hiervoor stel hy drie vereistes: 1) *Illatio mortui*, 2) *Persona inferentis*, 3) *Res in quam mortuus infertur.*

<sup>519</sup> *illatio corporis.*



Tweedens is die algemene reël dat dit die *eigenaar* van 'n stuk grond moet wees wat die liggaam daarin begrawe of wat toestemming tot begraving verleen. Derdens is dit slegs onroerende sake wat deur begraving met gewytheid beklee kan word. Dit wat deur *accessio* aan die grond onroerend word, kan egter ook gewyd word, byvoorbeeld die kis waarin 'n liggaam begrawe word.

Bogenoemde is dan die drie vereistes wat Donellus stel vir die skepping van 'n *res religiosa*. Dit is belangrik om daarop te let dat geen owerheidshandeling, kerklik of sekulêr, in hierdie verband genoem word nie.<sup>520</sup>

## 5.8 FREHERUS ( 1565 – 1614 )

Freherus<sup>521</sup> wys daarop dat volgens die Romeinse juris Servius Sulpicius die term *religio* afgelei is van *relinquendo* omdat gewyde sake weens een of ander heiligheid waarmee dit beklee is<sup>522</sup> (*propter sanctitatem aliquam*) vanuit die menslike domein verwyder is. Vir die Romeine het 'n plek heilig en ook onmiddellik *extra commercium* geword sodra 'n liggaam daarin begrawe is.<sup>523</sup>

---

<sup>520</sup> Donellus 1840: 4 1 6 : *Sed ut superiora tria ad constitutionem rei religiosae requirimus; ita si concurrent, nihil amplius desiderabimus. Non, inquam, ut in rebus sacris, requiremus personas publicas, per quas res destinantur humationi; non ut destinantur solemni ritu; non ut publice: sed, ut quisque rei dominus est, quamvis privates, ita locum religiosum sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum, aut ab alio patitur inferri.*

<sup>521</sup> 1725: cap 23 892.

<sup>522</sup> *propter sanctitatem aliquam.*

<sup>523</sup> Freherus 1725: 23 892 Vgl die Romeinse reg en sy eietydse reg soos volg: *et iam divini iuris esse incipit, quia alicui Deo sacer sit, pierumque vero Diis Manibus: quam consecrationem sollennis illa monumentorum inscription denotat D.M.S. Et haec quidem illa religio est veterum Romanorum Christianis quoque hac in re summa ratio religionis est: sed non tamen quod Deo monumenta sacra fieri velint, quam quod corpus hominis qui est ad Dei figuram effectus, eum cultum meretur, ut terrae deponatur: atque etiam propter certam spem resurrectionis.*

Terwyl Freherus die klassifikasie van grafte as *res divini iuris* grootliks as 'n uitvloeisel van die religie van die antieke Romeine<sup>524</sup> beskou, stel hy dit duidelik dat alhoewel die reg van sy tyd enigsins anders daarna uitsien dit tog ook die religie is wat onder die Christene die grondslag van die reg met betrekking tot hierdie aangeleentheid vorm.<sup>525</sup>

Onder die Christene is die rede waarom die godsdiens in hierdie afdeling van die reg so 'n belangrike rol speel egter nie 'n begeerte om heiligheid aan grafte en monumente *per se* te verleen nie maar twee ander uiters belangrike redes. Daar word in die Heilige Skrif twee fundamentele waarhede aangaande die menslike wese gestel.

In die eerste plek is die mens deur God, en in Sy beeld geskape. Omdat die mens God se eie individuele skepping is, is daar 'n oneindige kwalitatiewe verskil tussen mense. Aan die ander kant is die mens weer, anders as die res van die natuur, in 'n sekere opsig soos God geskape en dit het alle mense weer in gemeen.<sup>526</sup> Die aard van die beeld word nie in die Heilige Skrif beskryf nie en vervolgens het vele teoloë deur die eeue heen al oor hierdie onderwerp gedebateer en polemieë gevoer.

Die volgende teorieë en interpretasies het sover die botoon gevoer:

- (a) God self het 'n liggaamlike vorm wat dien as patroon vir die menslike liggaam;
- (b) Die "goddelike" beeld van die mens wil die mens, wat "anders" is, se heerskappy oor die natuur beklemtoon;
- (c) die mens beskik oor 'n eie unieke aard en karakter;
- (d) die menslike persoonlikheid staan sentraal;
- (e) aangesien God waarskynlik nie in 'n stoflik-liggaamlike vorm

---

<sup>524</sup> *Veterum Romanorum.*

<sup>525</sup> *Christianis quoque hoc in re summa ratio religionis est.*

<sup>526</sup> Genesis 1: 26-27.

bestaan nie verwys die tekste na geestelike eienskappe soos die mens se geestelike en morele aard asook sy selfbewuste, self-determinerende wese wat deur God in gemeenskap en kameraadskap met Homself geskape is.

Tweedens is daar die geloof in die wederopstanding van die vlees.<sup>527</sup> In hierdie opsig stem Freherus met Huber ooreen, naamlik dat hoewel 'n begraafplaas nie meer as 'n heilige saak *per se beskou* behoort te word nie, die mens tog respek daarvoor moet koester op grond van die blye verwagting of hunkering wat Christene koester ten opsigte van die wederopstanding van die vlees.<sup>528</sup>

#### 5.9 A FABER ( 1557 – 1624 )

Antonius Faber<sup>529</sup> skryf 'n breedvoerige kommentaar op die Codex-titel *De Sacrosancta Ecclesia*. Van besondere belang is die feit dat dit by geleentheid<sup>530</sup> spesifiek gaan oor die gebruik waarvoor *res sacrae* en *res religiosae* aangewend mag word.

Faber is waarskynlik een van die eerste juriste wat die analoë gebruiksdoktrine bespreek, alhoewel nie *eo nomine* nie. Uit sy bespreking is dit duidelik dat hierdie doktrine volgens hom feitlik tot volle ontwikkeling gekom het aangesien dit wel toelaatbaar is dat gewyde sake wat vir 'n spesifieke vrome doel bestem is ook vir analoë vrome doeleindes aangewend kon word, maar altyd onderworpe aan die volgende voorwaardes: Eerstens, toestemming deur al die belanghebendes by die gebruik van die saak; tweedens biskoplike toestemming; en derdens, *justa causa commutandi*, dit wil sê 'n goeie en

---

<sup>527</sup> *atque etiam propter certam spem resurrectionis.*

<sup>528</sup> Vgl ook hiermee die respek vir die menslike liggaam waarop Paulus aandring in 1 Korinthiers 6: 13-18.

<sup>529</sup> 1740: 1 2.

<sup>530</sup> 1740: 1 2 71.

aanvaarbare rede vir die veranderde gebruik.<sup>531</sup> Laasgenoemde vereiste is belangrik aangesien dit as buffer dien teen arbitrêre of ongeoorloofde veranderde gebruik. 'n Byna ten volle ontwikkelde analoë gebruiksdoktrine kan dus by Faber bemerk word.

Laastens wil skrywer hiervan opmerk dat hoewel die teks wat die onderwerp van onderhawige bespreking uitmaak uit Faber se kommentaar *De Sacrosancta Ecclesia* afkomstig is, hy die strekking daarvan nie tot kerkgeboue beperk nie. Faber het hier sake met 'n vrome bestemming oor die algemeen in gedagte, insluitende begraafplase.

#### 5.10 GEVOLGTREKKING

Dit is opmerklik hoe daar soms van plek tot plek en van tyd tot tyd verwissel word vanaf die klassieke Romeinse- en latere Wes-Europese leer dat 'n graf of *res religiosa* geskep word deur die eenvoudige *illatio corporis*, tot die meer Kanonistiese benadering van die skepping van grafte en begraafplase deur *consecratio episcopalis* of *sacerdotalis*. Die begrawingsreg van die Humaniste kan dus so opgesom word: Daar bestaan geen eenstemmigheid nie, veral aangesien die Humanistiese Beweging 'n breë Europese en nie 'n bloot nasionale beweging is nie.

Mysinger verwys slegs na die Romeinse reg; Brissonius is onduidelik; Cuiacius is radikaal Romanisties; Ritterhusius vermeld slegs dat nie veel van die Romeinse reg oorgebly het nie en dat daar nou publieke begraafplase in gebruik is; Bachovius hang te Leizig die Romanistiese konsekrasieleer aan terwyl Freherus die enigste sekulêre Humanis is wat sy benadering skriftuurlik grond. Hy beklemtoon die Godsbeeld van die menslike liggaam en is ook van die eerste juriste wat spesifiek die wederopstandingsleer as grondslag vir die begrawingsreg aanwend. Faber

---

<sup>531</sup> Faber 1740: 1 2. Hy bespreek naamlik 'n Senaatsbesluit van 9 Desember 1594 waarin 'n beslissing gevel word in 'n dispuut tussen biskop Bellicensi en die *Capitulum Ecclesiae Cathedralis*.

onderskryf die leerstuk van analoë of soortgelyke gebruik ten opsigte van begraafplase.

## HOOFSTUK VI

### DIE REFORMASIE

#### 6.1 INLEIDING

Voor die Hervorming<sup>532</sup> word die Rooms-Katolieke godsdiens deur die ganse Westerse Christendom as die enigste ware godsdiens erken en beheer die Kanonieke reg alle persone, goedere, inrigtings en aangeleenthede wat onder geestelike jurisdiksie staan. Op voorwaarde dat daar aan die voorskrifte van die Kanonieke reg voldoen word, bestaan daar geen verbod op of ernstige belemmering teen die oprigting van kerke, begraafplase, kloosters, liefdadigheidsinrigtings ensovoorts nie.<sup>533</sup>

Karel V (1515 – 1555) verander hierdie posisie egter ingrypend deur die aanneming van 'n ordonnansie wat die toestemming van die wêreldlike owerheid vereis vir die oprigting van hierdie tipe saak. Hierdie ordonnansie, wat slegs op Holland en Friesland betrekking gehad het, word deur soortgelyke maatreëls wat op Brabant, Limburg en Overmaze van toepassing was, opgevolg. Die heerskappy van Karel V word dus gekenmerk as 'n voor-Reformatoriese tydperk waartydens daar slegs 'n geringe aantal liefdadigheidsinrigtings, kerke en begraafplase opgerig word. Ook op vermoënsregtelike gebied word daar deur middel van die sogenaamde amortisasie van goedere deur die leenheer 'n verdere beperking op die uitbreiding van geestelike goedere geplaas.<sup>534</sup>

Teen die middel van die sestiende eeu versprei die Hervorming vanaf Frankryk, Switserland en Duitsland na die Nederlande. In 1572 word die Religievrede in Holland, in 1578 in Gelderland en Friesland en in 1579 in

---

<sup>532</sup> Protestantse Hervorming.

<sup>533</sup> Joubert 1951: 140; Van Zyl 1983a: 291.

<sup>534</sup> Volgens Joubert 1951: 140 beteken amortisasie dat wêreldlike onroerende goedere slegs met die landsheer se toestemming tot geestelike goedere gemaak kan word. Hierdie amortisasie-verbod word egter nie suksesvol in die praktyk gehandhaaf nie.

Utrecht gesluit<sup>535</sup>. Die Gereformeerde godsdiens verkry hierdeur amptelike erkenning naas Rooms-Katolisisme. Beide kante maak egter daarop aanspraak om die ware godsdiens te wees sodat daar in die Nederlande hewige reaksie teen, en uiteindelik 'n verbod op Rooms-Katolisisme geplaas word.<sup>536</sup>

Die openbare beoefening van die Rooms-Katolieke godsdiens word in Februarie 1580 in Holland en op 4 Mei en 14 Junie 1580 in Utrecht verbied. Dieselfde verbod word op 13 April 1581 in Overijssel aangeneem terwyl Gelderland op 29 Januarie 1582 volg.

Die beweging kulmineer in die afsweer van die Roomse landsheer Phillips II (1555 – 1581), opvolger van Karel V. Die wêreldlik-geestelike teenstelling wat voor die Reformasie in swang was, word in die Republiek der Vereenigde Nederlande, 'n Gereformeerde republiek, met 'n regime vervang waarin geen sodanige skrilte kontras voorkom nie en waarin alles gesekulariseer word.

Geen geestelike owerheid word meer erken nie en alle menslike aangeleenthede, insluitende die religieuse, val binne die jurisdiksie van die wêreldlike owerheid. Die Kanonieke reg geniet nie meer erkenning in Nederland nie behalwe Kanoniekregtelike reëls wat uitdruklik en spesifiek geresipeer is.<sup>537</sup> Oor die lotgevalle van kerklike goedere na die Reformasie benadruk Kunst<sup>538</sup> dat die oorgang van hierdie goedere vanuit die wêreldlike na die geestelike domein oor die algemeen erg bemoelijk is.

Op 1 Julie 1581 neem die State-Generaal 'n resoluëie aan wat die magsposisie van provinsies ten opsigte van geestelike goedere wat binne die geografiese gebied daarvan geleë is, bevestig. Die vermoede was lank reeds gevestig dat elke provinsie volkome seggenskap gehad het oor die

---

<sup>535</sup> Kunst 1969: Vol 1 110-1.

<sup>536</sup> Joubert 1951: 140; Vgl Van Zyl 1983a: 296-7; Kunst 1969: Vol 1 110-1.

<sup>537</sup> Joubert 1951: 140.

<sup>538</sup> 1969: Vol 1 111.

geestelike goedere binne sy eie geografiese jurisdiksie. Die resolusie van 1 Julie 1581 bevestig slegs hierdie vae regsposisie uitdruklik.<sup>539</sup> Die jurisdiksie van provinsies en stede ten opsigte van geestelike goedere word egter nie rigied afgebaken nie en stede eien hulself seggenskap toe oor geestelike goedere wat binne hul grense gevind word.<sup>540</sup>

Bogenoemde dien dan as kort historiese inleiding tot die breë regsgeskiedenis van gewyde sake soos wat dit met die verloop van die Reformasie saamhang. Vir doeleindes van hierdie studie is dit belangrik om in gedagte te hou dat die sogenaamde sekularisering of verwêreldliking waarmee die Reformasie gepaard gegaan het slegs beteken dat geestelike goedere soos kerke en begraafplase vanuit geestelike jurisdiksie verwyder is, maar nie dat dit totaal geprofaniseer is nie. Verwêreldliking of sekularisasie gedurende en na die Reformasie beteken geensins dat kerke en begraafplase as 'n reël hul vrome regsraad en bestemming verloor het nie. In die praktyk kom dit daarop neer dat kerke en begraafplase nog steeds vir die nou Gereformeerde erediens en begraving onderskeidelik, aangewend is, dit wil sê vir doeleindes wat nou verband hou met godsdienstige oortuiging en praktyk. Die gebruikdoel van hierdie sake bly nog die viering van die erediens en begraving – 'n voorafbepaalde, eksklusiewe en vrome gebruikdoel dus.

Vir enkele indrukke oor die dogmatiese aspekte van die aksentverskuiwing in die regsbeskouing wat gedurende dié tydperk ontstaan het, word daar kortliks verwys na die vernaamste grondlegger van die beweging in die Nederlande, naamlik Johannes Calvyn.

---

<sup>539</sup> Kunst 1969: Vol 1 110-1.

<sup>540</sup> Kunst 1969: Vol 1 110-1.



## 6.2 JOHANNNES CALVYN ( 1509 – 1564 )

Dit is interessant om Calvyn<sup>541</sup> se siening van tempels met dié wat in die Romeinse- en Kanonieke reg geheers het, te vergelyk. Daar word eers na sy *Institutiones*<sup>542</sup> en daarna na sy *Lexicon* gekyk. Dit is veral die gebruiksdoel van kerkgeboue (*templorum usus*) wat Calvyn se aandag geniet. Weereens word daar beklemtoon dat wat hy in hierdie verband leer *mutatis mutandis* op begraafplase van toepassing is. Calvyn ondersoek immers die vraag tot welke mate kerkgeboue met inherente heiligheid bekleed is.

Hy vaar uit teen die leer dat 'n tempel die woning van God is, dat God altyd daar teenwoordig is en dat die kerkgebou om dié rede dus 'n soort "geheimsinnige heiligheid" geniet. Hy skryf hierdie "dwaasheid" aan die Jode en heidene toe aangesien Christene onder verpligting staan om God sonder aansien van plek te aanbid. Dit is wel so dat die tempel in die Oudheid op bevel van God vir die offer van gebede en slagoffers gewy is maar hierdie praktyk behoort tot die verlede – tot 'n tyd toe die waarheid nog diep verborge gelê het. Nou dat God egter aan ons as 'n lewende werklikheid openbaar is, is dit nie meer nodig om enige materiële tempel aan te hang nie.

Dit is eintlik die menslike liggaam wat as't ware as tempel van God beskou moet word en om hierdie rede bid mens innerlik tot God. Die Heilige Skrif skryf egter ook gesamentlike gebed vir Christene voor en dit is vir dié doel dat materiële tempels bestem en gebruik word. Dit is dus opmerklik dat Calvyn nie soseer aandag skenk aan die vatbaarheid vir eiendomsreg van *res sacrae* nie maar wel aan die bestemming oftewel *usus* of gebruiksaanwending daarvan.

---

<sup>541</sup> 1536: 20 30.

<sup>542</sup> 1536: 20 30.

Vervolgens oorweeg Calvyn<sup>543</sup> die rol wat begrafnisrituele in die Christelike geloof speel. Hy toon aan dat hierdie rituele, wat ook die neerdaling van Christus na die hel voorstel, nie totaal waardeloos is nie. Begrawing word deur hom as 'n "onskendbare gewoonte" beskryf, 'n sekere teken van nuwe lewe na die dood.

Die begrafnisritus dien veral om die Christen te herinner aan die wederopstanding na die dood en die feit dat byna die ganse mensdom begrawing aangehang het,<sup>544</sup> toon dat die mens onder ongelooflike druk van die natuur nog altyd 'n goeie beeld van die wederopstanding voor oë gehad het.<sup>545</sup> Christus, wat self uit die dood opgestaan het, sal ook die mens se eie stoflike liggaam opwek en nuwe lewe daarin blaas want wat sou dit die mens baat om sy hande, voete, oë en tong tot gehoorsaamheid van God te skik indien dit nie die vrug en loon van daardie gehoorsaamheid deelagtig word nie.<sup>546</sup> Dit is beslis nie bygeloof wat aanleiding gee tot begrafnisrituele of die gebruik van speserye soos wierook, die simbool van onsterflikheid, by begrawing nie. Die Heilige Gees heg nie minder waarde aan begrawing as aan die belangrikste geloofsmisterieë nie.

Selfs Christus het die begrafnisritueel aangeprys.<sup>547</sup> Dit het Hy om slegs een rede gedoen en dit is dat die graftombe ons oë oplik vanaf korrupsie, en dit op die hernieude toekomstige lewe rig. Selfs die Patriarge het die begrawingseremonie eerbiedig; vir hulle was dit inderdaad 'n waardevolle geloofsaak. Ons vind byvoorbeeld dat Abraham sorgvuldig voorsiening gemaak het vir die oprigting van 'n graftombe vir sy vrou.<sup>548</sup> Deur sy gestorwe vrou se liggaam met die "teken" van die wederopstanding – hy

---

<sup>543</sup> 1536: 25 5.

<sup>544</sup> Soos byvoorbeeld die Sadduseërs.

<sup>545</sup> Calvyn 1536: 25 5.

<sup>546</sup> Calvyn 1536: 25 8.

<sup>547</sup> Mattheus 26 10.

<sup>548</sup> Steun word in Genesis 23 4 gevind.

bedoel 'n graftombe – te versier, het Abraham nie slegs sy eie geloof nie maar ook dié van geheel sy huishouding versterk.

Die geval van Job weerspieël die wederopstanding selfs beter. By sy dood gee hy opdrag dat sy gebeendere na die Beloofde Land gebring moet word. Dit toon aan dat hy by die wederopstanding nie met 'n nuwe liggaam bekleed sou word nie maar inderdaad met sy ou – nou verheerlikde – liggaam.

Calvyn<sup>549</sup> vestig die aandag daarop dat die Grieke die woord *koimeteria* (dit is *coemeterium* in Latyn) gebruik het om na begraafplase te verwys. Die grondliggende betekenis van die woord is “slaapplek”. Hy beklemtoon dat die woord slaap alleen die liggaam toekom en dus eie daaraan is. Selfs die antieke Grieke het dus in die wederopstanding geglo. Net soos die woord “slaap” het die woord *ressurrectio* ook die implikasie van “opstanding” en om hierdie rede word die term ook ten opsigte van begraafplase gebruik.

Calvyn se *Magnum Lexicon Iuridicum* verskyn in 1599 te Geneve, Switserland. Dat die wederopstandingsidee ook hierin sentraal staan in die beskrywing van 'n Christelike begraafplaas is duidelik. Hy<sup>550</sup> wys daarop dat 'n begraafplaas in die Latynse taal as 'n *dormitorium* bekend staan. Dit word so genoem omdat die menslike liggaam daar rus in blye afwagting van die wederopstanding.<sup>551</sup>

### 6.3 GEVOLGTREKKING

---

<sup>549</sup> 1536; 11 25 8.

<sup>550</sup> 1653: *Coemeterium*.

<sup>551</sup> Calvyn 1653: *Coemeterium: quod haec mors corporis, temporaria sit, simulque omnes resurrecturi...Conditoria vero, sive sepulchreta mortuorum in nostra religio dicuntur coemeteria, id est, dormitoria, quoniam propter spem resurrectionis, mortuos consuevit dormientes appellare, et eosdem dormire in Domino.*

Soos in latere hoofstukke aangetoon sal word, het die Romeins-Hollandse juriste, wat die Suid-Afrikaanse gemenerereg help vorm het, bogenoemde Calvinistiese leer gretiglik en getrou aangehang en sou hierdie feit betekenisvol wees vir die latere ontwikkeling van 'n eie Suid-Afrikaanse reg. Dit is belangrik om daarop te let dat daar geen volslae sekularisering of profanisering van begraafplase of religieuse sake by Calvyn aangetref word nie.

## HOOFSTUK VII

### NATUURREG OFTEWEL REDEREG

#### 7.1 INLEIDEND

Die Hollander Hugo De Groot (1583 – 1645)<sup>552</sup> word vandag allerweë beskou as die grondlegger van die sewentiende eeuse rasionalistiese natuurregopvatting wat in belangrike opsigte verskil van die teologies-dogmatiese natuurregsleer waarmee Thomas Aquino die Middeleeuse regsfilosofiese denke oorheers het.<sup>553</sup>

Alhoewel daar 'n groot aantal natuurreggeleerdes vanaf die aanvang van die sestiende eeu tot aan die einde van die agtiende eeu floreer het, het nie almal van hulle aandag bestee aan die reg met betrekking tot gewyde of religieuse sake nie. Intendeel bestaan daar 'n gebrek aan materiaal oor dié onderwerp.

Vir doeleindes van hierdie studie word daar gebruik gemaak van die werke van De Groot, Christian Thomasiaus en Johannes Althusius. De Goot beklee waarskynlik die hoogste rang op die natuurregtelike gesagsranglys, maar is skrywer hiervan die mening toegedaan dat hy vir doeleindes van onderhawige studie eerder by 'n bespreking van die Romeins-Hollandse juriste tuishoort<sup>554</sup> en word hy om hierdie rede hier buite rekening gelaat.

#### 7.2 JOHANNES ALTHUSIUS ( 1557 – 1638 )

Met die publikasie van sy *Politica methodice digesta* in 1603 vestig die Duitser Johannes Althusius homself as een van die grondleggers van die

---

<sup>552</sup> Hfst 10 hieronder.

<sup>553</sup> De Groot 1913: *Prolegomena*. De Groot beskryf die natuurreg as: *dictamen rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse morale turpitudinem aut necessitate morale*.

<sup>554</sup> Hfst 10 hieronder.

moderne soewereiniteitsbegrip wat sterk op die Calvinistiese gemeenskapsbegrip steun. Vir doeleindes van hierdie studie is dit egter sy *Dicaeologicae Libri Tres*<sup>555</sup> wat van belang is.

Volgens Althusius<sup>556</sup> word sake op grond van vatbaarheid vir eiendomsreg in twee kategorieë verdeel, naamlik *res divinae*<sup>557</sup> en *res humanae*.<sup>558</sup> Hierdie indeling het 'n skriftuurlike grondslag.<sup>559</sup> *Res divini iuris* is vrygestel van menslike eiendomsreg sowel as menslike handelstransaksies. Die mens kan ook geen eiendomsregtelike dominium of beheer<sup>560</sup> oor hierdie sake uitoefen, of oor een of ander spesie van eiendomsreg<sup>561</sup> daaroor beskik nie. Nogtans verkeer hierdie tipe saak tot 'n mate in die mens se besit, is dit dermate verhandelbaar en ontvang dit 'n waardeskatting oftewel *aestimatio*. Volgens die Heilige Skrif behoort die aarde, met die volheid daarvan oor die algemeen aan God<sup>562</sup> en beskik die mens slegs oor wat hy van die Skepper ontvang het.<sup>563</sup>

Althusius verdeel *res divini iuris* in twee kategorieë, naamlik sake wat in die absolute sin aan die goddelike reg onderworpe is<sup>564</sup> en sake wat tot 'n relatiewe of beperkte mate<sup>565</sup> onder beskerming van die goddelike reg staan.<sup>566</sup> Voorbeelde van eersgenoemde is *res sacrae* en *res religiosae*. Die term *res sacrae* verwys na daardie sake waarvan die gebruik,<sup>567</sup> die

---

<sup>555</sup> Althusius 1603.

<sup>556</sup> 1603: 1 20 - *De rebus divinis* en 1 21 - *De rebus humanis in genere*.

<sup>557</sup> *res divini iuris*.

<sup>558</sup> *res humani iuris*. Hy haal as gesag aan Mattheus *De Interdictis* 22 21 en 10 1.

<sup>559</sup> Levitikus 10 10: "...en julle moet 'n onderskeid maak tussen wat heilig en wat onheilig, en tussen wat rein en wat onrein is."

<sup>560</sup> *nullam dominationis*.

<sup>561</sup> *speciem dominii*.

<sup>562</sup> Hy verwys na 1 Kor 10: 26 en Psalm 24: 1.

<sup>563</sup> Sy verwysing is Psalm 115: 16; Psalm 8 en Sam 6.

<sup>564</sup> *res divini iuris absolutae*.

<sup>565</sup> *res quasi divini iuris*.

<sup>566</sup> *Dicaeologicae* 1 20 5. Eersgenoemde omskryf hy in die volgende terme: *Absolute et vere divinae res sunt, quae usibus divinis, ex destinatione illius, qui destinandi et consecrandi habet potestatem, inserviunt.*

<sup>567</sup> *usus*.

vruggebruik<sup>568</sup> en eiendomsreg<sup>569</sup> in verhouding tot profane sake gesegregeer is.<sup>570</sup> Ons tref twee tipes *res sacrae* aan: Eerstens dié wat direk (*directo*) en absoluut (*absolute*) op grond van hul oorsprong (*ab origine*) sakraal van aard is en tweedens dié wat indirek, relatief, *ex post facto* of retrospektief sakraal van aard is.<sup>571</sup> 'n Voorbeeld van 'n absoluut sakrale saak is die mens,<sup>572</sup> ten opsigte waarvan alle eiendomsreg en gebruik aan God toekom en wat in die naam van en tot God se welbehae geskape is.<sup>573</sup> Aangesien die mens uitsluitlik tot goddelike gebruik bestem is, is hy om daardie rede van alle ander kreature gesegregeer. Die mens is ook God se vennoot<sup>574</sup> in die Goddelike natuur. Hy is die beeld van God – die *imago Dei*. Alle ander wêreldlike dinge is eintlik ter wille van die mens<sup>575</sup> geskape.

Om bogenoemde redes word die mens in geheel as *extra commercium* beskou. Kortom gestel: Die mens is heilig, aan die private sowel as aan die goddelike erediens gewy en deur God aangeneem om nie vir homself nie maar vir God te lewe. Om hierdie rede erken die mens God se baasskap en heerskappy oor hom. Dit is vir God dat die mens vrug dra, dien en aan wie hy sy ledemate wy. Dit is om dieselfde rede dat die juridiese tekste konstateer dat die mens nie eienaar van sy eie ledemate is nie en dat dit vir hom verbode is om sy ledemate (opsetlik) enige skade te berokken. Die vrug van die mens is daardie handeling en denke wat deur die mens se ledemate en sinne verrig word en ook hierin beskik God oor 'n absolute eiendomsreg. Die *menslike liggaam* is eintlik die tempel van God, die huis waarin Hy woon. Die *norma et regula* van alle menslike handeling is die Dekaloog oftewel die tien geboie waarvolgens die mens

---

<sup>568</sup> *usufructus*.

<sup>569</sup> *proprietas*.

<sup>570</sup> Sy verwysing is 2 Tim: 2 21; Thes 4: 4 en Efes 5: 26.

<sup>571</sup> Sy gesag is skriftuurlik: 1 Kor 3: 22 en 23; Rom 14: 7-9 en 11-14; 1 Petr 1: 18-19.

<sup>572</sup> *homines*.

<sup>573</sup> Vgl 1 Kor 11: 7.

<sup>574</sup> *consors*.

<sup>575</sup> *hominis vero gratia*.

God moet eerbiedig. Volgens die goddelike reg is God die Vader en Heer van die mens, die *pater et dominus hominis* en beskik hy oor die *ius vitae necisque*, die reg oor lewe en dood ten opsigte van die mens waarvolgens Hy ook die mens regeer, in sy voorsienigheid optree en beskerm.

Relatief sakrale sake is dié wat nie *per se* sakraal is soos die mens nie maar wat wel as sakraal geag word op grond van bestemming en gebruik<sup>576</sup> asook weens die feit dat dit in die publieke diens staan. Hierdie sake is deur die publieke owerheid op gesag van die volk of van 'n magistraat vir 'n sakrale doel bestem.<sup>577</sup> Sodanige *res sacrae* staan onder praktiese beheer van die kerk wat dit vir doeleindes van die ministerie en die erediens moet aanwend, en is dit om dié rede dat die sake van profane sake gesegregeer word. Die eiendomsreg (*proprietas*) van relatiewe sakrale sake berus egter ook by God.

Vervolgens wend Althusius hom tot *res religiosas* wat hy soos volg beskryf: *Religiosa res est immobilis, seu locus, quem quilibet private auctoritate per illationem humani cadaveris religiosum facit* – “n Religieuse saak is 'n onroerende saak of plek wat religieus word wanneer enigiemand op grond van private gesag 'n menslike liggaam daarin begrawe”.<sup>578</sup> Hy verskaf<sup>579</sup> ook die volgende beskrywing van die bestemming van *res religiosas*: *Rei religiosae proprietas nullius hominis est, usus vero illius sepulturae hominis destinatus* – “Die eiendomsreg in religieuse sake kom niemand toe nie, alhoewel die **gebruik** van sodanige plekke **bestem** is vir menslike begraving”. 'n Graftombe of begraafplaas is vir Althusius<sup>580</sup> dus “heilig” en “goddelik.” 'n Graf dien onder andere om

---

<sup>576</sup> *ob finem et usum sui*.

<sup>577</sup> Dicaelogicae 1603: 1 20 15; Vgl Nov 131 7 en 67 1.

<sup>578</sup> Bybelse bronne waarna hy verwys is Gen 23: 17-20; Johannes 19: 45; 1 Kor 3: 16; 6-7 en 19-20.

<sup>579</sup> Dicaelogicae 1603: 1 20 20

<sup>580</sup> Dicaelogicae 1603: 1 20 20. Hy verwys na verskeie skriftuurlike tekste.



die sterflike menslike aard asook die herinnering aan die dood<sup>581</sup> te bewaar en gedurig voor oë te hou.<sup>582</sup>

Althusius se standpunt aangaande die *ius sepulchri* is vir doeleindes van hierdie studie van belang. Volgens hom word daar soms beweer dat graftombes die mens se *eiendom* is. Dit is egter slegs die geval insoverre daar na die *ius sepulchri* verwys word. Werklike eiendomsreg in religieuse sake as sulks is egter onbekend.

Hierdie standpunt van Althusius<sup>583</sup> hou groot betekenis in vir skrywer hiervan se eie mening, soos later gestel in die bespreking van die Romeins-Hollandse-<sup>584</sup> en Suid-Afrikaanse reg hieronder,<sup>585</sup> naamlik dat in die vroeë Suid-Afrikaanse regspraak die howe gedwaal het deur te aanvaar dat religieuse sake soos graftombes en begraafplase in die Romeins-Hollandse (en dus ook in die Suid-Afrikaanse) reg ten volle vatbaar was vir eiendomsreg en handelstransaksies.

Sake wat Althusius<sup>586</sup> as *res religiosae* klassifiseer, is onder andere die menslike liggaam self, monumente wat 'n menslike liggaam bevat ( met die uitsluiting van senotawe oftewel ongebruikte monumente ), grafte en graftombes, permanente aanhegtings aan grafte asook begraafplase.

Hierdie benadering is volkome in ooreenstemming met die Romeinse- sowel as die Kanonieke reg en volgens skrywer hiervan se oorwoë mening ook met die Romeins-Hollandse- en Suid-Afrikaanse reg.

Althusius verdeel begraafplase in gemeenskaplike-,<sup>587</sup> enkel-<sup>588</sup> asook parogiale<sup>589</sup> begraafplase. Famliëgrafte en erfgrafte soos dit in die

---

<sup>581</sup> *humanae conditionis et mortalitatis memoriam.*

<sup>582</sup> Vgl Calvyn 1536: 11 16 7 wat vroeër bespreek is.

<sup>583</sup> *Dicaelologicae* 1603: 1 20 20.

<sup>584</sup> Hfst 10 hieronder.

<sup>585</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>586</sup> *Dicaelologicae* 1603: 1 20 20.

<sup>587</sup> *communis.*

<sup>588</sup> *singulis.*

Romeinse reg erken is, is ook bekend aan die tydperk van die natuurreg. Volgens Althusius verkeer hierdie tipe graftombe binne die eiendomsreg van die Allerhoogste.<sup>590</sup>

### 7.3 CHRISTIAN THOMASIVS ( 1655 – 1728 )

Nog 'n natuurreggeleerde wat 'n waardevolle bydrae tot die begrawingsreg gelewer het, was Christian Thomasius, veral in sy *Institutiones* wat in 1720 te Halle gepubliseer is.<sup>591</sup>

Thomasius<sup>592</sup> beroep hom op Plato<sup>593</sup> wanneer hy die stelling maak dat daar drie soorte geregtigheid<sup>594</sup> te onderskei is, naamlik geregtigheid teenoor God,<sup>595</sup> geregtigheid teenoor die mens<sup>596</sup> en geregtigheid teenoor die ontslapenes.<sup>597</sup> Hy beklemtoon<sup>598</sup> dat die persoon of persone aan wie die sorg van sakrale sake deur die wet toevertrou is 'n religieuse funksie verrig wat in die oë van die gode vroom van aard (*pii*) is. As sulks voldoen hulle dus aan die vereistes van die eerste vorm van *justitia*.

Persone wat aan ander teruggee wat aan hulle behoort,<sup>599</sup> voldoen weer aan die vereistes van *justitia circa homines*, oftewel die tweede vorm van geregtigheid. Diegene wat egter die laaste eerbetuigings aan die gestorwenes betoon<sup>600</sup>, is regverdig of billik teenoor hulle<sup>601</sup> en voldoen sodoende aan die vereistes van die derde *genus* van *justitia*.

---

<sup>589</sup> *parochialis*.

<sup>590</sup> *in jure domini nostri*. Met ander woorde, dit is *res divini iuris*.

<sup>591</sup> Wat betref die algemene aard en strekking van Christian Thomasius se regsfilosofiese denke, sien Van Zyl 1983a: 198.

<sup>592</sup> 1720: 3 10 *De officio ergo mortuos*.

<sup>593</sup> *Nomoi (Die Wette)* 11 972; *De Republica* 662 en Cicero *De Legibus* 2 7 18

waarvolgens die begrawingsreg as dissipline terugdateer na Numa, die Romeinse koning.

<sup>594</sup> *genera iustitiae*.

<sup>595</sup> *iustitia circa Deos* (die gode).

<sup>596</sup> *iustitia circa homines*.

<sup>597</sup> *iustitia circa defunctos*.

<sup>598</sup> *Dicaelologicae* 1603: 1 20 20.

<sup>599</sup> *qui vero mutua et deposita restituunt*.

<sup>600</sup> *qui autem vita functis justa persolvunt*.

<sup>601</sup> *circa defunctos*.

Die rede waarom die lewendes verpligtinge teenoor die gestorwenes het, is dat die siele van laasgenoemde deel uitmaak van die goddelike essensie en dat die mens sorg verdien selfs nadat siel van liggaam geskei is. Dit is om hierdie rede en met hierdie bestemming dat graftombes gebou, versorg en versier word.<sup>602</sup>

Thomasius vestig die aandag daarop dat die begrawingsreg tradisioneel deel uitmaak van die sogenaamde *ius gentium voluntarium* oftewel die volkereg van vrywilliges. Die *ius gentium voluntarium* word egter nie in sy tyd erken nie.<sup>603</sup> Hy toon aan<sup>604</sup> dat sommige juriste die mening huldig dat die begrawingsplig eintlik 'n natuurregtelike konsep is wat by die sogenaamde *societates gentium* toepassing vind maar dat volgens sy mening die begrawingsplig eweseer in die *societates civiles viventium*, siviele gemeenskappe dus, van toepassing is.

Vir Thomasius<sup>605</sup> is die begrawingsplig 'n absolute voorskrif, 'n *praeceptum absolutum*, 'n imperatief wat in alle gemeenskappe geld. Dit is gewortel in die menslike natuur en menslikheid self en oorwegings spruitende uit die gewoontereg, genadigheid, godsdiens, piëteit, regverdigheid en billikheid speel 'n uiters belangrike rol daarin.<sup>606</sup>

Vervolgens betoog Thomasius dat die lewendes nie eintlik enige verpligting in die ware sin van die woord aan die gestorwenes as sulks in terme van die natuurreg verskuldig kan wees nie aangesien die *cadaver* of *anima* nie *obligationis capax* kan wees nie. Sy betoog lui verder dat

---

<sup>602</sup> Dit is om dieselfde rede dat die Romeine graftombes as *res divini iuris* bestempel het, of dat die *Gentiles* begrawing beskou het as 'n aangeleentheid wat onder die *Lex Divina* geval het en die begrawingskult gegrond is op orakels wat van die gode verkry is.

<sup>603</sup> *Ius Gentium Voluntarium non agnoscimus*.

<sup>604</sup> 1720: 3 10 4-5.

<sup>605</sup> 1720: 3 6.

<sup>606</sup> 1720: 3 6.

indien daar enige verpligting onderliggend aan begrawing is dit in weklikeid 'n verpligting teenoor ander lewendes<sup>607</sup> is.

Die natuurreg bevat geen spesifieke voorskrifte in verband met menslike begrawing nie en is die mens se begrawingsidee eintlik op die Openbaring gegrond. God<sup>608</sup> het immers aan Adam gesê: “In die sweet van jou aangesig sal jy brood eet totdat jy terugkeer na die aarde, want daaruit is jy geneem. Want stof is jy, en tot stof sal jy terugkeer.”

Thomasius<sup>609</sup> staan krities teenoor diegene wat die mening huldig dat begrawing verpligtend is op grond van die wederopstandingsleer en sodoende die wederopstanding eintlik afhanklik van begrawing as dodeversorgingsvorm wil stel. Vir hom is daar geen manier hoe begrawing, of die ontsegging daarvan, die wederopstanding kan beïnvloed nie.<sup>610</sup>

Hierdie standpunt moet egter nie geïnterpreteer word as sou Thomasius geen rol aan die wederopstandingsleer hoegenaamd in die begrawingsreg toeken nie. Wat Thomasius wil tuisbring, is dat die dodeversorgingsvorm of –metode as sulks geen invloed op die wederopstanding kan hê nie. Diegene wat Christene vervolg en begrawing ontsê met die oog op die belemmering van die wederopstanding tree dus sinneloos en futiel op.

Thomasius<sup>611</sup> is van mening dat die mens veral begrawing verdien op grond van sy *dignitas*. Aangesien die mens 'n meer voortreflike wese is as al die ander skepsels van God, soos byvoorbeeld diere, is dit ongetwyfeld 'n groot vergryp teen sy *dignitas* indien sy liggaam deur laasgenoemde verslind of verskeur sou word.

---

<sup>607</sup> *ad alios homines viventes*.

<sup>608</sup> Gen 3: 19.

<sup>609</sup> 1720: 3 10 11-12.

<sup>610</sup> 1720: 3 10 13.

<sup>611</sup> 1720: 3 10 14.

#### 7.4 GEVOLGTREKKING

Die natuurregsgeleerdes van die sestiende en sewentiende eeue en veral dan Althusius en Thomasius erken die bestaan van *res divinis iuris* waarvan *res religiosae* deel uitmaak. Soos in die Romeinse reg beskou Althusius religieuse sake as heilig en goddelik en onder die beskerming van die Allerhoogste.

Thomasius beklemtoon die begrawingsplig dit wil sê die religieuse plig van lewendes om die dooies te begrawe, asook die feit dat hierdie plig voortspruit uit gewoontereg, genadigheid, godsdienstige oorwegings, piëteit, asook regverdigheid en billikheid. Graftombes word opgerig met die doel om na die mens se liggaam wat 'n heilige objek is om te sien. Graftombes word dan ook vir hierdie doel versorg en versier. Dit is dus vrygestel van privaatregtelike handelsverkeer.

Bogenoemde benadering van die natuurregsgeleerdes is in volkome harmonie met ons betoog dat begraafplase gemeenregtelik nie vatbaar was vir eiendomsreg nie.

## HOOFSTUK VIII

### IUS COMMUNE : USUS MODERNUS PANDECTARUM

#### 8.1 INLEIDEND

Die term *Ius Commune* verwys na die reg wat die onderskeie lande op die Europese Vasteland vanaf die Laat-Middeleeue tot aan die einde van die negentiende eeu in gemeen gehad het.<sup>612</sup> Dit het ook bekend gestaan as die *altere gemeine recht*<sup>613</sup> en was hoofsaaklik uit Romeinse- en Kanonieke reg saamgestel.<sup>614</sup> Laasgenoemde het in sekere opsigte aansienlike verandering ondergaan gedurende die tydperk van die Reformasie, veral in Duitsland en die Nederlande. Dit is dan ook hierdie vorm van die *Ius Commune* wat aan die Kaap geresipieer is. Vir doeleindes van hierdie studie is dit belangrik om daarop te let dat die *Ius Commune* nie 'n nasionale regstelsel was nie maar wel 'n Pan-Europese regsdisipline. As sulks hou dit dus groot betekenis in vir doeleindes van onderhawige ondersoek.<sup>615</sup>

By die *Usus Modernus Pandectarum*<sup>616</sup> staan die letterlike gebruik<sup>617</sup> van die Pandekte, oftewel Digesta van Justinianus in die eietydse regspraktyk<sup>618</sup> op die voorgrond.<sup>619</sup>

---

<sup>612</sup> Coing 1985: Vorwort; Van Zyl 1983a: 265.

<sup>613</sup> Coing 1985: Vorwort; Van Zyl 1983a: 265.

<sup>614</sup> Van Zyl 1983a: 265.

<sup>615</sup> Van Zyl 1983a: 265.

<sup>616</sup> Letterlik *moderne gebruik van die Pandekta* van Justinianus. Van Zyl 1983a: 237 wys daarop dat , waarskynlik weens die praktyksgerigtheid wat onderliggend was aan die *Usus Modernus*, hierdie beweging ook ander name gedra het, soos *Mores Hodierna* of *Nova Practica*.

<sup>617</sup> *application*.

<sup>618</sup> Praktyk van die 16de tot en met die 18de eeu.

## 8.2 SEKULARISERING EN VERHANDELBAARHEID

In die lig van die algemene sekularisering van die reg wat gedurende die tydperk van die Reformasie en daarna in die Nederlande en Duitsland plaasgevind het, word die uitwerking wat hierdie proses op die regsposisie van *res religiosae* gehad het vervolgens ondersoek.

### 8.2.1 SAMUEL STRYK ( 1640 – 1710 )

Die term *Specimen Usus Modernus Pandectarum*<sup>620</sup> het sy ontstaan gehad in die gelykluidende titel van Stryk se seminale werk<sup>621</sup> wat tussen 1690 en 1712 uitgegee is.<sup>622</sup>

Sover dit sakeklassifikasie betref meen Stryk<sup>623</sup> dat die verdeling van sake in *res divini* en *res humani iuris* nog steeds in die *Usus Modernus*, oftewel die Duitse reg van sy tyd, van toepassing is.<sup>624</sup> Van die drie kategorieë *res divini iuris* word egter slegs *res sacrae* en *res religiosae* nog erken.<sup>625</sup>

Stryk werp interessante lig op die regsposisie van *res sacrae* soos kerkgeboue. Die bevoegdheid waaroor die *Princeps* oftewel die Soewerein ten opsigte van *res sacrae* beskik, is nie soseer *dominium* as wat dit 'n beskikkingsbevoegdheid of -diskresie, 'n *disponendi arbitrium*, is nie.<sup>626</sup> Wat begraafplase betref beklemtoon Stryk dat godsdienstige eerbied vir begraafplase nie aan etniese bygeloof toegeskryf kan word nie aangesien dit ook deur die vroegste Christelike tradisies en sedes weerspieël word.<sup>627</sup> Die Romeinse keisers wat die vroeë Christene vervolg het, het

---

<sup>619</sup> Van den Bergh 1985: 81 en 85; Van Zyl 1983a: 237 – 246.

<sup>620</sup> Beter bekend as bloot die *Usus Modernus Pandectarum*.

<sup>621</sup> Daar word gebruik gemaak van die 1713-uitgawe wat te Halle en Magdeburg verskyn het.

<sup>622</sup> Van Zyl 1983a: 242.

<sup>623</sup> 1713: 1 7 1.

<sup>624</sup> Stryk se uiteensetting van die begrawingsreg word onder die titels *De Rerum Divisione*, Lib I tit VIII, *De Religiosis et Sumptibus Funerum* Lib XI tit VII en *De Privatorum Sepulchris* Lib XI Tit VII van die *Usus Modernus* aangetref.

<sup>625</sup> *Res sanctae* geniet geen erkenning meer nie.

<sup>626</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

<sup>627</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

spesiale sorg gedra om laasgenoemde begrawing te ontsê terwyl die Christene self weer geen plek as so heilig as die graftombes van die gestorwe martelare beskou het nie. Op hierdie graftombes het die Christene immers hul gebede tot God gerig en ander eredienste gehou.<sup>628</sup>

Anders as wat die geval onder die Romeine was, het die vroeë Christene nie die erediens in die graftombes van martelare gehou uit blote eerbied vir die graftombes as sulks nie, maar eerder om die aandag van die oorlewendes op die ewige lewe en die wederopstanding te vestig. Hulle was dus nie deur bygeloof geïnspireer nie maar wel deeglik deur die Heilige Skrif. Die Romeine het wel seremonies aan die voorvaderlike geeste of *diis manibus*<sup>629</sup>opgedra.

Die oordrewe gewoonte wat onder die vroeë Christene ontstaan het om naby die graftombes van die martelare begrawe te word, is deur Konstantyn en latere Romeinse keisers aan bande gelê en hierdie keisers was dan ook die eerste om begraafplase aangrensend tot kerkgeboue, dit wil sê kerkhowe, vir begrawing van die oorlede gelowiges in te rig<sup>630</sup> sodat laasgenoemde *in spem futurae resurrectionis sociarentur*- "in die hoop op die toekomstige opstanding kon verkeer."

Stryk<sup>631</sup> wys daarop dat begraafplase volgens Kanonieke reg ook as *res sacrae* beskou kan word aangesien 'n begraafplaas onder daardie stelsel deur konsekrasie, of ten minste deur benediksie gewy word. Om hierdie rede kan 'n begraafplaas ten minste as *res religiosa et benedicta* beskou word. In die geval waar die begraafplaas egter aangrensend tot 'n kerkgebou is, sal dit *res religiosa et sacra* wees, soos ook in die geval waar dit deur volle konsekrasie gewy is.

---

<sup>628</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

<sup>629</sup> G 2 4; G 2 6; Cicero *De Legibus* 2 7-18; Bouscaren en Ellis 1939: 651.

<sup>630</sup> Oftewel 'n gemeenskap vorm met die oog op die komende wederopstanding.

<sup>631</sup> 1713: 1 7 1.



In die Evangeliese kerke van sy tyd bestaan daar egter nie meer *consecratio* of *benedictio* van begraafplase nie en om hierdie rede verdien begraafplase geen ander titel of beskrywing as dié van *loci religiosi* oftewel religieuse of godsdienstige plekke nie. Dit is dan ook om dié rede dat sodanige plekke deur 'n heining of muur van profane sake gesegregeer of afgesonder word. Die Evangeliese kerke het egter *per incuriam*, oftewel onsoorgvuldigheid, van die bygeloofspraktyke waarop die Romeinse- en Kanonieke reg gegrond was, oorgeërf.

Wat die begrawingsreg betref word bemark dat dit in die *Usus Modernus* onttrek word van uitsluitlik biskoplike jurisdiksie en in die Protestantse lande onder siviele jurisdiksie geplaas word. Stryk stel byvoorbeeld die fundamentele vraag of die begrawingsorg<sup>632</sup> aan die *Potestas Politica* of aan die *Potestas Ecclesiastica* toegeskryf behoort te word in die lig van die feit dat dit 'n aangeleentheid is wat op die publieke belang en -veiligheid<sup>633</sup> betrekking het. Hy staan krities teenoor die Kanoniekregtelike posisie waar die begrawingsorg en -jurisdiksie geheel en al aan die biskoplike amp toevertrou is.

Volgens Stryk was dit die heersende houding onder die Evangeliste<sup>634</sup> dat die *cura sepulturae* by die *Princeps* berus en dat laasgenoemde dit na sy *Consistoria* afgewentel<sup>635</sup> het. Heel dikwels het daar egter twis ontstaan tussen die plaaslike konsistorie en die politieke magistratuur aangaande die instansie aan wie die begrawingsorg eintlik toevertrou is. Begrawing *per se* behoort nie tot die *cultum divinum* nie maar is slegs 'n menslikheidsplig<sup>636</sup> wat sy ontstaan in publieke noodsaak vind.<sup>637</sup>

---

<sup>632</sup> *cura funeris*.

<sup>633</sup> *salus publica*.

<sup>634</sup> *apud Evangelicos*.

<sup>635</sup> Stryk 1713: 1 7 1. Die sg *cura sepultura* is deur art 5 van die *Ordinnancia Ecclesiastica Saxonum: Von Todten-Begrabnissen* vanuit biskoplike jurisdiksie ontnem. Stryk verwys ook na Carpzovius *Jur Consist* 1 10 2 390.

<sup>636</sup> *humanitatis officium*.

Volgens Stryk kan die konsistorie 'n konsessie aan 'n private individu verleen om 'n familiegraf op sy eie grond op te rig, in besonder wanneer daar geen plek in die plaaslike kerkgebou beskikbaar is nie. In die Romeinse reg is persone toegelaat om vrylik begraafplase op te rig, ook in hul eie grond,<sup>638</sup> omdat daar geen openbare begraafplase bestaan het nie. Aan hierdie praktyk het die Kanonieke reg egter 'n einde gemaak toe dit die verkoop van grond vir begrawingsdoeleindes verbied het.

As 'n algemene reël word kontraktuele vervreemding van religieuse sake in die *Usus Modernus* toegelaat, met dien verstande dat vervreemding nie *ad destructionem* mag geskied nie. In hierdie verband word spesifiek verwys na 'n gevatte spreuk wat by Stryk<sup>639</sup> aangetref word: *Facilius enim sepulchrum construitur, quam destruitur*. "Dit is makliker om 'n graftombe op te rig as om dit te vernietig." Vervreemding is slegs toegelaat *ad ulteriorem usum religiosum*, oftewel vir doeleindes van soortgelyke of analoë religieuse gebruik as begraving.

Hierdie is volgens skrywer hiervan se beskeie mening 'n sekere teken dat in Samuel Stryk se regswetenskap, dit wil sê in die *Usus Modernus*, die analoë of soortgelyke gebruiksleer sy volle ontwikkelingsgang betree het.

Konsistoriële konsessie was benodig vir die vernietiging van 'n graftombe of begraafplaas, of vir die aanwending daarvan vir 'n doel anders as begraving. Die *Patronus* se toestemming was onvoldoende. Nêrens beweer die bronne, insluitende Stryk, egter dat die *Princeps*, konsistorie of enigiemand anders *eienaar* van 'n begraafplaas of graftombe in die

---

<sup>637</sup> Stryk 1713: 1 7 1 voer aan dat daar met verloop van tyd soveel seremonies aan kerklike begrafnisse geheg is dat die mening by die publiek begin posvat het dat daar geen behoorlike begrafnis kan wees sonder die kerklike misse, gesange, gebede ensovoorts wat op die sielsheil van die oorledene gerig is nie. Dit was die gebruik om hierdie eksterne seremonies aan biskoplike gesag oor te laat, wat later daartoe gelei het dat laasgenoemde vir sigself die *ius sepulturnum* in sy totaliteit toegeëien het en sodoende die politieke gesag alle seggenskap ontsê het.

<sup>638</sup> G 2 6; Inst 2 9; De Colquhoun 1860: 7.

<sup>639</sup> 1713: 1 7 1.

burgerregtelike sin van die woord was nie. Die konsistorie beskik slegs oor 'n sogenaamde *arbitrium disponendi* en tree slegs as 'n soort trustee op maar beskik geensins oor volle eiendomsreg (of selfs volle besit) van 'n begraafplaas of graftombe nie.

Dit word verder aan die hand gedoen dat Stryk se uiteensetting van die reg onder die titel *De Alienatione Sepulchri* eintlik 'n diskoers is aangaande die vervreemding van die *ius sepulchri* en nie van eiendomsreg in religieuse sake as sulks nie. Hy kom immers tot die gevolgtrekking dat die vervreemdingsvoorwaardes waaraan graftombes en begraafplase onderhewig was van sodanige aard was, dit wil sê so streng en beperkend van aard was, dat hierdie tipe saak selfs in die *Usus Modernus* as *res extra commercium* beskou kan word.

Dit kom daarop neer dat selfs in die *Usus Modernus*, wat grootliks op reformatoriese tradisie gegrond was, die praktiese regsposisie van religieuse sake in die laaste instansie weinig verskil het van dié in die Romeinse- en die Kanonieke reg. Dit is opmerklik dat *res religiosae* in al drie stelsels vir slegs een besondere en beperkte eksklusiewe doel, naamlik begraving afgesonder is. Hierdie beperkte begrawingsdoel stel 'n religieuse of piëteitsbeskikking of –regime daar. Dit is teen hierdie agtergrond wat die lotgevalle van die Romeinsregtelike verbod op vervreemdingshandelinge en handelstransaksies in die *Usus Modernus* verstaan moet word. Vervolgens word die vraag of 'n graftombe in die *Usus Modernus* stilswyend ingeslote was by die koop van grond waarin sodanige graftombe geleë was, behandel. Reeds in die bespreking van die Romeinse Reg<sup>640</sup> is gemerk dat in daardie regstelsel die begrip *accessio* suksesvol aangewend is om dié aangeleentheid te reël.<sup>641</sup> Weereens word na Stryk verwys.

---

<sup>640</sup> Hfst 2 hierbo.

<sup>641</sup> Inst 2 1 29 en 30; Sandars 1917: 104-6; *Gillespie v Toplis* 1951(1) SA 297G – 298H (CPD).

Tempels, begraafplase, familiegrafte en erfgrafte gaan na die koper oor indien dit bysaak is tot die grond wat verkoop word, tensy oorgang deur uitdruklike ooreenkoms uitgesluit word.<sup>642</sup> Wat betref die ruilkontrak is die posisie min of meer dieselfde as in die geval van die koopkontrak aangesien elke saak wat vatbaar is vir kooptransaksies ook uitruilbaar is. Beide koopkontrak en ruilkontrak het immers die oordrag van eiendomsreg as doel. <sup>643</sup> In die *Usus Modernus* is dit ook toelaatbaar dat 'n profane stuk grond geruil word vir 'n stuk grond met 'n graftombe daarop, of selfs vir 'n graftombe as sodanig. Op dieselfde grondslag as bogenoemde gevalle word die gratis sessie of donasie van graftombes toegelaat. Genesis 23:11<sup>644</sup> word gebruik as presedent vir die skenking van 'n graf. Nieteenstaande die algemene verbod op skenkings tussen gades<sup>645</sup> word gades ook toegelaat om graftombes aan mekaar te skenk.<sup>646</sup>

Die verkryging van religieuse sake deur middel van verjaring was in die *Usus Modernus* aanvaarde praktyk nieteenstaande die feit dat *possessio* van hierdie tipe saak streng gesproke nie erken was nie.<sup>647</sup> Om dus verjaring van religieuse sake te bewerkstellig, was dit 'n vereiste dat die *praescribens* die saak *ut locus profanus* moes besit, dit wil sê hy moes dit gedurende die verjaringstydperk te goeder trou as 'n profane stuk grond besit het. Waar 'n persoon te goeder trou 'n graftombe van 'n nie-eienaar "gekoop" het, 'n liggaam daarin begrawe het en die voorgeskrewe verjaringstydperk sonder onderbreking verloop het, het die koper

---

<sup>642</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

<sup>643</sup> Inst 3 23 2 pr; Sandars 1917: 364 waar die ooreenkomte tussen koop en ruil bespreek word.

<sup>644</sup> In hierdie teks skenk Efron die Hettiet deel van sy grond wat 'n grot bevat aan Abraham vir doeleindes van begraving van laasgenoemde se dode.

<sup>645</sup> *donationes inter virum et uxorem*.

<sup>646</sup> Skenkings tussen gades, die sg *donations inter vir et uxorem*, was in die Romeinse reg in beginsel verbode: D 24 1 1; D 24 3 10; Thomas 1975: 104.

<sup>647</sup> D 41 2 30 1; Scialoja 1928: 168; D 18 1 4 in terme waarvan *res religiosae habere non potest*. Kaser 1984: 144; Van der Walt en Kleyn 1989: 229. Vgl hfst 2 3 hierbo.

“eienaar” geword net soos in die geval van ‘n gewone koopkontrak.<sup>648</sup> Anders as in die Romeinse reg kon ‘n graftombe ook die voorwerp van ‘n legaat uitmaak<sup>649</sup> solank die *bestemde gebruiksaanwending*, naamlik begrawing (*sepultura*), voor oë gehou is.

Die algemene voorwaarde waaraan kooptransaksies onderhewig was, naamlik *si salvus maneat sepulchri privatae usus religiosus* - “op voorwaarde dat die gebruik van privaat- graftombes onder godsdienstige beskerming bly”, het verseker dat hierdie tipe saak inderdaad nie vir doeleindes anders as vrome gebruik, dit wil sê begrawing, aangewend is nie. Dit beteken dat die Romeinsregtelike en Kanoniekregtelike stand van sake grootliks behou is, nieteenstaande die sogenaamde “opheffing” van die vervreemdingsverbod in die relatief gesekulariseerde *Usus Modernus*.

Daar word respekvol ter oorweging gegee dat, soos in die Romeinse- en Kanonieke reg, dit in bogenoemde vervreemdingsgevalle nie die graftombe as sodanig is wat in eiendom oorgegaan het nie maar wel die *ius sepulchri*, of die reg om in die betrokke grond of graftombe te begrawe.

Bewys hiervoor is die feit dat op welke wyse die nuwe eienaar ookal die graftombe verkry het, hy nog steeds aan die begrawingsbestemming daarvan gebonde was aangesien hy die betrokke graftombe slegs vir begrawing van die menslike liggaam kon gebruik. In ieder geval was dit dus die begrawingsgebruik (*usus*), oftewel die *ius sepulchri*, wat oorgedra, verhandel of bekom is en nie onbelemmerde of volle *dominium* van die graftombe as sulks *nie*.

---

<sup>648</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

<sup>649</sup> Vgl hfst 2 3 hierbo.

### 8.2.2 JUSTUS HENNING BOHMER ( 1674 – 1749 )

Bohmer<sup>650</sup> skryf dat in vervloë Romeinse tye religie die hoogste voorkeur<sup>651</sup> geniet het en alhoewel dit in sy eie tyd nie meer die geval was nie, daar tog uit die aard van die saak<sup>652</sup> besondere regsbeginsels is wat op begrawing betrekking het. In besonder geld dit ten opsigte van die prosesregtelike beginsel dat in die begrawingsreg geen appèl na 'n hoër hof tot beskikking van 'n litigant staan nie weens die dringende noodsaaklikheid wat onderliggend aan sake van hierdie aard is.<sup>653</sup>

Onder die "nuwe" reg, oftewel die reg van die Gereformeerde tradisie, word een van die mees basiese beginsels van die begrawingsreg behou, naamlik dat begrawing *imprimis celerimae est expeditionis*, dit wil sê dat begrawing so spoedig moontlik afgehandel moet word en nie sonder noodsaak verhinder of vertraag moet word nie.<sup>654</sup> Hierdie beginsels stem inderdaad ooreen met dié van die Romeinse reg.<sup>655</sup>

By Bohmer word 'n klemverskuiwing in die begrawingsreg bemerk: Terwyl dit die religie was wat by die Romeine die basis van die begrawingsreg gevorm het<sup>656</sup>, is dit in die *Usus Modernus Pandectarum* die natuurreg.<sup>657</sup>

### 8.2.3 MARCUS AURELIUS GALVANUS ( fl. c. 1788 )

Volgens Galvanus<sup>658</sup> kan 'n saak *religiosus* sowel as *sacra* wees. Eersgenoemde kwaliteit word verkry deur *illatio cadaveris*, dit wil sê

---

<sup>650</sup> 1791: 7 11 2.

<sup>651</sup> *favor summus*.

<sup>652</sup> *ex causis naturalibus*.

<sup>653</sup> 1791: 7 11 2.

<sup>654</sup> Bohmer 1791: 11 7 2; D 11 7 43.

<sup>655</sup> Vgl hfst 2 7 hierbo; D 11 7 43.

<sup>656</sup> Hy beroep hom op D 11 7 43 waar Papinianus skryf: *nam summam esse rationem quae pro religione facit* – "Redes wat ten gunste van die religie aangevoer word, word die hoogste geskat."

<sup>657</sup> 1792: 11 7 2.

<sup>658</sup> 1788: 30 1 2.

begrawing van 'n menslike liggaam in grond, laasgenoemde deur konsekrasie.

#### 8.2.4 ANTONIUS PICHARDUS ( fl. c. 1671 )

Pichardus<sup>659</sup> wys daarop dat *res religiosas* 'n spesie van die *genus res sacrae* is aangesien alles wat *sacrae* is tegelykertyd ook *religiosae* is. Net soos 'n *res sacra* kan 'n *res religiosa* volgens Kanonieke reg slegs deur die pous of biskop geskep word. Die enigste verskil is dat in die geval van 'n *res sacra* die konsekratiewe handeling van die Pous of Biskop voldoende is terwyl dit in die geval van 'n *res religiosa* deur die begrawing van 'n liggaam<sup>660</sup> plaasvind.

#### 8.2.5 AUGUSTINUS LEYSER ( 1683 – 1752 )

In sy *Meditationes*<sup>661</sup> tref Leyser eerstens 'n onderskeid tussen die terme *res sacrae*, *res sanctae* en *res religiosas*<sup>662</sup> en gee daarna 'n omskrywing van laasgenoemde. Ten einde *res religiosas* duidelik van ander *res divini iuris* te onderskei, beklemtoon hy die gebruik (*usus*) waarvoor die drie tipes saak bestem word.<sup>663</sup> *Res sacrae* is naamlik daar ter wille van die erediens van God<sup>664</sup> en *res religiosas* ter ere van die nagedagtenis van die oorledene sowel as die eer van families.<sup>665</sup> Nóg tans word *res religiosas* soms ook as *res sacrae* beskou.

Wanneer Leyser<sup>666</sup> die vraag behandel of kerkgeboue en ander *res sacrae* aan private eiendomsreg onderwerp kan word, wys hy daarop dat die aard van eiendomsreg en dié van *res sacrae* duidelik toon dat *res sacrae* wel

---

<sup>659</sup> 1671: 2 I.

<sup>660</sup> *illatio cadaveris*.

<sup>661</sup> 1741: vol I 10 1.

<sup>662</sup> Die onderskeid is gebaseer op die wyding van die onderskeie sake aan die hemelse, aardse en onderaardse gode (*diis manibus*) onderskeidelik.

<sup>663</sup> Hy gebruik die woord *pertinebant* en nie *usus* of *destinatio* nie.

<sup>664</sup> *ad Deorum cultum*.

<sup>665</sup> *ad honorem privatarum familiarum et memoriam defunctorum*.

<sup>666</sup> 1741: vol 1 10 1.

geëien kan word. Vervolgens behandel hy die vraag wat die spesifieke aard van hierdie sake dan wel is.

Hy<sup>667</sup> stel die eiendomsreg in 'n saak hoofsaaklik afhanklik van die gebruik (*usus*) daarvan: Dit moet naamlik die mens kan dien terwyl die mens ook *custodia* van daardie saak moet kan verkry. Indien die mens nie oor die *custodia* van 'n saak kan beskik nie kan hy natuurlik ook nie eiendomsreg daarin verkry nie. Desnieteenstaande mag sommige sake egter slegs vir 'n *nie-promiskue doel* aangewend word.

Die beginsels van die Romeinse reg is vir Leyser onversoenbaar met die regsbepalings van sy eie tyd, dit wil sê die *Usus Modernus*, insoverre dit *res religiosae* betref. Hy stel dit duidelik dat die eiendomsreg waarna hy verwys dié van private individue kan wees. Dit bring Leyser by die vraag wie dan in werklikheid oor eiendomsreg in *res sacrae* beskik.

Hy toon vervolgens aan dat nóg die Kanoniste<sup>668</sup> nóg die sekulêre skrywers<sup>669</sup> eintlik eenstemmigheid oor dié vraag bereik het. Sommige beweer dat dit God<sup>670</sup> is, ander dat dit die Pous<sup>671</sup> is, ander dat dit geestelikes<sup>672</sup> is, ander weer die volk as geheel<sup>673</sup>, en dan laastens, waaronder veral Protestantse juriste, dat dit die *princeps*<sup>674</sup> oftewel die soewerein is.

Sy eie mening is dat dit die *Princeps* is wat in die Duitse reg van sy tyd oor die opperste gesag<sup>675</sup> oor kerke ensovoorts beskik. Die *konsistorie* beskik egter ook oor hierdie mag omdat dit in Duitsland (Wittenburg) die

---

<sup>667</sup> 1741: vol 1 10 1.

<sup>668</sup> *pontificii*.

<sup>669</sup> *nostris DD*.

<sup>670</sup> *Deo immortalis*.

<sup>671</sup> *Pontifici Romano*.

<sup>672</sup> *clero*.

<sup>673</sup> *integro populo*.

<sup>674</sup> *Principi*.

<sup>675</sup> *supremam inspectionem*.



pligte van die prins waarneem. Te Wittenburg word die *princeps* as direkteur van alle dorpe en kolleges<sup>676</sup> beskou.

Stryk<sup>677</sup> het egter oortuigend aangetoon dat selfs die *princeps* (of die konsistorie) oor geen eiendomsreg as sulks ten opsigte van sakrale of religieuse sake beskik nie maar wel oor 'n *disponendi arbitrium* ten opsigte van die *iura sepulchrorum*. Wat Leyser dus hier in verband met die vatbaarheid vir eiendomsreg van religieuse sake konstateer, moet in 'n wyer sin verstaan word. Volgens skrywer hiervan ken hy ook slegs die beskikkingsreg, oftewel die *disponendi arbitrium* ten opsigte van die *iura sepulchrorum* hier aan die soewerein<sup>678</sup> toe.

Die gevolgtrekking is dat in die Duitse reg 'n begraafplaas gedurende die *Usus Modernus Pandectarum* onder direkte gesag van die soewerein gestaan het. Dit was egter slegs die geval omdat die soewerein aldaar self die bevoegdhede van die konsistorie, op wie die verpligting in die Nederlande gerus het, as opperste direkteur (en nie eienaar nie) van alle dorpe en plaaslike besture uitgeoefen het. Na alle waarskynlikheid was bogenoemde ook die regsposisie ten opsigte van begraafplase (kerkhowe)<sup>679</sup> as 'n sub-spesie van *res sacrae* in die wyer sin.

#### 8.2.6 GEORGE ADAM STRUVIUS ( 1619 – 1692 )

Struvius<sup>680</sup> weerspieël ook die standpunt van ander lede van die *Usus Modernus*<sup>681</sup> deur veral die religieuse bestemming en gebruik van *res divini iuris* te beklemtoon.<sup>682</sup> In verband met die sekularisering van die begrawingsreg is die invloed van die sekulêre reformatoriese owerheid duidelik by Struvius te bespeur. Dit is nou die sekulêre magistratuur in

---

<sup>676</sup> *omnium civitatum et collegiorum director*.

<sup>677</sup> 1713: 1 7 1.

<sup>678</sup> *Princeps*.

<sup>679</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

<sup>680</sup> 1724: 2 1.

<sup>681</sup> Bohmer 1991: pars III.

<sup>682</sup> 1724: 2 1.

stede van die biskop wat kerke en begraafplase vir die begrawingsdoel bestem, net soos dit die geval met ander *loca publica* is.

Dit beteken dat die kerklike owerheidshandeling in die *Usus Modernus* deur 'n sekulêre owerheidshandeling vervang word. Dit beteken egter nog nie dat Struvius hierdie twee verskillende kategorieë sake (*res publicae* en *res religiosae*) gelykstel nie. Daar is 'n gebrek aan eenstemmigheid tussen Lauterbach en Stryk aan die een kant en Struvius aan die ander kant te bespeur insoverre dit die oprigtingsagent by begraafplase betref: Eersgenoemde ken die oprigtingsbevoegdheid aan die konsistorie toe terwyl laasgenoemde slegs gewag maak van die "*magistratuur*" waarmee hy vermoedelik na die wêreldlike oftewel politieke magistratuur verwys.

Daar is reeds verwys na hierdie ambivalensie by juriste van dié tydperk. Dit is 'n situasie wat ontwikkel het gedurende 'n tydperk toe die reformatoriese kerkreg nog in sy kinderskoene gestaan het en daar dikwels wedywering tussen plaaslike sekulêre magistratuur en konsistorie bestaan het ten opsigte van verskeie aspekte van die begrawingsreg, waarvan jurisdiksie ten opsigte van begraafplase een is.

Stryk<sup>683</sup> behandel die vraag of die konsekrasie-praktyk nog in sy tyd van toepassing was. Nadat hy aangetoon het dat dié praktyk inderdaad nog aangehang is in die Duitse gebiede wat onder pouslike beheer was,<sup>684</sup> behandel hy die reg van die Evangeliese kerke. Volgens hom geld die konsekrasie-formulier nie meer in hierdie kerke nie.<sup>685</sup>

Alhoewel die seremoniële plegtighede van konsekrasie in die reformatoriese tradisie grootliks verval het, bly 'n belangrike nabootsing daarvan tog voortleef in die gebruik om kerkgeboue *in te wy* en te *bestem* met die samekoms van gemeentelede, gebed, gesang en die bediening

---

<sup>683</sup> 1713: 1 7 1.

<sup>684</sup> Hy beroep hom op Durandus *Rational Divinor Officior* Lib 1 C 6.

<sup>685</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

van die sakramente. Die samekoms vir hierdie doel geskied op gesag van die konsistorie wat oor 'n soort *quasi-possessio* van die kerkgebou beskik.

Die feit dat die konsistorie nie volle besit nie maar slegs *quasi-possessio* verkry, is belangrik vir doeleindes van onderhawige ondersoek. Daar is reeds vroeër op die feit gewys dat die konsistorie ook nie *dominium* van kerkgeboue verkry nie maar slegs 'n *disponendi arbitrium*.<sup>686</sup>

### 8.2.7 WOLFGANG ADAM LAUTERBACH ( 1618 – 1678 )

Lauterbach,<sup>687</sup> eens hoogleraar te Tubingen, gee die geskiedenis van *res religiosae* in die *Ius Commune* soos volg weer:

- (a) Die Romeinsregtelike tydperk toe *res religiosae* nog deur enige grondeienaar of sy gemagtigde, op eie gesag<sup>688</sup> en in sy eie grond geskep kon word;<sup>689</sup>
- (b) Die daaropvolgende periode toe begraafplase deur die publieke owerhede ontwikkel is;
- (c) Die Kanoniekregtelike periode waartydens geen plek *religiosus* kon word sonder biskoplike bemiddeling nie; en
- (d) Die periode na die *Pacificatio Ecclesiastica* wat by die Augsburgse Konfessie aangeneem is en waarin hierdie gesag aan die territoriale prinse oorgedra is.<sup>690</sup>

Dit is dan ook in laasgenoemde periode waarin Lauterbach skryf. Die territoriale prinse skep begraafplase en was dit die gewoonte dat dit deur 'n muur of heining van die buitewêreld deur die *magistratum ecclesiasticum*, oftewel die *Consistoria* gesegegreer of afgesonderd word. Hierdie afsondering hou verband met die eksklusiewe bestemming en gebruik van begraafplase, naamlik begraving.

---

<sup>686</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

<sup>687</sup> 1784: 9 7 10.

<sup>688</sup> *sua auctoritate*.

<sup>689</sup> Inst 2 1 9.

<sup>690</sup> Lauterbach 1784: 9 7 10.

Dit is duidelik dat Lauterbach skryf in 'n tydperk toe Protestantse kerkhove deur medewerking tussen sekulêre owerheidsinstansies (die territoriale prinse ensovoorts) en kerklike owerhede (die *magisterium ecclesiasticum* of *Consistoria*) opgerig en beheer is. Dit is die *beskikkingsbevoegdheid* ten opsigte van hierdie begraafplase wat in die praktyk op die konsistorie afgewentel word en nie die *dominium* nie.

### 8.3.1 MUHLENBRUCH ( 1785 – 1843 )

Muhlenbruch<sup>691</sup> beskou die Romeinse konsep van *res religiosa* as *ex veterum superstitione*,<sup>692</sup> oftewel voortspruitend uit antieke bygeloof. Hy beklemtoon egter<sup>693</sup> dat *res religiosae* buite die handel staan en dat die profane gebruik daarvan verbode is. Tereg toon hy ook aan<sup>694</sup> dat dit eintlik die *iura sepulchrorum*, oftewel die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graf te begrawe, is wat privaatregtelik van aard en dus vervreembaar is.

Dit is interessant dat Muhlenbruch nie die gebruik van *res religiosae* vir 'n doel anders as begraving afkeur nie maar slegs die profane gebruik daarvan. Dit impliseer immers dat *res religiosae* wel vir doeleindes anders as begraving aangewend kon word solank daardie gebruik maar vroom of godsdienstig van aard was. Vanuit hierdie perspektief beskou, is sy uiteensetting dus versoenbaar met die leerstuk van analoë religieuse of vrome gebruik wat op religieuse sake van toepassing is.

### 8.3.2 FRANCISCO BROLO ( fl. C. 1622)

Brolo<sup>695</sup> gebruik die Romeinsregtelike spreuk *illatio autem, non destinatio facit locum religiosum*. – "Dit is begraving en nie bestemming nie wat 'n

---

<sup>691</sup> 1831: vol 2 2 I 215.

<sup>692</sup> Hy verwys na G 2 4 waar dit gestel word dat hierdie tipe saak *diis manibus*, dws aan die onderaardse gode ( voorvaders ) gewy word.

<sup>693</sup> 1831: vol 2 2 1 215.

<sup>694</sup> Muhlenbruch 1831: vol 2 2 1 215.

<sup>695</sup> 1622: Bk 2.

religieuse saak skep". Hy verwys ook na die *destinatio* van 'n graf maar het hier in gedagte 'n leë graf wat slegs vir begraving bestem is en dus nog *purus* is. Hierdie *destinatio*, oftewel oorspronklike doel waarvoor die graf geskep is, moet nie met die religieuse doel of bestemming verwar word nie. Laasgenoemde is 'n kwaliteit wat 'n graf slegs deur menslike begraving oftewel *illatio cadaveris* verkry.

### 8.3.3 EVERARDUS OTTO ( fl. c. 1743 )

Otto,<sup>696</sup> wat hom op Grotius beroep, wys daarop dat *res sacrae* so genoem word weens die doel of bestemming daarvan. Dit is ook nie soseer vanuit menslike gebruik onttrek, as wat dit wel die geval met profane gebruik is nie. Daar moet 'n "mate van respek" aan hierdie sake betoon word weens die feit dat dit aan publiekregtelike eiendomsreg<sup>697</sup> onderhewig is. Die staat beskik in die laaste instansie immers oor die bevoegdheid om hierdie sake vir bepaalde doeleindes aan te wend.<sup>698</sup>

Volgens skrywer hiervan se beskeie mening beteken hierdie beperking op die gebruiks- en vervreemdingsdoeleindes van *res religiosae* dat dit eintlik slegs die *ius sepulchri* en nie die graftombe as sulks is nie wat vervreembaar is.

## 8.4 PRIVAATGRAFTE

Daar word vervolgens oorgegaan na Stryk se uiteensetting van die reg wat op die sogenaamde privaatgrafte betrekking het en wat die geleerde skrywer onder die titel *De Privatorum Sepulchris*<sup>699</sup> behandel.<sup>700</sup> Die eerste *quaestio*<sup>701</sup> waarop Stryk sy aandag toespits, is of dit toelaatbaar is dat daar 'n afsonderlike plek in 'n openbare begraafplaas vir 'n besondere

---

<sup>696</sup> 1743: 2 1 vn 7.

<sup>697</sup> *dominium Reipublicae*.

<sup>698</sup> Otto 1743: 2 1 7.

<sup>699</sup> *Aangaande graftombes van privaat individue*.

<sup>700</sup> Stryk 1713: 1 7 1.

<sup>701</sup> Stryk behandel die onderwerp dmv *quaestiones* of gestelde vrae waarop hy antwoorde verskaf.

familie afgesonder word. Hy toon aan dat hierdie praktyk 'n antieke gewoonte was wat nog steeds in die *Usus Modernus* geld. In die *Usus Modernus* staan hierdie graftombes as *Erb-oder Geschlechts-Begrabnisse*, oftewel erf- of geslagsbegraafplase (dit wil sê familiebegraafplase) bekend.

Aangesien 'n begraafplaas vir publieke begraving bestem was, was familiegrafte vroeër gratis beskikbaar maar het dit op 'n latere stadium die gebruik geword om hierdie tipe graftombe teen 'n koopsom aan te bied. Dit was dan nie slegs die reg om sy familie in die familiegraf te begrawe (*ius sepulchri*) wat aan die koper toegestaan is nie maar ook die sogenaamde *ius prohibendi*, of die reg om te verbied dat enigiemand sonder sy toestemming in die betrokke graftombe begrawe word. Vir die afsondering van 'n gedeelte van 'n begraafplaas vir hierdie doel is biskoplike toestemming volgens Kanonieke reg 'n vereiste. In die evangeliese tradisie word toestemming van die konsistorie vereis.

Daar bestaan twee tipes privaatgrafte: Familiegrafte en erfgrafte wat 'n persoon onderskeidelik vir homself en sy familielede, of vir homself en sy erfgename bestem. Stryk<sup>702</sup> wys daarop dat hierdie indeling van graftombes nie op inheemse gewoontereg berus nie maar wel uit die Romeinse reg afkomstig is. In die Romeinse reg het die oprigting van familiegrafte en erfgrafte in privaatgrond waarvan die oprigter *dominus* was, geskied. Die eienaar alleen kon besluit wie in die grond begrawe moes word.

In die *Usus Modernus* kan die kerk wat die grond "verkoop"<sup>703</sup> egter regulasies aanneem wat bepaal wie op die *ius sepulchri* ten opsigte van 'n spesifieke graftombe geregtig sou wees. Bogenoemde benadering is heeltemal in harmonie met die mening wat deurgaans in hierdie ondersoek gehuldig word, naamlik dat die gemeenregtelike juriste nie die

---

<sup>702</sup> 1713: 1 7 1.

<sup>703</sup> *Ecclesia locum vendens*.

bestaan van eiendomsreg in *res religiosae* as sulks erken het nie maar wel eiendomsreg van die *ius sepulchri*, oftewel die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke grafperseel of graftombe te begrawe.

## 8.5 DIE SEPULKRALE REGIME EN DIVISIO HEREDITATIS

Die aangeleentheid van die sogenaamde sepulkrale regime is reeds hierbo by die bespreking van die Romeinse reg behandel.<sup>704</sup> Reeds daar is aangetoon dat *res religiosae* nie vererf het volgens die gewone beginsels van die erfreg nie maar onderhewig was aan unieke vererwingsbeginsels wat in die literatuur as die sogenaamde sepulkrale regime beked gestaan het.

Enige moontlike geskille tussen persone soos familieledede of erfgename in verband met begrawingsregte of die *iura sepulchrorum* word dus nie aan die hand van die gewone vererwingsbeginsels wat op boedelverdeling van toepassing is opgelos nie, maar wel aan die hand van die geïsoleerde en interne sepulkrale regime van die *res religiosae* self.

Stryk<sup>705</sup> behandel die interessante vraag of 'n graftombe deel uitmaak van boedelverdeling oftewel *divisio hereditatis*. Sommige tombes is immers familietombes terwyl ander die erfgename toekom. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die vraag negatief beantwoord moet word aangesien die verdeling van 'n graftombe nie deur die *actio familiae eriscundae* opgeëis<sup>706</sup> kan word nie.

Stryk<sup>707</sup> doen egter aan die hand dat daar geen rede bestaan waarom 'n graftombe nie verdeel kan word indien die fisiese aard daarvan sodanig is dat dit met gerief (*commode*) gedoen kan word nie. Hy gebruik die analogie van sekere tipe grafte wat te Halle en Leipzig geleë is en wat

---

<sup>704</sup> Hfst 2 hierbo.

<sup>705</sup> 1713: 1 7 1.

<sup>706</sup> Die aksie gerig op boedelverdeling by versterwing: Thomas 1975: 252; Sandars 1917: 381; Inst 3 27 4.

<sup>707</sup> 1713: 1 7 1.

gedeeltelik verkoop kan word. Sy argument lui dat indien die gedeeltelike verkoop daarvan toegelaat word daar geen rede bestaan waarom die verdeling tussen erfgename nie ook toegelaat behoort te word nie.

Skrywer hiervan wil egter ook hier beklemtoon dat selfs waar die fisiese aard van 'n graftombe so 'n verdeling toelaat, die verdeling as sulks slegs op die *iura sepulchrorum* betrekking het en hoegenaamd nie beteken dat eiendomsreg van die graftombe as sulks verdeel word nie. 'n Verdeling van dié aard beteken hoogstens dat die *iura sepulchrorum* van verskillende persone nou op verskillende of afsonderlike gedeeltes van dieselfde graftombe betrekking mag hê of daartoe beperk mag word.

## 8.6 IUS SEPULCHRI

Vervolgens word aandag geskenk aan die verlies van die begrawingsreg oftewel die *ius sepulchri* in die *Usus Modernus*. Skrywer hiervan is van mening dat die persoonregtelike aard van die *ius sepulchri*<sup>708</sup> hierbo reeds tot 'n voldoende mate beklemtoon is en word daar vervolgens gekyk na die interessante vraag of 'n persoon se *ius sepulchri* met betrekking tot 'n bepaalde graftombe wel tot 'n einde kon kom en, indien wel, die wyse waarop sodanige beëindiging kon geskied.

Stryk<sup>709</sup> vestig die aandag daarop dat die *ius sepulchri* net soos enige ander reg ook tot 'n einde kan kom. In die Kanonieke reg beëindig die volgende oorsake die *ius sepulchri*: Simonie, slagting van die *rector ecclesiae*, kettery, *crimen laesae majestatis* en nog meer. Vir doeleindes van die *Usus Modernus* vervang hy egter die gefragmenteerde reëls van die Kanonieke reg met een algemene beginsel: Die *ius sepulchri* word oor die algemeen verloor op dieselfde wyse as wat eiendomsreg verloor word.

---

<sup>708</sup> Die *ius sepulchri* is 'n *ius in personam ad usum exclusivum et determinatum*.

<sup>709</sup> 1713: 171.



Daar moet egter gelet word op die feit dat Stryk<sup>710</sup> weereens beklemtoon dat die mens oor geen eiendomsreg in religieuse sake as sulks beskik nie. Die *ius sepulchri* konstitueer slegs *certa ratione nostrae Domini*, eiendomsreg in 'n sekere sin dus. Daar kan sonder twyfel aanvaar word dat Stryk hier na die *usus* of gebruikaspek van eiendomsreg verwys.

Die *ius sepulchri* kan ook deur verjaring verloor word, soos wanneer 'n persoon vir 'n tydperk van ten minste tien jaar nie 'n liggaam in 'n besondere graftombe begrawe nie maar 'n ander graftombe vir dié doel aanwend. Die *ius sepulchri* word ook verloor deur *amissio civitatis*, dit wil sê verlies van burgerskap deur deportasie, verbanning, ensovoorts.

Voordat van hierdie onderwerp afgestap word, moet aandag geskenk word aan die regsposisie van die *ius sepulchri* wat op die familiegraf betrekking het in geval waar die hele familie uitgewis word of uitsterf. Die eerste vraag wat in hierdie verband opduik, is of die beskikkingsreg ten opsigte van die *iura sepulchrorum* van so 'n graf na die kerk of konsistorie terugkeer en of die laaste familielid testamentêr daarvoor kan beskik, byvoorbeeld deur dit aan andere te bemaak. Stryk<sup>711</sup> se antwoord hierop hou verband met die verskil in aard tussen die Romeinse familiegraf en die familiegraf van die *Usus Modernus*. In eersgenoemde regstelsel was 'n familiegraf "private eiendom" sodat die laaste erfgenaam of familielid wel testamentêr daarvoor kon beskik. In die *Usus Modernus* egter is die familiegraf 'n publieke plek wat deur die patroon van 'n kerk vir 'n besondere doel aan 'n besondere familie deur konsessie toegestaan (*conceditur*) word. Aangesien hierdie konsessie tot 'n besondere familie beperk word, kan lede van daardie familie dit nie aan derde partye oordra nie en by die uitwissing of versterf van die laaste lid van daardie familie keer die familiegraf na die sorg van die kerk terug. Weereens wend

---

<sup>710</sup> 1713: 171.

<sup>711</sup> 1713: 171.

Stryk<sup>712</sup> 'n spreuk aan ter verduideliking van die regsposisie: *limitata causa limitatum producit effectum*. – "'n beperkte oorsaak bring 'n beperkte effek voort."

Laastens wil skrywer hiervan betoog dat die onoordraagbaarheid van die *iura sepulchrorum* in 'n familiegraf 'n verdere aanduiding is dat die aard van hierdie regte eintlik dié is van *iura in personam ad usum exclusivum determinatum*, oftewel persoonlike regte gerig op 'n bepaalde en beperkte eksklusiewe gebruik, naamlik begraving. Volle *dominium* in die graftombe as sulks is dit egter nie.

## 8.7 GELDELIKE BEGRAWINGSHEFFING

Vervolgens word aandag geskenk aan die vraag of daar 'n algemene koopsom gevra is en of 'n ander geldelike heffing bestaan het ten opsigte van die reg om in 'n kerk of openbare begraafplaas begrawe te word.

### 8.7.1 STRUVIUS ( 1619 – 1692 )

In die tydvak wat Struvius geskryf het, was begraving in kerkgeboue nie slegs toegelaat nie maar, volgens hom, was kerkgeboue as sulks ook vir begraving bestem.<sup>713</sup> Die gebruik om in kerke te begrawe, het egter nie lank nadat Struvius se werk van die pers gerol het nie verval.<sup>714</sup> Hierdie verval is teweeggebring deur die feit dat daar al hoe meer deur juriste en kerkowerhede besef is dat kerke en begraafplase sake met verskillende gebruiksbestemmings is: Die kerkgebou is vir die hou van die erediens bestem terwyl die begraafplaas vir doeleindes van menslike begraving bestem is. Daar het ook 'n algemene konsensus posgevat dat dit onhigiënies en teen die openbare gesondheidsbelang is om liggeme in kerkgeboue te begrawe.

---

<sup>712</sup> 1713: 1 7 1.

<sup>713</sup> Struvius 1724: 2 1. Vgl Voet 1669: 11 7 3; Gane 1955: 732; Becker se kommentaar op Van Leeuwen in Kotze 1881: 149.

<sup>714</sup> 1724: 2 1.

Struvius beklemtoon dat daar 'n Kanoniekregtelike verbod op 'n geldelike heffing ten opsigte van 'n graf bestaan met die uitsluiting van gevalle waar plaaslike gewoonte toelaat dat 'n geringe bedrag *ex liberalitate sponte offeratur*, oftewel uit spontane vrywillige skenking oorhandig word.<sup>715</sup>

In die *Usus Modernus* was 'n direkte *heffing* ten opsigte van 'n graftombe as sulks, of *per se*, egter wel geoorloof. Die heffingsbevoegdheid het by die administrateurs van die begraafplaas, in die vorm van die konsistorie, berus. Sodanige heffing was egter geen koopsom nie maar wel 'n *quid pro quo* ten opsigte van die *ius sepulchri*, oftewel die reg om in daardie graftombe te begrawe.

Ten opsigte van die *Usus Modernus* doen Stryk<sup>716</sup> aan die hand dat elke dorp of gemeente oor 'n openbare begraafplaas moet beskik waar begraving sonder geldelike heffing, dit wil sê gratis kan plaasvind. Hierdie tipe begraafplaas moet in navolging van die Romeinse reg buite die stad geleë wees. Indien die erfgename van 'n persoon dan sou verkies om sy liggaam binne die stad of in 'n kerk te begrawe, sien hy geen rede waarom 'n "emolument" nie ten opsigte hiervan gehê kan word nie. So sal 'n persoon dan ook vir homself en sy familie 'n graf wat vir ewig "vindiseerbaar" is, kan "koop".

Skrywer hiervan wil weereens hier beklemtoon dat gedurende Stryk se leeftyd, en inderdaad vir 'n lang periode daarna, daar geen waterdigte onderskeid getref is tussen die bestemmingsverskille van kerkgeboue en dié van begraafplase nie, dit wil sê dat eersgenoemde vir die *cultum divinum* en laasgenoemde vir menslike begraving bestem is nie. Die emolument waarna hy verwys kan ook nie as 'n koopsom ten opsigte van

---

<sup>715</sup> Struvius 1724: 2 1 vervolg: *...hodie tamen Ecclesiis eorumque administratibus permittitur, ut pro loco sepulchri aliquid exigent.*

<sup>716</sup> 1713: 1 7 1.

die graftombe self beskou word nie maar wel as 'n *quid pro quo* of heffing ten opsigte van die *ius sepulchri*.

#### 8.7.2 LAUTERBACH ( 1618 – 1678 )

Lauterbach<sup>717</sup> beklemtoon ook dat die Kanonieke reg 'n verbod plaas op 'n geldelike heffing ten opsigte van die verkryging van eiendomsreg in enige graftombe maar dat 'n heffing wel op die begrawingsreg (*ius sepulchri*) van toepassing was. Hierdie heffing was egter geen koopsom ten opsigte van die graftombe as sulks nie.

#### 8.8 GEVOLGTREKKING

Net soos in die Romeinse reg het die juriste van die *usus modernus* religieuse sake as sake wat nie-vatbaar was vir handelstransaksies en eiendomsreg in die volle sin van die woord nie erken. Onder invloed van die Christelike wederopstandingsleer en die leer van die ewige lewe is geleer dat daar eerbied aan grafte en begraafplase verskuldig is. Die wêreldse owerhede wat oor religieuse sake jurisdiksie gehad het, het slegs oor 'n *arbitrium disponendi* oftewel 'n beskikkingsbevoegdheid ten opsigte van religieuse sake beskik.

Insoverre religieuse sake enigsins aan privaatregtelike transaksies onderworpe was was dit nie eiendomsreg in die begraafplase as sulks nie maar eerder die *ius sepulchri* wat betrokke was. Die algemene verkoopsvoorwaarde wat by die verkoop van vaste eiendom van toepassing was was dat begraafplase en graftombes selfs ná die koop onder godsdienstige beskerming sou bly.

Dit is veral die gebruiksdoel van begraafplase en graftombes wat beklemtoon is in teenstelling met die vatbaarheid vir eiendomsreg al dan nie van dié sake. Grafte en graftombes kon vir slegs een doel gebruik word en dit is begraving. As sulks word die uitgangspunt van hierdie

---

<sup>717</sup> 1784: 9 7 9.

studie naamlik dat grafte en begrafplase in die Romeins-Hollandse reg nie aan eiendomsreg onderworpe was nie deur die juriste van die *usus modernus* bevestig.

## HOOFSTUK IX

### PANDEKTISTE

#### 9.1 INLEIDEND

Die Pandektisme oftewel *pandektenwissenschaft* het sy ontstaan in Duitsland as 'n uitvloeisel van die Historiese Skool van die negentiende eeu. Soos die naam van hierdie beweging aandui word die aandag veral toegespits op 'n sistematiese bestudering en moderne toepassing van die Pandekte oftewel die Digesta van die Justiniaanse kode. Die grondlegger van die pandektewetenskap was die Duitse juris Von Savigny.<sup>718</sup>

Vele begrippe wat deur die moderne juris as vanselfsprekend ervaar word is deur die pandektewetenskap ontwikkel. Hier het ons in gedagte begrippe soos regshandeling, handelingsbevoegdheid, toerekeningsvatbaarheid en nog meer.<sup>719</sup>

#### 9.2 CARL FRIEDRICH SINTENIS ( 1804 – 1868 )

Sintenis se gewilde werk oor die gemenerereg van negentiende eeuse Duitsland, *Das Practische Gemeine Civilrecht*, verskyn in 1844-1845 te Leipzig.<sup>720</sup> In 'n insiggewende paragraaf<sup>721</sup> betoog Sintenis dat die Romeinsregtelike reëls in verband met die bestemming van *res sacrae* ( kerkgeboue en heilige plekke wat begraaflase insluit)<sup>722</sup> in die Kanonieke- sowel as die Protestantse kerkreg geresipieer is. Hierdie is nie

---

<sup>718</sup> Van den Bergh 1985: 75; 81.

<sup>719</sup> Van den Bergh 1985: 81.

<sup>720</sup> Daar word gebruik gemaak van die derde druk van 1868.

<sup>721</sup> 1868: 3 1 21.

<sup>722</sup> 1868: 3 1 21.

'n resepsie van slegs enkele Romeinsregtelike reëls nie maar is 'n omvattende, oftewel *ganzlichen* resepsie.<sup>723</sup>

In die geval van *res religiosae* word met 'n soortgelyke resepsie te doen gekry, met die uitsondering van sodanige maatreëls as wat op die vatbaarheid vir eiendomsreg en kommersiële transaksies van erf- en familiegrafte of begraafplase betrekking het.<sup>724</sup> Die kerkhof self of die gemeenskaplike publieke begraafplaas behoort aan die betrokke kerk of gemeente.<sup>725</sup> Skrywer hiervan wil weereens betoog dat "behoort" in hierdie verband nie op eiendomsreg of *dominium* in die streng sin dui nie maar eerder op die feit dat dit die plaaslike kerk of gemeente is wat as beheerders of administrateurs van begraafplase optree.

In die geval van "erfgrafte" beskik elke erfgenaam, sonder onderskeid, oor die reg om daarin begrawe te word maar die kinders van 'n oorledene beskik ook oor hierdie reg, of hulle nou as erfgename kwalifiseer aldan nie.

In die geval van familiegrafte is dit enigiemand wat aan die familie van die aankopers<sup>726</sup> "of stigters"<sup>727</sup> van die graftombe wat vir dié doel opgerig is, behoort wat oor die begrawingsreg beskik.<sup>728</sup> Die vraag of aanverwante<sup>729</sup> en nie slegs bloedverwante<sup>730</sup> nie ook 'n reg op hierdie tipe graf het, hang van die bestemming<sup>731</sup> wat die oprigters daaraan gegee het af. In geval daar twyfel bestaan oor die wilsbeskikking van die oprigter is dit slegs bloedverwante wat begrawingsregte daarin verkry.<sup>732</sup> Die term

---

<sup>723</sup> Sintenis 1868: 3 1 21.

<sup>724</sup> 1868: 3 1 21.

<sup>725</sup> Sintenis 1868: 416 vn 10. Hy beroep hom op Stryk, Bohmer, Lauterbach, Wiese en Gluck.

<sup>726</sup> *erwerbers*.

<sup>727</sup> *stifters*.

<sup>728</sup> Sintenis 1868: 4 1 7 vn 12.

<sup>729</sup> *kognaten*.

<sup>730</sup> *agnaten*.

<sup>731</sup> *bestimmung*.

<sup>732</sup> Sintenis 1868: 4 1 7.

"stam-" of "geslagsbegraafplaas"<sup>733</sup> word ook gebruik om na hierdie tipe graf te verwys.<sup>734</sup> 'n Graftombe kan egter ook 'n familie- en erfgenaamgraftombe tegelyk wees in welke geval ook nie-verwante wat as erfgename kwalifiseer, geregtig sal wees om daarin begrawe te word. Dit is graftombes van hierdie aard wat in Sintenis se tyd vervreembaar<sup>735</sup> was maar slegs vir die begrawingsdoel<sup>736</sup>.

'n Eie graf<sup>737</sup> kan selfs in openbare begraafplase verkry word. Die reg op 'n eie graf kan ook deur die proses van verjaring verkry word. Hierdie reg op 'n graf is van besondere aard (*sui generis*) wat tot 'n sekere mate<sup>738</sup> 'n afgesonderde gebruiksreg is wat slegs 'n onderdeel of element van eiendomsreg uitmaak.<sup>739</sup> Hier word ondersteuning gevind vir skrywer hiervan se uitgangspunt dat selfs al word *res religiosae* hedendaags nie meer as *res divini iuris* erken nie grafte en begraafplase, net soos die menslike liggaam wat dit huisves, beslis eiesoortige, dit wil sê sake *sui generis* is.

Dit is interessant dat Sintenis deur die gebruik van die woord *gewissermaassen* toon dat hierdie reg tot 'n sekere mate ooreenstem met een van die konglomoraat van regte wat 'n konstituerende deel van die Romeinsregtelike begrip *dominium* uitmaak. Om hierdie rede word *res sacrae* en *res religiosae* beskerm asof dit eiendom is wat aan 'n private individu behoort, as quasi-eiendom dus.<sup>740</sup>

Sintenis<sup>741</sup> beweer nie dat dit volle eiendomsreg van 'n graftombe as sulks is wat deur die *interdictum de religiosis* beskerm kan word nie maar stel dit duidelik dat dit die gebruiksreg, of anders gestel die *ius sepulchri* is

---

<sup>733</sup> *Stamm*, oftewel *Geschlechtsbegrabnisse*.

<sup>734</sup> Sintenis 1868: 4 1 7.

<sup>735</sup> *verausserlich*.

<sup>736</sup> *zum Behuf des Begrabens*.

<sup>737</sup> *stätten*.

<sup>738</sup> *gewissermaassen*.

<sup>739</sup> Sintenis 1868: 4 1 7.

<sup>740</sup> Hy verwys hier na die Digesta-titel *De Interdictis* 2 2.

<sup>741</sup> 1868: 4 1 7.



wat deur hierdie interdik beskerm word. Soos reeds vroeër aangetoon is, is die begrawingsreg inderdaad 'n *ius in personam ad usum determinatum*.

Volgens Sintenis<sup>742</sup> is dit op D 11 7 7 pr<sup>743</sup> dat vele van die reëls met betrekking tot besondere grafte soos familie- en erfgenaamgrafte by wyse van analogie gebaseer is. Bogenoemde teks is die Digesta-weergawe van Gaius se kommentaar op die provinsiale edik waarin die stelling gemaak word dat in geval waar een persoon 'n liggaam in 'n ander se grond sonder laasgenoemde se toestemming begrawe hy sodanige graftombe moet verwyder, alternatiewelik die prys van die grafperseel aan die eienaar moet betaal.<sup>744</sup> Dit is ook na analogie van hierdie teks, skryf Sintenis,<sup>745</sup> dat spesifieke plaaslike gewoontes in verband met die "begrawingsreg," dit wil sê die *ius sepulchri* ten opsigte van graftombes of "plekke" in openbare begraafplase ontstaan het. Hierop wy Sintenis nie verder uit nie.

Dit word met respek aan die hand gedoen dat dit 'n redelike afleiding sal wees om aan neem dat in die praktyk 'n persoon wat 'n liggaam in 'n openbare begraafplaas begrawe het, of wat daar 'n familie- of erfgenaamgraf opgerig het, aan die betrokke owerheid 'n geldelike heffing of emolument moes betaal ten opsigte van begrawing in die grond of standplaas na analogie van D 11 7 pr, die teks waarop Sintenis sy analogie grond.

---

<sup>742</sup> 1868: 4 1 7.

<sup>743</sup> *Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est.*

<sup>744</sup> D 11 7 7 pr.

<sup>745</sup> 1868: 4 1 7.

### 9.3 BERNARDUS WINDSCHEID ( 1817 – 1892 )

Windscheid is vanaf 1874 tot 1883 lid van die kommissie wat die *Burgerliches Gesetzbuch*<sup>746</sup> in Duitsland opstel.<sup>747</sup> Sy beroemde *Lehrbuch des Pandectenrecht* oftewel *Handboek oor die Pandektereg* verskyn tussen 1862 en 1870 in Duitsland.<sup>748</sup>

Hierin<sup>749</sup> kontrasteer hy sy kontemporêre Duitse reg soos volg met die Romeinse reg insake *res divini iuris*:<sup>750</sup> Graftombes en kerkhowe behoort aan 'n "politieke gemeenskap", dit wil sê 'n sekulêre gemeenskap soos 'n dorp of stad. Dit is die eweknie van *gemeentelike begraafplase*, soos dit in die Romeins-Hollandse reg asook huidiglik in die Nederlandse reg bekendstaan. Dit is ook die eweknie van openbare - , dorps- of stedelike begraafplase in die Suid-Afrikaanse reg. Dit kon egter ook aan 'n kerklike gemeente as kerklike begraafplaas behoort of kon selfs private begraafplase of graftombes wees. Windscheid rep egter geen woord in verband met die vatbaarheid vir eiendomsreg en handelstransaksies al dan nie van begraafplase en graftombes nie.

### 9.4 CAROLUS HOFACKER ( fl. c. 1801 )

Hofacker<sup>751</sup> erken die gewyde aard van *res sacrae* en *res religiosae*. Hy beklemtoon dat *res sacrae* en *res religiosae* "volgens die beginsels van die Romeinse- en Kanonieke reg" erken word en dat dit vir geen *aestimatio* vatbaar is nie. Indien die titel van sy werk<sup>752</sup> in gedagte gehou word, is dit duidelik dat hy wel oor die Duitse reg skryf. Indien verder in ag geneem word dat die tweede uitgawe van sy werk in 1801 gepubliseer is, is skrywer hiervan geneig om sy versuim om enige veranderde juridiese

---

<sup>746</sup> Duitse kode van siviele reg.

<sup>747</sup> Roberts 1942: 339; Hahlo en Kahn 1968: 498; Guarino 1970: 24.

<sup>748</sup> Daar word gebruik gemaak van die vertaling deur Fadda en Bensa: Turyn 1925.

<sup>749</sup> 1925: Vol 1 par 147.

<sup>750</sup> 1925: Vol 1 par 147.

<sup>751</sup> 1801: 2 2 *De rerum divisione*.

<sup>752</sup> *Principia Iuris Civilis Romano-Germanico*.

posisie as dié in die Romeinse- en Kanonieke reg te stel as aanduiding te neem dat sommige Pandektiste aan die begin van die negentiende eeu wel die resepsie van die Romeinse- en Kanonieke reg met betrekking tot die religieuse sake erken het.

#### 9.5 J EMMANUEL GOUDSMIT (1813 – 1883)

Goudsmit is een van die bekendste Nederlandse romaniste van die negentiende eeu.<sup>753</sup> Volgens hom<sup>754</sup> kan 'n menslike graf nie die voorwerp van eiendomsreg of besit uitmaak nie maar kan die *iura sepulchrorum*<sup>755</sup> wel.

Hiermee bevestig Goudsmit<sup>756</sup> reg aan die einde van die negentiende eeu in Holland skrywer hiervan se mening dat dit die *iura sepulchrorum* is wat vrylik oordraagbaar en verhandelbaar is en nie die begraafplaas of graftombe as sulks nie.<sup>757</sup> Hierdie benadering tot die vatbaarheid vir eiendomsreg en verhandelbaarheid van *res religiosae* in die Romeinse-Hollandse reg word inderdaad deur die oorwig van Romeins-Hollandse gesag, waaronder Voet, gesteun.<sup>758</sup>

Die waarde van Goudsmit se mening lê daarin dat hy nie slegs pandektis was nie, dit word hy eintlik maar genoem weens sy sistematiek, maar dat hy ook aan ons 'n goeie beeld verskaf van die uiteindelijke ontwikkelingsgang van die vatbaarheid vir eiendomsreg en die verhandelbaarheid van religieuse sake tot in die tweede helfte van die negentiende eeu, 'n aangeleentheid waarvoor daar 'n aansienlike gebrek aan eenstemmigheid onder vroeëre juriste bestaan het.

---

<sup>753</sup> Roberts 1942: 135.

<sup>754</sup> 1866: 1 100; ook 100 vn 4.

<sup>755</sup> Enkelvoud: *ius sepulchri*.

<sup>756</sup> 1866: 1 100.

<sup>757</sup> Goudsmit 1866: 1 100 druk dit soos volg uit, verwysende na *res religiosae*: "Ook deze...kunnen geen voorwerp van bezit of eigendom uitmaken; de bevoegdheid echter om op eene bepaalde plek een lijk te begraven, wordt als een privaat recht erken."

<sup>758</sup> Hfste 10 en 11 hieronder.

## 9.6 GEVOLGTREKKING

'n Omvattende (*gänzlichen*) resepsie van die Romeinse reg met betrekking tot die gebruiksbestemmingsreëls ten opsigte van begraafplase vind in die protestantse kerkreg van die agtiende eeu via die pandektistewetenskap plaas.<sup>759</sup> Gemeentelike-, kerklike- en private begraafplase word nou erken met gemeentes, kerke of private instansies as begraafplaasadministrateurs. In die literatuur word daar na die oprigtingsbedoeling van die grafoprigter<sup>760</sup> verwys.<sup>761</sup> Die *ius sepulchri* kan vrylik in eiendom verkry en vervreem word terwyl dit nie die geval is met eiendomsreg of *dominium* in 'n *locus religiosus* per se nie.<sup>762</sup> Die *ius sepulchri* word as 'n spesifieke en beperkte eksklusiewe gebruiksreg beskou. Dit is 'n reg *sui generis*.

Hierdie benadering is in ooreenstemming met skrywer hiervan se betoog<sup>763</sup> dat die *Cape Town Waterworks*-beslissing<sup>764</sup> van 1890, waarin beslis is dat *res religiosae* in die Romeinse-Hollandse reg in algehele onbruik verval het 'n foutiewe uitleg van die juristereg verteenwoordig.

---

<sup>759</sup> Vgl Sintenis 1868: 4 1 7.

<sup>760</sup> *bestimmung des stifters*.

<sup>761</sup> Vgl Sintenis 1868: 3 1 21.

<sup>762</sup> Vgl Sintenis 1868: 3 1 21 en Goudsmit 1866: 1 100.

<sup>763</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>764</sup> 1890 8 SC 9.

## HOOFSTUK X

### ROMEINS-HOLLANDSE REG

#### 10.1 INLEIDEND

In die bespreking van die *Usus Modernus* en die pandektewetenskap in Duitsland<sup>765</sup> is gemerk dat die mees ingrypende veranderinge in die Romeinse en Kanonieke begrawingsreg deur die protestantse reformasie teweeggebring is. Gedurende hierdie periode van religieuse en politieke hervorming het daar 'n algemene sekularisering van begraafplaasowerhede plaasgevind. Kerklike owerhede is deur die *Princes*, soos deur die konsistorie of die plaaslike owerheid verteenwoordig, vervang. Die begrawingsreg as sulks, sowel as geskille wat in terme daarvan opgeduik het, is uit die jurisdiksie van die kerk verwyder en onder jurisdiksie van sekulêre owerhede geplaas.

Reeds by die oorweging van die reformasie<sup>766</sup> is egter gemerk dat nieteenstaande hierdie sekulariseringsproses religieuse sake as sulks nooit hul juridiese karakter of eerbiedwaardigheid as gevolg van die godsdienstige veranderinge gedurende die hervormingstydperk in Europa heeltemal verloor het nie.

Hierdie regstoestand is na skrywer hiervan se mening in die vroeë Suid-Afrikaanse regspraak wat 'n aanvang geneem het met *Cape Town and District Waterworks Co (Ltd) v Executors of Elders*<sup>767</sup> en wat in 1890 beslis is verkeerd verstaan, uitgelê en toegepas. Hierdie dwaling het gelei

---

<sup>765</sup> Hfst 8 hierbo.

<sup>766</sup> Hfst 6 hierbo.

<sup>767</sup> 1890 8 SC 9.

tot 'n byna absolutistiese sekularisering van die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot begraafplase.<sup>768</sup> In hierdie hoofstuk word gepoog om aan te toon dat die tekste van die oorgrote meerderheid van Romeins-Hollandse juriste nie te rym is met die uitleg wat daaraan verleen is in *Cape Town and District Waterworks*<sup>769</sup> en daaropvolgende beslissings nie.

## 10.2 EIENDOMSREG EN GEBRUIK VAN RELIGIEUSE SAKE

### 10.2.1 JOHANNES VOET ( 1647 – 1713 )

Die eerste volume van Voet se beroemde *Commentarius ad Pandectas* verskyn in 1669 te s'Gravenhage. Nadat hy die geval behandel het<sup>770</sup> waar 'n persoon 'n liggaam in 'n ander se grond sonder laasgenoemde se toestemming begrawe het en nadat hy aangetoon het dat nie die hele grondstuk waarin 'n liggaam begrawe is *res religiosae* word nie, maar slegs daardie afgebakende gedeelte waar die liggaam onder die grond geplaas is of wat as *religiosus* afgemerk is, bespreek Voet<sup>771</sup> die vatbaarheid vir eiendomsreg en kommersiële transaksies van religieuse sake.

Daar moet in gedagte gehou word dat Voet op 'n relatief vroeë stadium van die tydvak onder oorweging geskryf het maar desnieteenstaande is dit tog beduidend dat hy die Romeinse begrawingsreg grootliks onveranderd handhaaf.<sup>772</sup> Die plek waar 'n liggaam begrawe is, word *religiosus* en as sodanig van handelstransaksies, eiendomsreg, vindisering in die eintlike sin van die woord, serwitute, koop en verkoop, donasie, verpanding, ensovoorts vrygestel.<sup>773</sup>

---

<sup>768</sup> Vgl Hfste 11 en 12 hieronder wat oor die Suid-Afrikaanse reg handel.

<sup>769</sup> 1890 8 SC 9.

<sup>770</sup> Voet 1669: 11 7 4.

<sup>771</sup> 1669: 11 7 4.

<sup>772</sup> Vgl D 11 7 2 5; D 18 1 7 31 en D 43 24 22 4 waarop Voet hom beroep.

<sup>773</sup> Voet 1669: 11 7 4.

Die enigste beduidende opsig waarin Voet van die Romeinse reg afwyk, is dat hy skryf dat die *ius sepulchri*, dit wil sê die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graf te begrawe, wel vatbaar vir eiendomsreg en handelstransaksies is, maar nie die graftombe as sodanig nie.

Hierdie standpunt van Voet is in die vroeë saak van *Cape Town and Districts Waterworks*<sup>774</sup> verwerp en is die mening van sy landgenote Van Leeuwen en Groenewegen bo syne verkies. Volgens hierdie skrywers was graftombes en begraafplase as sulks in die Romeins-Hollandse reg ten volle aan eiendomsreg en handelstransaksies onderworpe, aldus die hof in *Cape Town and Districts Waterworks*.

Met hierdie uitleg van Van Leeuwen en Groenewegen wens skrywer hiervan egter met respek te verskil, veral aangesien dit op 'n letterlike in plaas van 'n integrerende en harmoniserende benadering van die Nederlandse juriste gebaseer is.

Hierdie aangeleentheid word in diepte in die hoofstuk oor die Suid Afrikaanse reg bespreek<sup>775</sup> en word Voet dus nie verder op hierdie stadium oorweeg nie, behalwe om op te merk dat sy standpunt na skrywer hiervan se mening as gevolg van bogenoemde dwaling deur die hof die onderspit moes delf.

#### 10.2.2 HUGO DE GROOT ( 1583 – 1645 )

In sy *Florum Sparsio*<sup>776</sup> beklemtoon De Groot dat die term *religiosus* dit aandui wat vir 'n bepaalde doel deur die mens afgesonder en eenkant geplaas ("gesekwestreer") is<sup>777</sup> en wat in daardie sin tog wel as heilig beskou word. Wat interessant is van hierdie omskrywing van *res religiosasae* is dat dit ten nouste gebaseer is op 'n omskrywing van Massurius Sabinus,

---

<sup>774</sup> 1890 8 SC 9.

<sup>775</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>776</sup> De Groot 1643: Bk 2.

<sup>777</sup> ...*significans ea quae a nobis remota ac seposita sunt, quo sensu etiam sacra religiosa dici possunt.*

die Romeinse stigter van die skool van *Sabiniani*. Laasgenoemde se definisie het soos volg gelees:

*Religiosum est, quod propter sanctitatem aliquam remotum, ac sepositum a nobis est.*<sup>778</sup>

De Groot baseer nou sy omskrywing van *res religiosae* op die *ipsissima verba* van Sabinus, met die voorbehoud egter dat hy die sinsnede *propter sanctitatem aliquam*<sup>779</sup>- "weens een of ander heiligheid", weglaat. Dit is betekenisvol. Nogtans word opgemerk dat De Groot wel 'n heilige doel aan hierdie tipe saak toeskryf.

Sabinus se sinsnede word volgens skrywer hiervan se mening slegs in 'n ander kleed gehul wanneer skrywers soos Calvyn, Voet, Huber, Freherus en andere ook verwys na "een of ander mate van eerbied" wat aan 'n graf betoon moet word. Daar bestaan oorweldigende gesag wat daarop dui dat eerbied vir 'n plek van begraving nie teenstrydig met die reformatoriese tradisie is nie. Die reformatoriese tradisie was, en is, immers 'n Christelike tradisie.<sup>780</sup>

Met verwysing na *res sacrae* is De Groot<sup>781</sup> in sy *De Jure Belli ac Pacis* van mening dat sodanige sake inderdaad nie van menslike gebruik onttrek word nie maar as *res publica*<sup>782</sup> beskou moet word.<sup>783</sup> Vir De Groot is *res sacrae* dus publieke eiendom maar belangrik is dat ook hy erken dat *res divini iuris*, by name *res sacrae*, 'n sekere vasgestelde bestemming het waarvandaan ook die benaming van hierdie tipe saak ontleen word. *Res sacrae* is naamlik bestem vir gebruik in die goddelike erediens en *res religiosae* vir die terrustelegging van gestorwenes.

---

<sup>778</sup> "Dit wat weens een of ander heiligheid van ons verwyder en afgesonder is, is religieus".

<sup>779</sup> "Weens een of ander vorm van heiligheid".

<sup>780</sup> Vgl Hfst 6 hierbo.

<sup>781</sup> 1913: 5 2.

<sup>782</sup> Vgl D 50 16 17; Inst 2 1 7.

<sup>783</sup> Sien Cyrillus 1740: 2 1 waar dieselfde mening gehuldig word.



Vir De Groot bestaan daar bewys vir sy bewering dat *res sacrae* eintlik *res publicae* is en dit is die feit dat indien 'n volk aan die vyand oorgee, dit ook die *res sacrae* aan die gesag van die oorwinnaar onderwerp. Die feit dat 'n volk *ipsa voluntate* oftewel vrywilliglik sy *res sacrae* in gevalle van nood vir oorlogsdoeleindes kon aanwend, is 'n verdere bewys hiervan. Daar word met De Groot saamgestem dat *res sacrae*, of selfs *res divini iuris* oor die algemeen, in die laaste instansie eintlik die openbare belang dien. De Groot se voorbeeld van die vervreemding van *res sacrae* vir oorlogsdoeleindes is 'n welbekende geval wat terugdateer na die Romeinse reg.<sup>784</sup>

In sy *Inleiding* toon De Groot<sup>785</sup> aan dat sake deur vele ingedeel word in dié wat aan God behoort<sup>786</sup> en dié wat aan die mens behoort.<sup>787</sup> Hy kwalifiseer sy stelling dat die sogenaamde *res divini iuris* wel aan die mens behoort deur die verskeie gebruike waartoe die onderskeie *res divini iuris* bestem is, te beklemtoon.

Dit is duidelik dat De Groot<sup>788</sup> hier in sy verwysing na die eiendomsregtelike aspekte van religieuse sake die term *eiendomsreg* as sulks vermy en van 'n genuanseerde en omsigtige woordkeuse gebruik maak. Hy gebruik immers die term *toebehoort* in plaas van eiendomsreg, *proprietas* of *dominium*. Die Romeinsregtelike *res humani iuris* verwys nie soseer na sake waaroor die mens eiendomsreg in die eintlike of volle sin van die woord het nie maar liever na sake wat tot beskikking van die mens staan<sup>789</sup> of wat aan menslike beskikking, soos van goddelike beskikking onderskei, onderworpe is. De Groot slaag volgens skrywer

---

<sup>784</sup> Inst 2 18; De Groot 1913: 5 2; De Groot 1903: 2 1 32.

<sup>785</sup> 1903: 2 1 15.

<sup>786</sup> *Res divini iuris*.

<sup>787</sup> *Res humani iuris*.

<sup>788</sup> 1903: 2 1 15.

<sup>789</sup> Vgl "*in bonis esse*".

hiervan se mening daarin om hierdie gedagte oor te dra in sy gebruik van die woord "toebehoort".<sup>790</sup>

Hierdie uitleg strook met skrywer hiervan se betoog dat daar selfs in die Romeins-Hollandse reg geen eiendomsreg (*dominium*) in religieuse sake bestaanbaar was nie en dat selfs waar die tekste skynbaar uitdruklik na eiendomsreg of *dominium* verwys, die skrywers gewoonlik die *ius sepulchri* eerder as die *sepulchrum per se* in gedagte het. Dit is ook die geval met Van Leeuwen en Groenewegen wat later hierin<sup>791</sup> oorweeg word. Alhoewel De Groot nie hier heiligheid as 'n eienskap van die onderskeie *res divini iuris* behandel nie is dit duidelik dat hy wel die gebruiksdoel waarvoor die sake aangewend word as heilig beskou.<sup>792</sup>

De Groot<sup>793</sup> verdeel begraafplase in gemeentelike, geslagtelike<sup>794</sup> en individueel toekomende begraafplase. Eersgenoemde twee tipes is

---

<sup>790</sup> Vegting 1946: 5 interpreteer egter die woord "toebehoort" in die klassieke Romeinsregtelike sin van *dominium*, oftewel eiendomsreg. Hiervoor beroep hy hom op De Hartog wat van mening is dat De Groot nie hier gewag maak ... van 't ruim ghenomen recht: nochte van 't recht dat uit de waerdigheid komt als de landsstand, raeckende", maar van "... recht, dat toe-behoren werd genoemt, waer door als gheziet is iet werd gheziet het onze. 't welck wij verdeelt hebben in beheering (*ius in rem*) ende in schuld (*ius in personam*).

Indien Vegting hier bedoel dat De Hartog soos hierbo aangehaal na eiendomsreg in die eng sin verwys, word met respek van hom verskil. De Hartog maak duidelik gewag van 'n toebehoeringsbegrip wat wyd genoeg is om na 'n *ius in rem* sowel as na 'n *ius in personam* te verwys sonder om te spesifiseer welke van dié begrippe hy spesifiek in gedagte het. Dit is duidelik dat hy 'n *ius in rem* as die beheer oor 'n saak beskou terwyl hy eintlik die skuldbegrip aan 'n *ius in personam* konnoteer.

<sup>791</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>792</sup> Met verwysing na *res sacrae* skryf De Groot 1903: 2 1 15: *Tot heilig ghebruick, als de kercken met den aenkleven van dien, die men gewijde mag noemen, die altemet ghemeen voor twee of meer dorpen ...*. Hy spreek hom soos volg uit in verband met grafte en begraafplase: *"Tot den dooden-dienst als grafplaetsen die de burgers ofte buiren van't carspel in't gemeen toekomen, ofte oock zekere geschlachten maer andere grafplaetsen iemand eigen toe-komende mogen ghelaten werden aen de erfgenaam, oock by levende lijve verkocht, maar niet tot andere einde als tot begraeffnisse.* (Eie beklemtoning).

<sup>793</sup> 1903: 2 1 15.

<sup>794</sup> Familiebegraafplase.

onvervreembaar terwyl laasgenoemde wel testamentêr of selfs by wyse van koop inter vivos van die hand gesit mag word, onderhewig natuurlik aan die begrawingsdoel.

Skrywer hiervan se gevolgtrekking is weereens dat waar *res religiosae* slegs onderhewig aan die begrawingsdoel vervreem mag word, soos De Groot hier te kenne gee, dit nie die eiendomsreg van *res religiosae* as sulks is wat so vervreem word nie maar wel die *ius sepulchri*, oftewel die *gebruik* van die betrokke plek vir doeleindes van begrawing.

### 10.2.3 DIONYSIUS GOTHOFREDUS VAN DER KEESSEL (1738 – 1816)

In sy voorlesings op De Groot se *Inleidinge* lewer Van der Keessel<sup>795</sup> kommentaar op eersgenoemde se opmerkings aangaande heilige plekke soos begraafplase en graftombes.<sup>796</sup> Hy is dit eens met De Groot: Sake soos kerkgeboue, ensovoorts behoort nie aan God nie maar ten volle aan die volk vir 'n besondere doel, naamlik godsdienstige gebruik.

Die kommentaar wat Van der Keessel op Grotius se teks 2 1 37 lewer, is insiggewend. Wanneer die Grotius-teks noukeurig gelees word, word gevind dat dit breedweg in twee verdeel kan word: In die eerste gedeelte<sup>797</sup> behandel Grotius eintlik publieke oftewel parogiale begraafplase. In die tweede gedeelte vermeld Grotius nie uitdruklik private grafte of begraafplase nie maar gebruik hy slegs die uitdrukking *Maer andere grafplaetzen*. Hierdie woorde moet na mening van skrywer hiervan so uitgelê word dat dit na private graftombes of begraafplase

---

<sup>795</sup> 1961: 2 1 32.

<sup>796</sup> Van der Keessel 1961: 2 1 32: *Sic accurate Grotius, tacite indicans res sacras id est Deo ita consecratas, ut eorum proprietas ad nullum mortalem pertineat, nos proprie non habere, sed esse eas in dominio populi usum vero cultui divino esse destinatas; ex quo indicat, an vero nominis sacrilegium in his rebus hodie comitti possit ...*

<sup>797</sup> Die gedeelte wat met "...maer andere..." begin.

verwys. Daar word ondersteuning vir hierdie uitleg by Van der Keessel<sup>798</sup> gevind.

Van der Keessel toon aan dat private grafte in die Romeins-Hollandse reg nie meer as gewyd van aard beskou word nie en dat dit derhalwe net soos ander bates wat tot 'n boedel behoort, verkoop,<sup>799</sup> bemaak<sup>800</sup> en aan erfgename oorgedra<sup>801</sup> kan word.

'n Onderskeid wat ook nie duidelik deur Grotius gemaak word nie maar wat wel by Van der Keessel<sup>802</sup> aangetref word, is die verskil tussen die gebruiksdoel of bestemming van grafte wat aan die een kant in kerkgeboue of kerkhowe aangetref word en familie- of gemeenskaplike grafte wat aan die ander kant buite die stad, in landelike gebiede of in private grond aangetref word.

Van der Keessel beklemtoon<sup>803</sup> dat De Groot se stelling dat grafte net vir die gebruik van teraardebesteding gekoop kan word volkome waar is indien dit verwys na grafte in kerkgeboue en kerke maar nie wanneer dit na familiegrafte en gemeenskaplike grafte in landelike gebiede, dit wil sê private grafte verwys nie.

Volgens Van der Keessel<sup>804</sup> is dit in die geval van grafte in kerkhowe en kerke nie soseer die fisiese plek waar die graf geleë is of die graftombe as sulks nie maar liever die aanwending daarvan vir begrafnisdoeleindes, dit wil sê die *ius sepulchri*, wat deel van 'n private persoon se boedel kan uitmaak en dus vatbaar vir eiendomsreg en handelstransaksies is.<sup>805</sup>

---

<sup>798</sup> 1961: 2 1 37.

<sup>799</sup> *vendi*.

<sup>800</sup> *legari*.

<sup>801</sup> *ad heredes transmitti possunt*.

<sup>802</sup> 1961: 2 1 37.

<sup>803</sup> 1961: 2 1 37.

<sup>804</sup> 1961: 2 1 37.

<sup>805</sup> Sien ook Inst 2 1 9; C 2 6; D 1 8 6 4 en D 11 7.

In die geval van familie- of gemeenskaplike grafte in private grond kan al die eienaars ooreenkom dat die plek vir 'n doel anders as begraving aangewend mag word aangesien daar juridies geen hindernis of belemmering tot so 'n ooreenkoms bestaan nie.

In hierdie opsig kom Van der Keessel merkwaardig met die Romeinsregtelike en kanoniekregtelike benadering ooreen. Volgens hom, kan gekonkludeer word, is dit eintlik slegs grafte wat in private grond op die platteland (*in agro*) geleë is wat *in alium usum adhibeantur*, dit wil sê vir doeleindes anders as begraving aangewend kan word. Van der Keessel verskaf egter geen nadere besonderhede oor sodanige *ander* doel of gebruik (*alium usum*) nie. Nogtans word aan die hand gedoen dat die alternatiewe gebruik waarna hy hier verwys, gebruik is in terme van die leerstuk van analoë of soortgelyke gebruik.<sup>806</sup>

Daar word ter oorweging gegee dat dit meer in ooreenstemming met gevestigde juridiese beginsels sou wees om Van der Keessel se *alium usum* te kwalifiseer sodat dit lees *ad alium usum analogum*, dit wil sê om die analoë gebruiksreël op hierdie stelling toe te pas. Gebruik vir godsdienstige of vrome doeleindes anders as begraving sou as analoë gebruik kwalifiseer.

#### 10.2.4 SIMON VAN LEEUWEN (1626 – 1682)

Nadat Van Leeuwen in sy *Het Roomsche Hollandsche Recht*<sup>807</sup> 'n onderskeid getref het tussen *niemands toebehorige saken*<sup>808</sup> en *yemand toebehorige saken*<sup>809</sup> behandel hy die regsposisie van kerkgeboue, begraafplase, ensovoorts. Hy is van mening dat sake wat volgens Romeinse reg aan die gode en heiliges gewy is in die Romeins-Hollandse reg met geen heiligheid

---

<sup>806</sup> Vgl hfste 2 5 en 10 12 hierbo en 11 6 hieronder.

<sup>807</sup> 1780 2 1 9.

<sup>808</sup> *Res nullius*: Dit is sake wat aan niemand behoort nie.

<sup>809</sup> *Res humani iuris*: Dit is sake wat aan die menslike reg ondergeskik is.

beklee is nie, 'n omwenteling wat teweeggebring is deur die Protestantse reformasie.<sup>810</sup>

Van Leeuwen<sup>811</sup> merk op dat *...wy de kerken in haar selven geen eer toe sckikken ...* – “ons die kerke as sulks geen eer verskuldig is nie...” Sy betoog lui dus nie dat *begraafplase* geen eer toekom nie. So 'n betoog sou immers indruis teen die aanvaarde leer dat daar tog eerbied aan die rusplekke van die ontslapenes verskuldig is ter nagedagtenis van die oorledenes en weens die geloof in die wederopstanding van die vlees.<sup>812</sup>

Wat betref die vatbaarheid vir eiendomsreg en die verhandelbaarheid van kerkgraftombes is Van Leeuwen van mening dat daaroor met volkome eiendomsreg beskik kan word en dat hierdie tipe saak dus deur die ware eienaar as eie eiendom verkoop en vervreem mag word.<sup>813</sup> In teenstelling met De Groot wat die woord “toebehoort” gebruik het, is dit eiendomsreg as sulks waarna Van Leeuwen verwys.

Van Leeuwen beroep hom op De Groot se *Inleiding* 2 1 24<sup>814</sup> maar maak geen melding van die gebruiksaanwending van kerke en grafte of die verkoopsdoel van hierdie sake waarna De Groot wel verwys nie. Ook gaan hy nie so ver as Van der Keessel<sup>815</sup> wat van mening is dat in die

---

<sup>810</sup> Van Leeuwen 1780: 2 1 9 : *...En in saken die op geenderley wys onder den eygendom van yemand kunnen gebragt werden, gelyk als by de Oude waren, de Heylige en Gode toegewyde plaatsen, als Kerken, Graven der Doden, Stads-vesten, en diergelyke ... Het welk by ons geen plaats heeft, als de welk zedert den herstelden Gods-dienst, so ver daar van geweken zyn, dat wy de kerken in haar selven geen eer toe sckikken....*

<sup>811</sup> 1780: 2 1 9.

<sup>812</sup> Vgl Hfst 6 hierbo.

<sup>813</sup> Van Leeuwen 1780: 2 1 9: *...En de Graven die in Kerken zyn, by ons met volkome regt van eygendom beseten, en by den regten Eygenaar, als eygen goed verkogt en vervreemd moges werden...*

<sup>814</sup> Van Leeuwen 1780: 2 1 9 verwys foutiewelik na De Groot 2 1 24 terwyl dit 2 1 37 behoort te wees. In 2 1 24 behandel De Groot sake wat burgerlike gemeenskappe toekom.

<sup>815</sup> 1961: 2 1 37.

geval van kerkgrafte en grafte in stedelike begraafplase dit eintlik slegs die *ius sepulchri* is wat van die hand gesit kan word nie.

Tog moet daarop gelet word dat Van Leeuwen spesifiek na kerkgrafte verwys en nie na grafte oor die algemeen nie. Dit wil dus voorkom asof hy in dié opsig met De Groot ooreenstem. Van der Keessel het egter oortuigend aangetoon dat kerkgrafte en grafte in stedelike (openbare) begraafplase nie in eiendom gehou word nie maar dat dit slegs die geval is met die *ius sepulchri*, oftewel die reg om 'n liggaam in sodanige tipe graf te begrawe.

Skrywer hiervan wil egter weereens betoog dat alhoewel Van Leeuwen skynbaar ondubbelsinnig is in sy stelling dat kerkgrafte volkome aan die mens se eiendomsreg ondergeskik is en vrylik vervreem kan word, dit tog sy bedoeling moet wees dat dit die *ius sepulchri* ten opsigte van daardie grafte is wat vrylik verhandelbaar is. Hierbo is gemerk dat dit ook die ondubbelsinnige standpunt van Van der Keessel en ander juriste is.<sup>816</sup>

Die gesag ter ondersteuning van hierdie benadering is oorweldigend aangesien dit die regsposisie in die Romeinse- sowel as die kanonieke reg was en ook aangesien 'n oormag Romeins-Hollandse en ander kontemporêre juriste Van Leeuwen in hierdie opsig kwalifiseer. Die standpunte van sodanige juriste word verder hieronder oorweeg.

In sy *Censura Forensis*<sup>817</sup> wys Van Leeuwen daarop dat in die Romeinse- en Kanonieke reg sake verdeel is *ratione suae naturae et existentiae* aan die een kant en *ratione usus*, oftewel in terme van die gebruiksdoel aan die ander kant.<sup>818</sup> Hy maak dit egter duidelik dat by Protestante dit wel moontlik is om 'n private graf in 'n kerk te hê wat aan erfgename nagelaat

---

<sup>816</sup> Sien hfst 10 1 3 hierbo.

<sup>817</sup> Van Leeuwen 1662: 3 2.

<sup>818</sup> Van Leeuwen 1662: 3 2: *Ratione ipsius usus summa rerum division haec est, quod aliae res sint in patrimonio sive dominio nostro aliae extra patrimonium nostrum habeantur, et nullius in bonis sint.*

kan word en wat vir begrawingsdoeleindes as sulks verkoop kan word. Hy wys ook daarop dat in die Holland van sy tyd vele gemeenskappe gevind kan word waarin 'n graf vir byvoorbeeld 100 floryne "gekoop" kan word.<sup>819</sup>

Die feit dat Van Leeuwen, soos meeste ander juriste, die vervreemding van 'n graftombe aan die begrawingsdoel ondergeskik maak, is volgens skrywer hiervan aanduidend dat dit eintlik die gebruiksreg is, dit wil sê die *ius sepulchri* wat op die graf betrekking het, wat verhandelbaar is en nie die graftombe as sulks nie.

#### 10.2.5 ARNOLDUS VINNIUS (1588 – 1657)

Nog 'n Romeins-Hollandse juris wat insiggewende opmerkings oor die wisselwerking tussen die eiendomsreg in 'n saak en die gebruik daarvan maak, is Vinnius.<sup>820</sup> Hy verduidelik die regsposisie soos volg:<sup>821</sup> In die hedendaagse reg word daar gebruik gemaak van openbare begraafplase wat deur die magistratuur tot begrawingsdoeleindes bestem is. Niks verhoed egter dat 'n persoon 'n private graftombe in 'n begraafplaas of selfs in 'n kerkgebou as sulks kan besit nie. Sodanige graftombe kan aan erfgename nagelaat of selfs verkoop word maar slegs vir begrawingsdoeleindes.<sup>822</sup> Hiermee bevestig Vinnius na ons mening dat dit eintlik die begrawingsreg oftewel die *ius sepulchri* is wat verhandelbaar is, en nie die graftombe as sulks nie.

---

<sup>819</sup> Van Leeuwen: 1662: 3 2: *...sic ut sepulchral nostra extra quod solum sepulturae cadaverum inservire possint, extra commercium aut partimonium nostrum non sint.*

<sup>820</sup> 1793: 2 1.

<sup>821</sup> 1793: 2 1.

<sup>822</sup> Vinnius 1793: 2 1: *Hodie autem ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur a Magistratu sepeliendis mortuis destinatis: coemetriis fer, aut ipsis etiam Ecclesiis, in quibus tamen privatum sepulchrum habere nihil vetat, quod et haeredibus relinqui, et ad usum sepulturae etiam aliis vendi possit...* (Eie beklemtoning).



#### 10.2.6 ULRICH HUBER (1636 – 1694)

Wat betref die Romeinse reg en die klassifisering van sekere sake as heilig in daardie stelsel laat Huber<sup>823</sup> hom soos volg uit. Volgens die eenvoud van die (protestantse) Christelike leer van sy tyd staan dit vas dat geen saak of voorwerp op sigself meer as "*heilig*" beskou word nie met die uitsluiting van God se woord en die seëlteken van die Christelike verbond. In die Ou Testament word die heiligheid van sake wat seremoniëel gewy is wel erken maar is dit nie meer die geval in die nuwe verbond of in sy tyd nie.<sup>824</sup>

Geen saak is heilig op sigself in die sin dat dit oor 'n *heilige kwaliteit* beskik nie. Sekere sake word wel slegs vir sekere *doeleindes* bestem en aangewend maar die konsekrasie-seremonie wat in die Ou Testamentiese tye in gebruik was om 'n heilige kwaliteit aan sake te verleen en wat volgens Huber hoegenaamd nie in die Nuwe Testament voorkom nie, maak geen deel van die Frieslandse reg uit nie.

Grafte en begraafplase is nie met heiligheid beklee nie en behoort respektiewelik aan besondere oftewel spesifieke persone, of aan die gemeenskap. Nogtans is die mens eerbied aan grafte verskuldig uit eerbiediging van die nagedagtenis van die oorledene en die Christelike verwagting van die wederopstanding van die vlees.<sup>825</sup>

---

<sup>823</sup> 1768: 2 1 24.

<sup>824</sup> Huber 1768: 2 1 24: *Want hoewel nae't Roomsche Recht die dingen heilig en niemant eigen zijn, soo is't nochtans seker, dat nae de eenvoudigheid der Christelijke leere geen dingen in haer selfs heilig zijn, als Gods Woordt en de Zegel-teekenen des Verbondt in den Verbondt in den Heere Christus. Het heiligen van dingen, om die te doen hebben een afgezonderde qualiteit is een Ceremonie, hoedanige in het Oude Testament wel zijn geweest, maer in het Nieuwe Verbond zijn 'er geen altos.*

<sup>825</sup> Huber 1768: 2 1 24: *De Poorten en Wallen der Syeden, mitsgaders de Grafsteden, Worden ook onder geen-mans goederen, ende als heilige dingen gerekent; maar in der daet, Poorten en Wallen behoorden tot den Staet van't Land ...*" en in par 28: *"Heiligdom is in Poorten ende Wallen niet, noch ook in*

Volgens die Christelike wederopstandingsleer sal daar 'n hereniging van liggaam en siel op die dag van afrekening wees. Dit is 'n leerstuk wat geleidelik in die Ou Testament ontwikkel totdat dit in die evangelie volgens Lukas uitkristaliseer,<sup>826</sup> aldus Huber.

#### 10.2.7 HENRICUS WEVELINCKHOVEN ( fl. c. 1720 )

Wevelinckhoven publiseer sy *Dissertatio Iuridica Inauguralis* in 1720 te Leiden.<sup>827</sup> Hy behandel in die eerste plek die Romeinse reg en nie spesifiek die Romeins-Hollandse reg nie. Volgens Wevelinckhoven<sup>828</sup> was dit in die vroeë Romeinse reg eers die *Pontifex Maximus* en daarna die *Princeps* self wat *res sacrae solemniter* gekonsekreer het. In hierdie verband het laasgenoemde immers eersgenoemde se magte oorgeërf.

In verband met die moderne Christelike reg van sy tyd skryf hy egter dat die wyding of konsekrasie van begraafplaasgrond alleenlik deur die Christelike biskop behartig word. Die konsekrasieproses neem die vorm aan van 'n publieke prosesie of optog na die betrokke grond, die plaas van 'n kruis daarop, die rig van 'n gebed aan God asook die publieke verklaring van die doel van die seremonie, naamlik die bestemming van die betrokke stuk grond tot begraving<sup>829</sup>

---

*Graven, die of bijzondere lieden of eenige gemeenschap eygen zijn, alhoewel men de Graven eenige soorte van eerbiedigheyt, of yets diergelijks, ten aensien van de gedachtenisse der overleedene, en verwachtinge der opstandinge schuldig kan zijn.*

<sup>826</sup> Huber 1768: 2 1 24: *Want hulle kon ook nie meer sterwe nie, want hulle is soos die engele en is kinders van God, omdat hulle kinders van die opstanding is. En dat die dode opgewek word, het Moses ook in die doringbos aangedui, waar hy die Here noem die God van Abraham, en die God van Isak en die God van Jakob. Hy is tog nie 'n God van dooies nie, maar van Lewendes, want almal leef vir Hom.*

<sup>827</sup> Wevelinckhoven 1720: Hfst 4.

<sup>828</sup> 1720: Hfst 4.

<sup>829</sup> Wevelinckhoven 1720: 4: *Novissimis autem temporibus Christiani hanc potestatem Episcopis demandarunt sublatis Gentilium caeremoniis et hoc ritu posito, quod nullus locus consecrabantur, nisi cum civitatis Deo amabilis Episcopis in eo faciat orationem et Crucem figat, publicum processum ibi faciens, et causam manifestam omnibus statuens.*

Dit is duidelik dat Wevelinckhoven dit hier nie soseer het oor konsekrasie in die Protestantse Romeins-Hollandse reg nie. Die konsekrasie-gebruik het feitlik in wese al gedurende die reformasie self in onbruik verval. Hy verwys hier na die Kanonieke reg soos dit van toepassing was in die Hollandse gebiede onder Katolieke jurisdiksie.

Alhoewel die teks nie van veel betekenis is vir doeleindes van onderhawige ondersoek na die grondslag van die eerbied wat graftombes volgens die Protestantse juriste toekom nie verskaf dit tog 'n interessante insig in 'n paar aspekte van die Kanonieke konsekrasiepraktyk van post-Reformatoriese Nederland.

Vir doeleindes van hierdie studie is die belangrikste deel van die teks dié waarin hy die konsekrasie-seremonie beskryf: *...et causam manifestam omnibus statuens* - "en hy (die biskop) stel die verklaarde doel aan almal." Hierdie sinsnede verwys na die eintlike wydingsdoel of bestemmingsformule van die konsekrasie-formulier. Dit word in die openbaar geuite sodat almal daarvan kennis kan neem en word opgevolg deur 'n amptelike en openbare begrawing. Dit neem die vorm aan van 'n openbare kerkregtelike handeling.

Wat betref grafte en begraafplase wil dit egter voorkom of Wevelinckhoven 'n meer romanistiese benadering volg. Begraafplase is *res religiosae* wat op grond van private gesag vir vrome *doeleindes* bestem word.<sup>830</sup> Die woord *religiosa* het sy eintlike ontstaan in *reliquendum* aangesien die betrokke saak weens 'n sekere mate van heiligheid wat dit bekleed, gesegregeer of afgesonder<sup>831</sup> en bewaar word.<sup>832</sup>

---

<sup>830</sup> *private auctoritate piis usibus destinati.*

<sup>831</sup> *Reliquendum.*

<sup>832</sup> Wevelinckhoven 1720: 4 : *...religiosa, id est, quae private auctoritate piis usibus est destinati hac vero vocabula relinquendo dictum, quod propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis est.*

#### 10.2.8 CORNELIUS VROLIKHERT ( fl. C. 1720 )

Vrolikhert<sup>833</sup> toon aan dat die rede waarom grafte en begraafplase *res religiosae* genoem word noue verband hou met die godsdiens of religie. Die woord *religio* moet volgens hom nie altyd in dieselfde sin verstaan word nie.<sup>834</sup>

Alhoewel 'n religieuse saak vele eienskappe het en daar ook aan vele redes gedink sou kon word waarom dit hierdie benaming dra, beklemtoon Vrolikhert die volgende drie eienskappe:

- (i) *Res religiosae* is vir die *cultum divinum*<sup>835</sup> bestem;
- (ii) Die begrip het sy ontstaan te danke aan gewetensnougesetheid;<sup>836</sup> en
- (iii) Religieuse sake soos begraafplase is as't ware gesegregeer oftewel vrygestel van profane gebruik.<sup>837</sup>

#### 10.2.9 IMMENS ( fl. c. 1744 )

Immens<sup>838</sup> publiseer sy dissertasie oor Gaius se indeling van sake op 4 Augustus 1744. Hy beklemtoon die onverhandelbaarheid van *res religiosae* asook die feit dat dit nie aan juridiese verpligting of beregting onderwerp kan word nie sonder om te kwalifiseer dat sy regsmeening slegs na die Romeinse reg verwys of dat die reg van sy eie tyd nie meer met die Romeinse reg in ooreenstemming is nie.<sup>839</sup>

---

<sup>833</sup> 1732: 2 3.

<sup>834</sup> Vrolikhert 1732: 23: *...aliquando enim notat cultum divinum, aliquando scripulum conscientiae, aliquando sequestrationem rei alicuis ab usus profano: plures sunt; sed ultima haec signification huius loci est; Sepulchrum enim sit religiosum, quia sequestratur ab usu profane ...*

<sup>835</sup> Goddelike erediens.

<sup>836</sup> *scripulum conscientiae.*

<sup>837</sup> *aliquando sequestrationem rei alicuius ab usu profana.*

<sup>838</sup> 1744: 1 *De Definitione et Divisione Rerum.*

<sup>839</sup> Immens 1744: 1 beskryf *res divini* soos volg: *...atque ita res in patrimonio nostro dicuntur, quae in privato hominum commercio sunt, atque usui dominioque nostro subjici possunt. ...Rerum Religiosarum jus fere idem est,*

Dit word ter oorweging gegee dat die rede waarom Immens 'n skynbaar absolutistiese en rigiede kommersialiteitsverbod op religieuse sake plus, soos in die Romeinse reg, die feit is dat hy hier na religieuse sake as sulks, en nie slegs na die *ius sepulchri* nie, verwys. Sy regsmenting is dus in ooreenstemming met die van die oorgrote meerderheid van gemeenregtelike juriste.

#### 10.2.10 PETRUS OPPERDOES ( fl. c. 1756 )

Opperdoes<sup>840</sup> omskryf 'n *res religiosa* as 'n plek waar 'n menslike liggaam<sup>841</sup> begrawe is met die bedoeling dat dit permanent daar sal vertoef. Sodanige plek is van handelstransaksies vrygestel. Die sogenaamde *ius inferendi* of reg om 'n liggaam aldaar te begrawe, val egter binne die mens se *patrimonium* of vermoë<sup>842</sup> en kan aan 'n persoon bemaak<sup>843</sup> word.<sup>844</sup>

Dit word ter oorweging gegee dat Opperdoes, soos Johannes Voet en andere, eintlik die *ius sepulchri*, dit wil sê die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke stuk grond te begrawe in gedagte het wanneer hy na 'n verhandelbare *ius inferendi* verwys.<sup>845</sup>

Alhoewel 'n graftombe as sulks dus volgens Opperdoes buite die handelsverkeer val, kan die *ius sepulchri* steeds die onderwerp van 'n legaat vorm. Net soos dit die geval by meeste van sy voorgangers is, is 'n

---

*quod Sacrarum, sunt namque eaque commercio hominum exemptae, ut neque obligari, neque adjudicari a quo quam possint...*

<sup>840</sup> 1756: Hfst 5, *De rebus nullius*.

<sup>841</sup> Hy voeg by "*vel cineres*" – "of liggaamsas."

<sup>842</sup> Hy verwys na C 4 *De relig.*

<sup>843</sup> *Legari*.

<sup>844</sup> Opperdoes 1756: 5: *...loca, in quae cadava vel cineres hominis mortui illati sunt ab eo, qui ius inferendi habet ut ibi perpetuo maneat ... Effectus vero religionis est, quod locus religiosus hominum commercio eximatur: ius tamen inferendi est in patrimonio hinc illud alicui legari potest...*

<sup>845</sup> Hierdie term moet liefers gereserveer word vir die voorkeurreg om 'n spesifieke liggaam te begrawe. Die term *ius sepulchri* het dus op die gebruik van die grond en *ius inferendi* op die beskikking oor die liggaam vir begrawingsdoeleindes betrekking.

*locus religiosus* by hom dus onvervreembaar en is dit die *ius sepulchri*, wat hy die *ius inferendi* noem, wat wel vervreembaar is.

#### 10.2.11 GERHARDUS JACOBUS VAN CATTENBURGH ( fl. c. 1758 )

Van Cattenburgh<sup>846</sup> se omskrywing van *res religiosae* kom in breë trekke ooreen met dié van Opperdoes.<sup>847</sup> Dieselfde opmerkings wat hierbo in verband met die *ius inferendi* en *ius sepulchri* gemaak is, geld ook hier. Laasgenoemde en nie die graftombe self nie kan aan eiendomsreg, koop, sessie, donasie en ander handelstransaksies onderwerp word.<sup>848</sup>

#### 10.2.12 H BECIUS ( fl. c. 1759 )

Becius<sup>849</sup> beklemtoon dat *res divini iuris* as *res nullius* geklassifiseer word omdat dit van profane gebruik gevrywaar en vir goddelike gebruik bestem is.<sup>850</sup> Ook Becius beklemtoon dus die gebruik (*usus*) of bestemming van *res religiosae* eerder as die nie-vatbaarheid daarvan vir eiendomsreg. Alhoewel hy geen woord rep oor vatbaarheid vir eiendomsreg en verhandelbaarheid nie is sy benadering nie teenstrydig met skrywer hiervan se mening dat dit die gebruiksreg oftewel die *ius sepulchri* is wat verhandelbaar is en nie 'n graftombe of begraafplaas as sulks nie.

#### 10.2.13 GERARDUS NOODT (1647 – 1725)

Noodt<sup>851</sup> meld nie veel oor *res divini iuris* in sy *Commentarius in Digestam Iustiniani* nie maar soos meeste ander Romeins-Hollandse juriste beklemtoon hy wel die bestemming of voorafbepaalde uitsluitlike gebruik

---

<sup>846</sup> 1758: 2 5.

<sup>847</sup> Van Cattenburgh 1758: 2 5: *...Tandem haec errant adjicienda, quod licet res religiosa nullius sit, et extra commercium, jus tamen inferendi esse in commercio ut ita pertinere possit ad aliquem dominum, qui de eo dispnere potest et illud ius alteri vendi, cedi et donari possit...*

<sup>848</sup> Van Cattenburgh 1758: 2 6.

<sup>849</sup> 1759: par 11.

<sup>850</sup> Becius 1759: par 11: *...res divini iuris; dicuntur autem nullius, non quia magis ad Deum pertinent, sed quia usui profanae exemptae, et ad usus divinus sunt depositae...*

<sup>851</sup> 1735: 1 8.

daarvan, naamlik begraving van die menslike liggaam.<sup>852</sup> Volgens Noodt<sup>853</sup> word 'n gewyde saak juridies met *eerbied* bejeën, nie soseer omdat dit niemand kan toebehoort nie, dit wil sê omdat dit *res extra patrimonium* is, maar wel omdat dit 'n heilige gebruiksbestemming het.<sup>854</sup> Daar kan dus geen twyfel bestaan nie dat by Noodt 'n graftombe as sulks nooit vervreembaar sou kon wees nie behalwe vir begrawingsdoeleindes. Dit beteken dat dit nie eintlik die graftombe as sulks is wat vatbaar is vir eiendomsreg en handelstransaksies nie maar eerder die reg op begraving, dit wil sê die *ius sepulchri*.

#### 10.2.14 GOUDSMIT (1813 – 1882)

Goudsmit<sup>855</sup> beskryf 'n *res religiosa* as 'n plek waar 'n liggaam oftewel 'n menslike hoof<sup>856</sup> begrawe is.<sup>857</sup> Hy beklemtoon dat *...ook deze kunnen geen voorwerp van bezit of eigendom uitmaken; de bevoegdheid echter om op eene bepaalde plek een lijk te begraven*<sup>858</sup> *wordt als een privaat recht erken...*

Goudsmit stel dus die Romeins-Hollandse reg bo alle twyfel en hiermee bevestig hy die mening van Voet en andere: Begraafplase en graftombes as sulks kan nie die voorwerpe van besit of eiendomsreg uitmaak nie.

---

<sup>852</sup> Noodt 1735: 1 8: *...Gaius ait, res sacras et religiosas esse divini iuris, sanctas autem, veluti muros et portas quadammodo divini iuris esse, omnesque hac ratione nullius in bonis haberi: at non alio sensu, quam quod Populus eas in usum divinum seperavit, prohibet profanae usu, ita quae res sacrae fiunt, non desinunt esse humani iuris, contra manent Populi, sicut ante fuerunt eius. Tantem sacras vocat ab usu sacro cui eas destinavit: donec ei placeat, alia postulante occasione, eas ad usum alium iam necessarium adhibere -...*" Die *goddelike gebruik* waarna Noodt verwys, word nie deur Gaius op wie hy hom beroep as die wesenskenmerk van *res divini iuris* gestel nie.

<sup>853</sup> 1735: 1 8.

<sup>854</sup> Noodt 1735: 1 8 beroep hom op De Groot *De jure belli ac pacis* 2 5.

<sup>855</sup> 1866: 100 vn 6.

<sup>856</sup> D11 7 44. Vergelyk 2 2 hierbo.

<sup>857</sup> Goudsmit 1866: 100 6: *...Res religiosas zijn die plaatsen waar door den daartoe gerechtigde een lijk of wel het hoofd alleen begraven is. Ook deze kunnen geen voorwerp van bezit of eigendom uitmaken; de bevoegdheid echter om op eene bepaalde plek een lijk te begraven, wordt al seen privaat recht erken...*

<sup>858</sup> *ius sepulchri*.

Selfs wanneer 'n sogenaamde *eienaar* van hierdie tipe saak dit sou "verkoop", is dit slegs die bevoegdheid of reg om 'n menslike liggaam aldaar te begrawe (die *ius sepulchri*) wat verkoop of vervreem word en nie die begraafplaas of graftombe as sulks nie.<sup>859</sup>

Na hierdie deurtastende oorweging van die literatuur van die Romeins-Hollandse juriste wens skrywer hiervan te betoog dat die oorgrote meerderheid, indien nie bykans almal van hulle nie, die mening gehuldig het dat 'n graftombe, 'n begraafplaas of 'n graf as sulks nie vir eiendomsreg en handelstransaksies vatbaar was nie.

Soos later<sup>860</sup> in die bespreking van die Suid-Afrikaanse reg aangetoon sal word, het die hof in *Cape Town and Districts Waterworks*<sup>861</sup> die Romeins-Hollandse regsposisie verkeerd uitgelê en sodoende die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse begrawingsreg op 'n eeulange dwaalspoor geplaas.

### 10.3 VINDISERING VAN RES RELIGIOSAE

Hierbo is gemerk dat alhoewel daar 'n aantal juriste was wat op die oog af die mening gehuldig het dat *res religiosae* vatbaar vir eiendomsreg en derhalwe vrylik verhandelbaar was, die oorwig van die juristiese mening tog ingehou het dat hierdie sake as sulks buite die gewone handel gestaan het en dat dit eintlik die *ius sepulchri* of begrawingsreg was wat vatbaar vir eiendomsreg en dus verhandelbaar was, maar dan ook slegs vir doeleindes van begrawing.

'n Verbandhoudende vraag is of die *rei vindicatio*, oftewel die aksie ter beskerming van eiendomsreg, beskikbaar was vir die terugvordering van *res religiosae*. Indien die antwoord hierop negatief is, kan aanvaar word dat die betrokke juris hierdie tipe saak as nie-vatbaar vir eiendomsreg en handelstransaksies beskou het.

---

<sup>859</sup> Hierna word teruggekeer in hfst 11 hieronder.

<sup>860</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>861</sup> 1890 8 SC 9.



### 10.3.1 PETRUS GUDELINUS (1550 – 1619)

In sy *Commentarius* behandel Gudelinus<sup>862</sup> die aangeleentheid van die vatbaarheid vir eiendomsreg en vindisering van *res divini iuris* in die sogenaamde *ius sacrum*, oftewel die Kanonieke reg breedvoerig.<sup>863</sup> Die nie-vindiseerbaarheid wat Gudelinus as een van die privilegies van *res sacrae* beskou,<sup>864</sup> verwys na die feit dat hierdie sake vrygestel is van menslike handelsverkeer aangesien dit uitsluitlik vir goddelike gebruik bestem is. Verbode handelstransaksies ten opsigte van *res sacrae* sluit in koop en verkoop, pand- en verbandgewing, ensovoorts. Die goddelike gebruik waarna hy verwys is natuurlik die erediens in die geval van *res sacrae* in die eng sin asook die feit dat begraafplase as *dormitoria* oftewel slaapplekke van gestorwe gelowiges moet dien.

Gudelinus<sup>865</sup> maak dit egter duidelik dat wanneer hy hierdie sake as *extra commercium* bestempel hy nie bedoel dat dit tot so 'n mate *res nullius* is dat dit *geensins* aan die mens kan behoort nie. Sekere families het byvoorbeeld grafpersele in begraafplase asook in kerkgeboue,<sup>866</sup> en die kerk het byvoorbeeld geestelikes<sup>867</sup> om *res sacrae* te "vindiseer".<sup>868</sup>

Alhoewel *res divini iuris* dus in 'n sekere sin gevindiseer kan word, kan dit nogtans nie aanvaar word dat hierdie sake in die gewone sin aan die mens behoort nie, dit wil sê dat die mens daarvoor in *nostro patrimonio*<sup>869</sup> oftewel in volle eiendomsreg beskik nie.<sup>870</sup> Dit kan wel privaatregtelik vir

---

<sup>862</sup> 1620: 6 2.

<sup>863</sup> Daar bestaan weinig twyfel dat Gudelinus hier die moderne reg van sy tyd behandel aangesien die titel van sy werk immers na die *ius novissimum* verwys.

<sup>864</sup> Gudelinus 1620: 6 2.

<sup>865</sup> 1620: 6 2.

<sup>866</sup> Hy het geskryf op 'n stadium toe kerkgrafte die reël eerder as die uitsondering was.

<sup>867</sup> *episcopos quam oeconomos*.

<sup>868</sup> Gudelinus 1620: 6 2 gebruik hier inderdaad die terme "*vindicare possunt*."

<sup>869</sup> In eiendomsreg.

<sup>870</sup> Hy verwys egter na die *actio adjuncta causa patriae potestatis* wat as grondslag kan dien vir 'n aksie gerig op die beskerming van besitsreg in *res divini iuris* deur 'n sg eienaar.

'n sekere voorafbepaalde en eksklusiewe *gewyde doel gebruik* word en dit is begraving.

Daar bestaan weereens geen twyfel by skrywer hiervan dat Gudelinus eintlik stel dat dit die *ius sepulchri* oftewel die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graftombe te begrawe is wat vatbaar vir eiendomsreg en vervreemding is maar nie *res religiosae proprio sensu* nie. Gudelinus<sup>871</sup> maak die treffende vergelyking tussen die bevoegdheid waaroor 'n *paterfamilias* beskik om sy kinders te "vindiseer," alhoewel hy nie oor eiendomsreg in hulle beskik nie, en die beskikkingsbevoegdheid wat mens het met betrekking tot *res divini iuris*.<sup>872</sup> Die *Paterfamilias* oefen sy beskikkingsbevoegdheid uit deur 'n *actio in rem* wat aan hom vir dié doel toegestaan word. Die aksie wat spesifiek hier ter sprake is, is die sogenaamde *actio patriae potestatis adjuncta causa*<sup>873</sup> wat deur Ulpianus uiteengesit word in D 6 1 1 2, *De rei vindicatio*. Die paternale mag wat die *Paterfamilias* oor die kind besit, toon 'n merkbare ooreenkoms met die *dominium* wat oor 'n *res religiosa* uitgeoefen word. Geeneen van die twee is egter *dominium* in die ware sin van die woord nie.

Die beskermingsremedie wat die reg ten opsigte van kinders en *res religiosae* verleen, is nie soseer op *proprietas* nie maar eerder op praktiese noodsaaklikheid en praetoriese billikheidsoorwegings<sup>874</sup> gegrond.

### 10.3.2 JOHANNES VOET (1647 – 1713)

---

<sup>871</sup> 1620: 6 2.

<sup>872</sup> Hierdie vergelyking is alreeds deur die Romeinse juriste getref: D 6 1 1 2 *De rei vindicatione*; G 1 52; G 3 199 en D 34 2 38 1.

<sup>873</sup> Dit word duidelik deur Ulpianus uiteengesit in D 6 1 1 2, *De rei vindicatio*. D 6 1 23 1 maak dit egter duidelik dat die *rei vindicatio* as sulks nie beskikbaar is ten opsigte van *res divini iuris* nie.

<sup>874</sup> Hfst 2 hierbo. Hierdie remedie is duidelik nie afkomstig uit die sg *ius strictum*, oftewel enige sivilregtelike beginsel nie maar wel uit die *bonum et aequum*, dws uit billikheidsoorwegings.

Verbode handelstransaksies wat deur Voet<sup>875</sup> ten opsigte van *res religiosas* opgenoem word, is dieselfde as dié wat in die Romeinse reg geregeld het, naamlik vindisering, serwituut, verjaring, verkoop, skenking, pandgewing, ensovoorts. Alhoewel daar Romeinsregtelik geen eiendomsreg in *res religiosas* gevestig kon word nie kon daar volgens Voet tog in 'n sekere sin gesê word dat 'n graf aan die mens behoort<sup>876</sup> weens die *ius inferendi* (hy bedoel die *ius sepulchri*), dit wil sê die reg om daarin te begrawe wat in die mens kan vestig.<sup>877</sup>

Volgens Voet se uitleg van die Romeinse reg<sup>878</sup> het daar selfs in daardie stelsel 'n soort quasi-eiendomsreg en dus ook 'n tipe quasi-vindikasie ten opsigte van die *ius sepulchri* bestaan, alhoewel eiendomsreg in die graftombe asook die inhoud daarvan as sulks nie erken is nie. Om hierdie rede kon daar dus wel na 'n graftombe as *nostrum*<sup>879</sup> verwys word, met die voorbehoud dat dit eintlik die *ius sepulchri* of begrawingsreg is wat *nostrum* is.

Hierdie uitgangspunt moet veral in gedagte gehou word wanneer die benaderings van Voet en Cuiacius<sup>880</sup> vergelyk word. Laasgenoemde skryf byvoorbeeld dat *res religiosas* nie gevindiseer kan word "asof dit aan ons behoort"<sup>881</sup> nie. Hier het die geleerde skrywer met respek egter nie soos Voet die *ius sepulchri* in gedagte nie maar wel die fisiese graftombe self. Dit is dus in geen opsig 'n weerspreking van Voet nie. Soos onder die

---

<sup>875</sup> 1669: 11 7.

<sup>876</sup> *eo sensu nostrum dicitur.*

<sup>877</sup> Voet 1669: 11 7 skryf in verband met eersgenoemde: *In quantum tamen habemus ius inferendi mortuum in nostrum sepulchrum, illud eo sensu nostrum dicitur, ac quisque mortuum inferre in locum suum ... et interdictum de locis religiosis continere causam quasi proprietatis ... ius sepulchri ad heredes transiri ... restitute hereditate aut ablata heredi, tanquam indigno, iura sepulchrorum apud heredem remanere. Hinc quoque, licet monumentum ipsum legari nequeat, ius tamen mortuum inferendi legare quisque potuit ...*

<sup>878</sup> D 43 1 2 2.

<sup>879</sup> "...ons eie..."

<sup>880</sup> 1822: 6 14.

<sup>881</sup> *quasi nostras.*

bespreking van Cuiacius aangetoon word, word daar na die aksie ter "vindisering" van die *ius sepulchri* as 'n *actio in factum extraordinaria*<sup>882</sup> verwys en nie 'n *ordinaria vindicatio directa* of *legitima*<sup>883</sup> nie.<sup>884</sup>

### 10.3.3 ULRICH HUBER (1636 – 1694)

In sy *Praelectiones* begin Ulrich Huber,<sup>885</sup> 'n Frieslander, sy bespreking van *res divini iuris* onder die hoof van *res nullius*. Hy verdeel hierdie tipe saak in *res nullius negativae* en *res nullius privativae*.

Eersgenoemde beskryf Huber as *quae necdum habent dominium, at semper habere possunt ut de communibus dictum*.<sup>886</sup> Vir Huber is die eerste tipe *res nullius* dus daardie sake wat huidiglik *res nullius* is maar wat tog wel vir eiendomsreg vatbaar is en as sodanig *res alicuius*<sup>887</sup> kan word, of die potensiaal het om dit te word.

Die tweede tipe *res nullius* beskryf hy as sake wat geensins vatbaar vir eiendomsreg is nie, soos sake onderworpe aan die goddelike reg wat vrygestel is van alle handel.<sup>888</sup> Dit sluit *res sacrae* en *res religiosae* in.

Huber wys daarop dat in teenstelling met die Joodse reg wat glad nie die profanisering van *res sacrae* toegelaat het nie dit onder die Romeinse reg onder bepaalde omstandighede wel toelaatbaar was.<sup>889</sup> Die

---

<sup>882</sup> *Buitengewone feitlike aksie.*

<sup>883</sup> *Gewone direkte of legitieme vindisering.*

<sup>884</sup> Hierdie uitgangspunt van Voet en Cuiacius strook ook met dié van Gudelinus waarna hierbo gekyk is. Laasgenoemde vestig die aandag daarop dat daar in die na-klassieke Romeinse reg 'n *quasi vindicatio* ten opsigte van kerklike goedere aan geestelikes toegekom het. C 1 2 21 staan hierdie *quasi vindicatio* toe ter terugvordering en behoud van die gewyde vase, gewaad en *donaria* van 'n kerk.

<sup>885</sup> 1749: 2 1 9-10.

<sup>886</sup> Sake wat nog nie alreeds aan iemand in eiendom behoort nie maar altyd nog wel vatbaar is vir eiendomsreg.

<sup>887</sup> 'n Saak wat aan 'n persoon behoort.

<sup>888</sup> Huber 1749: 2 1 9-10: *Privatae res, quae non possunt esse alicuius, ut res sacrae, religiosae et sanctae, quae sunt omnes divini iuris, hominumque exemptae commercio.*

<sup>889</sup> Bv in 'n staat van oorlog: Inst 2 1 8; De Groot 1913: 5 2; De Groot 1903: 2 1 32.

omstandighede waarin die kanonieke reg profanisering van 'n graf of begraafplaas toegelaat het, was natuurlik ook weer verskillend.

In die kanoniekregtelike *ius vetus*<sup>890</sup>, oftewel die vervloë Kanonieke reg, kon profanisering slegs deur 'n biskop gedoen word, *ratione vicinitatis*, dit wil sê omrede 'n begraafplaas aangrensend was tot 'n kerkgebou wat geprofaneerd was. Profanisering kon ook *ratione proprietario*, dit wil sê weens eiendomsregtelike oorwegings geskied soos waar kerkgebou en begraafplaas gesamentlik deur dieselfde instansie besit is en eersgenoemde geprofaneer is.<sup>891</sup>

Huber maak egter 'n belangrike opmerking oor die verhandelbaarheid van *res religiosas* in die Romeinse- sowel as die eietydse, dit wil sê die Romeins-Hollandse reg. Hy verskil in 'n belangrike opsig van Grotius<sup>892</sup> wat betref die klassifisering van *res religiosas*. Grotius het dit naamlik as *res publicae* geklassifiseer omdat begraafplase volgens hom in die Romeins-Hollandse reg aan die publiek behoort het, of dan ten minste deur publieke owerhede geadministreer is en ook die publieke belang gedien het.<sup>893</sup>

Huber klassifiseer grafte egter as *res privatae* omdat dit volgens hom beide in die Romeinse- sowel as in sy hedendaagse reg onder private beskikking gestaan het. In die Romeinse reg was dit private gebruik<sup>894</sup> terwyl dit in die Frieslandse reg private eiendomsreg<sup>895</sup> was.

In 'n ander konteks gee Huber egter toe dat *res religiosas* in 'n sin ook as *res publicae* beskou kan word, soos Grotius leer.<sup>896</sup> Hier het hy

---

<sup>890</sup> Antieke kanonieke reg.

<sup>891</sup> Vgl Hoofstuk 2 hierbo.

<sup>892</sup> 1903: 2 1 32.

<sup>893</sup> 1749: 2 1 9-10.

<sup>894</sup> *usus*.

<sup>895</sup> *proprietas*.

<sup>896</sup> Huber 1949: 2 1 9-10 verdeel sake ook in *res publicae profanae* en *res publicae non profanae* – 'n unieke verdeling.

waarskynlik openbare begraafplase in gedagte. Vanuit hierdie perspektief beskou, word *res publicae* dan ingedeel in profane en nie-profane sake. *Res religiosas, ecclesiasticae* en *sacrae* val onder laasgenoemde. Ook Huber beklemtoon dat *res religiosas* as sulks kwalifiseer weens die uitsluitlike gebruik (*usus*) daarvan vir teraardebestelling van gestorwenes.

#### 10.3.4 PHILLIP LE HEULLE ( fl. c. 1647 )

In 1647 publiseer Le Heulle 'n dissertasie<sup>897</sup> oor die Romeinse reg met betrekking tot *res nullius* oor die algemeen maar skenk nie aandag aan die Romeins-Hollandse reg nie, behalwe in een belangrike opsig en dit is wanneer hy na De Groot se *Inleidinge* 5 3 verwys. In dié betrokke teks skryf De Groot die bestemming en gebruik van *res divini iuris* toe *ad solos divinos usus*, dit wil sê aan uitsluitlike goddelike of godsdienstige gebruik.

Le Heulle<sup>898</sup> verskaf 'n interessante sake-indeling van *loca religiosas*, naamlik *loca religiosas publicae* en *loca religiosas privatae*. 'n Begraafplaas is 'n voorbeeld van eersgenoemde terwyl 'n familiegraf as voorbeeld van 'n private religieuse plek genoem word. Le Heulle bevestig dus dat religieuse sake óf aan die publieke óf aan die private domein onderhewig kan wees.

Skrywer hiervan is van mening dat Le Heulle se klassifisering van *res religiosas* in *publicae* en *privatae* slegs maar verwys na die begraafplaasowerhede wat as *administrateurs* van openbare begraafplase optree, soos onderskei van private persone. Sommige begraafplase word deur publieke owerhede geadministreer en ander, soos familiegraftombes in private grond, deur private individue.

Hierdie indeling doen geen afbreuk aan skrywer hiervan se uitgangspunt dat *res religiosas* ook nie in die Romeins-Hollandse reg vatbaar was vir vindisering, eiendomsreg en handelstransaksies nie.

---

<sup>897</sup> Le Heulle 1647: 2 5.

<sup>898</sup> 1647: 2 5.

### 10.3.5 GERHARDUS CHRISTOPHERUS KUTEMEIER ( fl. c. 1714 )

Kutemeier<sup>899</sup> was nog 'n Leidse juris wie se dissertasie in die eerste helfte van die agtiende eeu verskyn het met *res divini iuris* as onderwerp. In sy bespreking van *res nullius* skryf hy<sup>900</sup> dat 'n *res divini iuris* by uitsteking 'n *res nullius* is<sup>901</sup> aangesien dit in die Romeinse reg buite die menslike handel gestaan het, in 'n sekere sin aan God geoffer was en gevolglik in *Sy dominio ac potestate* verkeer het. Hy wys egter daarop dat kerkgeboue, ensovoorts in sy hedendaagse Hollandse reg nie meer as *res inaestimabiles* beskou word nie.

Volgens Kutemeier is die *gebruik*<sup>902</sup> en *eiendomsreg*<sup>903</sup> van *res religiosae* in die hande van privaat persone<sup>904</sup> en is dit dus vatbaar vir eiendomsreg.<sup>905</sup> In die reg van sy tyd is hierdie sake verhandelbaar<sup>906</sup> en word dit nie meer geklassifiseer as sake van onskatbare waarde<sup>907</sup> nie. Sakrale sake is by Kutemeier *res publicae* wat die staat in eiendom toekom<sup>908</sup>, net soos dit die geval met publieke sake in die Romeinse reg was. Die geleerde skrywer beroep hom op Huber se *Praelectiones*.<sup>909</sup> Dit is egter nie eiendomsreg in die sin van die klassieke Romeinsregtelike *dominium* wat die instansies<sup>910</sup> toekom nie maar wel 'n *disponendi arbitrium*, soos alreeds in die bespreking van die *Usus Modernus* en die pandektistewetenskap<sup>911</sup> hierbo te kenne gegee is.

---

<sup>899</sup> 1714: 2 5.

<sup>900</sup> 1714: 2 5.

<sup>901</sup> *per excellentiam res nullius dicantur.*

<sup>902</sup> *usu.*

<sup>903</sup> *proprietate.*

<sup>904</sup> *ad privatos spectant.*

<sup>905</sup> Hy beroep hom op Huber en Stryck.

<sup>906</sup> *in commercio.*

<sup>907</sup> *inter inaestimabilis locum non intervenire.*

<sup>908</sup> *in dominio Reipublicae.*

<sup>909</sup> Vgl Huber 1949: 2 1 9-10.

<sup>910</sup> In die geval van openbare begraaftplase verwys hy hier na die staat soos verteenwoordig deur plaaslike *municipiae*.

<sup>911</sup> Hfst 9 hierbo.

Nogmaals word daarop gewys dat Kutemeier se stelling dat *res religiosas* privaat individue in eiendom toekom so verstaan behoort te word dat dit eerder op die gebruik waarvoor *res religiosas* aangewend word, in stede van die *res religiosas* as sulks, betrekking het. Hy het hier die *ius sepulchri* in gedagte en nie graftombes as sulks nie.

#### 10.3.6 MARCUS JOANNES VAN HORBAG ( fl. C. 1767 )

Van Horbag<sup>912</sup> verskaf eers 'n breedvoerige omskrywing van die Romeinse reg insake tempels, begraafplase en graftombes en maak daarna enkele opmerkings aangaande die Hollandse reg van sy tyd.

Volgens Van Horbag<sup>913</sup> word daar in Holland plekke soos tempels en begraafplase wat *deur die owerheid vir 'n spesifieke doel afgesonder is*, gebruik. Hierdie sake word egter nie deur die pous of biskop, soos in die geval van die kanonieke reg, gekonsekreer nie.

Heiligheid word ook nie deur die Protestante aan 'n kerk of begraafplaas as sodanig toegedig nie terwyl gemelde sake ook nie as *res nullius* nie maar wel as *res universitatis* bestempel word.

Dit word hier aan die hand gedoen dat net soos wat dit die geval in die *Usus Modernus* en pandektistewetenskap was daar met die term *universitates* eintlik parogies of munisipaliteite, dit wil sê gemeentes verstaan moet word. By die bespreking van die *Usus Modernus* en die pandektistewetenskap is opgemerk dat met die sekularisering van die begrawingsreg jurisdiksie ten opsigte van begraafplase aan bogenoemde instansies toevertrou is. Dit word egter beklemtoon dat die instansies geen *dominium* ten opsigte van religieuse sake verkry het nie maar slegs 'n *disponendi arbitrium*.<sup>914</sup>

---

<sup>912</sup> 1767: 5 20.

<sup>913</sup> 1767: 5 20.

<sup>914</sup> Vgl Kutemeier 1714: 2 5.



## 10.4 LEERSTUK VAN ANALOË OF SOORTGELYKE GEBRUIK

By oorweging van die begrawingsliteratuur van die Romeins-Hollandse reg blyk dit dat by enkele juriste, by name Perezius, Van den Sande en Van der Keessel, die analoë gebruiksleer reeds posgevat het. Dit moet in gedagte gehou word dat hierdie leerstuk nie *eo nomine* in die literatuur aangetref word nie<sup>915</sup> maar slegs in die vorm van enkele menings waarvolgens die gebruik van religieuse sake wel vir doeleindes anders as begrawing onder sekere omstandighede toelaatbaar is.

### 10.4.1 ANTONIUS PEREZIUS (1583 – 1673)

Perezius was 'n Spaanse juris wat aan die Jesuïteorde behoort het maar aan die Universiteit te Leuven doseer het, en om dié rede as gesaghebbend oor die Romeins-Hollandse reg beskou kan word.<sup>916</sup> Hy behandel die *quaestio* wat dan eintlik 'n *res religiosa* is.<sup>917</sup> Volgens hom is 'n begraafplaas grond wat deur 'n vrywillige<sup>918</sup> private handeling vir vrome doeleindes en gebruik, soos begrawing, bestem word.<sup>919</sup> Begrawing is slegs een van die *piis usibus*, oftewel vrome gebruike waarvoor *res religiosa* aangewend kan word. Op grond hiervan word tot die gevolgtrekking gekom dat Perezius in effek bydra tot die ontwikkeling van die analoë gebruiksdoktrine in die Romeinse-Hollandse reg.

### 10.4.2 JOHAN VAN DEN SANDE (1568 – 1638)

Terwyl Perezius in die Suid-Nederlande aktief was, was Van den Sande weer te Friesland werksaam. Hy was vir 'n tyd lank lid van die Hof van Friesland en was meer in die Romeinse- en Frieslandse reg as in die Hollandse reg geskool.<sup>920</sup> Sy werk is egter vir onderhawige studie

---

<sup>915</sup> Die benaming is immers dié van skrywer hiervan.

<sup>916</sup> Hahlo en Kahn 1968: 561; Van Zyl 1983a: 341.

<sup>917</sup> Perezius 1670: 2 1.

<sup>918</sup> G 2 6; Inst 2 9; De Colquhoun 1860: 7.

<sup>919</sup> *Quae private voluntate piis usibus, puta mortuo sepeliendo, destinatae sunt.*

<sup>920</sup> Hy behaal sy doktoraat te Leiden.

besonder waardevol omdat dit die Romeinse reg soos dit in die destydse Friesland geresipieer is, weergee.<sup>921</sup>

Volgens Van den Sande<sup>922</sup> is gewyde kerke en begraafplase sake wat buite die handelsverkeer staan en wat nie aan enigiemand kan behoort nie.<sup>923</sup> Van den Sande<sup>924</sup> erken die gebruik van kerke en begraafplase vir vrome doeleindes anders as bloot die erediens of begraving onderskeidelik. So verwys hy byvoorbeeld ook na liefdadigheid en hulp aan armes as geoorloofde doelstellings waarvoor dié tipe saak aangewend mag word.<sup>925</sup> Dit word ter oorweging gegee dat Van den Sande hier 'n aansienlike bydrae lewer tot die ontwikkeling van die leerstuk van analoë of soortgelyke gebruik ten opsigte van *res divini iuris*.

Die aanwending van 'n *res religiosa*, waarvan die oorspronklike doel bereik is of verval het by onmoontlikwording, vir doeleindes van liefdadigheid of hulpverlening aan die armes is in ooreenstemming met die analoë geleer.

#### 10.4.3 DIONYSIUS G VAN DER KEESSEL ( 1738 – 1816 )

By die bespreking van die vatbaarheid vir eiendomsreg en die gebruik van religieuse sake in die Romeins-Hollandse reg is reeds daarop gewys dat Van der Keessel<sup>926</sup> die *gebruik* van grafte en begraafplase vir doeleindes anders as begraving toegelaat het. Dit is egter duidelik dat hierdie reël nie sonder meer van toepassing was op alle religieuse sake nie.

Van der Keessel verklaar sy eenstemmigheid met Grotius<sup>927</sup> dat grafte nie gekoop en verkoop kan word nie tensy dit ten doel het om vir begrawingsdoeleindes gebruik te word. Hy beklemtoon egter dat hierdie

---

<sup>921</sup> Van Zyl 1983a: 376; Wessels 1908: 240.

<sup>922</sup> 1633: 1 7 1.

<sup>923</sup> 1633: 1 7 1.

<sup>924</sup> 1633: 1 7 1.

<sup>925</sup> 1633: 1 7 1.

<sup>926</sup> 1961: 2 1 37.

<sup>927</sup> ...*Quod ait Grotius...*

beginsel slegs betrekking het op grafte in kerkhowe of begraafplase. Dié reël spruit in die eerste plek uit die voorskrifte van die publiekreg wat aldaar geresipieer is en nie *ob vinculum religionis*, dit wil sê uit die ystergreep van die godsdiens nie. Dit is immers nie soseer die grond self waarin begrawe is wat vir die eiendomsreg van die mens vatbaar is as wat dit die *ius sepulchri* of begrawingsreg is nie.<sup>928</sup>

In *Praelectiones* 2 1 37 noem Van der Keessel nie wie die eienaar van kerke en kerkhowe self is nie, maar reeds in die bespreking van *Praelectiones* 2 1 32 hierbo is gemerk dat hy hierdie sake aan die volk of die staat<sup>929</sup> toeken. Die private individu wat oor die *ius sepulchri* ten opsigte van 'n graf in die kerk of kerkhof beskik, beskik dus oor geen eiendomsreg in die klassieke sin van die woord nie maar slegs oor 'n gebruiksreg. Wat meer is, sodanige gebruiksreg het niks anders as begrawing ten doel nie.

Dit staan dus nie die houër van die *ius sepulchri* vry om sy reg van die hand te sit vir enige doel anders as begrawing nie. Waar mede–eienaars egter 'n gemeenskaplike of familiegraftombe in landelike gebied<sup>930</sup> besit, verhoed niks hulle om die tombe vir 'n ander gebruik aan te wend nie op voorwaarde dat alle belanghebbendes daartoe instem.

Dit word weereens beklemtoon dat Van der Keessel nie die aard van die veranderde gebruik beskryf of uitdruklik enige beperkings daarop plaas nie. Die vraag ontstaan nou of daar aanvaar kan word dat dié tipe saak vir enige doel hoegenaamd aangewend kan word? Met ander woorde, kan

---

<sup>928</sup> Van der Keessel 1961: 2 1 37: *Quod ait Grotius sepulchrae vendi non posse, nisi ad usum sepulturae, verissimum est, si intelligatur de sepulchris, quae in templis aut coemeteriis nostris habentur, tamen non ob vinculum religionis, sed ob publicum ius, quod in iis locis receptum est, cum non tam fundus sepulchri, quam usus iste sepulturae privatorum in patrimonio esse videantur. Sed si quis sepulchrum vel familiare vel commune extra urbem in agro habeat, et inter omnes dominos conveniat ut in alium usum adhibeantur iste locus, nihil est quod talem dispositionem prohibeat.*

<sup>929</sup> ...in dominio populi....

<sup>930</sup> ...extra urbem in agro....

die eienaars gesamentlik besluit dat 'n religieuse saak ook vir profane doeleindes van enige aard aangewend word of moes die gebruik van 'n aard analoog of soortgelyk aan begraving wees?

Daar kan maklik 'n stel afgetrap word deur te argumenteer dat aangesien alle eienaars in so 'n geval instem, en aangesien Van der Keessel hier geen beperking op die aard van die alternatiewe gebruik plaas nie, die antwoord op laasgenoemde vraag negatief behoort te wees, met ander woorde dat die graftombe by ooreenkoms vir enige profane doel hoegenaamd aangewend kon word.

Vir skrywer hiervan bestaan daar egter gewigtige bedenkinge teen so 'n benadering. In die eerste plek moet in gedagte gehou word dat hier 'n familie- of ander gemeenskaplike graftombe ter sprake is en waarskynlik ook nie 'n leë graftombe wat nog nie deur begraving *religiosus* geword het nie anders sou Van der Keessel nie daarna as 'n *sepulchrum* verwys het nie, of sou hy die term ten minste gekwalifiseer het deur van 'n ongebruikte graftombe gewag te maak.

Indien aanvaar word dat Van der Keessel hier 'n graftombe wat 'n *locus religiosus* is in gedagte het dan is dit onwaarskynlik dat hy bedoel het dat dit die sogenaamde "eenaar" of "mede-eenaars" van die graftombe vrystaan om sodanige graftombe vir enige doel hoegenaamd aan te wend. Hiervoor was die beskermingsvoorskrifte van die gemenerereg ten opsigte van religieuse sake te streng. Dit is byvoorbeeld ernstig te betwyfel of die sogenaamde "eenaar" van 'n familiegraf of die "mede-eenaar" van 'n kommunale graf immuun was teen die streng en omvangryke maatreëls wat op die misdaad *violatio sepulchri* betrekking gehad het. Daar het volgens skrywer hiervan se mening 'n groter morele eerbiedigingsverpligting ten opsigte van die graftombe op so 'n "eenaar" of "mede-eenaar" gerus as op 'n gewone vreemdeling wat toevallig eenaar van die grond geword het waarin die graftombe geleë is.

In die tweede plek bestaan gesag soos dié van De Groot<sup>931</sup> wat die gebruik van alle religieuse sake tot begraving beperk terwyl skrywers soos Perezius, Van den Sande en ook Van der Keessel self die analoë of soortgelyke gebruiksleer ten opsigte van alle religieuse sake verkondig.

Skrywer hiervan wil dus aan die hand doen dat Van der Keessel tog hier die analoë gebruiksleer voor oë hou wanneer hy die “eienaars” van die familie- of kommunale graf magtig om daardie tombe vir ‘n doel anders as begraving aan te wend.<sup>932</sup>

Laastens word die aandag gevestig op ‘n teks van Van der Keessel uit ‘n ander konteks, maar waarin hy kommentaar lewer op die lotgevalle van geestelike goedere na die Protestantse reformasie en waarin hy na mening van skrywer hiervan wel die analoë gebruiksdoktrine<sup>933</sup> erken, alhoewel nie in soveel woorde nie.<sup>934</sup>

## 10.5 DIE SOGENAAMDE SEPULKRALE REGIME

### 10.5.1 SIMON GROENEWEGEN (1613 – 1652)

In sy kommentaar op D 11 1<sup>935</sup> wys Groenewegen<sup>936</sup> daarop dat in die Romeinse reg ‘n *res religiosa* nie as deel van ‘n bestorwe boedel beskou is nie omdat dit as *res nullius* geklassifiseer is. Die posisie was dat indien ‘n persoon eers erfgenaam was maar daarna om een of ander rede soos onwaardigheid<sup>937</sup> die boedel ontsê is, sy regte met betrekking tot *res*

---

<sup>931</sup> 1903: 2 1 37.

<sup>932</sup> Van der Keessel 1961: 2 1 37: *..conveniat ut in alium usum adhibeantur* – “hy kom ooreen om dit vir ‘n ander doel te gebruik.” Dit beteken egter nie vir enige doel hoegenaamd nie.

<sup>933</sup> *in usus pios et publicos adhibita esse.*

<sup>934</sup> Van der Keessel: 1961: 2 1 37: *Iure novo Hollandico post receptam publice reformatam religionem omnia ista bona ecclesiastica in usus pios et publicos adhibita esse, satis est cognitum, cf et Van Leeuwen R.H.Recht, B.II.n.4. qua de re infra dicturus est Grotius L.2P.1. par.30.*

<sup>935</sup> *De religiosis et sumptibus funerum.*

<sup>936</sup> 1649: 2 2 8.

<sup>937</sup> D 34 9 *De his quae indignus auferuntur.*

*religiosae* nog steeds ongeskend in hom bly vestig het.<sup>938</sup> Klaarblyklik verwys Groenewegen hier na die unieke sepulkrale regime wat in die Romeinse reg ten opsigte van *res religiosae* gegeld het en wat nie aan gewone boedelverdeling by versterwing onderhewig was nie.<sup>939</sup>

Aangesien grafte en begraafplase in die Romeins-Hollandse reg egter private “eiendom” was, het die *regte* wat daarop betrekking gehad het saam met die oordrag van ‘n bestorwe boedel oorgegaan en nie in ‘n onwaardige erfgenaam<sup>940</sup> bly vestig nie. Op dié manier sou ‘n onwaardige erfgenaam in die Romeins-Hollandse reg, anders as in die Romeinse reg, selfs begrawingsregte ontsê word aangesien die Romeinsregtelike sepulkrale regime nie meer erkenning geniet het in die geval van erfgrafe nie.<sup>941</sup>

Daar word egter weereens daarop gewys dat dit nie die *locus religiosus* as sulks was wat as “private eiendom” in die Romeins-Hollandse reg beskou is nie maar wel die *ius sepulchri*, oftewel die reg om ‘n liggaam in ‘n spesifieke graftombe te begrawe. Dit beteken dat terwyl die onwaardigheidsverklaring van ‘n erfgenaam in die Romeinse reg die betrokke erfgenaam nie van sy *ius sepulchri* ten opsigte van ‘n erfgraf ontnem het nie dit wel die geval in die Romeins-Hollandse reg was aangesien die *ius sepulchri*, maar nie die *locus religiosus per se* nie, in laasgenoemde stelsel as *res in patrimonio et commercio* beskou is.

In die Romeins-Hollandse reg is *familiegrafe* egter van bogenoemde reeling uitgesluit en het die *ius sepulchri* altyd in die erfgenaam, hoe onwaardig hy ookal mag wees, gevestig. Met ander woorde, alhoewel die

---

<sup>938</sup> D 11 7 33 : *Si quis fuit heres, deinde hereditas ablata sit ei quasi indigno magis est ut penes eum iura sepulchrorum remaneat*- “Waar ‘n persoon erfgenaam is , maar die erflating op grond van onwaardigheid van hom weggeneem word, is dit beter dat die begrawingsregte in hom bly vestig.”

<sup>939</sup> Groenewegen 1649: 2 2 8.

<sup>940</sup> *heres indignus*.

<sup>941</sup> Vgl hfst 8 12 hierbo.

Romeinse erfgraftelike sepulkrale regime in die Romeins-Hollandse reg in onbruik verval het, het die familieregtelike regime nog *proprio vigore* bly geld.

Wanneer die eienaar van 'n stuk grond waarin daar 'n erfgraf aan die een kant en 'n familiegraf aan die ander kant geleë is, te sterwe kom, volg die regte met betrekking tot hierdie twee sake dus uiteenlopende bestemmings: Die regte met betrekking tot die erfgraf, dit wil sê die *ius sepulchri*, vererf volgens die gewone erfregtelike maatreëls, insluitende die onwaardigheidsreël, terwyl dit nie die geval met die familiegraf is nie.

Die vraag ontstaan nou wat die lot van laasgenoemde tipe graf in so 'n geval is. Dit is op hierdie vraag wat die bronne swyg en selfs Groenewegen, die enigste juris by wie 'n bespreking van dié aangeleentheid gevind word, volstaan by sodanige onderskeid en rep verder geen woord oor die lot van die familiegraf nie.

Op grond van hierdie stilswye van Groenewegen<sup>942</sup> kan aanvaar word dat die regsposisie van die familiegraf, in teenstelling met dié van die erfgraf, in die Romeins-Hollandse reg grootliks ooreengekom het met dié in die Romeinse reg.

Met ander woorde, die onwaardigheidsverklaring van 'n familielid van die oorledene het hoegenaamd nie die begrawingsregte van daardie familielid aangetas nie. Die familiegrafregtelike regime wat in die Romeinse reg aangetref word, het dus feitlik onveranderd in die Romeins-Hollandse reg bly voortleef. Soos in die Romeinse reg was daar dus in die Romeins-Hollandse reg eiesoortige vererwingsbeginsels op die familiegraf van toepassing, altans vir sover dit die *ius sepulchri* oftewel die begrawingsreg wat daarop betrekking gehad het, aangaan.

---

<sup>942</sup> 1649: 2 2 8.

## 10.6 VERJARING

By die bespreking van die Romeinsregtelike vervreemdingsverbod wat ten opsigte van religieuse sake gegeld het, is gemerk dat die verkryging van eiendomsreg in 'n *locus religiosus*, of die *ius sepulchri* wat daarop betrekking gehad het, deur verjaring nie moontlik was nie.<sup>943</sup>

Die interessante vraag ontstaan of hierdie verjaringsverbod onveranderd in die Romeins-Hollandse reg gehandhaaf is. Soos reeds gemeld, is die verbod in die *Usus Modernus* en die pandektistewetenskap opgehef ten opsigte van die *ius sepulchri* terwyl daar geen verandering ingetree het ten opsigte van die *locus religiosus* self nie.

De Groot<sup>944</sup> en Van der Keessel<sup>945</sup> deel mee dat dit logies is dat die *ius sepulchri* in die Romeins-Hollandse reg deur verjaring verkrygbaar is aangesien dit in beginsel in daardie stelsel ook oordraagbaar en verhandelbaar is. Weereens word egter gemaan dat hierdie beginsel nie op eiendomsreg in die *res religiosa* as sulks van toepassing was nie.

## 10.7 GEVOLGTREKING

Dit is 'n onbetwisbare feit dat die Romeins-Hollandse begrawingsreg ingrypend beïnvloed is deur die sekulariseringsproses van begraafplaas-administrasie wat met die opkoms van die sekulêre humanisme en die Protestantse reformasie in die sestiende eeu 'n aanvang geneem het.

In die Gereformeerde Duitse *Usus Modernus Pandectarum* en die Pandektistewetenskap, wat as susterswetenskappe van die Romeins-Hollandse reg beskou word, het daar egter nooit 'n volslae sekularisering of profanisering van religieuse sake self ingetree nie. Skrywer hiervan maak die stelling dat die sekulariseringsproses ingrypend was op grond

---

<sup>943</sup> Vgl hfst 2 3 hierbo.

<sup>944</sup> 1903: 2 1 37.

<sup>945</sup> 1961: 2 1 37.



van die feit dat beheer oor religieuse of vrome sake ná die Protestantse reformasie grootliks na die wêreldlike owerhede oorgegaan het.

Daar bestaan geen sekerheid of eenstemmigheid aangaande die identiteit van die persoon of instansie wat oor die opperste administratiewe bevoegdheid ten opsigte van grafte en begraafplase beskik het nie maar die meerderheid van tekste en die oorwig van gesag ken dié bevoegdheid aan die plaaslike owerheid of konsistorie as verteenwoordigers van die soewerein toe. Om hierdie rede word daar in die tekste 'n onderskeid getref tussen openbare begraafplase en gemeentelike (in die sin van parogiale) begraafplase. Eersgenoemde het onder die administrasie van die openbare owerhede geval terwyl laasgenoemde onder die beheer van die gemeenterade of kerkrade gestaan het.

Die vraag of religieuse sake in die Romeins-Hollandse reg nog steeds met nie-vatbaarheid vir eiendomsreg en handelstransaksies bekleed was, is nie totaal onomstreden nie. 'n Aantal tekste verklaar oënskynlik dat private grafte en begraafplase wat buite stedelike gebiede geleë is ten volle in eiendom gehou kan word en ook vir enige doel aangewend kan word, op voorwaarde dat alle belanghebbendes toestem waar toepaslik, terwyl daar ook tekste is wat verklaar dat selfs kerkgrafe die mens in eiendom toekom.

Soos egter by herhaling aangetoon is, moet hierdie tekste met groot omsigtigheid hanteer word. Die skrywers van dié betrokke tekste tref nie altyd 'n duidelike onderskeid tussen eiendomsreg van die graftombe of begraafplaas as sulks en eiendomsreg van die sogenaamde *ius sepulchri* of die gebruiksreg wat op die graftombe betrekking het nie, dit wil sê die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graftombe te begrawe nie.

Wanneer hierdie skrywers dus verklaar dat 'n persoon in die Romeins-Hollandse reg ten volle oor eiendomsreg in 'n graftombe beskik, kom dit volgens skrywer hiervan se beskeie mening gewoon neer op 'n stelling dat

'n persoon as reghebbende van die *ius sepulchri*, daardie reg onderhewig aan die begrawingsdoel kan verhandel en dat religieuse sake in dié sin dus met vatbaarheid vir eiendomsreg en verhandelbaarheid bekleed is. So 'n benadering word byvoorbeeld by Voet en De Groot aangetref. Van der Keessel se voorlesings op De Groot bevestig dié uitleg van die regsposisie.

In die Romeins-Hollandse reg betree die leerstuk van analoë gebruik by skrywers soos Perezius, Van den Sande en Van der Keessel ook 'n verdere ontwikkelingsfase. Dit beteken dat hierdie skrywers die gebruik van religieuse sake wat hul doel bereik het of waarvan die doel onmoontlik geword het, tot gebruike anders as begrawing maar analoog of soortgelyk daaraan, toelaat.

Soos in die bespreking van die Suid-Afrikaanse reg<sup>946</sup> aangetoon sal word, het die hof in *Cape Town and District Waterworks*<sup>947</sup> en ander beslissings wat daarop voortgebou het 'n ernstige dwaling begaan deur die toeskrywing van 'n algehele en bykans absolute vatbaarheid vir eiendomsreg en handelstransaksies aan grafte, graftombes en begraafplase in die Romeins-Hollandse reg.

---

<sup>946</sup> Hfst 11 hieronder.

<sup>947</sup> 1890 8 SC 9.

## HOOFSTUK XI

### DIE SUID-AFRIKAANSE REG IN DIE VOOR-GRONDWETLIKE BEDELING

#### 11.1 INLEIDEND

Dit kom gerieflik en bruikbaar voor om die Suid-Afrikaanse reg rofweg in twee fases in te deel. Eerstens die voor-grondwetlike fase, gevolg deur die grondwetlike fase. Die sogenaamde voor-grondwetlike fase dateer terug na die periode wat die promulgering van die interim grondwet van 1993 vooraf gegaan het.<sup>948</sup>

Aangesien die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg, 1997,<sup>949</sup> soos in 2001 gewysig deur die Algemene Wysigingswet op Grondsake,<sup>950</sup> ingrypende statutêre maatreëls daarstel wat in terme van die huidige grondwet, dit wil sê die Grondwet, 1996 aangeneem is om uiting en vergestaltung te gee aan grondwetlike bepalinge neem die grondwetlike fase van onderhawige studie dus min of meer ook 'n praktiese aanvang met die inwerkingtreding van hierdie wette. Die bespreking van die grondwetlike fase sluit dus noodwendig 'n bespreking van sodanige wette in.

In beide historiese fases van die ontwikkeling van die begrawingsreg, 'n term wat die reg met betrekking tot begraafplase insluit, word gemerk

---

<sup>948</sup> Die grondwetlike fase verwys dus na die regsbedeling wat in werking getree het met die aanneming van die sogenaamde interim grondwet op 27 April 1994, wat egter slegs 'n oorgangsmatreël was. Die huidige grondwet tree in werking op 4 Februarie 1997. Currie en De Waal 2013: 7.

<sup>949</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>950</sup> Wet 51 van 2001.

dat die regsontwikkeling maar ietwat langzaam en gestadig is. Dit sluit in statutêre ontwikkeling, regspraak sowel as akademiese diskoers.

Daar word byvoorbeeld waargeneem dat slegs die volgende geringe aantal direk relevante hofbeslissings tydens die voor-grondwetlike fase gerapporteer is: *Cape Town and Districts Waterworks Co (Ltd) v Executors of Elders* wat sover as 1890 terugdateer,<sup>951</sup> *Gillespie v Toplis* in 1951,<sup>952</sup> *Dibley v Furter* ook in 1951,<sup>953</sup> *Kruger v King William's Town Municipality* in 1959<sup>954</sup> en *Ex parte Bruton NO* in 1970.<sup>955</sup> Enkele strafregtelike beslissings soos *Rex v Spear*<sup>956</sup> het egter ook die hofverslae gehaal.<sup>957</sup>

Alhoewel daar 'n opwindende oplewing in die begraafplaasreg gedurende die grondwetlike bedeling gevolg het, kan die aantal beslissings uit die regspraak van hierdie era egter ook op enkele vingers getel word. Hier kom veral *Serole v Pienaar* wat uit 2001 dateer,<sup>958</sup> *Buhrmann v Nkosi*, 2001,<sup>959</sup> *Nkosi v Buhrmann* wat tot 2002 terugdateer,<sup>960</sup> *Nhlabathi v Fick* wat in 2003 beslis is,<sup>961</sup> *Oudekraal Estate v City of Cape Town* in 2004,<sup>962</sup> *Dlamini and Another v Joosten and Others*<sup>963</sup> in 2006 en *Selomo v Doman*<sup>964</sup> in 2014 ter sprake. Akademiese bydraes in beide fases van die begraafplaasreg was ook relatief gering en dun gesaai maar tog waardevol. Hierna word weer verwys gedurende die verloop van die diskoers oor die Suid-Afrikaanse reg.<sup>965</sup>

---

<sup>951</sup> 1890 8 SC 9.

<sup>952</sup> 1951 (1) S A 290 (C).

<sup>953</sup> 1951 (4) S A 75 (CPD).

<sup>954</sup> 1959 (4) S A 547 (OK) .

<sup>955</sup> 1970 (4) S A 154 (OK).

<sup>956</sup> 1928 (1) 413 (TPA).

<sup>957</sup> Bv *R v Letoka* 1947 (3) S A 713 (O); *R v Sephuma* 1948 (3) S A 982 ( T ).

<sup>958</sup> 2001 (1) S A 328 (GH).

<sup>959</sup> 2001 (1) S A 1145 (TPD).

<sup>960</sup> 2002 (1) S A 372 (SCA).

<sup>961</sup> 2003 (2) ALL S A 323 (GH).

<sup>962</sup> 2004 (6) SA 222 (SCA).

<sup>963</sup> 2006 (3) SA 342 (SCA).

<sup>964</sup> 2014 JDR 0780 (LCC).

<sup>965</sup> Sien veral die volgende publikasies wat van direkte belang vir onderhawige ondersoek is: Price 1951: 405; Cassim 1993: 533; Pienaar & Mostert 2005: 633; Sonnekus 2000:

## 11.2 DIE VOOR-GRONDWETLIKE FASE OF BEDELING

Die belangrikste regspraak uit hierdie era word onder die vergrootglas geplaas, veral met die oog op naspeuring van die vraag in hoeverre die howe vertrouwd was met die gemeenregtelike beginsels van die begraafplaasreg soos in die voorafgaande hoofstukke van hierdie studie uiteengesit en tot welke mate die howe dan ook sodanige beginsels toegepas of daarvan afgewyk het.

### 11.2.1 *Cape Town and Districts Waterworks v Executors of Elders*<sup>966</sup>

Hierdie is, sover vasgestel kon word, die eerste gerapporteerde beslissing in Suid-Afrika waar die aard en ordening van *res religiosae* ter sprake gekom het. Dit dateer terug na 1890.

Die applikant het twee erwe aangekoop wat deel was van 'n groter stuk grond waarvan 'n derde erf ook deel uitgemaak het en hy het oordrag van sy twee erwe verkry. Die respondente het die derde erf aangekoop maar die verkoper is oorlede voordat oordrag in hul naam geregistreer was. Respondente het egter alreeds daardie erf vir begraving gebruik maar applikant het 'n aansoek om 'n interdik gebring wat daarop gemik was om respondente te verhoed om verder liggaame aldaar te begrawe, hangende die beslissing aangaande die identiteit van die eienaar van die derde erf.<sup>967</sup>

Respondente, wat ook applikant se titel as eienaar van sy eie twee erwe betwis het, het aangevoer die blote feit dat begraving in die groter stuk grond waarvan die erwe deel uitgemaak het met die wete van die vorige eienaar plaasgevind het, het die grond *res religiosa* en dus

---

103; Van der Walt 2002: 103; Van Rensburg 2002: 175 ; Jacobs 2013: 65-7; Pelser en Rautenbach 2012: 134.

<sup>966</sup> 1890 8 SC 9.

<sup>967</sup> *Cape Town Waterworks* 10.

onverhandelbaar en onvervreembaar gemaak sodat applikant self nie eiendomsreg daarin kon verkry nie.<sup>968</sup>

Die hof besluit egter op bekragtiging van die bevel *nisi* op grond daarvan dat die applikante se grond nie *res religiosa* en dus onvervreembaar<sup>969</sup> geword het bloot weens die begrawing van menslike liggame daarin nie.

Die hof aanvaar dat die respondente se standpunt dat *res religiosae* nievatbaar vir eiendomsreg en verhandeling is nie wel steun geniet het in die Romeinse reg<sup>970</sup> en ondersoek dan die vraag in hoeverre die Romeinse reg in dié verband in die Romeins-Hollandse- en Suid-Afrikaanse reg gerespieer is. Na oorweging van die regsmenings van 'n aantal gesaghebbende gemeenregtelike juriste kom die hof tot die gevolgtrekking dat daar geen eenstemmigheid onder die Romeins-Hollande juriste bestaan het nie.<sup>971</sup> Volgens die hof was die meerderheid egter van mening dat die Romeinregtelike sake-indeling waarvolgens sommige sake as *res divini iuris* of as *res religiosae* geklassifiseer is alreeds in die Romeins-Hollandse reg in onbruik verval het.

Die meerderheid van juriste hier ter sprake is Groenewegen<sup>972</sup> en Van Leeuwen<sup>973</sup> aan die een kant, soos onderskei van Voet<sup>974</sup> aan die ander kant.<sup>975</sup> Die geleerde regter doen egter geen diepgaande ondersoek na óf wat Voet inderdaad geskryf het óf na die regsmenings van ander juriste nie.

---

<sup>968</sup> Respondente het gesteun op Voet (Gane se vertaling) 274 en 376; Van Leeuwen *Cens For* 11 1 12 13; Grotius 11 1 37; Groenewegen 1949: 11 189; C 344 in Van Leeuwen RH recht 11 1 9; Inst 2 1 8 en 9.

<sup>969</sup> "Inalienable".

<sup>970</sup> Op 11.

<sup>971</sup> Op 11 – 12.

<sup>972</sup> 1649: 2 1 8 9.

<sup>973</sup> 1662: 2 1 12 13.

<sup>974</sup> 1669: 11 7 4; 3 7 6.

<sup>975</sup> Die hof noem wel op p 11 dat verskeie ander gesaghebbende skrywers ook geraadpleeg is maar word hierdie skrywers nêrens in die verslag by naam geïdentifiseer nie.

Onderhawige ondersoek toon egter dat Voet<sup>976</sup> beklemtoon dat nieteenstaande die feit dat *res religiosae* volgens Romeinse reg nie-vatbaar was vir eiendomsreg en handelstransaksies soos koop en verkoop of pandgewing, ook nie vindiseerbaar was soos eiendom nie<sup>977</sup>, en ook nie aan serwitute onderwerp kon word nie,<sup>978</sup> die *ius sepulchri* of die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graf te begrawe wel vatbaar was vir eiendomsreg, vindisering en verhandeling. Hierdie toedrag van sake het daartoe aanleiding gegee dat gesê kan word dat die graftombe *in daardie sin* aan die mens behoort en dat dit in daardie sin is dat elkeen die reg het om 'n liggaam in sy eie graf te begrawe.<sup>979</sup>

Voet wys verder daarop dat dit op dieselfde grondslag gesê kan word<sup>980</sup> dat die *causa* of skuldoorsaak waarop die interdik ter beskerming van heilige plekke gebaseer was, die kwasi- eiendomsreg was wat 'n mens in die graftombe het. Op dieselfde grondslag was die *ius sepulchri* oftewel die reg om 'n menslike liggaam in 'n spesifieke graf te begrawe ook oordraagbaar aan erfgename<sup>981</sup> en het die begrawingsreg (*ius sepulchri*) in die erfgename bly vestig, selfs in gevalle waar 'n erflating 'n erfgenaam ontnem is op grond van onwaardigheid.<sup>982</sup>

Met ander woorde, Voet beklemtoon dat selfs in die Romeinse reg waar daar 'n bykans absolute verbod op vervreemding en ander siviëlregtelike transaksies met betrekking tot graftombes as sulks bestaan het en waarin die fisiese graftombe as sulks hoegenaamd nie-vatbaar vir eiendomsreg of vindisering was nie, daardie selfde verbod nie noodwendig op die *ius sepulchri* van toepassing was nie. Reeds in die Romeinse reg was daar 'n soort van *kwasi- eiendomsreg* in graftombes erken op grond van die

---

<sup>976</sup> 1669: 11 7 4.

<sup>977</sup> D 6 1 23 1; C 3 44 4.

<sup>978</sup> D 8 1 14 2; D 43 24 22 4.

<sup>979</sup> Voet 1669: 11 7 4.

<sup>980</sup> D 53 1 2 2; Voet 1669: 11 7 4.

<sup>981</sup> C 3 44 13; Voet 1669: 11 7 4.

<sup>982</sup> D 36 1 43 1; D 11 7 33.

oordraagbaarheidseienskappe wat die *ius sepulchri* of die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graftombe te begrawe, gekenmerk het.

Die strekking van Groenewegen<sup>983</sup> se kommentaar waarop die hof in *Cape Town Waterworks* steun, was dat kerkgeboue en selfs kerkgrafte, dit wil sê graftombes wat in kerkgeboue ingerig was, in Groenewegen se tyd nie meer as *res religiosae* of *res nullius* beskou is nie maar dat dit behoort het aan die korporasie of stigter wat verantwoordelik was vir die oprigting van die graftombes. Sodanige graftombes was aldus die hof ten volle in eiendomsreg besit en was volledig deur die eienaar vervreembaar.

Volgens die hof het Van Leeuwen<sup>984</sup> die mening gehuldig dat die onderskeid tussen *res divini iuris* en *res humani iuris* van die Romeinse reg eens wel bestaan het maar dat die Hollandse reg sedert die reformasie so ver daarvan afgewyk het dat daar geen eerbied meer verleen is aan kerkgeboue as sulks nie. Graftombes in kerkgeboue kon ook ten volle deur die eienaars daarvan besit, vervreem en met regsverbintnisse beswaar word.<sup>985</sup>

Skrywer hiervan wil ter oorweging gee dat ongeag hoe ondubbelsinnig die Groenewegen- en Van Leeuwen-tekste waarop die Hof in *Cape Town Waterworks* en ander gewysdes ookal gesteun het, mag voorkom daardie twee juriste eintlik, anders as wat die hof aangeneem het, nie na eiendomsreg in en die verhandelbaarheid van die fisiese graftombe as sulks verwys nie maar wel na die *ius sepulchri* oftewel die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graftombe te begrawe soos hierbo uiteengesit.

Daar moet gelet word op die feit dat die hof in *Cape Town Waterworks* bykans geen poging tot harmonisering van die regsmenings van Groenewegen en Van Leeuwen met dié van Voet aangewend het nie, en

---

<sup>983</sup> 2 1 8 9.

<sup>984</sup> 2 1 2 3.

<sup>985</sup> *Cape Town Waterworks*: 11.



het die hof dus maar gedweë aanvaar dat daar 'n onoorbrugbare gaping tussen dié drie juriste bestaan het.<sup>986</sup>

Voet,<sup>987</sup> net soos Groenewegen en Van Leeuwen, was van mening dat graftombes wel "verkoop" kon word, met dié voorbehoud egter dat verkope slegs vir begrawingsdoeleindes kon geskied. In hierdie voorbehoud word Voet inderdaad deur Groenewegen<sup>988</sup> gesteun. Daar word egter geen verduideliking van hierdie aspek in die *Cape Town Waterworks* - beslissing verskaf nie. Die kontras tussen Voet aan die een kant en Groenewegen en Van Leeuwen aan die ander kant was dus hoegenaamd nie so drasties as wat deur die hof aanvaar is nie.

Die hof bevind dat aangesien Voet eintlik hier na die Romeinse reg verwys en inderdaad swyg aangaande die Romeins–Hollandsregtelike posisie, sy swye in verband met die moderne reg van sy tyd beteken dat sy mening nie voorkeur kon geniet bo die meer spesifieke en pertinente kommentare van Groenewegen, Van Leeuwen en "ander Hollandse skrywers van uitnemendheid" nie.<sup>989</sup>

Die vraag ontstaan ook of die hof in *Cape Town Waterworks* en ander gewysdes wat later op hierdie beslissing as gesaghebbend gesteun het korrek was in hul siening dat Voet hier meer die Romeinse reg in gedagte gehad het en by implikasie nie soveel as sy twee landgenote ag geslaan het op die Romeins-Hollandse reg nie.

Skrywer hiervan is respekvol van mening dat die hof in hierdie opsig gedwaal het. Voet behandel die hele aangeleentheid van begrawing en die

---

<sup>986</sup> In *Cape Town Waterworks*: 11 skryf die Hof oor Voet : " He admits indeed, with Groenewegen, that in his time tombs in churches could be sold but only for the purposes of burial. I cannot, however, accept Voet's statement of the Roman law and his silence regarding the modern law as conclusive in opposition to his definite statements of the Dutch law by Groenewegen, Van Leeuwen and several other Dutch writers of eminence."

<sup>987</sup> 1669: 11 7 4 en 5.

<sup>988</sup> 1649: 2 1 8 9.

<sup>989</sup> Laasgenoemdes is nie deur die hof geïdentifiseer nie.

aard van graftombes in boek 11, titel 7 van sy *Commentarius*.<sup>990</sup> In 'n aantal ander tekse wat ook deel uitmaak van hierdie selfde titel lewer Voet kortliks maar telkens 'n brokkie kommentaar op die eietydse reg in gevalle waar laasgenoemde reg in enige beduidende opsig van die Romeinse reg afgewyk of die Romeinse reg in onbruik verval het. Met ander woorde, Voet laat nie werklik die moderne reg van sy tyd buite rekening soos die hof in *Cape Town Waterworks* aangeneem het nie.

Vervolgens word kortliks verwys na 'n paar verbandhoudende tekse van Voet, afkomstig vanuit dieselfde titel van sy *Commentarius* ter staving van die betoog dat hy nie sy eietydse reg buite rekening gelaat het nie.

Voet wys byvoorbeeld uit<sup>991</sup> dat volgens Romeinse reg die eienaar van grond waarin 'n liggaam sonder toestemming begrawe is nie daardie liggaam sonder vergunning van die keiser of die pous kon opgrawe nie, nieteenstaande die feit dat daardie grond nie deur die betrokke begraving geheilig is nie en dus ook nie *religiosus* geword het nie.<sup>992</sup>

Volgens sy eietydse reg egter<sup>993</sup> moes toestemming deur die tempel-toesighouer verleen word. Wat meer is, as bron verwys Voet hier na een van dieselfde skrywers met wie hy so fel gekontrasteer is in *Cape Town Waterworks*, naamlik Groenewegen.<sup>994</sup> Hierdie aspek van Voet is insgelyks deur die Hof in *Cape Town Waterworks* oor die hoof gesien.

Nog 'n verbandhoudende teks uit dieselfde titel waar Voet uitdruklik die leser daarop attent maak dat sy eietydse reg enigsins van die Romeinse reg verskil, is *Com 11 7 5* waarin die Romeinse klassifisering van graftombes in huishoudelike en oorerflike graftombes aandag geniet.

---

<sup>990</sup> Dit is ook die ooreenstemmende bewysplaas in die *Digesta*.

<sup>991</sup> Voet 1669: 11 7 3, Gane 1955: 732.

<sup>992</sup> D 2 14 61; G 2 7; Inst 2 1 9; Vgl hfst 2 2 hierbo.

<sup>993</sup> Eie beklemtoning.

<sup>994</sup> 1649: C 4 44 14.

Voet<sup>995</sup> toon aan dat die kerkgraftombes van sy eie tyd,<sup>996</sup> dit wil sê graftombes wat volgens gewoonte binne kerkgeboue ingerig en in stand gehou was, soortgelyk was aan familie- of erfgraftombes van die Romeinse reg.

In teenstelling met wat deur die hof in *Cape Town Waterworks* aanvaar is, is Voet se kommentaar op die reg van sy tyd eintlik in ooreenstemming met dié van Groenewegen: Voet skryf dat, soos deur Groenewegen aangevoer, hierdie tipe graftombe deur 'n kooptransaksie oorgedra word en die koper daardeur die begrawingsreg verkry, dit wil sê die reg om 'n liggaam in die betrokke graftombe te begrawe, oftewel die *ius sepulchri* maar dat die graftombe as sulks nogtans sy oorspronklike gewyde aard behou.<sup>997</sup> Voet weerspreek dus nie vir Groenewegen nie maar beroep hom in werklikheid op laasgenoemde vir gesag.

Daar word dus tot die gevolgtrekking gekom dat wat hierdie aspek van Voet betref, die hof in *Cape Town Waterworks* gedwaal het deur te aanvaar dat Voet eintlik slegs die Romeinse reg in oorweging gehad het en dat Groenewegen en Van Leeuwen derhalwe voorrang bo hom moes geniet. Beide Groenewegen en Van Leeuwen is ook heeltemal te eng deur die hof uitgelê en nie met Voet of ander Romeins-Hollandse juriste geharmoniseer nie.

'n Verdere aspek waarop die hof in *Cape Town Waterworks* nie ag geslaan het nie is die feit dat beide Groenewegen en Van Leeuwen slegs *kerkgraftombes* aan bespreking onderwerp het, met ander woorde graftombes wat letterlik binne kerkgeboue geleë was.

---

<sup>995</sup> 1669: 11 7 5.

<sup>996</sup> Eie beklemtoning.

<sup>997</sup> Voet 1669: 11 7 5; Gane 1955: 735. Voet gaan voort met sy kommentaar op sy hedendaagse reg deur daarop te wys dat *in sy eie land* selfs 'n onterfde erfgenaam in hierdie tipe graftombe begrawe kon word ongeag sy onterwing, tensy die testator dit weens een of ander geregverdigde oorweging uitdruklik verbied het. Voet verwys na D 11 7 6 en Faber 1740: 3 25 10, notas.

Hierdie Middeleeuse Christelike begrawingsgewoonte is veral in die latere Romeins-Hollandse reg aan felle kritiek onderwerp, nie slegs op grond van die gesondheidsgevaar wat dit vir kerkgangers ingehou het nie maar ook omdat vele juriste van mening was dat bygeloof onderliggend daaraan was. Onder die kritici was die welbekende Hollandse juriste Van Der Linden<sup>998</sup> en Becker.<sup>999</sup>

Die kerkgeboue as sulks het egter aan die onderskeie kerkgemeenskappe behoort en is deur daardie gemeenskappe geadministreer en onderhou.<sup>1000</sup> Hiervoor het hulle dan 'n heffing geplaas op die sogenaamde *eienaars* van die graftombes. Dit is hoogs onwaarskynlik dat volgens Romeins-Hollandse reg ieder en elke persoon wat die begrawingsreg ten opsigte van 'n spesifieke tombe in die kerk gehad het ook oor volle *dominium* of eiendomsreg in die spesifieke fisiese graftombe beskik het, soos die hof bereid was om in die *Cape Town Waterworks* - beslissing te aanvaar. So 'n posisie sou nie slegs teenstrydig wees met die *accessio* beginsel nie maar sou ook inderdaad tot 'n chaotiese toestand in die stelsel van grond-registrasie kon lei.<sup>1001</sup> Dit kom veel meer

---

<sup>998</sup> Sien die kommentaar van Van der Linden, soos aangehaal in voetnota 2(a) van Gane se vertaling van Voet op 734, asook die gesag daar aangehaal.

<sup>999</sup> Sien die 1881-uitgawe van Van Leeuwen se hersiene en geredigeerde *Kommentaar* deur C W Decker, vertaal deur Kotze 1881: 149.

<sup>1000</sup> Kotze 1881: 149. In 'n elrelange voetnota op die Van Leeuwen-tekse betreur Becker die gewoonte wat in sy tyd in swang was om liggame in kerkgeboue te begrawe. Hy toon aan dat hierdie gewoonte ontstaan het nadat dit eers praktyk was dat mense in die grond omliggend aan kerkgeboue begrawe is. Agv bygeloof egter het begrawing van buite na binne die kerkgebou beweeg. Hy stel voor dat begraafplase buite stedelike gebiede aangelê word, dat die bestaande kerkgrafte daarheen verwyder word en dat die sg eienaars van graftombes wat in kerkgeboue aangelê is vir hul verlies vergoed word. Insgelyks moes geaffekteerde individuele kerke teen verlies van hul toelae gevrywaar word deur die toestaan van dieselfde aantal grafte in die buite-stedelike begraafplaas aan die geaffekteerde individuele kerke as wat hulle graftombes binne die kerkgeboue gehad het. Becker verwys na Michaelis *Mosaïsch recht* par 215 part 4 wat aantoon dat dit ook nie volgens Mosaise reg geoorloof was om liggame binne woonhuise of selfs in stedelike gebiede te begrawe nie. Hy argumenteer dat selfs die Romeine 'n voorsprong op die gewoontes van sy tyd gehad het aangesien begrawing binne stedelike gebied reeds deur die Twaalf Tafelwette verbied was, 'n verbod wat ook deur Keiser Hadrianus, en nog later deur Keiser Diocletianus herbesvestig is.

<sup>1001</sup> Eiendomsreg in grond, asook die oordrag van titel, was in die Romeins-Hollandse reg aan streng regulering onderworpe. Van der Linden *Inst* 1897: 3 2 3 skryf dat eiendomsreg nie oorgaan sonder registrasie voor die hof van die plek waar die eiendom

waarskynlik voor dat die sogenaamde eienaars slegs reghebbendes ten opsigte van die *ius sepulchri* was, soos Voet tereg opgemerk het en nie volle eienaars van die fisiese tombes as sulks nie. Dit moet in gedagte gehou word dat beide Groenewegen en Van Leeuwen hierbo hulself op De Groot<sup>1002</sup> beroep as gesag.<sup>1003</sup> Laasgenoemde is egter nie deur die hof in *Cape Town Waterworks* oorweeg nie.

Vroeër in hierdie studie<sup>1004</sup> is egter gemerk dat De Groot inderdaad ook, soos Voet, die mening gehuldig het dat kerk- en familiegraftombes verkoop kon word, maar slegs vir een bepaalde en eksklusiewe doel en dit is begraving. Dit is dus ook volgens De Groot die *ius sepulchri* of begrawingsreg wat eintlik verkoop kon word en nie soseer die fisiese graftombe as sulks nie.

De Groot skryf byvoorbeeld<sup>1005</sup> dat in die reg van sy tyd begraafplase ingedeel word in gemeentelike oftewel parogiale begraafplase, familiegrafte en privaatgrafte. Laasgenoemde mag wel tussen lewendes verkoop word maar vir geen ander doel as begraving nie. Na skrywer hiervan se mening is dit 'n logiese afleiding dat die sogenaamde verkoop van eiendomsreg in so 'n graftombe niks meer is as die verkoop van die *ius sepulchri*, oftewel die begrawingsreg met betrekking tot 'n spesifieke graftombe nie.

Insgelyks het Huber sake ingedeel in *res nullius*<sup>1006</sup> en *res alicuius*.<sup>1007</sup> *Res religiosae* het onder eersgenoemde geval en was vrygestel van

---

gelee is nie. By registrasie moes die sg *veertigste penning*, 'n geldelike heffing van sowat 2.5%, asook 'n verdere heffing van een tiende van die koopprys aan die staat betaal word.

<sup>1002</sup> 1903: 2 1 24.

<sup>1003</sup> Kotze 1881: 149 ten opsigte van Van Leeuwen. Ten opsigte van Groenewegen kyk Samson 1908: 39 nota 2 waar verwys word na Grotius 1 2 pt 1 nt 15; Beinart 1974: 34 waar verwys word na Grotius 2 1 37 [2 1 24].

<sup>1004</sup> Hfst 10 hierbo.

<sup>1005</sup> 1903: 2 1 3 7.

<sup>1006</sup> "Sake wat aan niemand behoort nie".

<sup>1007</sup> "Sake wat aan iemand behoort".

handelstransaksies.<sup>1008</sup> *Res religiosae* was onder *res nullius* of *res divini iuris* geklassifiseer juis omdat dit vir geen ander doel as begraving aangewend kon word nie.

Van Der Keessel<sup>1009</sup> lewer kommentaar op Grotius<sup>1010</sup> en beklemtoon dat die Romeinsregtelike sake-indeling in die reg van sy tyd nie meer bestaan nie. Nogtans word *res sacrae*, dit wil sê kerkgeboue, slegs vir doeleindes van die erediens gebruik. Graftombes kan ook net soos enige ander boedelbate verkoop of aan erfgename oorgedra word.<sup>1011</sup>

Van Der Keessel<sup>1012</sup> is dit egter eens met De Groot, dat graftombes wat in kerkgeboue of kerkhowe geleë is wel verkoop mag word, onderworpe natuurlik aan begraving as enigste gebruiksdoel. Volgens hom is dit in sodanige gevalle nie soseer die grafperseel of fisiese graf self wat verkoop word nie maar wel die *ius sepulchri*, dit wil sê die begrawingsreg. Hierdie uitgangspunt strook met wat deurgaans in hierdie studie aangevoer is. Hy skryf<sup>1013</sup> dan ook baie duidelik dat goed wat byvoorbeeld aan 'n kerk behoort slegs deur daardie betrokke kerkowerheid vervreem kan word. Hierdie reël berus volgens Van der Keessel immers op gewone logika.<sup>1014</sup>

In 'n ander teks behandel Van Der Keessel<sup>1015</sup> die geval van eiendomsverkryging deur skatvinding,<sup>1016</sup> meer spesifiek die geval waar 'n persoon 'n skat in 'n heilige plek soos 'n kerkgebou vind. Die algemene

---

<sup>1008</sup> 1749: Onder opskrif *res nullius*.

<sup>1009</sup> 1961: 2 1 37 *ad finem*.

<sup>1010</sup> 1903: 2 1 37.

<sup>1011</sup> 1961: 2 1 37. Hy steun op Van Leeuwen *Cens For* 2 1 14; Groenewegen *De Leg Abr* 2 1 7 & 8; 11 7 33 en C 3 44; Nederlandsche Advijsboek 3 Adv 237.

<sup>1012</sup> 1961: 3 14 10.

<sup>1013</sup> 1961: 3 14 10.

<sup>1014</sup> Van der Keessel gebruik die woord *ratio*. Van Warmelo ea 1961: 355 vertaal dit met "*logika*".

<sup>1015</sup> 1961: 2 4 38.

<sup>1016</sup> *thesaurus*.

reël was dat die helfte van die skat die grondeienaar en die ander helfte die skatvinder toegekom het.<sup>1017</sup>

In die Romeinse reg het die volle waarde van die skat egter die skatvinder toegekom waar sodanige skat in enige graftombe in privaat grond of in 'n private begraafplaas gevind is.<sup>1018</sup> Die klaarblyklike verduideliking hiervoor is die feit dat graftombes en begraafplase nie aan die grondeienaar behoort het nie aangesien dit religieuse sake was wat niemand in eiendom kon toekom nie.<sup>1019</sup>

Waar skatvinding in 'n kerkgebou egter ter sprake is, is dit die openbare owerheid, oftewel die kerkowerheid wat op die helfte kon aanspraak maak.<sup>1020</sup> Aangesien daar in die Romeins-Hollandse reg geen plek meer as heilig aanvaar word nie behoort die helfte van 'n skat wat in 'n grafkelder binne 'n kerkgebou gevind word aan die betrokke stad waaraan die kerk behoort.<sup>1021</sup>

Die regsposisie ten opsigte van skatvinding in privaatgrafte was blykbaar nie verskillend van dié in die Romeinse reg as sulks nie want Van Der Keessel<sup>1022</sup> volg op met die stelling dat Inst 2 1 9, wat privaatgrafte as onderwerp het, nie met D 49 14 3 10 teenstrydig is nie alhoewel in laasgenoemde openbare gewyde plekke en begraafplase ter sprake is.

Daarna lewer Van Der Keessel kommentaar op sy eietydse regsposisie in verband met skatvinding in privaatgrond en noem uitdruklik dat Inst 2 1 39 van toepassing kon wees indien 'n skat gevind sou word op privaat grond wat as kerkhof gebruik word. Inst 2 1 39 het egter in twee gevalle die volle waarde van die skat aan die skatvinder toegeken. Een hiervan

---

<sup>1017</sup> Inst 2 1 39; Van der Keessel 1961: 2 4 38.

<sup>1018</sup> Inst 2 1 39; Van der Keessel 1961: 2 4 38.

<sup>1019</sup> Inst 2 1 9.

<sup>1020</sup> Inst 2 1 39; Van der Keessel 1961: 2 4 38.

<sup>1021</sup> 1961: 2 1 9.

<sup>1022</sup> 1961: 2 4 38.

was in die geval waar die fonds *fortuito* in 'n kerkgebou, begraafplaas of graftombe plaasgevind het.

Dit is dus opmerklik dat Van Der Keessel ook in hierdie opsig die Romeinse reg navolg en 'n graftombe in die grond van 'n ander persoon onderskei van die omringende profane grond as sulks vir doeleindes van skatvinding. Volgens skrywer hiervan se mening is die mees voor-die-hand-liggende rasionaal of grondslag vir hierdie onderskeid die feit dat net soos in die Romeinse reg, graftombes in die Romeinse-Hollandse reg nie in volle *dominium* aan die privaat grondeienaar toegekom het nie. Indien dit anders was, sou die toepassing van Inst 2 1 39 beteken dat helfte van die skatfonds die skatvinder sou toekom en die ander helfte die grondeienaar.

Hierna kom Van Der Keessel<sup>1023</sup> met 'n deurslaggenwende opmerking. Hy verduidelik die rasionaal vir hierdie reël. Dit is naamlik dat *cum haec sepulchra tantum quod ad ius sepeliendi sint privatorum* – “aangesien hierdie grafkelders aan privaat persone behoort, slegs insoverre dit die begrawingsreg betref”. Hy verwys na die begrawingsreg hier as die *ius sepeliendi*.<sup>1024</sup> *Sepeliendi* verwys eintlik na die begrawingshandeling terwyl *sepulchri* die klem op die graftombe plaas, maar dit is dieselfde begrip as die *ius sepulchri* waarna deurgaans in hierdie werk verwys word.<sup>1025</sup>

Na skrywer hiervan se mening plaas hierdie teks die aangeleentheid van die eiendomsreg van grafte in die Romeins-Hollandse reg bo alle twyfel. Die reghebbendes op hierdie sake het nie oor eiendomsreg daarin beskik nie maar slegs oor die begrawingsreg, oftewel *ius sepeliendi* wat eenvoudig maar 'n beperkte eksklusiewe soort gebruiksreg was. Wanneer hierdie reg dus verhandel, verkoop of van die hand gesit is, was dit slegs

---

<sup>1023</sup> 1961: 2 4 38.

<sup>1024</sup> *Sepeliri* beteken om te begrawe. Die reg om 'n liggaam te begrawe is dus die *ius sepeliendi*.

<sup>1025</sup> Van der Keessel 1961: 2 4 38 beroep hom op D 49 14 3 10 as gesag. Hier skryf Callistratus dat waar skatvinding in begraafplase, dws openbare begraafplase plaasvind, die helfte van die waarde daarvan die staat toekom.



die reg om 'n liggaam in die betrokke graftombe te begrawe wat verkoop of van die hand gesit is. Die koper bekom slegs daardie selfde reg en niks meer nie.

Die graftombe as sulks het die "eiendom" van die betrokke kerkowerheid gebly. Ook hierdie owerheid sou egter slegs die begrawingsregte van die betrokke graftombe en nie die tombe as sulks nie van die hand kon sit. Soos reeds vroeër in hierdie studie opgemerk is,<sup>1026</sup> het die betrokke begraafplaasowerheid slegs oor 'n *arbitrium disponendi* ten opsigte van die begraafplaas beskik.

Van Der Keessel gaan egter verder as De Groot in soverre dit familie- of gemeenskaplike graftombes wat *in agro*, dit wil sê in 'n landelike stuk grond geleë is, betref. Volgens hom bestaan daar geen juridiese belemmering tot 'n ooreenkoms deur al die mede-eienaars dat die graftombe vir 'n doel anders as begraving aangewend mag word nie.<sup>1027</sup>

Skrywer hiervan wil egter maan dat daar met die nodige omsigtigheid omgegaan moet word met die uitleg van hierdie teks van Van Der Keessel. Dit hou nie sonder meer in dat familie-graftombes of gemeenskaplike graftombes nou die reghebbendes in volle eiendomsreg toekom nie. Die ooreenkoms om 'n reeds gebruikte graftombe vir doeleindes anders as begraving aan te wend, moes nog steeds die toets van die publiekregtelike bepalings en meer spesifiek dan die strafregtelike beginsels wat op grafskending van toepassing was, deurstaan.

Die misdaad *violatio sepulchri* of grafskending het immers nie in die Romeins-Hollandse reg in onbruik verval nie. Intendeel het dit 'n onafgebroke bestaan gevoer vanaf Romeinse tye tot vandag.<sup>1028</sup> Voet<sup>1029</sup>

---

<sup>1026</sup> Hfst 8 hierbo.

<sup>1027</sup> 1961: 2 1 37.

<sup>1028</sup> Snyman 2008: 445; De Vos 1952: 296; Labuschagne 1991: 141; Hoor & Knoetze 2001: 171; Christison & Hoor 2007: 23; Burchell 2012: 865; *Letoka*: 716; *Sephume*: 982; *Eshowe*: 233.

skryf dat soos in die Romeinse reg<sup>1030</sup> dit in sy tyd 'n misdaad was om 'n graf te skend deur byvoorbeeld sonder toestemming van die magistraat daarin te woon.<sup>1031</sup>

Dit is skrywer hiervan se beskeie mening dat Van Der Keessel waarskynlik hier 'n ongebruikte graftombe in 'n landelike stuk grond in gedagte gehad het.<sup>1032</sup> 'n Ongebruikte graftombe is nog nie met religiositeit of gewydheid beklee nie aangesien nog geen liggaam daarin ter ruste gelê is nie. Indien so 'n ongebruikte graftombe deur mede-eienaars, familieledede of selfs erfgename besit word, is dit dus slegs logies dat alle betrokke eienaars ooreen mag kom om die grafkelder vir 'n doel anders as begraving aan te wend. 'n Eenaar of mede-eenaar sou in so 'n geval die eienaars of mede-eienaars van die groter stuk grond soos die plaas waarin die leë grafkelder geleë is, wees. So 'n ooreenkoms sou in geen opsig strydig wees met die geykte regsbeginsels van die Romeinse-, Kanonieke- en Romeins-Hollandse begrawingsreg nie.<sup>1033</sup>

Totaal anders egter is die geval waar die grafkelder wat ter sprake is byvoorbeeld die liggame van die vorige plaaseenaar en dié van sy familie, of selfs die liggame van persone wat geen eiendomsreg of saaklike reg ten opsigte van die grafperseel besit het nie maar wat nogtans wettiglik en regmatiglik aldaar begrawe is, bevat.

Skrywer hiervan submiteer dat dit heel onwaarskynlik die bedoeling van Van Der Keessel in bogenoemde teks sou wees dat so 'n gebruikte grafkelder sonder meer deur blote ooreenkoms tussen huidige plaaseienaars, of selfs deur 'n enkele plaaseenaar tot 'n doel anders as begraving aangewend kon word, veral indien sodanige doel profaan,

---

<sup>1029</sup> 1669: 43 6 1; Mattheus 1672: 47 6 1 & 2; Van Leeuwen 1672: 1 5 5 2; Damhouder 1660: 102.

<sup>1030</sup> D 43 6 2 & 3; D 39 1 1 1.

<sup>1031</sup> In die Romeinse reg was die toestemming van die keiser 'n vereiste.

<sup>1032</sup> *In agro*.

<sup>1033</sup> Onder die begrip grond (*ager*) het die Romeine ook 'n gebou (*aedificium*) verstaan- D11 7 2; D 11 7 8 3; Hfst 2 2 hierbo.

onrein of andersins onwaardig van aard is en nie strook met die eerbied verskuldig aan begraafplase nie.

Soos alreeds vroeër aangetoon is, word eerbied vir begraafplase en grafte nie slegs deur die antieke Romeinse reg afgedwing nie maar ook deur die Christelike leer van die wederopstanding van die vlees en die ewige grafrus.<sup>1034</sup>

Indien Van Der Keessel dus wel 'n reeds gebruikte grafkelder hier in gedagte gehad het, sou verwag word dat hy homself sou uitlaat aangaande die waarskynlike opgraving van liggame uit die betrokke grafkelder, wat 'n noodwendige voorwaarde sou moes wees vir veranderde en veral dan profane gebruik. Die reg tot opgraving van 'n liggaam kon egter in die Romeinse-, die Kanonieke- en selfs die Romeins-Hollandse reg slegs van die keiser, die pous, die prins of hul gevolmagtigdes verkry word.<sup>1035</sup> Oor al hierdie aangeleenthede swyg Van Der Keessel egter en is dit 'n redelike aanduiding dat sy bespreking slegs maar op 'n leë, ongebruikte grafkelder van toepassing is.

Anders as Van Der Keessel bespreek Van Leeuwen<sup>1036</sup> nie spesifiek landelike grafkelders nie maar slegs dit waarna De Groot ook verwys het, naamlik familie- en erfgenaamgrafkelders wat in kerkgeboue ingerig was, die universele Christelike begrawingsgewoonte, min of meer tot en met die tyd van die laaste Romeins-Hollandse gesaghebbende juris, naamlik Van Der Linden.<sup>1037</sup>

Ook Van Leeuwen<sup>1038</sup> bevestig dat kerkgrafte in die reg van sy tyd ten volle vatbaar was vir besit en eiendomsreg asook vir vervreemding,

---

<sup>1034</sup> D 11 7 39.

<sup>1035</sup> Vgl hfst 2 8 hierbo. Kyk ook D 11 7 8; C 3 44 14; De Colquhoun 1860: 11.

<sup>1036</sup> 1780: 2 9.

<sup>1037</sup> Vgl hfst 10 hierbo.

<sup>1038</sup> 1780: 2 9.

insluitende verkoop. Ook hy beroep hom op die gesag van De Groot<sup>1039</sup> en soos vroeër opgemerk is, het laasgenoemde die verkoop van sodanige grafkelders streng onderhewig gestel aan die gebruiksdoel van die kooptransaksie, naamlik begraving.

Van Leeuwen bevestig dan ook De Groot se uitgangspunt in hierdie verband.<sup>1040</sup> Net soos dié van De Groot bevat sy mening geen uitsondering op die begrawingsdoel, soos wat wel in 'n beperkte mate by Van Der Keessel<sup>1041</sup> aangetref word nie, in soverre dit ongebruikte landelike familie – en gemeenskaplike grafkelders betref nie.

Nog 'n gesaghebbende Romeins-Hollandse juris, Vinnius<sup>1042</sup> sluit ook aan by De Groot, Voet, Van Leeuwen en andere wanneer hy skryf dat in die reg van sy tyd 'n persoon wel 'n kerkgrafkelder kan besit, wat so 'n persoon dan ook aan sy erfgename kan bemaak of selfs verkoop onderhewig egter aan die begrawingsdoel. Hy maak ook geen uitsondering ten aansien van sogenaamde landelike grafkelders wat deur ooreenkoms van die mede-eienaars vir enige ander doel as begraving verkoop mag word nie.

Vrolikhert<sup>1043</sup> was 'n minder bekende Hollandse juris maar hou waarde in vir onderhawige studie veral aangesien hy as hoogleeraar te Leiden sy intreerede in 1732 daar lewer. Nadat hy aangetoon het dat die term *religio* vatbaar is vir vele betekenis en nuanse stel hy dit egter duidelik dat *...sepulchrum enim sit religiosum quia sequestratur ab usu profane...* – “'n grafkelder is gewyd of religieus van aard aangesien dit afgesonder (of vrygestel) is van profane gebruik”.

---

<sup>1039</sup> Van Leeuwen verwys foutiewelik hier na *Inleydinge* 2 1 24 terwyl die korrekte verwysing 2 1 37 is. In 2 1 24 behandel De Groot sake wat burgerlike gemeenskappe toekom.

<sup>1040</sup> 1780: 2 9.

<sup>1041</sup> 1961: 2 1 37.

<sup>1042</sup> 1793: 2 1.

<sup>1043</sup> 1732: 2.

Nog 'n Leidse professor wat sy intrede in 1744 lewer, was Immens. Sy rede handel oor Gaius se Romeinsregtelike sake-indeling.<sup>1044</sup> Hy huldig ook die mening dat *res religiosas* van algemene handelsverkeer *exemptae sunt*, dit wil sê vrygestel is. Hy maak geen melding van die *ius sepulchri* nie en kan aanvaar word dat hy hier die fisiese grafkelder as sulks in gedagte het.

In 1756 publiseer nog 'n Leidse hoogleraar, Opperdoes, sy intrede.<sup>1045</sup> Selfs op hierdie relatief laat stadium van die ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg skryf ook hy dat dit weens godsdiensoorwegings is dat grafkelders en grafte van menslike handel vrygestel<sup>1046</sup> is. Dit is egter die *ius sepulchri*, ook soms genoem die *ius inferendi*<sup>1047</sup> oftewel die reg tot begraving in 'n spesifieke grafkelder wat in die mens se boedel val en wat op grond daarvan vrylik bemaak<sup>1048</sup> kan word, en nie eiendomsreg in die betrokke grafkelder as sulks nie.

Ook Van Cattenburgh se bydrae is waardevol weens die tydvak waartydens sy intrede as hoogleraar te Leiden gepubliseer word, naamlik 1758.<sup>1049</sup> Hy verduidelik dat graftombes *extra commercium* is en dat dit die *ius inferendi*, oftewel die *ius sepulchri* as sulks as 'n reg is waarop eiendomsreg betrekking het en wat gekoop, verkoop, geskenk of op 'n ander wyse vervreem word.

Laastens Goudsmit, nog 'n Leidse hoogleraar, wie se *Pandekten-Sisteen* in 1866 te Leiden verskyn.<sup>1050</sup> Soos die titel van die werk aandui, het dit nie spesifiek die Romeinse reg as sulks as onderwerp nie maar wel die Romeinse reg soos dit in sy eie tyd toegepas is.<sup>1051</sup> Ook hy toon egter aan

---

<sup>1044</sup> 1744: Cap I, *De definitione et divisione rerum*.

<sup>1045</sup> 1756: 5.

<sup>1046</sup> *exemptum*.

<sup>1047</sup> Hierbo het ons gemerk dat *Van der Keessel* ook na hierdie reg as die *ius sepeliendi* verwys het. *Sepeliendi* dra dieselfde betekenis as *inferendi* – die begrawingshandeling.

<sup>1048</sup> *legari*.

<sup>1049</sup> 1758: Deel XI.

<sup>1050</sup> 1866: 100 vn 6.

<sup>1051</sup> Goudsmit was 'n Pandektis. Vgl hfst 8 hierbo.

dat begraafplase en graftombes geen voorwerp van besit of eiendomsreg kan uitmaak nie maar dat die *bevoegdheid* om op 'n bepaalde plek 'n liggaam te begrawe as 'n *privaat recht* erken word.<sup>1052</sup>

Met respek is skrywer hiervan dit dus nie eens met die hof in *Cape Waterworks, Gillespie*<sup>1053</sup> en *Dibley*<sup>1054</sup>, of die moderne skrywers wat tot die gevolgtrekking geraak het dat graftombes en begraafplase in die reformatoriese tradisie of in die Romeins-Hollandse reg hul gewyde aard totaal en al verloor het, dat sodanige sake aan volle en gewone eiendomsverkryging en eiendomsreg onderworpe was, en dat sodanige sake vrylik aan koop- en ander handelstransaksies onderwerp kon word nie.

Die omvattende en eksklusiewe aard van die Romeinregtelike, Kanoniekregtelike sowel as die Romeins-Hollandse- en Suid-Afrikaanse regsbegrip van volle eiendomsreg is net nie te versoen met die vereiste eerbied en gebruiksbeperkings wat deur Christelike beginsels, soos in bogenoemde regstelsels uitgekristaliseer, ten opsigte van grafte en begraafplase vereis of afgedwing word nie.

Hier word byvoorbeeld onmiddellik gedink aan die regsbeginsele wat bogenoemde regstelsels in gemeen gehad het en wat inderdaad vandag nog geld met betrekking tot die misdaad grafskending. Hierdie streng juridiese beginsels word onderskryf deur Christelike tradisie en die Heilige Skrif self. Dit is om hierdie rede dat die grondlegger van die Romeins-Hollandse regstradisie, dit wil sê die Gereformeerde regstradisie, naamlik Johannes Calvyn self geskryf het dat daar eerbied aan grafte en begraafplase verskuldig is weens die Christelike leer van die

---

<sup>1052</sup> Goudsmit 1866: 100.

<sup>1053</sup> 1951 (1) SA 290 (C).

<sup>1054</sup> 1951 (4) SA 75 (KPA).

wederopstanding van die vlees, en die blye verwagting van die ewige lewe.<sup>1055</sup>

Op hierdie fondasie is nie slegs die leer van die Hollandse juriste nie maar ook dié van die ganse Europese regswetenskap van die tyd gebou. Dit sluit die Duitse regswetenskap, die sogenaamde *Usus Modernus*,<sup>1056</sup> die *Pandektisme*<sup>1057</sup> en dies meer in. Die regswetenskap van die Hollandse juriste het nooit bogenoemde beginsels van die Christendom as't ware verloën en 'n kommersiële kommoditeit van grafte en begraafplase gemaak asof hierdie sake vrylik op die openbare mark te verkwansel was nie.

Getrou aan hierdie beginsels het die Duitse juriste van die *Usus Modernus* en die pandektisme dan ook verklaar dat selfs die regte waaroor 'n gemeente of plaaslike owerheid ten opsigte van 'n begraafplaas beskik het liever as 'n *arbitrium disponendi*, in stede van volle eiendomsreg beskou moes word.<sup>1058</sup>

Dit is na skrywer se mening heel onwaarskynlik dat 'n algehele vry handel in graftombes sou rym met die etiese en Christelike beginsels wat onderliggend was aan die Romeins-Hollandse reg, ongeag die invloed wat die reformasie ookal op daardie reg uitgeoefen het. Soos inderdaad ook in Hoofstuk X opgemerk is, was selfs die Romeins-Hollandse juriste van gereformeerde oftewel Calvinistiese tradisie nogtans van mening dat eerbied wel aan graftombes en begraafplase verskuldig was.<sup>1059</sup>

In 'n *obiter dictum* wys die hof in *Cape Town Waterworks* daarop dat dit in die Kaapkolonie 'n algemene verskynsel<sup>1060</sup> onder plaaseienaars was om

---

<sup>1055</sup> Calvyn 1936: 2515. Vgl hfst 6 2 hierbo.

<sup>1056</sup> Hfst 8 hierbo.

<sup>1057</sup> Hfst 8 1 hierbo; Hfst 9 hierbo.

<sup>1058</sup> Vgl hfst 8 4 1; 8 6 2, 8 8 1 en 8 11 1 hierbo.

<sup>1059</sup> Guidelinus; Voet, Huber, Freherus – vgl hfst 10 11 2 hierbo.

<sup>1060</sup> *Cape Town Waterworks* 12: "most usual thing".

begraafplase<sup>1061</sup> op hul grond aan te lê en dat dit nog nooit veronderstel was dat, sonder 'n spesiale reservering in die titelakte van 'n plaas, die oordrag van dié plaas nie oordrag van die eiendomsreg van die begraafplase wat daarop geleë was, ingesluit het nie.<sup>1062</sup>

In die finale instansie kom die hof tot die gevolgtrekking dat die gedeeltes van die Romeinse reg wat begraafplekke as nie-vatbaar vir eiendomsreg en as onvervreembaar en onverhandelbaar bestempel het alreeds in die Romeinse-Hollandse reg in onbruik verval het.<sup>1063</sup> Die hof beklemtoon egter dat die Romeinse reg wat grafskending<sup>1064</sup> of die ongemagtigde opgraving<sup>1065</sup> van 'n liggaam verbied het nog steeds van krag bly.

Die uitleg wat die hof aan Groenewegen en Van Leeuwen in *Cape Town Waterworks* en daaropvolgende beslissings gegee het, lewer volgens skrywer hiervan meer vrae op as wat dit antwoorde verskaf.

Een van die eerste vrae is of die grafskendingsverbod van die Romeinse- en Kanonieke reg, wat nog steeds deur die Romeins-Hollandse reg<sup>1066</sup> asook die hof in *Cape Town Waterworks* erken word enigsins versoenbaar is met die idee van volle eiendomsreg in begraafplase en graftombes.

Is dit nie in beginsel meer logies of suiwer om te argumenteer dat 'n "eienaar" vir wie dit strafregtelik en deliktueel verbode is om 'n graftombe wat aan hom behoort te skend of om 'n liggaam wat daar begrawe is op te graawe, nie as *eienaar* in die eintlike of ware sin van die woord geag kan word nie? Hierdie vraag word nog meer interessant indien in ag geneem word dat sodanige "eienaar" selfs oor geen reg of bevoegdheid beskik om die betrokke graftombe vir enige doel anders as begraving aan te wend

---

<sup>1061</sup> *Cape Town Waterworks* 12: "burial places".

<sup>1062</sup> Te bl 12.

<sup>1063</sup> Te bl 12: "is no longer in force".

<sup>1064</sup> Te bl 12: "desecration".

<sup>1065</sup> Te bl 12: "removal".

<sup>1066</sup> Snyman 2008: 445; De Vos 1952: 141 en 296; Labuschagne 1991: 141; Hoctor en Knoetze 2002: 171; Christison & Hoctor 2007: 23; Burchell 2012: 365; *Letoka*: 716; *Sephume*: 982; *Eshowe*: 232.



nie. Hieronder word die tradisionele aard, omvang en inhoud van die begrip eiendomsreg dus vervolgens in oorweging geneem.

### 11.3 DIE BEGRIP EIENDOMSREG IN DIE ROMEINS- HOLLANDSE- EN SUID-AFRIKAANSE REG

De Groot<sup>1067</sup> onderskei die begrip eiendomsreg in die ruim sin in *volle* en onvolledige eiendomsreg. Hy toon aan dat al daardie regte wat gesamentlik volle en vrye eiendomsreg skep, individueel as gevalle van onvolledige eiendomsreg beskou kan word indien daardie individuele regte van mekaar geskei word en op verskillende persone betrekking het. Hierdie regte, waaronder serwitute, pand, ensomeer neem dus ook iets weg van die inhoud van volle en vrye eiendomsreg.<sup>1068</sup> Hierdie bevoegdhede van 'n persoon met betrekking tot die eiendom van 'n ander staan bekend as *iura in re aliena*. Dit is eintlik brokstukke van eiendomsreg, soos dit deur Van Warmelo en andere<sup>1069</sup> gestel word.

Om dus eiendomsreg so volledig moontlik te omskryf, definieer De Groot<sup>1070</sup> eiendomsreg as die reg waarkragtens 'n saak aan die mens behoort, oftewel die mens sin is en wat die mens regtens in staat stel om daardie saak van enigiemand terug te vorder asook om daarmee na eie sin te handel.<sup>1071</sup> Seer sekerlik kon 'n persoon met die *ius sepulchri* in die tyd van Groenewegen, Van Leeuwen, Voet en De Groot slegs aanspraak maak op die reg om 'n persoon in 'n kerkgraf te begrawe en sou dit die kerklike owerheid as sulks wees wat die reg gehad het om die graftombe, as deel van die kerkgebou, van andere terug te vorder.

Daar word aan die hand gedoen dat die begrawingsreg, oftewel *ius sepulchri*, wat begunstigdes met betrekking tot kerkgrafte toegekom het

---

<sup>1067</sup> 1903: 2 3 10 & 11; Van der Keessel 1961: 2 33 1; Van Warmelo ea 1961: vol 3 137.

<sup>1068</sup> 1903: 2 3 10 en 11..

<sup>1069</sup> Van Warmelo ea 1961: vol 3 139.

<sup>1070</sup> 1903: 2 3 10 & 11; Van der Keessel 1961: 2 33 1; Van Warmelo 1961: vol 3 137.

<sup>1071</sup> Vgl Kleyn 1992: 161.

hoogstens dan een van hierdie brokstukke wat eiendomsreg opmaak, kon wees of selfs slegs 'n persoonlike reg teenoor die betrokke kerkowerheid of begraafplaasowerheid.

In die voorafgaande hoofstukke<sup>1072</sup> is gemerk dat die *ius sepulchri* bloot 'n persoonlike reg, 'n *ius in personam ad usum exclusivum et determinatum*, teen die kerkowerhede was om die houer daarvan toe te laat om 'n liggaam in die betrokke kerkgraftombe te begrawe.

Johannes Van Der Linden word allerweë as die laaste van die gesaghebbende Romeins-Hollandse juriste beskou en dien dit 'n goeie doel om na sy *Institute*<sup>1073</sup> te kyk vir 'n beskrywing van die begrip eiendomsreg.

Volgens hom is eiendomsreg daardie reg met betrekking tot 'n saak wat aan 'n besondere persoon tot die uitsluiting van alle ander persone behoort.<sup>1074</sup> Dit word veral aan die gevolge daarvan geken, wat insluit die reg op genot van die vrugte van die saak, die reg op sodanige behoorlike gebruik van die saak as wat die eienaar behaag,<sup>1075</sup> die reg om die vorm van die saak na goeddunke te verander, die reg om die saak na goeddunke te vernietig, die reg om ander uit te sluit van die gebruik van die saak en laastens die reg om die saak te vervreem of om enige tipe reg in die saak, byvoorbeeld die gebruik daarvan na ander oor te dra. Eiendomsreg word nie as volledig of kompleet beskou indien al hierdie elemente of komponente daarvan nie aanwesig is nie.

Nou word egter gemerk dat die sogenaamde kerkgraf-eienaar beslis nie toegelaat is om die betrokke saak, wat volgens die hof in *Cape Town Waterworks* ten volle aan hom of haar behoort, vir enige doel anders as begrawing van die menslike liggaam aan te wend nie. Hierdie verbod op

---

<sup>1072</sup> Vgl hfst 3 hierbo.

<sup>1073</sup> 1897: 45-6.

<sup>1074</sup> 1896: 2 1.

<sup>1075</sup> Eie beklemtoning.

die vrye gebruik deur 'n persoon van sy eie saak was inderdaad 'n uiters groot belemmering op die vrye gebruiksgenot daarvan wat in die geval van ander tipe sake, dit wil sê profane sake die eienaar toegekome het. Skrywer hiervan is van mening dat 'n graftombe dus in hierdie opsig as 'n saak *sui generis* bestempel moet word. Vir doeleindes van hierdie studie is dit belangrik om te beklemtoon dat vanuit die perspektief van vrye gebruik en genot van 'n saak deur 'n eienaar die kerkgraf-eienaar beslis nie die toets vir eiendomsreg soos deur Van Der Linden gestel, slaag nie.

Die sogenaamde kerkgraf-eienaar, soos in *Cape Town Waterworks* en daaropvolgende beslissings verstaan, is waarskynlik ook nie toegelaat om die *vorm* van die graf na goeëdunke te verander of om die graf ten goeëdunke te omvorm of te herstruktureer nie. Behalwe vir die feit dat die gemeente aan wie die kerkgebou behoort het waarskynlik toestemming tot veranderinge moes verleen, moes die sogenaamde eienaar verder ook behoorlik rekening hou met strafregtelike en deliktuele voorskrifte met betrekking tot die misdaad grafskending. Die sogenaamde kerkgraf-eienaar slaag dus ook wat hierdie aspek van eiendomsreg betref nie die Van Der Linden-toets vir eiendomsreg nie.

Die reg tot totale vernietiging van die saak was ook een van die grootste struikelblokke waaraan die sogenaamde eiendomsreg van die kerkgraf-eienaar onderhewig was. Enige skending van 'n graf, om nie eens die totale vernietiging daarvan te noem nie, het op die misdaad grafskending neergekom. Hierdie vernietigingsverbod is dus 'n ernstige en ontwrigtende knou van die sogenaamde eiendomsreg van 'n grafeienaar. Om die waarheid te sê, is hierdie knou so diepgaande dat daar skaars sprake van enige vorm van eiendomsreg kan wees. Ook in hierdie opsig word die De Groot- en Van Der Linden-toets vir eiendomsreg nie geslaag ne.

Laastens maar nie die minste nie is daar die vervreemdingsverbod wat op kerkgragtombes van toepassing was. Die vervreemdingsreg met betrekking tot 'n saak is by uitstek die element van eiendomsreg wat

kommersiële waarde aan sodanige saak verleen. Die teendeel is egter ook waar: In geval die saak onvervreembaar is, kan 'n hoë kommersiële premie nie eintlik daarop geplaas word nie. Dieselfde geld ten opsigte van die *gebruik* van die saak. Indien dit vir slegs een eksklusiewe doel gebruik en verkoop of van die hand gesit kan word, naamlik begraving, kan daar hoegenaamd nie sprake wees dat die sogenaamde graftombe-eienaar, eienaar in die ware sin van die woord is nie. Veeleerder is so 'n persoon slegs "eienaar" van dit wat hy mag verkoop of andersins vervreem, naamlik die *ius sepulchri* oftewel die reg tot begraving. Ook hierdie aspek van die De Groot- en Van Der Linden-toets vir eiendomsreg word dus deur die "kerkgraf-eienaar" gefaal.

Soos De Groot noem Van Der Linden uitdruklik dat indien al die elemente van eiendomsreg nie teenwoordig is nie daar nie sprake van volle eiendomsreg kan wees nie. Die sogenaamde eiendomsreg in graftombes of begraafplase wat die hof in *Cape Town Waterworks* identifiseer het, sou dus 'n ontsettend beperkte of gereduseerde tipe eiendomsreg wees, of selfs nog hoegenaamd geen eiendomsreg nie en kon dit hoogstens wel een van die regte of aansprake wees wat eiendomsreg opmaak. Tradisioneel is die *ius sepulchri* egter as 'n *ius in personam ad usum exclusivum et determinatum* bestempel, dus niks meer as 'n persoonlike reg nie.

Dit moet daarop gelet word dat die begrip eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse reg tot 'n hoë mate met sy eweknie in die Romeins-Hollandse reg ooreenstem.<sup>1076</sup> Du Bois en andere<sup>1077</sup> wys daarop dat die omvattende begrip *eiendomsreg* regte insluit, soos die reg om 'n saak te gebruik (*ius utendi*), om die vrugte daarvan te geniet (*ius fruendi*), om dit te misbruik

---

<sup>1076</sup> Vgl Van der Walt 2002: 405 se omskrywing van die tradisionele begrip van eiendomsreg: "...ownership is the strongest and most complete real right one can acquire or hold, and neither the right itself nor any aspect of its use and enjoyment can be restricted or taken away without the owner's consent..."; Kleyn 1992: 162; Van der Merwe 1989: 170.

<sup>1077</sup> 2007: 470 asook gesag daar aangehaal.

(*ius abutendī*), om dit te besit (*ius possidendī*), om dit van die hand te sit (*ius disponendī*), om dit terug te vorder van 'n onregmatige besitter (*ius vindicandī*) en om die onregmatige inbesitname daarvan te weerstaan (*ius negandī*). Hierby kan ook nog gevoeg word die reg om 'n saak te vernietig.

Bogenoemde inaggenome wil skrywer hiervan beklemtoon dat die sogenaamde eiendomsreg van die kerkgrafeienaar beslis ook nie die toets vir eiendomsreg volgens Suid-Afrikaanse reg deurstaan nie. Literatuur aangaande die juridiese aard van grafte, graftombes of begraafplase bestaan feitlik nie in die Suid-Afrikaanse konteks nie. Een van die min uitsonderings in dié verband is die insiggewende artikel van Sonnekus getiteld *Eiendomsreg op grafte – en dan die gevolge daarvan* wat in 2001 verskyn het.<sup>1078</sup>

Sonnekus behandel onder andere die tekste van De Groot en Voet wat hierbo bespreek is en dui dan aan dat hierdie twee juriste geen ruimte vir twyfel laat nie: Al die voormalige *res extra commercii* van die Romeinse reg val nou deeglik binne die regsverkeer en is die normale privaatregtelike norme dus daarop van toepassing.<sup>1079</sup>

Soos Sonnekus<sup>1080</sup> egter tereg aandui, is dit daarmee nog nie duidelik aan wie die kerkgrafte en die grafstene wat daarop aangebring is nou wel privaatregtelik behoort nie. Hy self steun op De Groot<sup>1081</sup> na wie reeds verwys is<sup>1082</sup> en wat aantoon dat begraafplase die "*carspel*" oftewel kerklike gemeente toekom. Dit strook met skrywer hiervan se betoog dat dit onwaarskynlik is dat eiendomsreg van individuele graftombes in kerkgeboue ooit individuele persone wat oor die *ius sepulchri* oftewel die begrawingsreg ten opsigte daarvan beskik het, toegekomp het.

---

<sup>1078</sup> Sonnekus 2000: 103 – 129.

<sup>1079</sup> Sonnekus 2000: 106.

<sup>1080</sup> 2000: 103.

<sup>1081</sup> 1903: 2 1 15 en 2 1 37.

<sup>1082</sup> Hierbo in hierdie hfst asook hfst 10.

Sonnekus steun ook op Van Der Keessel wat aantoon dat grafte en begraafplase net soos ander sake of goed wat aan 'n boedel behoort, verkoop, vervreem en aan erfgename oorgedra kan word. Aangesien Sonnekus egter nie 'n ontleding doen van die implikasies van De Groot, Van Der Keessel en Groenewegen se betoë dat graftombes in kerkgeboue slegs vir begrawingsdoeleindes aangewend of vervreem mag word nie, word aanvaar dat volgens Sonnekus hierdie eng gestelde vervreemdingsdoel nie afbreuk doen aan die feit dat die betrokke juriste wel ondubbelsinnig te kenne gee dat graftombes in kerkgeboue met volle eiendomsreg besit kan word en ook as *res in commercio* verhandelbaar is nie.

Skrywer hiervan wens egter wat hierdie bepaalde aspek betref van Sonnekus te verskil wie in effek eintlik dieselfde gevolgtrekking as wat die hof in *Cape Town Waterworks* bereik het, handhaaf. Die redes vir sodanige standpunt is alreeds hierbo uiteengesit en behels eenvoudig dat die groot Hollandse skrywers die *ius sepulchri* oftewel begrawingsreg ten opsigte van die betrokke graftombe in gedagte gehad het en nie die fisiese graftombe as sulks nie wanneer hulle skryf dat graftombes vrylik vir eiendomsreg vatbaar is en vervreembaar of verhandelbaar is.

Sonnekus<sup>1083</sup> raak tereg die netelige kwessie aan van hoe 'n bedeling waarvolgens eiendomsreg van graftombes in kerkgrafte erkenning geniet, sou inpas by die hele aangeleentheid van grondregistrasie. Skrywer hiervan kon nêrens enige Romeins-Hollandse bron aangaande grondregistrasie opspoor wat enige erkenning verleen aan die registrasie van titel in individuele kerkgrafte of selfs ander tipe individuele grafte nie.

Hierteenoor meld Decker<sup>1084</sup> spesifiek dat betalings ten opsigte van begrawing in kerkgragtombes gemaak is aan die kerkopsigters van die onderskeie kerke, gevolg deur 'n boekinskrywing. Sodanige fondse het

---

<sup>1083</sup> 2000: 103-129.

<sup>1084</sup> Voetnoot (e) op Van Leeuwen se kommentaar 2 1 op De Groot; Kotze 1881: 149.

gedien tot onderhoud van die betrokke kerkgeboue. Hierdie verduideliking van Decker is meer versoenbaar met die idee dat dit die kerkoprigters was wat ook "eienaars" (beter nog, administrateurs) van die fisiese graftombes in kerkgeboue was en nie persone met begrawingsregte ten opsigte van daardie graftombes nie.

Sonnekus se artikel toon ook dan tereg aan dat die posisie in die Romeins-Hollandse reg nie so 'n uitgemaakte saak was as wat in *Cape Town Waterworks* aangeneem is nie. Die geleerde skrywer wys op 'n 1920-beslissing van die Amsterdamse hof<sup>1085</sup> wat opnuut bevind het dat, anders as wat vroeër aanvaar is, die gemenerereg na regte nie die moontlikheid erken het dat privaatregtelike eiendomsreg op 'n graf in die Nieuwe Zijdskapel in Amsterdam verkry kon word nie. Hierdie beslissing het dus ook daardie relatief moderne Hollandse skrywers wat die teenoorgestelde mening gehuldig het verkeerd bewys.

Volgens skrywer hiervan strook die Zijdskapel-beslissing egter moeiteloos en soomloos met die standpunt dat die bestaan en verkoop van eiendomsreg in kerkgrafte, of selfs enige tipe graftombe of begraafplaas, as sulks nooit regtens deur die Romeins-Hollandse reg erken is nie. Die misverstand het ontstaan as gevolg van die karige opmerkings en menings van byna alle Hollandse juriste in hierdie verband, behalwe Voet wat meer breedvoerig was.

In *Cape Town Waterworks* het die regter waarskynlik korrek geargumenteer dat in die koloniale reg van sy tyd dit nog altyd aanvaar was dat die oordrag van 'n stuk grond soos 'n plaas, die oordrag van 'n begraafplaas, graftombes en grafte in daardie grond ingesluit het. Dit is egter nie die kwessie hier ter sprake nie want vir hierdie benadering bestaan daar wel deeglike gesag in die Romeinse reg. Die Romeinse reg het bepaal dat daar 'n oordeel gevel moes word of die begraafplaas

---

<sup>1085</sup> 14 Nov 1919 NJ 1920 25.

bykomend was tot die grond, dit wil sê slegs 'n mindere gedeelte van 'n groter stuk grond beslaan het, in welke geval dit by die koop van sodanige grond as 'n soort bysaak ingesluit sou wees. Indien die stuk grond egter basies een groot begraafplaas was, sou dit as sulks nie vatbaar wees vir koop en verkoop of enige ander vorm van vervreemding nie.<sup>1086</sup>

Die vraag aangaande die vervreembaarheid van 'n begraafplaas of 'n graftombe as sulks word dus nie beantwoord deur die bevinding van die hof in *Cape Town Waterworks* dat grafte nog altyd volgens koloniale gebruik tesame met die oordrag van 'n groter stuk grond op 'n koper oorgegaan het nie. Daar bestaan hoegenaamd, sover skrywer hiervan se kennis strek, geen presedent in die Suid-Afrikaanse reg waar 'n begraafplaas of 'n graftombe as sulks verkoop is nie.

Waar Groenewegen, Van Leeuwen en ander Romeins-Hollandse juriste aanvoer dat graftombes wel vrylik vervreembaar is, het hulle heel waarskynlik tog in gedagte dat dit die gebruiksreg, dit wil sê die *ius sepulchri* ten opsigte van die graftombe of begraafplaas is, wat vrylik vatbaar vir eiendomsreg en vervreembaar is en nie die fisiese begraafplaas of graftombe as sulks nie. Dit is dan juis ook die uitgangspunt van Voet<sup>1087</sup> en andere.

### 11.3.1 REX V SPEAR<sup>1088</sup>

In dié saak wat in 1928 gerapporteer is, is Spear, 'n begrafnisondernemer, strafregtelik daarvan aangekla dat hy 'n menslike liggaam in 'n openbare begraafplaas<sup>1089</sup> begrawe het sonder dat hy in besit was van 'n begrafnisorder soos voorgeskryf deur artikel 26(1) van Wet 17 van 1923.

---

<sup>1086</sup> D 18 1 22; Hfst 2 2 hierbo.

<sup>1087</sup> 2 7 4; 11 7 4& 5.

<sup>1088</sup> 1928 (1) 413 (TPA).

<sup>1089</sup> Die tipe begraafplaas is irrelevant in hierdie konteks.



Die getuienis het getoon dat hy die betrokke liggaam na 'n oop en ongebruikte graf in die begraafplaas geneem het, dit op die bodem daarvan geplaas het en aan sekere begraafplaaswerkers opdrag gegee het om nie die graf op te vul totdat hy die vereiste begrafnisorder bekom het nie.

Artikel 26(1) van Wet 17 van 1923 het bepaal dat geen persoon 'n liggaam mag begrawe sonder dat hy in besit was van 'n begrafnisorder nie, terwyl artikel 49 van dieselfde wet begrawing<sup>1090</sup> gedefinieer het as begrawing in grond, teraardebestelling<sup>1091</sup> of enige ander begrawingsvorm, verassing of enige vorm van finale beskikking<sup>1092</sup> oor die menslike liggaam.<sup>1093</sup>

Spear is vrygespreek aangesien dit bevind is dat hy nie oor die vereiste strafregtelike opset beskik het nie. Wat egter interessant is, is die bevindinge aangaande gemeenregtelike begrippe soos begrawing, finale beskikking<sup>1094</sup> oor die menslike liggaam, ensovoorts.

Eerstens is dit opmerklik dat daar 'n merkwaardige ooreenstemming bestaan tussen die begrip begrawing in die Romeinse reg, Kanonieke reg, Christelike regstradisie, artikel 49 van wet 17 van 1923 asook die benadering van die hof.

Dit was een van die voorvereistes vir die skepping van 'n sogenaamde *locus religiosus* in die Romeinse reg,<sup>1095</sup> Kanonieke reg en Christelike regstradisie dat daar 'n menslike liggaam in grond begrawe moes wees.<sup>1096</sup> Artikel 49 is in harmonie met hierdie gemeenregtelike

---

<sup>1090</sup> "burial".

<sup>1091</sup> "interment".

<sup>1092</sup> "disposal".

<sup>1093</sup> "Burial' means burial in earth, interment or any other form of sepulture or the cremation or any other mode of disposal of a body."

<sup>1094</sup> "disposal".

<sup>1095</sup> Hoofstuk 2 hierbo.

<sup>1096</sup> D 11 7 2; D 11 7 5 3; Hfst 2 2 hierbo.

tradisie.<sup>1097</sup> Die hof beslis verder dat die blote plasing van 'n liggaam in 'n oop graf nie op begraving neerkom nie solank die betrokke graf nog nie met grond gevul is nie.<sup>1098</sup> Ook hierdie beginsel rym met die gemenerereg. 'n Verdere voorvereiste vir die skepping van 'n *locus religiosus* in sowel die Romeinse as die Kanonieke reg was dié van 'n permanente begrawingsbedoeling. Die persoon verantwoordelik vir die begraving in 'n spesifieke grafperseel moes die bedoeling gekoester het dat daardie spesifieke begraving inderdaad van permanente aard sou wees en dat die liggaam wat begrawe is nie op 'n later stadium om een of ander rede verwyder en elders begrawe sou word nie.<sup>1099</sup> In die bespreking van die Romeinse<sup>1100</sup> en Kanonieke reg<sup>1101</sup> hierbo asook Christelike regstradisie in hierdie verband is gemerk dat die vereiste van permanensie of ewigdurendheid eintlik betrekking het op ewige grafrus in afwagting van die wederopstanding van die vlees en die ewige lewe.<sup>1102</sup>

Alhoewel die bepaling van Wet 17 van 1923 as sulks geensins permanensie vereis het nie beklemtoon die voorsittende regter nogtans<sup>1103</sup> dat die hof 'n permanente bedoeling, dit wil sê die bedoeling dat die betrokke liggaam permanent op die spesifieke plek ter ruste sou lê, vereis voordat daar aanvaar kan word dat die liggaam begrawe is. Permanensie is nie slegs 'n voorvereiste vir begraving nie maar inderdaad ook vir enige ander vorm van finale beskikking<sup>1104</sup> oor die menslike liggaam.<sup>1105</sup>

---

<sup>1097</sup> Wet 17 van 1923.

<sup>1098</sup> Oor die vroeë Romeinse reg, sien Cloete 1982: 3.

<sup>1099</sup> D 11 7 39; Hfst 2 2 hierbo.

<sup>1100</sup> Hfst 2 hierbo.

<sup>1101</sup> Hfst 3 hierbo.

<sup>1102</sup> Hfst 2 2 hierbo. Hostiensis, tit 3 *De sepulturis* verwys byvoorbeeld na 'n begraafplaas as 'n plek waar gestorwenes gesamentlik rus – *conquiescat*. Cochus 1942: 3 2 11 vermeld die *Ressurrectio* en die hoop op wederopstanding. Kanonieke regscode 1983 C 12 10.

<sup>1103</sup> *Spear*: 414, 415 en 417.

<sup>1104</sup> "*final disposal*".

<sup>1105</sup> *Spear*: 414, 415 en 417.

### 11.3.2 DIBLEY V FURTER<sup>1106</sup>

Die verweerder het in Mei 1948 aan die eiser 'n plaas van 1.8753 morg, waarop daar sowat 80 menslike grafte oor 'n oppervlakte van sowat een akker versprei was, verkoop. Van die grafte was so onlangs as 1944 aangebring. Die hof bevind dat die verweerder tydens die kooptransaksie bewus was van ten minste 25 grafte terwyl die eiser (koper) onbewus was van enige grafte. Die hof bevind verder dat die verweerder ook daarvan bewus was dat indien die eiser van die bestaan van die grafte sou geweet het hy nie die plaas sou gekoop het nie.

Die eiser het kansellering van die koopkontrak sowel as teruggawe van die koopsom geëis. Die eis het op twee bene berus: Eerstens het eiser aangevoer dat die teenwoordigheid van die grafte in die grond 'n verborge<sup>1107</sup> gebrek daargestel het, dit wil sê dat dit 'n gebrek in die *res vendita* of koopsaak was wat kansellering van die kontrak juridies regverdig het.<sup>1108</sup> Tweedens, dat die kontrak kanselleerbaar was op grond van die bedrieglike wanvoorstelling deur die verweerder. Die wanvoorstelling het daarin bestaan dat verweerder bewus was dat eiser nie die eiendom sou koop indien hy bewus was van die bestaan van die grafte nie maar nogtans nagelaat het om hom daarvoor in te lig.<sup>1109</sup>

Na 'n deeglike ondersoek van die gemeenregtelik bronne, Romeins sowel as Romeins-Hollands, kom die hof tot die gevolgtrekking dat daar geen verborge gebrek in die plaas bestaan het nie en wys die hof die eis op daardie grondslag van die hand.<sup>1110</sup> Nogtans bevind die hof dat die

---

<sup>1106</sup> 1951 (4) SA 73 (CPD); Vgl D 11 7 39; Hfst 2 2 hierbo.

<sup>1107</sup> Die hof gebruik die term "*redhibitory*".

<sup>1108</sup> *Dibley*: 80B-D.

<sup>1109</sup> *Dibley*: 75H.

<sup>1110</sup> *Dibley*: 82H. Die hof beslis dat grond met grafte daarop in dieselfde kategorie val as die lelike slaaf, die slaaf wie se asem ruik ( D 21 1 12), of die slaaf wat sy bed natmaak (D 21 1 14).

verweerder wel 'n bedrieglike wanvoorstelling gepleeg het en staan dus die eis op sodanige basis toe.<sup>1111</sup>

Die grondslag van hierdie beslissing word vervolgens ondersoek. Eerstens word die aspek met betrekking tot die beweerde verval in onbruik van die Romeinsregtelike klassifisering van sake as *res religiosae*, daarna die aangeleentheid van verborge gebreke en laastens die aangeleentheid van die bedrieglike wanvoorstelling bespreek.

Die verweerder het voor die hof betoog dat die Romeinsregtelike sake-indeling in terme waarvan sekere sake soos grafte en begraaftplase as *res religiosae* geklassifiseer is in die Romeins-Hollandse reg onder invloed van die reformasie in onbruik verval het.<sup>1112</sup> Die argument lui verder dat aangesien die misdaad *violatio sepulchri* onlosmaaklik verbind was aan die konsep dat grafte *res religiosae* was en aangesien grafte in ons reg nie meer as *res religiosae* erken is nie, die Romeinsregtelike basis van die misdaad verdwyn het en grafskending dus geen misdaad was nie.<sup>1113</sup> Gevolglik sou dit dan wettiglik toelaatbaar wees om die plaas vir landboudoeleindes te gebruik en byvoorbeeld oor die grafte te ploeg sonder om die misdaad *violatio sepulchri* oftewel grafskending te pleeg.<sup>1114</sup> Die hof vind dit egter onnodig om oor hierdie aspek te beslis aangesien daar op ander gronde tot 'n beslissing gekom is.<sup>1115</sup>

Skrywer hiervan het egter bedenkinge aangaande die suiwerheid van bogenoemde argument wat meer in gemeen het met blote semantiek as met werklike belange-afweging. Die vraag is immers nie of die benoeming van sake as *res religiosae* verval het nie maar eerder of die gemeenregtelike beskerming wat strafregtelik aan begraaftplase verleen is

---

<sup>1111</sup> Die hof verleen dus aediliese verligting.

<sup>1112</sup> *Dibley*: 83A-E.

<sup>1113</sup> *Dibley*: 83A-E.

<sup>1114</sup> *Dibley*: 83B-D.

<sup>1115</sup> *Dibley*: 83A-E.

wel in die Romeins-Hollandse- en die Suid-Afrikaanse reg in onbruik verval het. Die antwoord hierop is ontkenning.<sup>1116</sup>

Dit is ook nie duidelik waarom die hof verkies het om die dispuut oor die boeg van die sogenaamde verborge gebrek te gooi nie, met ander woorde waarom die teenwoordigheid van die grafte spesifiek binne die raamwerk van die verborge gebrek oorweeg is nie.

Dit is wel so dat die hof met 'n indrukwekkende uiteensetting van die Romeinsregtelike bronne met betrekking tot verborge gebreke vorendag gekom het<sup>1117</sup> en kan met die algemene gevolgtrekking wat bereik is aangaande die aard van hierdie tipe gebrek, op daardie basis nie werklik fout gevind word nie. Dit blyk immers die eerste gerapporteerde beslissing te wees waarin die aard en omskrywing van 'n verborge gebrek in die Suid-Afrikaanse reg spesifiek ter sprake gekom het.<sup>1118</sup>

Na oorweging van 'n aantal tekste uit die Justiniaanse *Corpus*<sup>1119</sup> asook die menings van 'n aantal moderne Romaniste soos Van Warmelo, Bodenstern en Moyle aanvaar die hof laasgenoemde se omskrywing van 'n verborge gebrek in die Romeinse reg, asook dié van McKeurten met betrekking tot die Suid-Afrikaanse reg.<sup>1120</sup>

Die hof omskryf dan 'n verborge gebrek as 'n gebrek in 'n saak wat die bruikbaarheid van daardie saak vir die doel waarvoor dit normaalweg aangewend word, vernietig of inkort.<sup>1121</sup> Hiertoe voeg die hof self egter nog twee vereistes by: Eerstens dat die gebrek nie beuselagtig<sup>1122</sup> moet wees nie en tweedens dat die toets vir die bestaan van die gebrek 'n

---

<sup>1116</sup> *Letoka*: 716 waar na Matth *De Crim* 47 6 n 2 verwys word; *Sephuma*: 983.

<sup>1117</sup> *Dibley*: 80-3.

<sup>1118</sup> Die hof het ook op bl 82 uitdruklik aangedui dat dit geen gewysdes hieroor kon opspoor nie.

<sup>1119</sup> D 21 1 1 7; D 21 1 1 8; D 4 3, 5,6,7,10,12,14 en 49; D 21 1 12 2 & 4, D 21 1 14 1 & 4, asook C 4 58 4 1.

<sup>1120</sup> *Dibley*: 80.

<sup>1121</sup> *Dibley*: 80 G-H.

<sup>1122</sup> "trivial".

objektiewe toets is wat nie van die nukke of grille<sup>1123</sup> van die individuele koper afhanklik is nie.<sup>1124</sup>

Die probleem wat skrywer hiervan egter ervaar met die oorweging van die juridiese aard van 'n begraafplaas op die grond van 'n grondeienaar en die bevinding dat dit 'n gebrek daar mag stel, is dat daar geen gesag vir so 'n uitgangspunt in die gemeenregtelike bronne te bespeur is nie. So 'n bevinding rym ook nie met die algemene regsbeginsels van die begrawingsreg nie. Ten spyte van die diepgaande aandag wat die gemeenregtelike bronne skenk aan beide die onderwerpe van gebreke in goedere aan die een kant en die aard en ordening van *res religiosae* aan die ander kant, bestaan daar geen enkele gemeenregtelike teks wat verklaar dat 'n menslike graf 'n gebrek of verborge gebrek in grond daarstel nie.

Die rede hiervoor is na skrywer hiervan se beskeie mening eintlik voor-die-handliggend: Grafte en begraafplase was gemeenregtelik nie as gebreke in enige sin van die woord beskou nie maar as *heilige sake*, as *res religiosae* dus wat onder beskerming van die *ius divinum* gestaan het. Dit het die sublieme posisie van *res nullius et extra commercium et patrimonium* beklee.

Soos deurgaans in hierdie studie gemerk, was grafte en begraafplase met respek en eerbied bejeën en het dit oor 'n unieke juridiese aard en karakter beskik. Onder hierdie omstandighede het die Romeinse en Hollandse juriste dus nie hierdie tipe saak binne die raamwerk van gebreke of latente gebreke in verkoopte goedere, soos die hof in *Dibley* gedoen het, beoordeel nie. Die benadering in *Dibley* is dus in beginsel verkeerd.

---

<sup>1123</sup> "*whims*".

<sup>1124</sup> *Dibley*: 81A.

Dit beteken egter nie dat daar geen gemeenregtelike ooreenkomste of raakpunte bestaan tussen die geval waar 'n saak soos 'n stuk grond met 'n begraafplaas (wat verkeerdelik beskou word as 'n gebrek) daarop verkoop word en dié waar 'n gewone profane saak wat 'n gebrek bevat, verkoop is nie. Die feit bly egter staan dat die Romeinse reg beginsels erken het wat spesifiek op *res religiosae* betrekking gehad het, losstaande van en onafhanklik van die beginsels wat op verborge gebreke van toepassing was.<sup>1125</sup> Dit wil egter voorkom of die hof in *Dibley* geensins enige oorweging aan laasgenoemde tipe teks geskenk het nie en slegs binne die kader van die reg met betrekking tot latente of verborge gebreke beweeg het. Dit is ten koste van direk relevante tekste wat op begraafplase as sulks betrekking het, gedoen en wat 'n direkte oplossing sou bied tot die skynbaar enorme probleem wat die hof ervaar het.

D 18 1 22<sup>1126</sup> is so 'n direk relevante teks en dit verskaf ook 'n gepaste oplossing vir die probleem wat die hof in die gesig gestaar het. Die hof het immers self daardie probleem geformuleer deur te verklaar *...this case where the graveyard has virtually been sold as the farm.*<sup>1127</sup> D 18 1 22 verklaar dat 'n stuk grond met 'n beskeie grote heilige of religieuse plek daarop wel vatbaar vir koop en verkoop is, anders as 'n stuk grond wat in die geheel as 'n heilige, religieuse of publieke plek beskou kan word.

D 18 1 23 verklaar verder dat in gevalle waar so 'n religieuse plek wel verkoop is die koper die koopprys deur middel van 'n *condictio* kon terugvorder, terwyl D 18 1 24 noem dat die *actio ex empto* aan die koper van 'n stuk grond wat 'n meer beskeie begraafplaas bevat het, beskikbaar was. Die koop was dus afdwingbaar met die *actio ex empto*.<sup>1128</sup> Skrywer

---

<sup>1125</sup> Vgl hfst 2 hierbo.

<sup>1126</sup> *Hanc legem venditionis 'si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil' supervacuum non esse, sed ad modica loca pertinere. Ceterum si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem.*

<sup>1127</sup> *Dibley*: 88H.

<sup>1128</sup> D 19 1 *De Actionibus empti venditi*; C 4 49; Van Warmelo 1976: 847; Vgl hfst 2 2 hierbo.

hiervan koester ook bedenkinge aangaande die onsamehangende en kasuïstiese manier waarop die hof in *Dibley* te werk gegaan het met die toepassing van die beginsels wat op grafskending betrekking het.

In navolging van *Gillespie*<sup>1129</sup> beslis die hof <sup>1130</sup>dat nóg die persone wat begrawe is nóg die eiser enige regte teen die verweerder verkry het aangesien daar geen serwituut in hul guns geregistreer was. Hulle het ook slegs kontraktuele regte teenoor die oorspronklike grondeienaar en nie die huidige eienaar verkry nie. Sodanige regte was bloot kontraktueel en dus persoonlik van aard.

In die bespreking van *Gillespie* en ander beslissings wat hierna volg, word kritiek uitgespreek teen die serwituutkonstruksie waarmee die howe in hierdie verband poog te werk. Skrywer hiervan voer aan dat weens die unieke aard van *res religiosae*, die blote teenwoordigheid of bestaan daarvan op die grond van enige grondeienaar, ook in die afwesigheid van enige serwituut of kontraktuele verbindings of verpligtinge, sekere regsgevolge vir sowel die grondeienaar as ander belanghebbendes inhou. Sodanige gevolge hang ook nie noodwendig daarvan af of die grondeienaar bewus was of is van die bestaan van die grafte al dan nie. Die ontstaansbron<sup>1131</sup> van die grafte of begraafplaas, synde in die vorm van 'n serwituut of kontrak, is irrelevant tot die kwessie van die *feitlike* bestaan van die grafte. Hierdie feitlike bestaan bring sy eie regsgevolge in die vorm van regte en verpligtinge mee.

In *Dibley* beslis die hof dat in die afwesigheid van 'n serwituut of kontraktuele voorskrifte die eiser nie verhoed kon word om die area waar die verborge grafte geleë was, te bewerk nie aangesien sodanige ligging

---

<sup>1129</sup> Gerieflikheidshalwe word *Gillespie v Toplis* 1951 (1) SA 290 (C) net hierna bespreek.

<sup>1130</sup> *Dibley*: 84A-F.

<sup>1131</sup> *Dibley*: 83H.



aan hom onbekend was. In die geval van die drie opmerkbare grafte sou die eiser egter grafskending pleeg indien hy die area sou bewerk.<sup>1132</sup>

Hierdie benadering is vatbaar vir kritiek. In die eerste plek hang die aard van 'n graftombe as eerbiedwaardige plek of *res religiosa* nie af van die mate van sigbaarheid of fisiese opmerklikheid daarvan nie. 'n Platgestote graftombe bly nog steeds 'n graftombe. Fisiese sigbaarheid of onsigbaarheid verander niks hieraan nie. Altwee tipes begraafplase staan onder regsbeskerming, strafregtelik sowel as sivielregtelik. Per definisie is grafte en begraafplase eerder ondergronds as bogronds geleë en as sodanig dus ook onsigbaar.

Fisiese sigbaarheid mag egter wel 'n faktor wees wanneer die vereiste van *opset* oftewel *dolus* by die pleeg van grafskending ter sprake kom. Maar selfs in 'n geval waar die ligging van grafte nie fisies sigbaar is nie mag *dolus* nog steeds aanwesig wees by 'n grondeienaar wat vir 'n feit bewus is van die bestaan van die grafte, asook die moontlike afmetings van die gedeelte van die grond wat met grafte bedek is, en dan nog steeds voortgaan om die grond te oorploeg of te bewerk.

In *Dibley* was die eiser wel bewus gemaak van die bestaan van die begraafplaas, al was dit eers na die voltrekking van die kooptransaksie, en sou hy homself dus moontlik skuldig gemaak het aan grafskending indien hy wel die grafte sou beskuldig. Tog bevind die Hof<sup>1133</sup> dat al sou die ligging van die grafte aan die *Dibley* bekend gemaak word hy nog steeds geregtig sou wees om die grond te bewerk en aanplantings daarvoor te doen. In gevalle waar alle sigbare tekens van die grafte verwyder is, sou dit nie op grafskending neerkom nie, is die bevinding van die hof.<sup>1134</sup>

---

<sup>1132</sup> *Dibley*: 83D-G.

<sup>1133</sup> *Dibley*: 83F.

<sup>1134</sup> *Dibley*: 83F-G.

Skrywer hiervan is van mening dat hierdie spesifieke bevinding nie slegs regstegnies aanvegbaar is nie<sup>1135</sup> maar dat dit ook tot 'n mate ongevoelig staan teenoor die religieuse en kulturele belange van oorlewende familieledes van die persone wat begrawe is asook ander moontlike belanghebbendes. Die mate van profanisering van graftombes en begraafplase in *Dibley* kom soos 'n oorskryding van die perke van die reg en redelikheid voor. Dit is dus te betwyfel of die *Dibley*-beslissing die grondwetlike voorskrifte asook die bepalinge van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg, wat later hierin bespreek sal word, sal oorleef.

### 11.3.3 GILLESPIE V TOPLIS<sup>1136</sup>

Hier het 'n plaaseienaar aan die eiser, Gillespie, toestemming verleen om sy moeder op die plaas te begrawe. Toestemming is in 1921 ook deur dieselfde eienaar aan eiser verleen om 'n grafsteen en heining op die grafperseel aan te bring. In 1947 het 'n nuwe plaaseienaar die graf geskend deur die grafsteen en omheining te verwyder, die graf plat te stoot en 'n motorhuis daarvoor te bou.

Daardie eienaar is in April 1950 oorlede en in September 1950 het *Gillespie* dagvaarding teen die oorledene se boedel uitgereik waarin hy sekere eise gestel het, eerstens ten opsigte van vermoënsregtelike oftewel geldelike verlies gelyk as gevolg van die beskadiging van die graf en tweedens ten opsigte van skadevergoeding vir die krenking van sy gevoelens van piëteit, eerbied en menswaardigheid.

Die verweerder teken eksepsie aan teen die besonderhede van eis, eerstens op grond daarvan dat eiser geensins beweer het dat hy een of ander saaklike<sup>1137</sup> reg in die grafsteen of omheining besit het wat hom bemagtig het om skadevergoeding te vorder nie, alternatiewelik dat dit

---

<sup>1135</sup> Vgl die beslissings van *Letoka* en *Sephuma*.

<sup>1136</sup> 1951 (1) SA 290 (K).

<sup>1137</sup> "proprietary".

nie duidelik was uit die besonderhede van eis op watter grondslag verweerder aanspreeklik was nie.

Tweedens lui die eksepsie dat die beweerde onregmatige optrede nie die grondslag van 'n sivielregtelike aksie teen die boedel van die oorlede grondeienaar kon vorm nie aangesien dit deur laasgenoemde se dood voor *litis contestatio* uitgewis is. By die verhoor is afstand gedoen van die tweede eis en verg dit dus nie enigsins verdere aandag nie.

Voordat egter kommentaar gelewer word op die meriete van die hofbeslissing in *Gillespie*, word die aangeleentheid van *accessio* wat ook in *Gillespie* ter sprake gekom het kortliks behandel.

*Accessio*, oftewel eiendomsverkryging deur aanhegting, is 'n Romeinsregtelike derivatiewe of afgeleide vorm van eiendomsverkryging. Dit beteken dat waar 'n roerende saak aan grond geheg word met die bedoeling dat dit permanent deel van daardie grond sal uitmaak, sodanige roerende saak dan dienooreenkomstig deel van daardie grond vorm en eiendom van die grondeienaar word.<sup>1138</sup>

Op grond van hierdie beginsel beslis die hof dat die betrokke grafsteen dan ook deel van die plaasgrond geword het.<sup>1139</sup> Die hof se uitgangspunt is dat die plaaseienaar wat toestemming tot begraving en aanhegting van die grafsteen en heining verleen het, sowel as sy opvolger in titel (die oorledene) deur *accessio* eienaars van die grafsteen en heining geword het. Die hof beslis dat sodanige grondeienaars op grond van *accessio* volle eiendomsreg van die totale graftombe tesame met die inhoud daarvan verkry het.

Hierdie vertrekpunt word deur die hof ingeneem sonder verwysing na enige gesag. Sels *Cape Town and Districts Waterworks of Dibley v Furter*

---

<sup>1138</sup> Sien Inst 21 29 en 30. Die Romeinsregtelike beginsel was: *Omne quod inaedificatur solo cedit* –alles wat gebou word, behoort aan die grond – Inst 2 1 29; *Sanders* 1917: 104-106.

<sup>1139</sup> *Gillespie*: 297G en 298H.

word nie as gesagsbronne vermeld nie. Nog minder word na die *Digesta*, Voet of enige gemeenregtelike skrywers verwys.<sup>1140</sup>

Skrywer hiervan moet toegee dat die hof oor die algemeen die Romeinsregtelike leerstuk van *accessio* korrek uitgelê het, met die voorbehoud egter dat die Romeinsregtelike tekse grafte en begraafplase as uitsonderlike sake, as *res sui generis* beskou het waar die leerstuk van *accessio* nie toepassing gevind het nie en waar *accessio* dus nie eiendomsreg aan die grondeienaar verleen het nie.

'n Graftombe of begraafplaas as sulks, asook die inhoud daarvan, kan volgens Romeinse reg nie aan 'n grondeienaar behoort soos in die *Gillespie*-saak uitdruklik beslis is nie. Die leerstuk van *accessio* was in die gemenerereg nooit op graftombes van toepassing soos wat die hof skynbaar in *Gillespie* aangeneem het nie. Derhalwe kan die Romeinse reg nie as grondslag van die hofbeslissing dien insoverre dit die beweerde verkryging van eiendomsreg in graftombes betref nie. 'n Grafsteen wat op 'n graf aangebring is, sowel as ander roerende sake wat in 'n graftombe geplaas is, het alles *religiosus* en dus nie-vatbaar vir eiendomsreg geword aangesien dit as deel van die graftombe self geag is.<sup>1141</sup>

Skrywer hiervan het hierbo gemerk<sup>1142</sup> dat in teenstelling met wat die hof in *Gillespie* beslis het 'n grondeienaar in die Romeinse reg eerder sy eiendomsreg ontnem is, of dit verloor het, deur die vestiging van 'n graf of begraafplaas op sy grond as wat sodanige eiendomsreg deur *accessio* aangevul is. Soos vroeër aangedui is, het begraving in die grond van 'n ander beslis die betrokke grondeienaar van die oorgrote hoeveelheid van

---

<sup>1140</sup> Daar was wel 'n verwysing na *Cape Town Waterworks* in die betoogshoofde. *Dibley v Furter* het egter geensins ter sprake gekom nie en was moontlik nie tot die hof se beskikking nie, alhoewel dit vroeër dieselfde jaar in dieselfde afdeling van die hof beslis is.

<sup>1141</sup> D 47 12 3 2. Hierdie sake het die beskerming van die *actio sepulchri violati* geniet. Vgl hfst 2 2 hierbo.

<sup>1142</sup> Hoofstuk 2 hierbo.

die elemente of inhoudelike bevoegdhede van sy eiendomsreg ontnem in stede van 'n toevoeging daartoe te bewerkstellig.

Met bogenoemde Romeinsregtelike posisie het die hof in *Gillespie* nie rekening gehou nie en kan die Romeinsregtelike regsfiguur van *accessio* beslis geen grondslag vir die beslissing vorm nie. Daar bestaan geen teks in die Romeinse regsliteratuur wat die leerstuk van *accessio* op begraafplase, graftombes of grafte toepas soos deur die hof in *Gillespie* gedoen nie. Die hof het dus die toepassingsgrondslag van die *accessio-konstruksie* uit verband geruk.

Indien egter aanvaar sou word dat hierdie aspek van *Gillespie* in ooreenstemming is met 'n gereformeerde Romeins-Hollandse regstradisie waarin die begrip *res religiosae* in onbruik verval het, soos onder andere in *Cape Town Waterworks* en *Dibley* gebeur het, dan sou die hof korrek kon wees. In hierdie twee beslissings het die hof dan ook (verkeerdelik na skrywer hiervan se mening) van die standpunt uitgegaan dat die Romeinsregtelike sake-indeling van *res religiosae* as *res extra commercium* reeds in Romeins-Hollandse tye in onbruik verval het.

Vervolgens word teruggekeer na die vraag of die Romeins-Hollandse reg ooit korrek in *Cape Town Waterworks* en *Dibley v Furter* weergegee is. Dit is skrywer hiervan se beskeie mening dat oortuigende argumente hierbo aangevoer is waarom hierdie vraag negatief beantwoord moet word. Hiertoe word later in meer besonderhede teruggekeer en word vervolgens eers weer aandag geskenk aan verdere aspekte van *Gillespie*.

Die Hof lê die formulering van die onderskeie eise in die dagvaarding as volg uit: Dat die eis ten opsigte van die vermoënsregtelike of geldelike verlies op die *Actio Legis Aquiliae*, oftewel die Aquiliese aksie gegrond is terwyl die eis wat op die kwetsing van gevoelens betrekking het die *actio iniuriarum* as grondslag het. Soos reeds genoem, is laasgenoemde eis egter deur eiser laat vaar aangesien dit nóg aktief nóg passief teen die

eksekuteur van verweerder se boedel oordraagbaar was. Gevolglik moes die hof dus slegs die Aquiliese eis bereg.

Die hof se vertrekpunt ten opsigte van hierdie eis is dat daar slegs twee erkende regsgronde is waarop die eiser 'n eis van hierdie aard kon grond, naamlik die bestaan van 'n kontraktuele verbintenis tussen eiser en die eienaar, alternatiewelik 'n geldige en bindende serwituut wat 'n saaklike reg aan die eiser verleen ten opsigte van die oprigting van 'n graftombe in die grond.

Die hof aanvaar dat die eiser wel moontlik kontraktuele regte teen titelopvolgers van die oorspronklike grondeienaar kon uitoefen maar slegs insoverre sodanige opvolgers van die bestaan van daardie kontraktuele verbintenis bewus was. In die onderhawige saak was verweerder egter onbewus daarvan en is sy dus nie deur die oorspronklike kontrak gebind nie.

Sover dit die bestaan van 'n serwituut betref, wys die hof uit dat daar nooit enige bewerings ten opsigte van die bestaan daarvan ten gunste van eiser in die besonderhede van eis gemaak is nie en dat die eis dus in die afwesigheid van eiendomsreg of serwituut as basis ook op hierdie grondslag van die hand gewys moet word.

In verband met die moontlike vestiging van 'n serwituut deur die oprigting van 'n graftombe steun die hof slegs op 'n enkele Romeinsregtelike bron, naamlik D 47 12 5<sup>1143</sup>. Hierdie teks verklaar dat dit Romeinsregtelike praktyk was en dat die wette wat op die verkoop van vaste eiendom van toepassing was, bepaal het dat grondeienaars wat graftombes opgerig het op hul grond toegang tot sodanige tombes behou het, selfs na die verkoop van die betrokke grond. Sodanige eienaars het toegangsreg oor die grond van die nuwe eienaar behou, asook die reg van vergadering rondom die

---

<sup>1143</sup> Verkeerdelik na verwys as D 17 12 5.

betrokke graftombe vir doeleindes van die hou van begrafnis-seremonies en rituele.

Aangesien die eiser in *Gillespie* egter nie gekwalifiseer het as 'n vorige eienaar van die betrokke grond nie was hy volgens die hof dus nie geregtig op die regte waarna in D 47 12 5 verwys word nie.

Met laasgenoemde bevinding van die hof kan daar op grond van D 47 12 5 feitlik geen fout gevind word nie. Nogtans is skrywer hiervan van mening dat die hof 'n wye spektrum van restante Romeinsregtelike tekste oor die hoof gesien het asook D 47 12 5 foutiewelik uitgelê het. Dit is wel so dat die toegangs- en seremoniële regte waarna in D 47 12 5 verwys word uitdruklik aan (slegs) vorige grondeienaars verleen word. Die vraag ontstaan egter wat die aard van die regsbron is waaruit hierdie begrawingsregte spruit. Spruit dit voort uit hoofde van die *vorige eiendomsreg* of uit hoofde van serwituut of ander saaklike reg, soos dit wil voorkom die hof in *Gillespie* aanvaar het, of is dit dalk kontraktuele regte?

In die eerste plek maak D 47 12 5 geen gewag van serwitute nie. Inhoudelik is daar niks in die teks wat enige aanduiding gee dat dit die bedoeling van die outeur van die teks<sup>1144</sup> is dat die teks enigsins met serwitute in verband gebring moet word nie. Tweedens is die teks ook nie afkomstig vanuit een van die *Digesta*-boeke of titels wat spesifiek serwitute as onderwerp behandel nie.<sup>1145</sup>

Skrywer hiervan is van mening dat geeneen van die regsfigure waarna die hof verwys het toepaslik is nie en dat die hof gewoon hier gedwaal het. Die regte kan sekerlik nie spruit uit hoofde van eiendomsreg of vorige eiendomsreg nie. Eersgenoemde, dit wil sê eiendomsreg van die verkoper bestaan glad nie meer na die verkoop en oordrag van die grond aan die nuwe eienaar nie. Laasgenoemde, dit wil sê vorige eiendomsreg verleen

---

<sup>1144</sup> Die Romeinse juris Pomponius.

<sup>1145</sup> Byvoorbeeld D 8 1, *De servitutibus*; D 8 2, *De servitutibus praediorum urbanorum*; D 8 3, *De servitutibus praediorum rusticorum* ensovoorts.

nie sonder meer enige erkende regte in enige konteks aan enigiemand nie.

Is dit dan dalk 'n *ius in re aliena* of saaklike reg in die grond van 'n ander? Die probleem hiermee is dat die Romeinse reg, en inderdaad ook die huidige Suid-Afrikaanse reg, geen saaklike regte in hierdie verband erken het nie. Dit kon byvoorbeeld nie sewituueregte wees nie, eerstens omdat die Romeinse begrawingsreg oor die algemeen nie die oprigting of bestaan van 'n graftombe as 'n serwituut in enige vorm beskou het nie. Volgens Romeinse reg het die oprigting van 'n graftombe in grond inderdaad enige bestaande serwiture uitgewis eerder as wat dit 'n serwituut gevestig het.<sup>1146</sup> D 47 12 5 kan ook nie sodanig uitgelê word as sou dit na kontraktuele regte van die vorige eienaar verwys nie. So 'n uitleg sou geweld aan die teks self doen.

Skrywer hiervan se gevolgtrekking is dus dat D 47 12 5 'n derde vorm van regsbron vir hierdie regte postuleer naas die tradisionele saaklike regte soos eiendomsreg en serwiture aan die een kant en kontraktuele regte aan die ander kant, soos wat die uitgangspunt van die hof in *Gillespie* was. Dit word aan die hand gedoen dat D 1 1 2 die antwoord op hierdie knelvraag bied. Dit verdeel die reg in die wye sin in die publiekreg<sup>1147</sup> aan die een kant en die privaatre<sup>1148</sup> aan die ander kant. Die publiekreg word volgens dié bron ingedeel in die reg met betrekking tot heilige sake, die reg met betrekking tot priesterlike sake asook die reg wat op magistrature van toepassing is.<sup>1149</sup> Die *publicum ius* was die *ius quod ad statum reipublicae spectat*<sup>1150</sup>, dit wil sê die publiekreg was daardie gedeelte van die reg wat betrekking het op die welsyn van die staat en een van die drie

---

<sup>1146</sup> D 18 1 22. Vgl hfst 2 4 hierbo.

<sup>1147</sup> *publicum ius*.

<sup>1148</sup> *privatum ius*.

<sup>1149</sup> D 1 1 2: *Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*; Sandars 1917: Inst 1 1 4.

<sup>1150</sup> D 1 1 2; Inst 1 1 4.



belangrike onderdele daarvan was die reg wat op gewyde of heilige sake soos begraafplase betrekking gehad het.<sup>1151</sup>

Om terug te keer na die hof se hantering van D 47 12 5 in *Gillespie* wil skrywer hiervan aan die hand doen dat die vorige grondeienaar aan wie nog steeds begrawingsregte in die vorm van besoekregte en seremoniële regte ná die verkoop van sy grond toegekome het, sodanige regte aan die bepalings van die Romeinse publiekreg ontleen het en geensins uit enige privaatregtelike bron soos die hof van mening was nie.

'n Verdere punt van kritiek op die *Gillespie*-beslissing is dat daar skynbaar geen ag geslaan is op ander relevante *Digesta*-tekste bo en behalwe D 47 12 5 nie. Na skrywer hiervan se mening toon hierdie restante tekste duidelik aan dat dit nie slegs 'n vorige grondeienaar was wat beskerming van sy regte soos in D 47 12 5 uiteengesit, geniet het nie. Die restante *Digesta*-tekste het soortgelyke beskerming aan ander grafoprigters of familieledede van 'n persoon wat begrawe is, verleen as wat D 47 12 5 aan die vorige grondeienaar verleen het. Sodanige regte het hul ontstaan en beskerming gevind, nie in privaatregtelike bronne soos eiendomsreg, serwituut of kontrak nie maar in die publiekreg, meer spesifiek die *ius sacrorum* oftewel die reg wat op heilige sake van toepassing was. Soos die publiekreg toegangsregte tot openbare sake soos die strand, die see of publieke paaie gereel het, het die *ius sacrorum* wat 'n onderdeel van die *ius publicum* was<sup>1152</sup> sake soos graftombes en begraafplase gereel.<sup>1153</sup>

Die bestaan en toepaslikheid van die misdad *violatio sepulchri* dien ook ter ondersteuning van bogenoemde argument. Soos in die Romeinse reg word publiekregtelike beginsels wat op *violatio sepulchri* betrekking het nog steeds in die moderne Suid-Afrikaanse reg toegepas, alhoewel geredelik toegegee moet word dat daar in die Suid-Afrikaanse regspraak

---

<sup>1151</sup> *Ius in sacris*.

<sup>1152</sup> D 1 1 2.

<sup>1153</sup> D 1 1 2.

'n klemverskuiwing na privaatregtelike beginsels plaasgevind het. In hierdie verband word verwys na gewysdes soos *Cape Town Waterworks, Dibley v Furter, Gillespie* en nog meer.

Vervolgens word enkele Romeinsregtelike tekste oorweeg ter ondersteuning van bogenoemde betoog dat bo en behalwe D 47 12 5 daar nog restante tekste is wat min of meer dieselfde, of ten minste dan vergelykbare begrawings- en toegangsregte aan nie-vorige grondeienaars verleen het as wat D 47 1 2 5 aan vorige eienaars toegeken het.

D 8 5 1 werp lig op die verhouding tussen 'n graftombe in die grond van 'n grondeienaar en die eiendomsreg van daardie grondeienaar, asook die aangeleentheid van toegangsregte tot die betrokke graftombe. D 8 5 1 bepaal: *...actiones de servitutibus rusticis sive urbanis eorum sunt, quorum praedia sunt: sepulchra autem nostri dominii non sunt: adquin viam ad sepulchrum possumus vindicare* – “Die regsaksies wat op landelike of stedelike serwiture betrekking het, behoort aan hulle aan wie die betrokke grondstukke behoort. Graftombes val nie binne ons eiendomsreg nie, maar is ons egter steeds by magte om toegangspaaie te vindiseer”.<sup>1154</sup>

Bogenoemde teks is na skrywer hiervan se mening afdoende bewys dat 'n graftombe, anders as wat in *Cape Town Waterworks* en daaropvolgende beslissings aanvaar is, gemeenregtelik nooit as 'n serwituut in die grond van 'n ander persoon beskou is nie.

In D 8 5 1 word daar drie sake onderskei: Eerstens die grond (*praedia*) self waarin 'n graftombe geleë is, tweedens die graftombe (*sepulchra*) as sulks wat in daardie grond geleë is en derdens toegangsregte na die betrokke graftombes (*viam ad sepulchrum*).

---

<sup>1154</sup> Dit wil sê die reg op die gebruik van toegangspaaie kan steeds gevorder word met die aksie gerig op die beskerming van die eiendomsreg.

Die *rei vindicatio* was beskikbaar vir die behoud en beskerming van die grond asook die toegangsregte tot die graftombe. Wat die *sepulchra* as sulks betref was dit egter nie die geval nie.

D 8 5 1 stel dit bo twyfel dat die serwituutaksies ter beskerming van stedelike sowel as landelike serwiture aan die grondeienaar toegestaan word maar dat dieselfde beginsel nie geld sover dit graftombes aangaan nie, en die rede hiervoor is dat 'n graftombe nie vatbaar vir eiendomsreg is nie. D 8 5 1 is dus onversoenbaar met die idee dat die bestaan van 'n graftombe op die grond van 'n ander persoon in die Romeinse reg met die bestaan van 'n serwituut geassosieer kan word, soos in *Gillespie* bevind is. Dat die vestiging van 'n graftombe in die grond van 'n ander persoon nie die vestiging van 'n serwituut daargestel het nie word ook deur D 8 4 4 bo twyfel gestel.<sup>1155</sup> Volgens hierdie teks is dit nie toelaatbaar dat daar in 'n ooreenkoms gestipuleer word dat 'n grafmonument nie bokant 'n sekere hoogte gebou sou word nie aangesien 'n grafmonument 'n *res religiosa* is wat buite die bestek van die menslike reg oftewel die privaatreg val. Dieselfde beginsel geld ten opsigte van 'n privaatregtelike stipulasie dat 'n sekere aantal menslike liggame op een plek begrawe moet word. Bogenoemde tipe stipulasie was sonder meer nietig. Dit is dus opmerklik dat die regs aard en wese van graftombes as sake wat buite die perke van die privaatreg of menslike reg val nie te versoen is met die Romeinsregtelike idee van 'n serwituut nie, anders as wat in *Gillespie* aanvaar is.

Nog 'n beduidende Digesta-tekst is D 8 4 11<sup>1156</sup> wat bepaal dat 'n grondeienaar nie toegelaat is om 'n plek langs 'n rivier (of selfs bo-op 'n onderaardse rivier) *religiosus* te maak deur die oprigting van 'n graftombe nie waar sodanige graftombe bestaande serwiture sou uitwis.

---

<sup>1155</sup> D 8 4 4 : *Caveri, ut ad certam altitudinem monumentum aedificetur, non potest, quia id quod humani iuris esse desiit, servitutum non recipit : sicut ne illa quidem servitus consistere potest, ut certus numerus hominum in uno loco humetur.*

<sup>1156</sup> D 8 4 11 : *...et ideo nec secundum rivum nec supra eum ( si forte sub terra aqua ducatur ) locum religiosum dominus soli facere potest, ne servitus intreat.*

As vertrekpunt kan geneem word die feit dat 'n grafperseel of graftombe nooit met heiligheid of religiositeit beklee is alvorens daar nie aan sekere vereistes voldoen is nie.<sup>1157</sup> Daar is gemerk dat 'n graftombe as 'n algemene reël nie regmatiglik opgerig kon word sonder toestemming van die grondeienaar nie.<sup>1158</sup> Die eienaar self is egter ook nie toegelaat om 'n graf in sy eie grond aan te bring sonder toestemming van sekere belanghebbendes wat oor sekere saaklike regte in sy grond beskik het nie, soos byvoorbeeld 'n mede-eienaar, 'n vruggebruiker of 'n serwituuthouer.<sup>1159</sup> Daar is ook gemerk dat indien daar aan al die oprigtingsvereistes voldoen is 'n graf of graftombe met heiligheid beklee is en dat dit permanent onder beskerming van die goddelike reg, oftewel die *divinum ius* of die *ius sacrorum* as deel van die publiekreg<sup>1160</sup> gestaan het. Skending van so 'n graf deur enigiemand hoegenaamd, insluitende die grondeienaar of selfs die grafoprigter, was strafbaar as *violatio sepulchri* oftewel grafskennis.<sup>1161</sup>

Dit is ook nie slegs die grondeienaar of die grafoprigter self wie se regte beskerm is nie. Die fisiese graf of graftombe as sulks is ook op 'n ewigdurende basis deur die bepalings van die publiekreg beskerm, wat insluit die strafregtelike voorskrifte onderliggend aan die misdaad *violatio sepulchri*. Toegangsregte as sulks tot 'n reeds gevestigde graftombe in die grond van 'n ander is weer deur sivilregtelike beginsels gereguleer.

Waar 'n persoon dus oor 'n graftombe in die grond van 'n ander beskik het maar op geen sivilregtelike toegangsreg tot sodanige tombe kon aanspraak maak nie het 'n keiserlike reskrip<sup>1162</sup> bepaal dat sodanige persoon deur 'n buitengewone proses by 'n magistraat om 'n *precarium* kon aansoek doen. 'n *Precarium* is 'n vergunning wat nie op

---

<sup>1157</sup> Sien hfst 2 2 hierbo.

<sup>1158</sup> D 11 7 2 1.

<sup>1159</sup> D 11 7 2 7; D 11 7 2 8.

<sup>1160</sup> *publicam ius*.

<sup>1161</sup> D 47 12 *De sepulchro violato*.

<sup>1162</sup> Reskrip van keiser Antoninus en sy vader.

privaatregtelike regte nie maar op die wil van 'n ander persoon gebaseer is.<sup>1163</sup> Die *precarium* is gewoonlik teen 'n billike prys en met die geringste moontlike ongerief vir die grondeienaar toegestaan.<sup>1164</sup> Hierdie praktyk het daartoe gelei dat toegangsregte tot 'n graftombe gewoonlik<sup>1165</sup> eenvoudig maar deur die betrokke grondeienaar self verleen is.<sup>1166</sup> 'n Grondeienaar kon egter ook toegangsregte tot 'n graftombe by wyse van die serwitute van *iter* of via aan belanghebendes verleen. Sodanige regte is nooit deur onbruik verloor nie.<sup>1167</sup>

Hierdie beginsel is deur die Romeins-Hollandse reg geresipieer en ook uitgebrei sodat alle nood-toegangsregte tot eiendom, *religiosus* of profaan, op 'n latere stadium daarvolgens vasgestel is.<sup>1168</sup>

Nogtans moet beklemtoon word dat hierdie toegangs- en grafbesoekregte asook seremoniële regte nooit oor die boeg van die vestiging van 'n serwituut deur begraving gegooi is, soos die hof in Gillespie gepoog het om te doen in die uitleg van D 47 12 5 nie.

#### 11.4 GILLESPIE EN DIE *ACTIO DE SEPULCHRO VIOLATO*

In die Romeinse reg was die Aquiliese aksie nie beskikbaar in gevalle waar skade wederregtelik aan 'n graftombe aangerig is nie. Dit is onwaarskynlik dat die Romeins-Hollandse reg enigsins anders daarna sou uitgesien het. Die vraag ontstaan dan welke aksie, indien enige, wel teen die wandader aangewend kon word.

---

<sup>1163</sup> Burrows 1944: vol 10 318.

<sup>1164</sup> D 11 7 12 pr.

<sup>1165</sup> D 47 12 2 *Si sepulchrum quis diruit cessat Aquilia* – “Waar enigiemand 'n graftombe vernietig het, is die Aquiliese aksie nie beskikbaar nie.

<sup>1166</sup> D 11 7 12 pr.

<sup>1167</sup> D 8 6 4 : *Iter sepulchro debitum non utendo numquam amittitur*. Daar bestaan geen rede waarom toegangsregte nie dmv die serwituut van *via* verleen kon word nie. Toegangsregte was immers profane sake wat vrylik aan privaatregtelike verkeer onderwerp kon word.

<sup>1168</sup> Resepsie in die Romeins-Hollandse reg het dmv 'n aantal plaaslike verordeninge plaasgevind : Van der Keessel 1961: 2 35 7 & 8; Van Warmelo ea 1961: 151; Van Leeuwen 1662: 2 14 34.

Dit wil voorkom of daar in die vroeë Suid-Afrikaanse regspraak soos *Cape Town Waterworks, Dibley v Furter* en *Gillespie* waar beslis is dat die *actio sepulchri violati*, synde 'n populêre en strafaksie, in onbruik verval het 'n dwaling ingetree het. Skrywer hiervan is van mening dat die probleem grootliks toe te skryf is aan die feit dat die hof in laasgenoemde beslissings geen onderskeid getref het tussen die twee verskynings- of aanwendingsvorme van die *actio sepulchri violati* nie, naamlik die wyd geformuleerde *actio sepulchri violati* aan die een kant, soos onderskei van die meer spesifieke *actio de sepulchro violato* aan die ander kant nie.

Skrywer hiervan wil aan die hand doen dat die twee soos volg verskil het: Die *actio sepulchri violati* was 'n wyd-geformuleerde aksie, letterlik die aksie aangaande begrawing of grafskending oor die algemeen.

Die term grafskending of *sepulchri violatio* as sulks is egter ietwat misleidend. Dit het nie slegs betrekking gehad op die fisiese graf self of die fisiese skendingshandeling ten opsigte van 'n graftombe nie.

Die ongemagtigde begrawing van 'n liggaam in die graftombe van 'n ander persoon was byvoorbeeld as grafskending gebrandmerk nieteenstaande die feit dat fisiese beskadiging of skending nie noodwendig betrokke was nie.<sup>1169</sup> Dieselfde het gegeld ten opsigte van 'n persoon wat 'n graftombe wederregtelik bewoon het<sup>1170</sup> of wat wederregtelik beslag gelê het op 'n liggaam wat nog slegs vir begrawing bestem was.<sup>1171</sup> Die kerndoel van die *actio sepulchri violati* in die wye sin was die bevegting van alle handeling wat neergekom het op die ontsegging van enige persoon van begrawing, wat een van die ernstigste vergrype in geheel die begrawingsreg was. Die grondbeginsel van die Romeinse begrawingsreg was *ne corpora insepulta*

---

<sup>1169</sup> D 47 12 3 2.

<sup>1170</sup> D 47 12 3 6.

<sup>1171</sup> D 47 12 3 7.

*iacere liceat* – “dat dit ontoelaatbaar was dat liggame onbegrawe moes lê”.<sup>1172</sup>

Die tekste maak egter nie slegs gewag van die *actio sepulchri violati* in die konteks soos hierbo verduidelik nie, maar verwys ook na hierdie aksie in 'n ander aanwendingsverband of -konteks as die *actio de sepulchro violato*. Laasgenoemde is nie 'n aksie wat in die eerste plek te doen het met die algemene begrip *grafskending* soos die geval is met die algemene *actio sepulchri violati* nie. Hier het die aksie te doen met 'n geval van *sepulchro violato*, wat beteken 'n reeds geskende of inderdaad geskende graftombe. Hier is die aksie dus meer spesifiek en beperk as die wyd geformuleerde *actio sepulchri violati*.

Dit is skrywer hiervan se beskeie mening dat dit na hierdie aksie is waarna D 47 12 9 soos volg verwys: *De sepulchro violato actio quoque pecuniaria datur*<sup>1173</sup>. Die frase *actio quoque pecuniaria datur* in D 47 12 9 wat letterlik beteken: “word 'n geldelike aksie ook toegestaan”, bevestig die betoog soos hierbo uiteengesit.

Skrywer hiervan doen aan die hand dat die term *pecuniaria* in D 47 12 9 dit duidelik stel dat hier nie 'n blote strafgerigte- of populêre aksie onder oorweging is nie maar wel 'n geldelike vergoedingsaksie ten opsigte van 'n spesifieke beskadigde graftombe.

Hierbo is gemerk dat D 47 12 2 bepaal dat in gevalle waar 'n graf geskend is, *Aquilia cessat*, dit wil sê die Aquiliese aksie se toepassingsveld letterlik tot 'n einde kom – *cessat*. Hiervandaan is dit die *actio de sepulchro violato* (let wel, nie in die vorm van die algemene *actio sepulchri violati* nie) wat van toepassing is vir die vordering van geldelike interesse of verlies.

---

<sup>1172</sup> D 47 12 8.

<sup>1173</sup> 'n Aksie vir 'n geldelike eis word ook toegestaan ten opsigte van grafskending.

Daar word verder ook aan die hand gedoen dat dit na dieselfde aksie is waarna D 47 12 3 verwys.<sup>1174</sup> Hierdie teks stel dit duidelik dat dit hier gaan oor 'n *sepulchrum violatum*, dit wil sê 'n (reeds) beskadigde graftombe en nie oor die wyer vorms van grafskending waarop die algemene *actio sepulchri violati* van toepassing is nie. Die praetor kon in so 'n geval 'n skadevergoedingsbedrag wat hy billik geag het, toestaan.

Dit blyk duidelik dat die *actio de sepulchro violato* van praetoriese oorsprong is aangesien die teks 'n direkte aanhaling uit die praetoriese edik oftewel die *Edictum Perpetuum* bevat. Die aksie hier ter sprake is ook geensins 'n sogenaamde *actio popularis* nie. Die rede hiervoor blyk uit die teks self en dit is dat hierdie aksie wel 'n spesifieke persoon of begunstigde toekom. Die aksie word verleen *ad quem pertineat* – aan die persoon wat (ten nouste) deur die grafskending geraak word. Hierdie persoon is egter wel deur die Romeinse substantiewe reg geïdentifiseer en is dit óf die erfgenaam van die oorledene óf die naaste bloedverwante. Dit is hierdie persone wat voor enigiemand anders op die reg kon aanspraak maak om die oorledene te begrawe en wat sodoende vir hulself begrafniskoste in die vorm van 'n kis, heining, grafsteen, ensovoorts op die hals gehaal het.

Die *actio de sepulchro violato* het in die eerste plek , of van meet af aan nie tot beskikking van die algemene publiek gestaan nie, vandaar skrywer hiervan se betoog dat dit nie 'n (suiwer) populêre of openbare aksie was nie. Die populêre aspek van die aksie was subsidiêr of ondergeskik aan die individuele aspek of dimensie daarvan. Dit is derhalwe skrywer hiervan se beskeie mening dat die hof verkeerdelik in *Gillespie* aanvaar het dat die *actio de sepulchro violato* in onbruik verval het aangesien dit die lot van alle sogenaamde populêre aksies van die Romeinse reg was.

---

<sup>1174</sup> D 47 12 3: *Praetor ait: 'Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicitur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur. Si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: cuicumque agere volet, ei centum aurorum actionem dabo'.*



Die *actio de sepulchro violato* was nie 'n suiwer populêre aksie in die sin dat dit beskikbaar was op 'n *first come first serve* basis aan die eerste lid van die *populus* of die publiek wat na vore getree het nie. Dit was 'n persoonlike oftewel individuele aksie in die sin dat dit in die eerste plek bepaalde of spesifieke persone wat identifiseerbaar was, naamlik die erfgename of familieledede van 'n oorledene, toegekom het. Die dwaling van die hof in hierdie opsig was dus 'n wesenlike dwaling en behoort *Gillespie* nie as bindende gesag of presedent in hierdie verband te dien nie.

D 47 12 9 stel dit ook duidelik dat dit 'n billikheidsaksie<sup>1175</sup> is wat hier onder oorweging is. Die rede daarvoor is volgens skrywer hiervan tweevoudig: In die eerste plek het die aksie sy oorsprong in die praetoriese edik, so genoem omdat dit deur die *praetor*, 'n magistraat wat billikheidsaksies verleen het, beskikbaar gestel is. In die tweede plek het hierdie aksie as't ware die trefwydte van die gewone en welbekende *actio legis Aquiliae*, die Aquiliese aksie, uitgebrei of aangevul.

Hierbo is gemerk dat ingevolge D 47 12 2 die Aquiliese aksie nie beskikbaar is nie in gevalle waar grafskending wat reeds plaasgevind het, ter sprake was - *cessat Aquilia*. Die Aquiliese aksie was van toepassing op *damnum iniuria datum*, rofweg deliktuele skade. In die geval van grafskending is dit egter nie 'n gewone saak wat onder sivilregtelike beskerming staan wat ter sprake is nie. Soos alreeds aangetoon, het hierdie tipe saak publiekregtelike beskerming geniet - die beskerming van die *ius sacrorum*. Dit was *res divini iuris*. Na skrywer hiervan se mening is hierdie tipe saak *res sui generis*, oftewel eiesoortig.

Billikheidsoorwegings vereis egter dat die leemte wat deur die onbeskikbaarheid van die Aquiliese aksie gelaat word, aangevul moet word. Hierdie rol word vervul deur die *actio de sepulchro violato* en om hierdie rede bestempel D 47 12 3 dan ook laasgenoemde aksie as 'n *actio*

---

<sup>1175</sup> *Actio de bono et aequo*.

*in factum*.<sup>1176</sup> Dit is 'n uitgebreide of verlengde aksie wat om billikheidsredes op grond van die feite van die besondere geval, wat nie deur siviëlregtelike regsmiddels (die Aquiliese aksie) gedek word nie, deur die praetor verleen word.<sup>1177</sup>

Die verband wat bogenoemde argument hou met die *Gillespie*-saak en die beslissings wat dit vooraf gaan, is dat in *Gillespie* die ware individuele aard van die *actio de sepulchro violato* nooit werklike oorweeg is nie en die hof alleenlik maar grafskending in die wye sin van die woord, wat deur die wyere *actio sepulchri violati* gedek word, in gedagte gehad het. Die hof het dus die individuele en preferente beskikbaarheid van die *actio de sepulchra violato*, insoverre dit erfgename en bloedverwante betref, oor die hoof gesien en die aksie sonder meer as 'n (volle) populêre aksie beskou. Omdat daar gesag bestaan het vir die uitgangspunt dat die Romeinsregtelike populêre aksies, wat volgens die hof die *actio sepulchri violati*<sup>1178</sup> insluit, in onbruik verval het, wys die hof gevolglik die eis van die hand.

Skrywer hiervan is respekvol van mening dat hierdie benadering van die hof 'n ernstige regsdwaling daarstel wat tot verreikende gevolge in die Suid-Afrikaanse regspraak aanleiding gegee het. Dit het ook 'n litigant regshulp ontsê in omstandighede waar billikheidsoorwegings ten minste

---

<sup>1176</sup> 'n *Actio in factum* oftewel 'n feitlike aksie was 'n regsaksie gebaseer op feite analoog aan feite wat deur 'n siviëlregtelike aksie gedek was. In hierdie geval is die regsaksie die *actio legis aquiliae* terwyl die feitlike aksie die *actio de sepulchro violato* was.

<sup>1177</sup> In D 1 1 7 1 word die treffende en beroemde definisie van die praetoriese reg oftewel die billikheid soos deur *Papinianus* geformuleer, aangetref: Die praetoriese reg is daardie reg wat deur die praetors in die lewe geroep word om die *ius civile* oftewel die streng Romeinse burgerlike reg by te staan, aan te vul en reg te stel. Vgl Mc Gregor 1938: 1. Van Zyl 1991b: 108 toon aan dat omdat billikheidsbeginsels deel van die breë Romeinse burgerlike reg gevorm het, het *Cicero Topica* 5 28 billikheid ingesluit by sy definisie van die reg. *Ius Civile.....in legibus senatus consultus rebus iudicatis iuris peritorum auctoritate, edictus magistratum, more, aequitate consistat* – "Die burgerlike reg bestaan uit wetgewing, senaatsbesluite, regterlike president, die gesag van regsgeleerdes, magistraatsedikte, gewoonte en billikheid." Die juris *Paulus* het ook in D 1 1 11 geskryf dat *.....id quod semper aequum et bonum est ius dicitur, ut est ius naturale* – "dit wat altyd goed en billik is, word die reg genoem, soos byvoorbeeld die natuurreg".

<sup>1178</sup> Let wel, nie die *actio de sepulchro violato* nie.

die toestaan van een of ander vorm van verligting vereis het. Daar was tog wel 'n billikheidsaksie in die vorm van die *actio de sepulchro violato* beskikbaar. Billikheidsaksies is juis deur die *praetor* ontwerp vir gevalle waar 'n sivilregtelike aksie ontbreek het of ontoereikend was, soos in die geval van *Gillespie*. Dit is ook welbekend aan regshistorici dat regsaksies dikwels uit die beginsels van billikheid ontwikkel.<sup>1179</sup>

Dit is dus ietwat ironies dat die Romeinse reg alreeds die trefwydte van die Aquiliese aksie uitgebrei het deur die toestaan van 'n billikheidsaksie in die vorm van die *actio de sepulchro violato* terwyl 'n Suid-Afrikaanse Hof in die 20ste eeu, naamlik in *Gillespie* nie bereid was om hierdie stap te neem nie nieteenstaande die feit dat eiser se advokaat betoog het dat uitbreiding die gewenste stap sou wees.

Artikel 39(2) van die Grondwet maak sodanige uitbreiding nie alleen moontlik nie<sup>1180</sup> maar ook gewens. Skrywer hiervan wil aan die hand doen dat die howe voortaan verligting langs hierdie weg aan litigante in die posisie van *Gillespie* sal toestaan.

Daar bly egter nog 'n aspek van *Gillespie* oor wat oorweging vereis. Die rasionaal van die *Gillespie*-beslissing was die feit dat die betrokke grafsteen en ringmuur wat beskadig was glad nie meer die eiendom van die eiser was nie maar wel dié van die verweerder. Die hof het bevind dat die Romeinsregtelike begrip *res religiosae* oftewel *res divini iuris* reeds in Romeins-Hollandse tye in onbruik verval het en dat graftombes ten volle aan die eiendomsreg van die grondeienaar onderworpe was. Hierdie regsposisie word dan ook deur die hof as geresipieerde Suid-Afrikaanse reg aanvaar.

---

<sup>1179</sup> Van Eikema Hommes 1971: 31 33.

<sup>1180</sup> Artikel 39(2) van die Grondwet bepaal dat wanneer dit enige wetgewing uitlê en wanneer dit die gemenerereg of gewoonterereg ontwikkel, elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte moet bevorder.

Met respek, dit klink kunsmatig om te argumenteer, soos die hof in *Gillespie* gedoen het, dat geen verligting aan die eiser beskikbaar gestel kon word nie op grond van die feit dat verweerder as grondeienaar deur die proses van aanhegting (*accessio*) self eienaar van die grafsteen en heining geword het en daarmee na goeddunke kon handel. Hierbo is reeds aangedui dat die *accessio*-konstruksie van eiendomsverkryging in die Romeinsregtelike tradisie nooit op graftombes van toepassing was nie en gaan die hof dus hier van 'n foutiewe vertrekpunt uit.

Hierdie vertrekpunt was nie slegs regtens te betwyfel nie maar het ook te kort geskiet aan noodsaaklike piëteits- en billikheidsoorwegings waarop die eiser regmatiglik kon steun. Na skrywer hiervan se mening was die beslissing regtens ongesond omdat die Aquiliese aksie reeds in Romeinsregtelike tye uitgebrei is om presies die onderhawige tipe geval te dek. Die *actio de sepulchro violato* was 'n *actio in factum* sowel as 'n *actio in aequum et bonum concepta*<sup>1181</sup> wat spesifiek deur die praetor ontwikkel is met die feitekompleks van 'n geval soos *Gillespie* in gedagte.

#### 11.5 BEGRAAFPLEKKE IS SAKE *SUI GENERIS*

Ter afsluiting van hierdie aspek van onderhawige studie wil skrywer hiervan ter oorweging gee dat grafte en begraafplase in die Suid-Afrikaanse hedendaagse reg, soos in die Romeinse-, Romeins-Hollandse- en Kanonieke reg, nie slegs 'n unieke regsposisie beklee nie maar ook uniek van aard, dit wil sê *sui generis* is.

Begraafplase en graftombes is nie sake wat uitsluitlik of ten volle deur die algemene, grootliks logiese beginsels van die siviele reg oftewel die privaatreë gereël word nie. Dit was nog altyd die geval dat die siviele reg, die religie of godsdienst, asook godsdienstige en kulturele oortuiging 'n

---

<sup>1181</sup> 'n Aksie wat ontstaan het uit beginsels van goedheid en billikheid.

delikate balans gehandhaaf het insoverre dit begrawing en begraafplase aangaan.<sup>1182</sup>

Alhoewel dit ongetwyfeld 'n feit is dat die Protestantse hervorming 'n beduidende mate van sekularisering van die sogenaamde heilige of gewyde sake teweeggebring het, moet gewaak word teen die algehele ontkenning of negering van godsdienstige en kulturele waardes.

Calvyn, sowel as die meerderheid van juriste van Gereformeerde tradisie, het nooit sover gegaan as om die Christelike of selfs universele basis van eerbied vir die menslike graf naamlik die leer van die wederopstanding, die skepping van die mens in die beeld van God en die ewige lewe af te sweer nie. Die laaste rusplek van die mens is eenvoudig net nie oor dieselfde kam geskeer as 'n pot, 'n ketel of selfs 'n profane stuk grond of gebou nie.

Die Kanonieke reg oefen tans nog steeds gesag oor begraafplase en grafte<sup>1183</sup> uit soos in hoofstuk III hierbo opgemerk is en bestaan daar geen rede om te aanvaar dat die Gereformeerde of Protestantse kerke nie gevestigde Christelike tradisie en praktyke in een of ander vorm, en tot een of ander mate voortgesit het of dit tans nog steeds doen nie.

Afgesien van die historiese en tekstuele gronde vir die argument hierbo dat dit waarskynlik nie die bedoeling van die Romeins-Hollandse juriste was om volle eiendomsreg of *dominium* in die klassieke sin van die woord in graftombes as sulks te erken nie en hierdie sake in daardie sin vatbaar te verklaar vir verkoop en oordrag nie, bestaan daar ook logiese gronde vir hierdie uitgangspunt.

Dit kan verduidelik word deur middel van die retoriese vraag waarom of om welke rede, en met watter doel 'n individuele graftombe ten volle

---

<sup>1182</sup> Vgl hfst 2 9 hierbo.

<sup>1183</sup> Sien Codex Iuris Canonici 1983: 4 3 1 waar gewyde plekke oor die algemeen gereguleer word. Begraafplase word in 4 3 5 behandel. Canon Law Society 1983: 216.

vatbaar sou wees vir eiendomsreg, vir kooptransaksies of vir ander vorme van verhandelbaarheid? Reeds in die bespreking van die Romeinse reg<sup>1184</sup> is daarop gelet dat die groter stuk grond soos die plaas waarin graftombes en grafte geleë was deur die gewone beginsels van eiendomsreg en die verkoop of oordraagbaarheid daarvan gereguleer is. Sodanige grond het profaan of *locus purus* gebly nieteenstaande die aanwesigheid van grafte daarin. Enige debat aangaande die vatbaarheid vir eiendomsreg van graftombes moet dus streng geskei word van 'n debat oor die eiendomsreg of verhandelbaarheid van sodanige omringende of aangrensende profane grond.

Reeds in die Romeinse reg is daar egter ook 'n onderskeid getref tussen die sogenaamde *ius sepulchri*, ook soms na verwys as die *ius inferendi*, dit wil sê die reg om 'n liggaam in 'n stuk grond of graftombe te begrawe aan die een kant en die graftombe as sulks aan die ander kant. Eersgenoemde was wel aan familieledede of erfgename oordraagbaar terwyl dit laasgenoemde was wat onder nie-vatbaarheid vir eiendomsreg en handelstransaksies gebuk gegaan het.

In die voorafgaande hoofstukke is ook gemerk dat die kanonieke reg<sup>1185</sup> sowel as die Middeleeuse<sup>1186</sup> en latere Westerse regstelsels die oordraagbaarheid en vervreembaarheid van die *ius sepulchri* erken het nieteenstaande die feit dat graftombes as sulks as nie-vatbaar vir eiendomsreg beskou is.

Vroeër in hierdie hoofstuk is gepoog om aan te toon dat dit ook presies was wat Voet en ander Romeins-Hollandse juriste voorgestaan het. Skrywer hiervan het probeer uitwys dat die tekse van die Hollandse juriste wat met die eerste oogopslag volle eiendomsreg en verhandelbaarheid

---

<sup>1184</sup> Hfst 2 hierbo.

<sup>1185</sup> Hfst 3 hierbo.

<sup>1186</sup> Hfst 4 hierbo.

aan graftombes of begraafplase as sulks toeken, onderworpe aan bogenoemde belangrike gebruiksbepanking uitgelê behoort te word.

Dit is ter logiese ondersteuning van hierdie argument dat die vraag geopper word om welke rede, anders as begraving, sou 'n persoon eiendomsreg asook die reg van vrye verhandeling en verkoop van 'n graftombe besit? Indien mens byvoorbeeld na 'n enkel-graftombe, dit wil sê 'n graftombe wat vir 'n enkeling gebou is en waarin daardie enkeling alreeds begrawe is kyk, maak dit weinig sin om aan die eienaar van die groter stuk grond eiendomsreg van enige aard in daardie graftombe toe te ken. Die strafregtelike sowel as die siviëlregtelike bepalinge van die Romeinse- sowel as die Romeins-Hollandse reg het dit net nie verdra nie. Die sogenaamde eienaar van die graftombe was regtens nie by magte om sy eiendom te beskadig, te ontsier of selfs te "onteer" nie. Hierdie aspek is reeds vroeër bespreek.

Dit sou ook nie sin maak dat sodanige *eienaar* die graftombe vir kommersiële redes verkoop of andersins vervreem nie aangesien 'n graftombe slegs onderhewig aan die begrawingsdoel en begrawingsgebruik vervreem kon word. Die dilemma word in so 'n geval verdiep deur die feit dat die begrip graftombe noodwendig inhou dat ten tyde van die koop of ander vervreemdingstransaksie daar reeds 'n liggaam in die betrokke graf begrawe is. Nóg die Romeinse-, nóg die Romeins-Hollandse reg het die bevoegdheid aan die sogenaamde *eienaar* van die graf verleen om sonder meer die graftombe te vernietig of selfs te open, die liggaam te verwyder en die graftombe te *verkoop* asof hy oor volle eiendomsreg daarin beskik het. Anders as wat die hof in beslissings soos *Cape Town Waterworks*, *Dibley* en *Gillespie* aangeneem het, maak dit dus nóg regtens, nóg logies of prakties enige sin om volle eiendomsreg of *dominium* in 'n graftombe te erken.

'n Ongebruikte graftombe weer is geen graftombe in die sin van 'n gewyde of religieuse plek nie. Die begraving van 'n menslike liggam in 'n

grafperseel wat vir begraving bestem was, was nog altyd die belangrikste voorvereiste, eintlik 'n *sine qua non*, vir die juridiese bestaan en erkenning van 'n *res religiosa*.<sup>1187</sup>

By nadere ondersoek en verdere oorweging van die Romeins-Hollandse tekste wat met die eerste oogopslag die teendeel verkondig, sal gemerk word dat al sodanige tekste betrekking het op erf- of familiegraftombes wat in kerkgeboue geleë was soos die Christelike begrawingsgewoonte en –gebruike van die tyd voorgeskryf het. Sulke graftombes was uit die aard van die saak nie vatbaar vir individuele private eiendomsreg nie aangesien dit in kerkgeboue wat meestal ook nog in gebruik was, geleë was. Kerkgeboue het egter die betrokke gemeentes of parogies toegekom en nie private individue nie. Wat meer is, kom dit ook onlogies voor om 'n soort van versnipperde of opgekerfde eiendomsreg aan veelvuldige persone in 'n kerkvloer toe te ken.

Uit die aard van die saak is *erf*- of familiegraftombes egter soms so ingerig dat dit vir begraving van veelvuldige liggame gebruik kon word. Dit mag egter gebeur dat individuele erfgename of familielede, om welke rede ookal, nie in die betrokke graftombe begrawe word nie. In sodanige gevalle vereis praktiese redes dat die *ius sepulchri* of begrawingsreg aan andere oorgedra kan word. Skrywer hiervan het reeds aangevoer dat dit in sodanige gevalle nie eiendomsreg in die graftombe of –kelder self is wat verkoop of oorgedra word nie maar wel die begrawingsreg, oftewel die *ius sepulchri*.

Vanuit 'n blote praktiese oogpunt beskou, bestaan daar weinig verskil tussen transaksies waarin dit die eiendomsreg in graftombes is wat persone "koop" of verkoop en transaksies waarin dit slegs die *gebruiksreg*, oftewel die *ius sepulchri* is wat so verkoop word. In die praktyk word dieselfde effek min of meer bereik aangesien die "verkoopte" grafkelder

---

<sup>1187</sup> Vgl hfst 2 2 hierbo.



nou slegs tot verdere begrawingsgebruik deur ander reghebbendes aangewend kan word. Die benaming of bewoording van die transaksie maak hieraan feitlik geen verskil nie. Die betrokke transaksie stel nie 'n koop van die graftombe as sulks daar slegs omdat die betrokke partye dit (verkeerdelik) so genoem of bewoord het nie. Dit was die beginsels van die objektiewe reg wat bepaal het wat in werklikheid verkoop of van die hand gesit is.

Elke geloof, godsdiensoortuiging of religie beskik oor begrawingsrituele in een of ander vorm. In Suid-Afrika word ten minste drie van die groot gelowe van die wêreld aangetref, naamlik Judaïsme, Islam en die Christelike geloof. Al drie verleen voorkeur aan begrawing as dodeversorgingsvorm bo ander vorme, soos byvoorbeeld verassing.<sup>1188</sup> Al drie is lede van die familie van die sogenaamde Abrahamitiese gelowe. Vanuit hierdie oogpunt gesien, het aanhangers van hierdie verskillende geloofsoortuigings veel in gemeen wat begrawingsgewoontes betref. Die bestek van hierdie studie asook die beskikbare ruimte laat egter nie toe dat die Islamitiese en Joodse tradisie en gewoonte verder ondersoek word nie.

Dit sou onrealisties wees om te verwag dat verouderde terminologie soos *res divini iuris* vandag nog as lewende terme gebruik word om grafte en begraafplase aan te dui. Dit sou egter 'n juiste refleksie van die regsbeginnsels wat op hierdie sake van toepassing is, wees om dit as *res sui generis*, eiesoortige sake of sake in 'n klas van hul eie te klassifiseer. Die unieke en buitengewone regsbeginnsels wat hierdie sake selfs in die moderne reg beskryf en orden, regverdig sodanige klassifisering. Skrywer hiervan sien ook niks verkeerd met die gebruik van die term *res religiosa* in die moderne reg nie.

---

<sup>1188</sup> Vgl *Oudekraal Estates (Pty) Ltd v City of Cape Town and Others* 2004 (6) SA 222 (HHA).

Dit moet by enige bespreking van die begrawingsreg nie uit die oog verloor word nie dat die basis van hierdie reg die byna universele eerbied is wat die mensdom aan die individuele menslike liggaam verskuldig is. Om hierdie rede kan die begraafplaasreg, oftewel die reg met betrekking tot menslike begraafplekke, nooit volkome van die reg met betrekking tot die menslike liggaam self geskei word nie.

Dit was nog altyd regdeur die Westerse regs wereld aanvaar dat die menslike liggaam, voor of na die dood, 'n *res nullius* en dus 'n *res extra commercium* is. Met hierdie gedagte is daar ook weinig fout te vind. Weens die intieme, onlosmaaklike en praktiese verbintenis wat daar tussen menslike liggaam as sulks en graftombe of begraafplaas bestaan, is daar tradisioneel aangeneem dat laasgenoemde regtens onder dieselfde sakeklassifisering as eersgenoemde tuishoort. Soos reeds aangedui, is skrywer hiervan van mening dat die hof in *Cape Town Waterworks* en daaropvolgende beslissings, hierdie intieme verhouding tussen die menslike liggaam en die menslike begraafplek ten onregte ontken of geïgnoreer het. Om bloot vol te hou dat graftombes en begraafplase die grondeienaar waar daardie sake geleë is ten volle in eiendom toekom, ten volle aan kommersiële transaksies onderwerp kan word en ten volle verhandelbaar is, lewer in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg waar godsdiensoortuigings en kulturele praktyke as basiese menseregte beskerm word geen bevredigende resultate op nie.

Die Romeinse keiser Justinianus het met die opstel van sy *Corpus Iurus* in die sesde eeu reeds weggedoen met die idee dat sake aan gode geoffer kan word. Hy het die Romeinse heidense gode met die Christelike God vervang. Nogtans is die bestaan van die sogenaamde *res divini juris*, 'n term wat eenvoudig maar gebruik is om die invloed van religie uit te druk, deur Justinianus en daaropvolgende Christelike keisers en heersers erken, om nie melding te maak van Christelike juriste nie.

Alhoewel dit vandag waarskynlik onvanpas sal wees om in sekulêre verband van die bestaan van *res divini juris* of 'n *ius divinum* te praat, kan daar nie weggeskroom word van die feit dat religieuse en kulturele opvattinge wel 'n diepgaande en deurslaggewende rol in die beskerming van grafte en begraafplase speel nie.

Daar behoort na grafte en begraafplase as *res sui generis* of eiesoortige sake, soos die geval is met die menslike liggaam, verwys te word. Daardie *res sui generis* bly ook *res nullius*. Sodanige sake is nog steeds nie vatbaar vir eiendomsreg en handelstransaksies nie en is ook onvervreembaar. Hoewel die moderne sekulêre juris miskien vandag nie meer na die *ius sacrorum* verwys nie moet daar tog in gedagte gehou word dat die Romeinse *ius sacrorum* ook maar 'n onderdeel van die *ius publicum* uitgemaak het. Die *ius publicum* of publiekreg sal ons egter altyd bybly.

Die unieke beskerming wat die publiekreg aan graftombes en begraafplase verleen, is in vele opsigte eenvoudig onversoenbaar met die idee van volle privaatregtelike eiendomsreg wat sommige juriste op hierdie tipe saak wil afdwing. Selfs in 'n beslissing soos *Dibley v Furter* waarteenoor felle kritiek hierbo gouter is, word gemerk dat daar skynbaar 'n stille bewussyn by die hof posgevat het dat die aard en ordening van begraafplase nie maar slegs 'n eenvoudige saak is nie en dat dit deur 'n unieke problematiek omhul word. So merk die hof byvoorbeeld op dat die teenwoordigheid van die grafte op die betrokke eiendom van 'n *very peculiar nature*<sup>1189</sup> is wat nie gewoonlik aangetref word nie. Die hof maak verder gewag van *the peculiar nature of the defect in the property* wat daartoe kon lei dat die koper nie sou koop indien hy van die bestaan daarvan bewus was nie. Verder wys die hof uit dat daar 'n buitengewone geval in dié saak voorhande is waar skadevergoeding as sulks nie ter

---

<sup>1189</sup> *Dibley*: 89A.

sprake is nie maar wel die aanstootlikheid wat meeste mense ervaar indien hulle so 'n eiendom moet besit of bewoon.<sup>1190</sup>

In *Dibley* is daar dus 'n duidelike skisofrenie in ons regspraak te bespeur: Aan die een kant word aangeneem dat *res religiosae* soos die Romeinse reg dit geken het in onbruik verval het maar aan die ander kant bly die leemte wat daardeur gelaat is telkens unieke probleme voortbring waarvoor daar geen bevredigende oplossings in beginsel te vinde is nie.

Die beskouing van graftombes en begraafplase as eerbiedwaardige sake *sui generis* sou wel beter rym met die beskerming van godsdienstreëte en kulturele praktyke soos dit deur die Grondwet vereis word. Daar word later na hierdie aspek van die ondehewige studie teruggekeer.

#### 11.6 *Kruger v King Williams Town Municipality*<sup>1191</sup>

Hier was 'n skadevergoedingseis ter sprake waar die eiseres, die dogter en direkte afstammeling/nasaat van die Kruger-familie, aksie ingestel het teen die verweerder weens skade wat na bewering aangerig is aan sekere grafstene wat op die grafte van haar ouers aangebring was. 'n Denneboom is deur sterk wind omgewaai en het op die grafte geval en sodoende ernstige skade aan die grafstene, wat van ingevoerde Italiaanse marmer gemaak was, veroorsaak.

Die eiseres het beweer dat die verweerder, die King Williams Town Munisipaliteit, in beheer van die betrokke begraafplaas was en dat die skade deur die nalatigheid van die verweerder veroorsaak was. Die bedrag van skadevergoeding het die noodsaaklike en redelike herstelkoste van die grafstene verteenwoordig. Kruger het die grafte in stand gehou.

Die grafperseel is nie deur eiseres persoonlik vanaf die munisipaliteit verkry nie en sogenaamde begrawingsregte, of *burial rights*<sup>1192</sup>, is ook nie

---

<sup>1190</sup> *Dibley*: 89F.

<sup>1191</sup> 1959 (4) SA 547 (OK).

<sup>1192</sup> Die *ius sepulchri* van die gemenerereg.

direk aan haar toegestaan nie. Dit was 'n familie-grafperseel wat reeds in 1903 deur die "Burial Board" van die munisipaliteit, in wie die bestuur van die begraafplaas gevestig was, aan 'n voorsaat van eiseres, ene Carl August Kruger, toegestaan is.

Familielede, insluitende die ouers van eiseres, is in 1903, 1905, 1931 en 1941 op die perseel begrawe. Die hofverslag maak ongelukkig geen melding of die begrawingsregte (die *ius sepulchrî*) op enige stadium aan eiseres toegestaan of oorgedra is nie. Daar moet dus aanvaar word dat haar belange daarin geleë was dat sy die direkte nasaat van haar ouers was<sup>1193</sup> wat die grafte versorg en in stand gehou het.

Die *Kruger*-beslissing word dus in 'n belangrike opsig van die beslissings wat vroeër bespreek is,<sup>1194</sup> onderskei deur die feit dat die betrokke grafte in 'n statutêre beheerde begraafplaas geleë was in teenstelling met die vroeëre beslissings waar dit in private, landelike grond was.<sup>1195</sup>

Dit moet in gedagte gehou word dat die hof in *Gillespie* bevind het dat by gebrek aan statutêre maatreëls waarop die eis gebaseer kon word, die enigste regsbasis daarvan of kontraktueel van aard of 'n serwituut kon wees. By gebrek aan beide hierdie grondslae is *Gillespie* se eis van die hand gewys.<sup>1196</sup>

Die statutêre maatreëls wat in die *Kruger*-beslissing ter sprake was, was die "Cemeteries Act" van 1883<sup>1197</sup> asook die Begraafplaasregulasies<sup>1198</sup> van 1934.<sup>1199</sup> Die verweerder was onder statutêre verpligting om die

---

<sup>1193</sup> Dit is die beskrywing van die eiseres in die deklarasie van die dagvaarding. Sien *Kruger*: 549.

<sup>1194</sup> *Cape Town Waterworks, Dibley en Gillespie*.

<sup>1195</sup> Hierdie feit word dan ook deur die hof uitgewys in *Kruger*: 550B.

<sup>1196</sup> *Gillespie*: 293; *Kruger*: 550D – E.

<sup>1197</sup> Wet no 3 van 1883.

<sup>1198</sup> Regulasies 3,6 en 9.

<sup>1199</sup> Provinsiale kennisgewing 196 van 23 Mei 1934.

begraafplaas, insluitende die bome wat daarin te vinde was, te onderhou.<sup>1200</sup>

In die verweerskrif is daar ontken dat eiseres enige *locus standi* gehad het op grond van die feit dat sy 'n nasaat was van die eertydse begunstigde van die begrawingsregte en was die hof dus genoop om die grondslag van die eis in die statutêre maatreëls te vind.

Die Begraafplaasregulasies<sup>1201</sup> het eiendomsreg in die grafperseel in die munisipaliteit gevestig en die munisipale raad gemagtig om die eksklusiewe begrawingsreg<sup>1202</sup> in 'n grafperseel,<sup>1203</sup> waarna deurgaans in hierdie studie as die *ius sepulchri* verwys is, te verhuur, te verkoop of op ander wyse van die hand te sit of te vervreem.<sup>1204</sup>

In ooreenstemming met skrywer hiervan se deurgaanse betoog in hierdie studie dat die reghebbendes met betrekking tot grafpersele wat vroeër in kerkgeboue geleë was volgens Romeins-Hollandse reg nie as *eienaars* in die ware sin van die woord, wat oor *dominium* in daardie graftombes beskik het, beskou kan word nie, het die Begraafplaasordonnansie dan ook spesifiek bepaal<sup>1205</sup> dat die eksklusiewe begrawingsregte nie die reg op die *dominium* of regstitel in die perseel wat aldus gehuur, gekoop of van die hand gesit word, insluit nie. Sodanige bepaling strook met die argument dat die eiendomsreg in graftombes waarna enkele Romeins-Hollandse juriste verwys nie eiendomsreg in die fisiese grafte as sulks is nie maar eerder eiendomsreg van die *ius sepulchri*.<sup>1206</sup> Nóg bogenoemde statutêre bepalings, nóg die gemenerereg strook dus met *Cape Town*

---

<sup>1200</sup> Art 212 van Ord 19 van 1951 saamgelees met die Cemeteries Act no 3 van 1883; *Kruger*: 549A.

<sup>1201</sup> Provinsiale Kennisgewing 196 van 1934.

<sup>1202</sup> "*Exclusive right of burial*".

<sup>1203</sup> "*Plot*".

<sup>1204</sup> Art 3.

<sup>1205</sup> Reg 3.

<sup>1206</sup> Reg 3 bepaal dan verder dat sodanige grafperseel ten alle tye verhuur, verkoop of vervreem moes word onderworpe aan die regulasies wat van tyd tot tyd van toepassing kon wees.

*Waterworks* en ander beslissings wat daarop gevolg het soos wat vroeër hierin verduidelik is.

Die Begraafplaasregulasies bepaal verder ook dat monumente en grafstene slegs met toestemming van die munisipale raad en volgens die voorskrifte in daardie toestemming vervat, opgerig kan word.<sup>1207</sup> Hierdie bepaling rym ook met die voorskrifte van die Romeins-Hollandse reg uit die tyd van Voet, De Groot, Groenewegen, Van Der Keessel en andere toe toestemming van die kerkowerhede verkry moes word om teen 'n geldelike heffing graftombes in kerkgeboue op te rig.<sup>1208</sup>

Wat ook van belang is vir doeleindes van hierdie studie is dat daar, net soos in die gemenerereg, voorsiening gemaak word in die Begraafplaasregulasies vir die oorerwing van die *ius sepulchri*.

Die Regulasies<sup>1209</sup> bepaal naamlik dat in die geval van die dood van die geregistreerde eienaar van die eksklusiewe begrawingsreg ten opsigte van van enige grafperseel/<sup>1210</sup>, die Raad erkenning sal verleen aan die direkte naaste of familieledede as persone wat oor alle privilegies met betrekking tot die bepaalde grafperseel beskik behalwe in gevalle waar die geregistreerde eienaar dit deur middel van wettige testament aan ander persoon/e bemaak het.<sup>1211</sup>

Daar moet op gelet word dat spesifieke sinsnedes hierbo uit die Regulasies benadruk is aangesien dit alle twyfel uit die weg ruim dat bogenoemde statutêre voorskrifte nie uit die duim gesuig is nie maar in der waarheid 'n spieëlbeeld is van die gemene reg of dan die Romeins-Hollandse reg, soos wat skrywer hiervan deurgaans in hierdie studie probeer aantoon het.

---

<sup>1207</sup> Reg 3.

<sup>1208</sup> Vgl hfst 10 hierbo.

<sup>1209</sup> Reg 9.

<sup>1210</sup> Eie beklemtoning.

<sup>1211</sup> *Kruger*: 550.

Die sogenaamde eiendomsreg in kerkgraftombes waarna De Groot, Voet, Van Leeuwen, Groenewegen en andere verwys, beteken beslis nie dat hulle volle eiendomsreg in graftombes erken het nie. Soos dit duidelik in die Begraafplaasregulasies, wat met die gemenerereg in ooreenstemming is, uitgedruk word, is dit die eksklusiewe gebruiksreg (*ius sepulchri*) wat aan familieledede oorgedra of testamentêr bemaak kon word.

Die kerkgraftombes waarna Voet, Van Leeuwen, Groenewegen en ander Romeins-Hollandse juriste verwys, is die eweknieë van die grafpersele in die munisipale begraafplaas waarna die Regulasies verwys. Die Regulasies verander weinig, indien enigiets, aan geëgte gemeenregtelike beginsels.

'n Verdere insiggewende feit is dat die hof in *Kruger*<sup>1212</sup> bevind, selfs in die afwesigheid van enige bepalings in die Regulasies as sulks hieroor, dat die begrawingsregte wat deur familieledede of nasate in terme van die Regulasies verkry word, sodanige persone *ewigdurend*<sup>1213</sup> of totdat dit wettiglik beëindig word, toekom. Hierdie benadering strook met die gemeenregtelike nadruk op die ewige of ten minste dan permanente aard van die menslike graf in afwagting van die wederopstanding.<sup>1214</sup>

Die hof staan *Kruger* se eis toe op grond van die *actio legis Aquiliae* en ken haar skadevergoeding toe in die vorm van die herstelkoste van die skade wat aan die grafstene en monumente aangerig is.<sup>1215</sup> Hoewel die hof heel tereg verligting aan die eieres toegestaan het, wens skrywer hiervan egter sy meningsverskil uit te spreek aangaande die korrektheid van die regsbasis waarop daardie regshulp verleen is.

In *Gillespie* is aanvaar dat die leerstuk van eiendomsverkryging deur *accessio* of aanhegting van toepassing is op graftombes, grafstene, grafmonumente en ander aanhegtings tot grafte. Dit beteken dat die

---

<sup>1212</sup> *Kruger*: 550A –B.

<sup>1213</sup> "*In perpetuity*".

<sup>1214</sup> Vgl hfste 2 en 4 hierbo.

<sup>1215</sup> *Kruger*: 550F–H.



grondeienaar ook eienaar van grafte en aanhegtings daartoe word. Met hierdie uitgangspunt word natuurlik nie saamgestem nie. Dit is skrywer hiervan se beskeie mening dat graftombes *sui generis* en op daardie basis nie-vatbaar vir eiendomsreg is. Indien die hof se standpunt egter argumentshalwe aanvaar word, ontstaan die vraag dan of dit die houër van begrawingsregte of sy titelopvolgers, of dan wel die grondeienaar as sulks was wat op skadevergoeding in terme van die *actio legis Aquiliae* kon aanspraak maak. Normaalweg is die Aquiliese aksie beskikbaar aan die eienaar van 'n saak en in die geval van die *Kruger-beslissing* is dit die "eienaar" van die grond, naamlik die munisipaliteit.

Soos die eiser in *Gillespie* kon *Kruger* egter ook op geen kontraktuele of serwituutregte steun in haar skadevergoedingseis nie. Die bepalings van die statutêre maatreëls moes dus deurslaggewend wees. Soos egter hierbo uitgewys, het die statutêre maatreëls slegs die *ius sepulchri* of *begrawingsreg*, dit wil sê die reg om familieledede of erfgename in die betrokke grafperseel ter ruste te lê aan die begunstigde toegestaan. Dit het ook uitdruklik bepaal dat geen *dominium* of *wettige tite*<sup>1216</sup> ten opsigte van die grond aan die begunstige verleen word nie.<sup>1217</sup>

Indien die leerstuk van *accessio* of aanhegting dus konsekwent toegepas wou word, sou geargumenteer moes word dat, aangesien dit die munisipaliteit was wat eienaar van die grafperseel gebly het, ongeag die toestaan van begrawingsregte aan die oorspronklike begunstigde en sy naaste (eiseres), dit eintlik die munisipaliteit self was wat skade gely het en nie eiseres nie. Soos in die geval van *Gillespie* het eiseres ook oor geen saaklike regte in die grond beskik nie.

Die gemeenregtelike juriste en Kanoniste het vroeg reeds aangedui dat die *ius sepulchri* 'n *ius in personam ad usum determinatum* is en kan hierdie reg dus nie sonder meer as saaklike reg wat die grondslag van 'n

---

<sup>1216</sup> "Dominium or legal title".

<sup>1217</sup> Reg 3.

Aquiliese aksie kan vorm, beskou word nie. Soos reeds genoem, was daar ook geen serwituut in plek ten gunste van eiseres nie.<sup>1218</sup>

By die bespreking van die *actio de sepulchro violato* hierbo is reeds aangetoon dat die Aquiliese aksie gemeenregtelik nooit beskikbaar was ten opsigte van skade wat aan 'n graftombe aangerig is nie.<sup>1219</sup> Die aksie wat wel beskikbaar was, was die *actio de sepulchro violato*. Na die mening van skrywer hiervan is dit dan ook dié aksie wat gemeenregtelik die eiseres in *Kruger v King Williamstown Municipality* toegekom het.

Die hof bevind egter dat die regte wat deur die Regulasies aan eiseres verleen is van tweevoudige aard is: Eerstens, die begrawingsregte, oftewel die *ius sepulchri*, en tweedens die reg om met die toestemming van die munisipaliteit monumente en grafstene op te rig, wat insluit die reg om daardie monumente en grafstene *in situ* te onderhou.<sup>1220</sup>

Interessant is dat hierdie regulasies nie spesifiek 'n skadevergoedingsaksie aan die begunstigdes of hul nasate toestaan nie. Die hof oorweeg egter nie hierdie aspek nie en volstaan by die kursiewe opmerking dat skadevergoeding toegestaan word op grond van die *reg* wat eiseres teen die munisipaliteit verkry het.<sup>1221</sup> Hierdie kan uiteraard nie die reg om die grafmonumente in stand te hou, wees nie. Veel eerder wil dit voorkom of die reg waarna die hof verwys, die onderhoudsverpligtinge was waarmee die Regulasies die munisipaliteit belas het.<sup>1222</sup> Daar moet dus aanvaar word dat dit die nalate van die munisipaliteit om hierdie statutêre verpligting na te kom, was wat die grondslag gevorm het vir die toestaan van regshulp aan die eiseres, selfs waar daardie maatreëls nie sodanige regshulp spesifiek voorgeskryf het nie. Soos alreeds uitgewys,

---

<sup>1218</sup> Vgl *Gillespie*: 293; *Kruger*: 550D – F.

<sup>1219</sup> D 47 12 2; D 47 12 3.

<sup>1220</sup> *Kruger*: 550A.

<sup>1221</sup> *Kruger*: 550G – H. Die Hof stel dit soos volg: “As I have pointed out, the present plaintiff has acquired a right against the defendant which owns the land containing the graves.”

<sup>1222</sup> Art 212 van Ord 19 van 1951; “Cemeteries Act” 3 van 1883.

was dit die munisipaliteit wat eienaar van die begraafplaas was en is dit dus hul eie boom wat hul eie eiendom deur hul eie pligsversuim beskadig het. Die oplossing het skynbaar in die bepalings van die "Cemeteries Act"<sup>1223</sup> gelê wat spesifiek 'n skadevergoedingsaksie aan enige benadeelde persoon<sup>1224</sup> in die wye sin toegestaan het.

Indien die tweede grondslag waarop die hof in *Gillespie* bereid was om regshulp te verleen egter in aanmerking geneem word, naamlik die bestaan van 'n kontraktuele verbintenis of ooreenkoms tussen eiser en verweerder wat eiseres gemagtig het om die grafmonumente op te rig en in stand te hou, word die regshulp wat in *Kruger* toegestaan is ook hierdeur regverdig.

#### 11.7 STATUTÊRE ERKENNING VAN DIE *IUS SEPULCHRI*

By die bespreking van *Kruger v King Williamstown Municipality*<sup>1225</sup> hierbo is reeds kennis gemaak met die Begraafplaasregulasies van 1934<sup>1226</sup> wat eintlik 'n spieëlbeeld van die gemenerereg is, insoverre dit die aard en omvang van die *ius sepulchri* betref. Daar is veral daarop gelet dat dit nie eiendomsreg ten opsigte van grafpersele is wat deur die munisipaliteit toegestaan is nie maar wel die eksklusiewe reg om 'n liggaam in die betrokke grafperseel te begrawe, die *ius sepulchri* met ander woorde.

In hierdie studie is deurgaans betoog dat in beide die Romeinse- en die Romeins-Hollandse regstelsels dit nie *res religiosae* oftewel graftombes as sodanig is wat vatbaar was vir koop en verkoop en ander handelstransaksies nie maar eerder die *ius sepulchri*.

Alhoewel dit buite die bestek van hierdie ondersoek val om 'n omvattende uiteensetting te gee van statutêre maatreëls wat hier te lande op

---

<sup>1223</sup> Wet 3 van 1883.

<sup>1224</sup> "Cemeteries Act" art 25.

<sup>1225</sup> 1959 (4) SA 547 (OK).

<sup>1226</sup> Provinsiale kennisgewing 196 van 23 Mei 1934.

begraafplase van toepassing is,<sup>1227</sup> word kortliks na enkele statute verwys ten einde aan te toon dat die wetgewer nog altyd die gemeenregtelike regsposisie soos hierbo verduidelik as 'n gegewe feit aanvaar het en soms so ver gegaan het as om daardie gemeenregtelike posisie statutêr te verorden en om dit aan te wend as basis vir verdere regspleging.

Dit moet in gedagte gehou word dat daar 'n regsvermoede bestaan dat die wetgewer die bedoeling gehad het in die uitvaardiging van statutêre maatreëls om die gemenereg so min moontlik te wysig en dat sodanige maatreëls in ooreenstemming met die gemenereg uitgelê moet word.<sup>1228</sup> Na skrywer hiervan se mening bestaan daar byna geen rede om te aanvaar dat dit die bedoeling van die wetgewer was om deur middel van die statutêre voorskrifte wat hieronder bespreek word, die gemeenregtelike posisie van die *ius sepulchri* te wysig nie. Veel eerder moet aanvaar word dat die maatreëls 'n uitkristalising van 'n eeue-oue regsposisie is waaroor daar byna geen direk toeganklike regsbronne bestaan het nie en wat die wetgewer dus meer geredelik toeganklik wou maak, spesifiek met die verordening en regulering van begraafplaaswette en ordonnansies.

Daar moet verder nie uit die oog verloor word nie dat die ou statute wat onder die vergrootglas geplaas word, al is dit ook herroep of al sou dit dalk alreeds in onbruik verval het, vir doeleindes van hierdie studie juis van wetenskaplike waarde is aangesien dit histories so kort op die sogenaamde gemeenregtelike tydvak waarin die Romeins-Hollandse juriste werksaam was, gevolg het.

---

<sup>1227</sup> Sien hfst 1 hierbo.

<sup>1228</sup> *Casserley v Stubbs* 1916 TPD 310 op 312: "It is a well-known canon of construction that we cannot infer that a statute intends to alter the common law. The statute must either explicitly say that it is the intention of the legislature to alter the common law, or the inference from the ordinance must be such that we can come to no other conclusion than that the legislature did have such an intention".

Van Der Keessel se groot werk, sy *Praelectiones* of voorlesings op De Groot se *Inleiding*, is nog in die eerste dekade van die negentiende eeu tot en met 1806 deur homself bygewerk en aangevul<sup>1229</sup> en het die tydvak van die Romeins-Hollandse reg eers amptelik in 1838 tot 'n einde gekom met die aanneming van die *Burgerlijk Wetboek* in Nederland.<sup>1230</sup>

Van Der Keessel<sup>1231</sup> was en is een van die juriste op wie skrywer hiervan swaar steun in die uiteensetting van die aard van die sogenaamde eiendomsreg wat persone na bewering in kerkgrafte kon hê asook van die *ius sepulchri*, en word gemerk dat die vroeë Suid-Afrikaanse wetgewing waarna hieronder verwys word nie lank na sy produktiewe leeftydperk die lig gesien het nie.

Die "Cemeteries Act" van 1883<sup>1232</sup> het die bevoegdheid aan die trustees van 'n begraafplaas verleen<sup>1233</sup> om die eksklusiewe reg van begrawing<sup>1234</sup> of die eksklusiewe reg om graftombes op te rig, met die eksklusiewe reg van begrawing daarin óf op 'n permanente óf op 'n tydelike basis in sekere gedeeltes van 'n begraafplaas te verkoop.<sup>1235</sup> Die "Cemeteries Act" het verder ook bepaal<sup>1236</sup> dat die trustees van 'n begraafplaas kon vereis *dat* die persoon wat op daardie tydstip eienaar van die eksklusiewe begrawingsregte wat op daardie graftombe betrekking gehad het was, moes bewys dat hy of sy toestemming verleen het tot begrawing in die betrokke kelder.<sup>1237</sup> Dieselfde wet<sup>1238</sup> verwys na hierdie eksklusiewe begrawingsreg as die eksklusiewe reg wat vir begrawingsdoeleindes

---

<sup>1229</sup> Van Warmelo ea 1961: XI.

<sup>1230</sup> Van Zyl 1983a: 416-9.

<sup>1231</sup> *Praelect.*

<sup>1232</sup> Wet no 3 van 1883.

<sup>1233</sup> Art 7(6).

<sup>1234</sup> "*Exclusive right of burial*".

<sup>1235</sup> Eie beklemtoning. Verkope kon onderhewig aan sodanige voorwaardes as wat die trustees goedgevind het, geskied.

<sup>1236</sup> Art 17.

<sup>1237</sup> Eie beklemtoning.

<sup>1238</sup> Art 17.

vergun,<sup>1239</sup> verkoop of verhuur is deur die trustees as 'n familie-graftombe of 'n private grafperseel.<sup>1240</sup>

Dit is skrywer hiervan se beskeie mening dat hierdie statutêre regte wat vir eiendomsreg vatbaar is en wat verkoop en verhuur kan word, dieselfde regte is as dié waarna die Romeinse- en Romeins-Hollandse juriste verwys het toe hulle na bewering kerkgraftombes as sulks ten volle aan eiendomsreg en handelstransaksies onderwerp het. Daar is reeds hierbo gewys op die regsdwaling wat in die vroeë Suid-Afrikaanse<sup>1241</sup> regspraak tot die wanopvatting aanleiding gegee het dat dit hier oor eiendomsreg in die graftombes as sulks gaan en nie slegs oor begrawingsregte nie.

Daar is ook reeds in die bespreking van die kanonieke reg hierbo aangetoon dat die kanonieke reg hierdie regte as *iura in personam ad usum exclusivum et determinatum*, oftewel persoonlike regte gerig op 'n voorafbepaalde en beperkte doel beskou het en nie as saaklike regte nie. Dit is skrywer hiervan se mening dat dit 'n korrekte beskouing van die aard en omvang van hierdie regte, die *iura sepulchrorum* was.

Die "Cemeteries Act" van 1883 word in 1951 vervang deur die Munisipale Ordonnansie 1951<sup>1242</sup> wat self later plek moes maak vir die Munisipale Ordonnansie, 1974.<sup>1243</sup> Hierdie twee stukke wetgewing bevat niks oor die aard van begrawingsregte ten opsigte van spesifieke graftombes of grafpersele nie maar die sogenaamde standaardregulasies wat ingevolge eersgenoemde ordonnansie afgekondig is,<sup>1244</sup> bevat insiggewende voorskrifte.

---

<sup>1239</sup> "Granted".

<sup>1240</sup> Eie beklemtoning.

<sup>1241</sup> *Cape Town Waterworks* en daaropvolgende gewysdes.

<sup>1242</sup> Munisipale Ordonnansie 19 van 1951 (Kaap).

<sup>1243</sup> Munisipale Ordonnansie 20 van 1974 (Kaap). Sien prokl 115/sk 15813 van 17 Junie 1994.

<sup>1244</sup> Standaardregulasies insake Begraafplase, afgekondig op 26 Oktober 1951 in provinsiale kennisgewing 653 van 1951.

Hiervolgens<sup>1245</sup> kon 'n plaaslike owerheid die reg op begrawing<sup>1246</sup> in 'n perseel in 'n begraafplaas verkoop of andersins van die hand sit.<sup>1247</sup> Die houer van 'n reg op begrawing is egter nie toegelaat om sodanige reg van die hand te sit of om toe te laat dat enigiemand anders as 'n familielid wat deur die plaaslike owerheid goedgekeur is, begrawe word in die perseel ten opsigte waarvan sodanige reg bestaan het nie.<sup>1248</sup> Insoverre die ordonnansie na familiegraftombes verwys, gaan die reg van die betrokke reghebbendes selfs so ver terug as die Romeinse reg.

By die lees van hierdie standaardregulasies word weereens gemerk dat daar verwys word na die houer van regte, na begrippe soos verkoop en van die hand sit, na die stel van voorwaardes; egter nie met betrekking tot eiendomsreg in die graftombes as sulks nie maar eerder met betrekking tot die reg op begrawing.<sup>1249</sup>

In die lig van die beperkte ruimte beskikbaar, word die Natalse Ordonnansie op Begraafplase en Krematoriums van 1969<sup>1250</sup> asook die regulasies ingevolge daarvan uitgevaardig,<sup>1251</sup> laastens ondersoek. Hierin word daar slegs verwys<sup>1252</sup> na die reg of belang van 'n persoon wat 'n grafperseel in sodanige begraafplaas aangekoop of aangeskaf het.<sup>1253</sup> Alhoewel die bewoording van hierdie ordonnansie minder elegant is as dié van die "Cemeteries Act" en die Kaapse ordonnansies wat hierbo bespreek is, is die strekking daarvan na skrywer hiervan se mening dieselfde.

Dit is die begrawingsreg oftewel die *ius sepulchri* wat aangekoop of aangeskaf kan word en nie die graftombe as sulks nie. In die Ordonnansie

---

<sup>1245</sup> Reg 3(1).

<sup>1246</sup> Eie beklemtoning.

<sup>1247</sup> Hierdie transaksies was onderhewig aan sodanige voorwaardes as wat deur die betrokke plaaslike owerheid in 'n sertifikaat gestel is.

<sup>1248</sup> Eie beklemtoning. Reg 3(2).

<sup>1249</sup> Eie beklemtoning.

<sup>1250</sup> Ordonnansie no 39 van 1969.

<sup>1251</sup> Regulasies uitgevaardig op 18 Februarie 1971 ingevolge provinsiale kennisgewing no 100 van 1971.

<sup>1252</sup> Art 12(a) van die Natalse Ordonnansie.

<sup>1253</sup> Eie beklemtoning.

word weliswaar onlogieserwys en dus verkeerdelik ook na die aankoop of aanskaffing van 'n grafperseel verwys in dieselfde terminologie as dié waarin Groenewegen en Van Leeuwen na kerkgrafte verwys het en soos in *Cape Waterworks* deur die hof aanvaar is. Dit toon aan dat daar in hierdie verband met die nodige omsigtigheid met woordkeuses omgegaan moet word.

Na skrywer hiervan se beskeie mening is alle statutêre maatreëls wat hierbo bespreek is 'n feitlike spieëlbeeld van die gemenerereg of hoogstens dan 'n verfyning van die gemenerereg, maar beslis nie 'n ingrypende wysiging of afwyking daarvan nie.

Wat meer is, in geeneen van die vroeë hofbeslissings waarin daar deur die hof aanvaar is dat die gemeenregtelike skrywers wel van mening was dat die houers van begrawingsregte met betrekking tot 'n graftombe in 'n kerkgebou die eienaars van die graftombe as sodanig was, word melding van bogenoemde wetgewende maatreëls gemaak nie. *Cape Town Waterworks* is in 1890 beslis, ongeveer sewe jaar nadat die "Cemeteries Act" van 1883 in werking getree het. Nogtans word geen vermelding van hierdie statuut in *Cape Town Waterworks* gevind nie.

Dit is wel so dat graftombes in private grond, in teenstelling met kerkgrafte in *Cape Town Waterworks*, *Gillespie* en *Dibley* ter sprake was. Skrywer hiervan voer aan dat dit weinig, indien enige verskil maak aan die debat. Die hof het immers die gemeenregtelike tekste wat op eersgenoemde betrekking het van toepassing gemaak op enige begraafplaas of graftombe, ongeag of dit op openbare grond of privaatgrond geleë was. Dit kom in elk geval nie logies voor om te argumenteer dat sommige tipes graftombes ten volle aan eiendomsreg onderworpe is en ander nie.



## 11.8 DEPROKLAMASIE VAN BEGRAAFPLASE EN DIE LEERSTUK VAN ANALOË GEBRUIK

Die "Cemetaries Act" van 1883<sup>1254</sup> het geen voorsiening gemaak vir die deproklamasie, sloping of sluiting van openbare begraafplase nie. Voorskrifte in hierdie verband is egter wel in daaropvolgende wetgewing soos die "Disused Cemeteries Appropriation Act"<sup>1255</sup> neergelê.

Gemeenregtelik mag openbare begraafplase vir geen doel anders as begrawing van menslike liggeme aangewend word nie. Wetgewing mag reeds gebruikte of geslote openbare begraafplase tot gebruik vir ander doeleindes as begrawing verklaar. 'n Voorbeeld van hierdie tipe wetgewing is te vinde in die "*Disused Cemeteries Appropriation Act*"<sup>1256</sup> wat sekere begraafplase<sup>1257</sup> geapproprieer het, dit wil sê beskikbaar verklaar het om gebruik te word vir doeleindes anders as begrawing. Indien gelet word op die aard of doel van sodanige gebruik, word gemerk dat dit beperk word tot die oprigting van opvoedkundige, religieuse en liefdadigheidsinrigtings<sup>1258</sup>, of vir die vestiging van openbare ruimtes of tuine wat bewaar en onderhou moet word vir openbare gebruik en genot.<sup>1259</sup>

Soos wat ook in die kanonieke reg bepaal is<sup>1260</sup> en om eerbied vir die menslike graf af te dwing, plaas die wet dan ook 'n uitdruklike verbod op spele en sportsbyeenkomste op sodanige grond. Die betrokke munisipaliteit word belas met die afdwing van hierdie wetsbepalings.<sup>1261</sup>

---

<sup>1254</sup> Wet 3 van 1883.

<sup>1255</sup> Wet 28 van 1906.

<sup>1256</sup> Wet 28 van 1906.

<sup>1257</sup> Die spesifieke begraafplase is geïdentifiseer in 'n bylaag tot die wet.

<sup>1258</sup> Art 1(a), Wet 28 van 1906.

<sup>1259</sup> Art 1(b).

<sup>1260</sup> Hfst 2 hierbo.

<sup>1261</sup> Art 1(b).

Dieselfde wet maak ook voorsiening vir die ordelike oorplasing van liggaamsreste, grafstene en grafmonumente na nuwe begraafplase.<sup>1262</sup>

Hier word dus 'n statutêre herbevestiging van die gemeenregtelike leerstuk van analoë gebruik gemerk,<sup>1263</sup> dit wil sê gebruik van begraafplaasgrond vir doeleindes analoog aan begrawing wat in die gemenerereg as 'n piëteits- of religieuse gebruik beskou is.<sup>1264</sup>

## 11.9 GEVOLGTREKKING

In teenstelling met wat in die vroeë regspraak soos *Cape Town and District Waterworks Co (Ltd) v Executors of Elders* aanvaar is, word daar in hierdie studie tot die gevolgtrekking gekom dat die Romeins-Hollandse juriste in daardie en ander hofbeslissings verkeerdelik verstaan en uitgelê is.

Die oorwig van Romeins-Hollandse juriste het die mening gehuldig dat daar selfs in die Calvinistiese Romeins-Hollandse regstradisie nog steeds eerbied en respek aan graftombes en begraafplase verskuldig is en dat sodanige eerbied nie in bygeloof gewortel is nie maar inderdaad wel deeglik Skriftuurlik gegond is.

Waar dit skynbaar uitdruklik en ongetwyfeld deur hierdie juriste gestel was dat begraafplase en graftombes vrylik besit en verhandel kon word, het hulle nogtans nie na die begraafplaas of graftombes as sulks verwys nie maar, soos die Duitse juriste van die *usus modernus* en die pandektewetenskap, na die *ius sepulchri* oftewel die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graftombe te begrawe. Dit is hierdie reg wat vrylik vervreembaar was maar dan ook slegs vir een enkele doel en dit is begrawing van die menslike liggaam. Sodoende het hierdie juriste die wese of essensie van die Romeinsregtelike klassifisering van sake as *res*

---

<sup>1262</sup> Artikels 2 en 3.

<sup>1263</sup> Vgl hfste 2 5 en 10 12 hierbo.

<sup>1264</sup> Hfst 2 hierbo.

*religiosae* dit wil sê sake wat onder beskerming van die religie gestaan het behou. Soos in Hoofstuk XII van hierdie studie aangetoon word was die Romeinse en Romeins-Hollandse begrawingsreg 'n soepele en buigsame reg wat heel maklik met die Grondwet van 1996, die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg van 1997 en die Algemene Wysigingswet op Grondsake van 2001 versoenbaar is.

## HOOFSTUK XII

### DIE SUID-AFRIKAANSE REG IN DIE NUWE GRONDWETLIKE BEDELING

#### 12.1 INLEIDING: DIE GRONDWETLIKE BEDELING EN MANDAAT

In 1994 ondergaan die regsbedeling van die Republiek van Suid-Afrika 'n fundamentele vernuwung wat eers deur die Interim Grondwet van 1993<sup>1265</sup> en daarna deur die huidige Grondwet<sup>1266</sup> ingelui en georden word. Daar word uit die aard van die saak hoofsaaklik op laasgenoemde gefokus.

Die groot waarde van die Grondwet vir doeleindes van die begrawingsreg lê daarin dat dit veral basiese menseregte, menslike waardes, menswaardigheid en gelykheid asook die beskerming van geloofsoortuigings is wat in die Handves van Menseregte, wat 'n besonderse deel van die Grondwet uitmaak, erkenning en beskerming geniet. Die Grondwet neem die vorm aan en vervul die rol van 'n soort bakermat of ontstaansbron, 'n *fons et origo*, maar terselfdertyd ook beskermheer van wetgewing wat deur die Grondwet self gemagtig word om effek te verleen aan die grondwetlike bedeling.

Die begrawingsreg, oftewel dan die reg met betrekking tot begraafplase en grafte, vind insgelyks baat by hierdie nuwe bedeling; soveel so dat daar sprake van 'n beduidende oplewing in hierdie verband na eeue van verstening kan wees. Vir dekades is hierdie reg oorheers deur en was dit deurspek van verouderde of uitgediende beskouings wat dikwels deur die howe 'n halfeeue of vroeër terug in die geskiedenis uitgespreek is in

---

<sup>1265</sup> Wet 200 van 1993.

<sup>1266</sup> 1996.

beslissings soos *Cape Waterworks, Dibley* en *Gillespie* wat onmoontlik nie tred kon hou met moderne ontwikkelings en insigte op die gebied van menseregte en grondwetlike ontwikkeling nie.

Op 'n aantal regsterreine wat wissel vanaf administratiefreg<sup>1267</sup> en arbeidsreg<sup>1268</sup> aan die een kant tot grondhervorming aan die ander kant, word noodsaaklike vernuwing en opbloei moontlik gemaak deur veral die sogenaamde magtigende bepalings in die Grondwet wat nie slegs vernuwing moontlik maak nie maar wat ook die wetgewer onder die verpligting plaas om wette aan te neem wat praktiese effek verleen aan spesifieke vernuwende grondwetlike bepalings.<sup>1269</sup> Daar word hierna verwys as die grondwetlike *mandaat* aan die wetgewer.

Vir doeleindes van die begraafplaasreg is dit veral die *Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg* van 1997, soos gewysig deur die *Algemene Wysigingswet op Grondsake* van 2001 wat ter sprake is.<sup>1270</sup> Soos wat later in hierdie studie aangetoon sal word, voer hierdie twee stukke wetgewing beginsels in die Suid-Afrikaanse begrawingsreg in waarmee die voor-grondwetlike hofbeslissings soos *Cape Town*

---

<sup>1267</sup> Skrywer hiervan het die Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000 wat effek verleen aan art 33(3) van die Grondwet en wat die staat onder verpligting plaas om wetgewende maatreëls aan te neem om effek te gee aan art 33(1) en (2) in gedagte; De Ville 2003: 2; Hoexter 2002: vol 11 81.

<sup>1268</sup> Die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995, die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997 en die Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998 verleen uitdrukking aan art 23(1) van die Grondwet, wat bepaal dat elke persoon die reg op billike arbeidspraktyke het; *Nakin v MEC, Department of Education, Eastern Cape Province* 2008: ILJ 1426 par 35; Grogan 2013: 473-4; Du Toit 2006: 484, Hoexter 2002: 87-8; *Minister of Health v New Clicks SA (Pty) Ltd* 2006 (2) SA 311 (CC); *SANDU V Minister of Defence* (2007) 28 ILJ 1909 (CC): par 52; *Fose v Minister of Safety and Security* 1997 (3) SA 786 (CC): par 99.

<sup>1269</sup> Op die gebied van die administratiefreg is die Wet op Bevordering van Administratiewe Geregtigheid 3 van 2000 aangeneem terwyl dit op arbeidsregtelike gebied statute soos die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997, die Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998 en die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 was wat die lig gesien het ter vervulling van hierdie grondwetlike mandaat.

<sup>1270</sup> Art 25(6) van die Grondwet verleen aan die wetgewer die mandaat om wetgewing aan te neem om sekerheid van Verblyfregte of vergelykbare regstellende verligting aan mense toe te staan, ten behoeve van persone of gemeenskappe wie se Verblyfreg onseker is as gevolg van diskriminerende wette of praktyke van die verlede; Sien *Nhlabati*: 817.

*Waterworks, Dibley* en *Gillespie* moeilik te versoen is, maar wat meer geredelik rym met die beginsels en uitleg van die gemeenregtelike beginsels van die begrawingsreg wat reg deur hierdie studie voorgestaan is.

Dit moet egter onmiddellik bygevoeg word dat dit geensins die wetgewer alleen is wat bygedra het tot vernuwing op die gebied van die begrawingsreg nie. Soos uit die hieropvolgende bespreking afgelei kan word, het die regspraak ook 'n reuse en verkwikkende bydrae op hierdie gebied gelewer, 'n gesonde wisselwerking dus tussen wetgewende en regterlike gesag ter vervulling van 'n dwingende grondwetlike mandaat en opdrag tot grondhervorming.<sup>1271</sup>

By oorweging van die regspraak moet egter nie uit die oog verloor word, dat die grondwetlike vernuwing van die begraafplaasreg 'n dinamiese, ontwikkelende en deurlopende, en geensins 'n statiese proses was nie.

Die Grondwet het immers in 1996 in werking getree, die Wet op Sekerheid van Verblyfreg het in 1997 gevolg en die Algemene Regswysigingswet op Grondsake het in 2001 die lig gesien.

Van die vier hofbeslissings wat hierna bespreek word, is *Serole v Pienaar*<sup>1272</sup>, *Buhrmann v Nkosi*<sup>1273</sup> en *Nkosi v Buhrmann*<sup>1274</sup> in die tydgleuf na aanneming van die Wet op Sekerheid van Verblyfreg maar voor die Wysigingswet gelewer, terwyl *Nhlabathi* deur die bepalings van die Wysigingswet voorafgegaan en geregverdig is.

#### 12.1.1 *Serole v Pienaar*

---

<sup>1271</sup> Art 25(6) van die Grondwet.

<sup>1272</sup> 2001 (1) SA 328 (LCC).

<sup>1273</sup> 2000 (1) SA 1145 (TPD).

<sup>1274</sup> 2002 (1) SA 384 (SCA).

*Serole*<sup>1275</sup> was die eerste applikant, die kleinseun van tweede applikant. Beide van hulle was woonagtig op die plaas Leliespan. Tweede applikant het met sy seun (die vader van eerste applikant), wat intussen oorlede is, (die oorledene) op dieselfde plaas gewoon. Die applikante wou die oorledene op Leliespan begrawe maar die respondent, wat die eienaar van Leliespan was, het geweier om toestemming tot die begrawing te verleen, vandaar die aansoek om 'n interdik wat die respondent sou beveel om die begrawing toe te laat.

Beide partye, sowel as die hof, het aanvaar dat die applikante *okkupeerders*<sup>1276</sup> van Leliespan was, binne die betekenis van daardie term soos omskryf in artikel 1(1) van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg (Hierna genoem die Wet op Verblyfreg).<sup>1277</sup> Die regte van okkupeerders in terme van dié wet word uiteengesit in artikels 5 en 6 daarvan.

Daar is namens die applikante aangevoer dat die kulturele voorskrifte van inheemse swart mense vereis dat oorledenes in die nabyheid van oorlewendes begrawe word en dat 'n ontsegging van begrawing op Leliespan sou neerkom op 'n inbreuk op die grondwetlike menseregte van menswaardigheid en die reg op 'n kulturele leefwyse, welke regte beide in die Wet op Verblyfreg weerspieël word.<sup>1278</sup>

Daar is verder aangevoer dat artikel 6(4) van die wet wat die reg aan elke persoon verleen om familiegrafte wat in die grond van 'n ander persoon geleë is, te besoek en te onderhou<sup>1279</sup> 'n aanduiding is dat die

---

<sup>1275</sup> *Serole v Pienaar*: 328.

<sup>1276</sup> "*Occupiers*".

<sup>1277</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>1278</sup> Soos reeds genoem, is dié wet sowel as die 2001 Wysigingswet daarop aangeneem om uiting en effek te verleen aan art 25(6) van die Grondwet wat 'n mandaat tot grondhervorming aan die wetgewer verleen.

<sup>1279</sup> Art 6(4) van die wet bepaal soos volg: " 'n Persoon het die reg om sy of haar familiegrafte op grond wat aan 'n ander persoon behoort, te besoek en in stand te hou, onderhewig aan enige redelike voorwaarde opgele deur die eienaar of persoon in beheer

okkupeerder van sodanige grond ook die reg het om familieledede in daardie grond te begrawe.

Daar moet op gelet word dat artikel 6(1) van die wet die volgende regte aan 'n okkupeerder verleen: Eerstens die reg om grond wat hy of sy bewoon of gebruik het voor of op 4 Februarie 1997 te bewoon en te gebruik, en tweedens toegangsreg tot dienste waarop ooreengekom is met die eienaar of ander persoon in beheer van die grond, hetsy uitdruklik of stilswyend.<sup>1280</sup>

Op grond van die gesag van *Dibley en Gillespie*<sup>1281</sup> merk die hof op dat die verlening van toestemming dat 'n menslike liggaam in grond wat aan 'n ander persoon behoort, begrawe word wel op die verlening van 'n *serwituut* in daardie grond *kan* neerkom. Skrywer hiervan se mening hieromtrent is reeds hierbo gelug en het tot inhoud dat daar in die Romeinse- en Romeins-Hollandse reg geen gesag vir die *serwituut*konstruksie wat die hof in hierdie konteks doen, bestaan nie. Inteendeel, volgens Romeinse reg kon die oprigting van 'n graftombe wel tot die uitwissing van 'n bestaande *serwituut* lei aangesien dit selfs die grondeienaar eiendomsreg in die betrokke grafperseel ontnem het.<sup>1282</sup>

Met ander woorde, volgens Romeinse reg het die vestiging van 'n graftombe wel aansienlike afbreuk gedoen aan die volle eiendomsreg van die grondeienaar maar nie weens die feit dat dit gelykgestel is aan die vestiging van 'n *serwituut* soos die hof verkeerdelik in *Gillespie, Dibley* en nou ook in *Serole* aangeneem het nie.<sup>1283</sup> Die rasionaal agter die Romeinsregtelike reël was die feit dat die bestaan van 'n graftombe

---

*van sodanige grond ten einde lewe of eiendom te beskerm of om die onbehoorlike ontwrigting van werksaamhede op die grond te voorkom."*

<sup>1280</sup> *Serole*: par 15.

<sup>1281</sup> Hierbo.

<sup>1282</sup> D 8 4 1; D 8 5 1.

<sup>1283</sup> *Dibley*: 83H – 84A; *Gillespie*: 297F.



onversoenbaar was met enige saaklike regte in die betrokke grafperseel self, soos byvoorbeeld eiendomsreg of 'n serwituut.<sup>1284</sup>

In die Romeinse reg is 'n graftombe as 'n *res extra patrimonium et dominium* behandel, dit wil sê 'n saak wat nie vatbaar was vir óf eiendomsreg óf serwitute nie.<sup>1285</sup> Dit was 'n eiesoortige saak en na skrywer hiervan se mening 'n saak *sui generis* en is dit, of behoort dit nog die geval te wees in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg. Die motivering vir hierdie standpunt is reeds vroeër in hierdie hoofstuk verskaf.

Pienaar en Mostert<sup>1286</sup> het na deeglike oorweging van die toepaslikheid van die serwituutskonstruksie in die konteks van begrawingsregte, tot 'n gevolgtrekking gekom wat insgelyks as dié van skrywer hiervan negatief staan daarteenoor. Die geleerde skrywers voer 'n aantal oortuigende regstegniese en ander argumente aan wat toon dat die bestaan van begrawingsregte nie op die toekenning van 'n serwituut kan neerkom soos verkeerdelik in ons regspraak aanvaar is nie.

Pienaar en Mostert<sup>1287</sup> argumenteer heeltewel tereg dat die begrawingsregte wat deur die Wet op Verblyfreg toegestaan word regte is wat *ex lege* oftewel statutêr geskep is.<sup>1288</sup> Nie alleen het die betrokke begrawingsregte 'n statutêre oorsprong nie, die voorwaardes vir die vestiging daarvan sowel as die terme en inhoud daarvan word ook statutêr vasgestel.<sup>1289</sup>

---

<sup>1284</sup> Hfst 2 hierbo.

<sup>1285</sup> G 2 6; Inst 2 1 9; Vgl hfst 2 hierbo.

<sup>1286</sup> Pienaar en Mostert 2005: 642 Die skrywers stel dit tereg soos volg: "*To conclude, the arguments in favour of classifying burial rights as servitudes are nonsensical and do not meet the property law requirements if the traditional property law approach is followed. In addition, reliance on the notion of a servitude in describing the burial right places the holder of such a right in a state of continuous subordination in relation to the landowner...Such reasoning, it must be said, places one of the interested parties at a disadvantage even before the enquiry into the constitutionality of the provision commences.*"

<sup>1287</sup> 2005: 643

<sup>1288</sup> 2005: 643.

<sup>1289</sup> *Serole and Another v Pienaar* 2000 (1) SA 335D-E (LCC).

In *Serole* dui die hof verder aan dat in geval daar wel 'n serwituut tot stand gebring word deur begraving in die grond van 'n ander persoon daar 'n regsplig op die grondeienaar sowel as al sy of haar opvolgers in titel rus om die grafperseel te respekteer, nie daaroor te ploeg nie en om familieledede toe te laat om die graf te besoek en in stand te hou.<sup>1290</sup>

Die hof kom egter tot die slotsom dat die reg om 'n graftombe in te rig verskillend van aard is van die sogenaamde spesifieke gebruiksregte wat gelys word in artikel 6(2) van die wet. Begrawingsregte is dus nie die tipe reg wat die wetgewer bedoel het om aan okkupeerders te verleen in terme van die onderhawige wet nie. So 'n reg maak 'n beduidende<sup>1291</sup> inbreuk op die gemeenregtelike eiendomsreg van die grondeienaar.<sup>1292</sup> Die beginsel van wetsuitleg wat volgens die hof hier toepassing vind, is dat 'n hof nie 'n statuut op so 'n wyse sal uitleê dat die regte wat aan 'n persoon onder sodanige statuut verleen word, inbreuk sal maak op die gemeenregtelike regte van 'n ander persoon nie tensy dit duidelik is dat dit deur die wetgewer beoog is.<sup>1293</sup>

Dit is dus duidelik dat die hof hier 'n opweging doen van die gemeenregtelike eiendomsreg van 'n grondeienaar aan die een kant en die begrawingsregte van 'n ander persoon, die okkupeerder, ten opsigte van dieselfde stuk grond aan die ander kant. Soos te verwagte, kom die hof dan ook tot beskerming van gemeenregtelike eiendomsreg ten koste van die begrawingsregte. Met hierdie benadering is oor die algemeen geen fout te vind nie aangesien dit ook die uitgangspunt van die Romeinse- en Romeins-Hollandse juriste was. In beide hierdie stelsels kon 'n persoon byvoorbeeld nie 'n liggaam in 'n ander se grond begrawe sonder toestemming van die grondeienaar nie.<sup>1294</sup>

---

<sup>1290</sup> *Serole*: par 16.

<sup>1291</sup> "*Significant*".

<sup>1292</sup> *Serole*: 335 par 16.

<sup>1293</sup> *Serole*: par 16.

<sup>1294</sup> D 2 14 A; G 2 7, Inst 219; D 8 6 4; Vgl hfst 2 2 hierbo.

Maar soos by die bespreking van beide die Romeinse- en die Romeins-Hollandse regstelsels opgemerk is, was die juriste van daardie tyd nie in alle gevalle absolutisties in hul beskouing van die begrip *dominium* of eiendomsreg nie. In die finale instansie het billikheidsoorwegings, veral soos vereis deur religieuse en kulturele oortuigings, wel toegang gevind tot byna elke aspek van die begrawingsreg<sup>1295</sup> insluitende die kwessie van die afweging van die belange van die grondeienaar teenoor dié van persone wat op begrawingsregte aanspraak gemaak het.

In die Romeinse reg egter, en volgens skrywer hiervan se mening ook in die Romeins-Hollandse reg, het die verleen van toestemming deur die betrokke grondeienaar nie aanleiding gegee tot die totstandkoms van 'n serwituut in die vorm van 'n graftombe nie. Wat wel gebeur het, is dat wanneer 'n graftombe gebou is eiendomsreg in die grafperseel as sulks verloor is deur die grondeienaar.<sup>1296</sup> Die grafperseel het 'n *res religiosa* geword wat van eiendomsreg en handelstransaksies vrygestel is. Skrywer hiervan meen die grafperseel het 'n saak *sui generis* geword. Toegangs- en instandhoudingregte is ook nie oor die boeg van die serwituutfiguur gegooi nie maar is daar van owerheidsweë aan familieledes en ander belanghebbendes 'n *precarium* verleen om daardie regte uit te oefen<sup>1297</sup> in gevalle waar die grondeienaar self geweier het om toestemming te verleen.

In *Serole*<sup>1298</sup> gaan die hof dan voort en bevind dat dit moontlik is dat die reg om familieledes op 'n plaas te begrawe een van die dienste kan wees waarop ooreengekom is tussen 'n grondeienaar en 'n okkupeerder.<sup>1299</sup> Sodanige ooreenkoms kan stilswyend of uitdruklik plaasvind.<sup>1300</sup> Indien hierdie die korrekte uitleg van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid

---

<sup>1295</sup> D 11 7 43; D 11 8 1 6.

<sup>1296</sup> Inst 2 14; G 2 7.

<sup>1297</sup> D 11 7 1 2pr.

<sup>1298</sup> Par 17.

<sup>1299</sup> Sien Art 6(1) van die Wet op Verblyfreg.

<sup>1300</sup> *Serole*: par 17.

van Verblyfreg van 1997 is, staan so 'n ooreenkoms onder beskerming van die wet.<sup>1301</sup>

Laastens moet daarop gelet word dat die hof die argument van applikante verwerp het dat die bestaan van 'n stilswyende ooreenkoms dat applikante die begraafplaas op Leliespan kan gebruik om hul familieledede te begrawe, afgelei kan word van die feit dat eerste applikant se ouma en twee van sy familieledede<sup>1302</sup> ook alreeds daar begrawe is en dat die familie die begraafplaas oor die jare heen as begraafplaas gebruik het. Die hof bevind dat op die feite van die saak, veral soos uiteengesit in die beëdigde verklarings voor die hof, kan die bestaan van so 'n stilswyende ooreenkoms nie afgelei word nie,<sup>1303</sup> 'n beslissing waarvan die korrektheid ook bevraagteken kan word.

Skrywer hiervan kom tot die slotsom dat die benadering van die hof wat betref die uitleg van die Wet op Verblyfreg, wat klaarblyklik 'n sosiale statuut is<sup>1304</sup> en wat deur die wetgewer aangeneem is ter uiting en vergestaltung van grondwetlike bepalings gemik op grondhervorming,<sup>1305</sup> te eng en konserwatief was.

Hierdie skynbaar regterlike konserwatisme wat die wetgewer as outeur van grondwetlike vernuwing in *Serole* tegemoet gekom het, het verdere wetgewende ingryping genoodsaak wat soos hieronder opgemerk sal word dan ook spoedig gebeur het.

---

<sup>1301</sup> Par 17. Die hof steun ook op die omskrywing van 'n diens ("*service*") in *The New Shorter Oxford English Dictionary* as "*provision of a facility, to meet the needs, or for the use of a person or a thing*".

<sup>1302</sup> "*Siblings*".

<sup>1303</sup> Par 17.

<sup>1304</sup> *Serole*: par 19.

<sup>1305</sup> Art 5 van die Wet op Verblyfreg dra die opskrif *Fundamentele Regte*. Dit bepaal dat, onderworpe aan beperkings wat redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese gemeenskap, gegrond op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, 'n okkupeerder, 'n eienaar, en 'n persoon in beheer van grond, die reg het tot menswaardigheid, godsdiensvryheid, asook geloofsvryheid, vryheid van mening, en van uitdrukking, met inagneming van Grondwetlike bepalings; Sien *Serole*: par 13.

### 12.1.2 *Buhrmann v Nkosi*<sup>1306</sup>

Regterlike konserwatisme word egter intussen voortgesit in *Buhrmann*. Hier het die volgende feitestel voorgekom: Die appellant was eienaar van die plaas *De Emigratie*. Eerste respondent en sy seun, die tweede respondent, het op die plaas gewoon. Die seun van tweede respondent (kleinseun van eerste respondent) het te sterwe gekom en die respondente wou hom op die plaas begrawe.<sup>1307</sup>

Steunende op sy regte as grondeienaar, en dus ook op *Serole*,<sup>1308</sup> het die appellant aansoek voor 'n enkelregter<sup>1309</sup> gedoen om 'n interdik wat die respondente sou verbied om die oorledene se liggaam op die plaas te begrawe. Dié aansoek is egter van die hand gewys.<sup>1310</sup>

Op appèl na die volbank van die TPA word die saak aangehoor deur Ngoepe R P, Du Plessis R en Satchwell R.<sup>1311</sup> Eerstens oorweeg die hof die bepaling van artikel 6(1) van die Wet op Verblyfreg<sup>1312</sup> wat bepaal dat 'n

---

<sup>1306</sup> 2000 (1) SA 1145 (TPD).

<sup>1307</sup> *Buhrmann*: 1148A.

<sup>1308</sup> Hierbo.

<sup>1309</sup> Cassim Wnd R.

<sup>1310</sup> *Buhrmann*: 1148B.

<sup>1311</sup> Die regters word hier by name genoem omdat dit relevant is vir doeleindes van die bespreking.

<sup>1312</sup> Art 6 van die Wet op Verblyfreg lees soos volg : " (1) 'n Okkupeerder het, behoudens die bepaling van hierdie Wet, die reg om grond waarop hy of sy op of na 4 Februarie 1997 gewoon het en wat hy of sy op of na daardie datum gebruik het, te bewoon en te gebruik, en het die reg tot toegang tot die dienste waartoe, hetsy uitdruklik of stilswyend, met die eienaar of persoon in beheer ooreengekom is. (2) Sonder om afbreuk te doen aan die algemeenheid van die bepaling van art 5 en subartikel (1), en afgeweg teen die regte van die eienaar of persoon in beheer, het 'n okkupeerder die reg – (dA) om 'n afgestorwe lid van sy of haar familie, wat ten tyde van so 'n persoon se afsterwe woonagtig was op die grond waarop die okkupeerder woonagtig is, in ooreenstemming met hulle godsdiens of kulturele oortuiging te begrawe, indien 'n gevestigde praktyk met betrekking tot die grond bestaan;... (4) 'n Persoon het die reg om sy of haar familiegrafte op grond wat aan 'n ander persoon behoort, te besoek en in stand te hou, onderhewig aan enige redelike voorwaarde opgelê deur die eienaar of persoon in beheer van sodanige grond ten einde lewe of eiendom te beskerm of om die onbehoorlike ontwrigting van werksaamhede op die grond te voorkom. (5) Die familieledede van 'n okkupeerder beoog in art 8(4) van hierdie Wet het met sy of haar afsterwe 'n reg om daardie okkupeerder te begrawe op die grond waarop hy of sy woonagtig was ten tyde van sy of haar afsterwe, in ooreenstemming met hulle godsdiens of kulturele oortuiging, behoudens enige redelike voorwaardes wat nie meer beswarend is as dié voorgeskryf nie en wat deur die eienaar of persoon in beheer opgelê word."

okkupeerder die reg sal hê om te *woon* op grond en om daardie grond te *gebruik*, in geval daardie persoon sodanige grond bewoon of gebruik het, na gelang van die geval, vóór of op 4 Februarie 1997. Sodanige okkupeerder het ook toegang tot enige *dienste* waarop uitdruklik of stilswyend ooreengekom is met die grondeienaar of persoon in beheer van die grond.

Artikel 6(2)(d) van die wet verleen aan die okkupeerder die reg op 'n gesinslewe<sup>1313</sup> volgens die kultuur van daardie gesin, terwyl artikel 5(d) die reg op godsdiensvryheid, geloofsvryheid, meningsvryheid asook vryheid van uitdrukking aan 'n okkupeerder verleen.<sup>1314</sup>

Die bevinding is egter dat die reg op gebruik van die grond wat deur artikel 6(1) toegeken word slegs die reg op 'n tipe gebruik van die grond wat verband hou met die okkupeerder se bewoning van daardie grond kan beteken. Dit sluit nie die reg in om gesinslede op daardie grond te begrawe nie aangesien begraving die bykomende gebruik van grond op 'n permanente basis beteken.<sup>1315</sup>

Die hof bevind dat die woord gesinslewe, soos aangetref in artikel 6(2)(d), deur die wetgewer gebruik word in die sin van gesinslede<sup>1316</sup> van dieselfde huishouding, ouers, kinders, werkers<sup>1317</sup> asook paartjies van ouers en kinders of ander gesinslede wat saam woon. Gesinslewe beteken die daaglikse of dag tot dag lewe van hierdie mense. Die hof bevind dat die term 'gesinslewe volgens die kultuur van daardie familie' wat in artikel

---

<sup>1313</sup> "Family life".

<sup>1314</sup> *Buhrmann*: 1151H – 1252D. Art 5 van die Wet op Verblyfreg lees soos volg: "Behoudens beperkinge wat in 'n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, redelik en regverdigbaar is, het 'n okkupeerder, 'n eienaar en 'n persoon in beheer die reg tot – (a) menswaardigheid; (b) vryheid en sekerheid van die persoon; (c) privaatheid; (d) vryheid van godsdiens, oortuiging en mening en van uitdrukking; (e) vryheid van assosiasie; en (f) vryheid van beweging, met behoorlike inagneming van die doelstellings van die Grondwet en hierdie Wet".

<sup>1315</sup> *Buhrmann*: 1151F.

<sup>1316</sup> "Members of a household".

<sup>1317</sup> "Servants".

6(2)(d) gebruik word, geweld aangedoen sou word indien die vestiging van grafte van gesinslede of familielede<sup>1318</sup> daarby ingesluit word.

Wat artikel 5(d) betref kom die hof tot die gevolgtrekking dat godsdien- en geloofsvryheid beteken dat andere daardie godsdien- en geloofsvryheid moet respekteer en nie daarmee moet inmeng nie. Dit beteken egter nie dat andere verplig kan word om positiewe handeling te verrig om daardie godsdien of geloof te bevorder nie.<sup>1319</sup>

Die hof bevind ook dat die toestaan van die reg om in grond te begrawe wel op die toestaan van 'n serwituut kan neerkom. Aangesien laasgenoemde egter 'n positiewe handeling, bestaande uit die gedeeltelike afstaan van eiendomsreg in grond deur 'n grondeienaar is, kon dit nie die bedoeling van die wetgewer wees om begrawingsregte by artikel 5(d) in te sluit nie.<sup>1320</sup>

Met bogenoemde relatief konserwatiewe maar tog ook ortodokse uitleg en toepassing van die bepalings van die wet deur Du Plessis R het Satchwell R saamgestem, maar het laasgenoemde heelwat uitgebrei aangaande die vergelyking van die regte van die grondeienaar met die van dié okkupeerder onder die wet.

Skrywer hiervan het reeds vroeër in hierdie hoofstuk die mening uitgespreek dat die gemeenregtelike begrip van die aard en ordening van 'n begraafplaas of graftombe nie heeltemal rym met die idee van 'n serwituut soos geartikuleer in *Dibley v Furter* nie.<sup>1321</sup> Die Romeinse reg het 'n gebruikte grafperseel of graftombe as 'n eiesoortige saak beskou<sup>1322</sup> wat glad nie aan privaatregtelike reëls onderworpe was nie maar wel aan publiekregtelike regulering, naamlik die beginsels van die *ius sacra*,

---

<sup>1318</sup> *Buhrmann*: 1152F.

<sup>1319</sup> Van Rensburg 2002: 175.

<sup>1320</sup> Op 1152H van die hofverslag.

<sup>1321</sup> Sien ook Van der Merwe 1989: 525 waarop die hof steun.

<sup>1322</sup> *Res religiosa* wat onder beskerming van die *divinum ius* oftewel die goddelike reg gestaan het.

oftewel die goddelike reg. Toegangsregte na graftombes is egter wel privaatregtelik gereël.

Die idee van die vestiging van 'n serwituut in die *Buhrmann*-saak, het die hof bereik na aanleiding van die beslissing van Cassim Wnd R in die hof a quo dat appellant se vader aan tweede respondent en haar gesinslede 'n reg in die vorm van 'n serwituut verleen het om hul gesinslede op die plaas te begrawe.

Op appèl het die hof hierdie serwituutkonstruksie in beginsel aanvaar maar aangesien daar bevind is dat daar geen registrasie<sup>1323</sup> van die sogenaamde serwituut plaasgevind het nie, beslis die hof<sup>1324</sup> dat geen geldige serwituut toegestaan is nie.<sup>1325</sup> Ten beste kon die appellante dus steun op 'n ooreenkoms waarin appellant se vader toegestem het tot begrawing van gesinslede op die grond. Op die feite bevind die hof egter dat dit ook nie die geval was nie.<sup>1326</sup>

In *Buhrmann* lewer Ngoepe RP 'n afwykende maar versierende uitspraak ten opsigte van die bepaling van artikel 5(d) van die Wet op Verblyfreg.<sup>1327</sup> Ngoepe RP bevind dat hierdie artikel wel aan die respondent, 'n okkupeerder soos omskryf in die artikel, die reg verleen om die oorledene op die plaas te begrawe.<sup>1328</sup>

Hy bevind verder dat dit niks anders as lippediens is wat betoon word aan respondent se reg om haar geloof te praktiseer en te manifesteer nie deur

---

<sup>1323</sup> In die Romeins-Hollandse-, sowel as die Suid-Afrikaanse reg kom 'n saaklike serwituut tot stand deur registrasie in die akteskantoor. Vgl Du Bois *ea* 2007: 611 asook gesag daar aangehaal. Dié aangeleentheid word vandag gereël deur arts 3(1)(o), 65(1), 66 en 75(1) van die Wet op die Registrasie van Aktes 47 van 1937.

<sup>1324</sup> Op gesag van *Dibley*: 84B – E, en Van der Merwe 1989: 525.

<sup>1325</sup> *Buhrmann*: 1153.

<sup>1326</sup> Sien ook die uitsprake van Satchwell R in *Buhrmann*: 1157B–C en Ngoepe RP op 1157E – F van *Buhrmann*.

<sup>1327</sup> *Buhrmann*: 1157D – E.

<sup>1328</sup> 1156F.



haar te belet om haar seun te begrawe op 'n plek en wyse wat betekenis aan daardie geloof verleen nie.<sup>1329</sup>

Volgens Ngoepe RP is dit wel so dat die begrawingsregte van die respondent inbreuk maak op die eiendomsreg van die grondeienaar maar is die bepalings van artikels 5, 6 en soortgelyke artikels van die wet juis daarop gemik om sodanige inbreuk te bewerkstellig.<sup>1330</sup> Daar moet dus 'n opweging van mededingende regte gedoen word. Vervolgens gaan die regter oor tot hierdie opweging van regte en kom tot die gevolgtrekking dat die toekenning van begrawingsregte aan die respondent glad nie so 'n drastiese inkorting van appellant se eiendomsreg is dat dit die *ontseggings* van eersgenoemde reg regverdig nie.

Die regter vind dit onnodig om 'n uitspraak te lewer op grond van die bepalings van artikel 6(2)(d) wat die reg op 'n gesinslewe volgens die kultuur van 'n gesin verleen aangesien dit weinig of geen impak op die bepalings van artikel 5(d) het nie. Gevolglik verkies die regter dan ook om nie die uitspraak van Gildenhuis R in die *Serole-saak* na te volg nie. Die uitleg van artikel 6(2)(d) deur laasgenoemde het 'n onbehoorlik verengende en beperkende invloed op die wyd geformuleerde regte wat deur artikel 5(d) toegestaan word,<sup>1331</sup> word tereg deur Ngoepe RP opgemerk.

Daar was blykbaar nie groot of intense akademiese belangstelling in die begrawingsreg na die *Serole-* en *Buhrmann-*beslissings nie want slegs een akademiese kommentaar het daarop gevolg, naamlik 'n insiggewende aantekening deur Janse van Rensburg in 2002.<sup>1332</sup>

---

<sup>1329</sup> 1161D.

<sup>1330</sup> 1161G.

<sup>1331</sup> 1161I – 1162D.

<sup>1332</sup> 2002: 175.

Van Rensburg<sup>1333</sup> verskaf 'n treffende opsomming van die sosiale doelstellings onderliggend aan die aanneming van die Wet op Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg en maak 'n bruikbare evaluering van die *Serole-* en *Buhrmann*-beslissings in die lig van die relevante grondwetlike bepalinge aangaande die regte van grondeienaars, die belange van okkuperders asook die wyse waarop en mate waartoe effek daaraan verleen word deur die Wet op Verblyfreg.

Dit moet egter in gedagte gehou word dat Van Rensburg geskryf het vóór die Appèlhof-beslissing in *Nkosi v Buhrmann* en die *Algemene Wysigingswet* waarna hierbo verwys is, beide waarvan beduidende verdere bydraes gelewer het tot die uitbreiding en beskerming van sekerheid van Verblyfregte soos hieronder aangedui sal word.

Soos Van Rensburg tereg aantoon, is dit handig om die vryheid van godsdiens wat deur artikel 15 van die Grondwet<sup>1334</sup> beskerm word vanuit 'n tweedimensionele perspektief te beskou: Daar is die positiewe dimensie wat inhou dat vryheid van godsdiens nie slegs 'n passiewe, bepeinsende en subjektiewe geloofsoortuiging behels nie maar ook die positiewe manifestering daarvan insluit. Dit sou inderdaad 'n ongeoorloofde beperking van die wye begrip van godsdiensvryheid wees indien die manifestering of praktiese uitlewing van godsdiens nie in die werklike lewe toegelaat word nie.<sup>1335</sup>

---

<sup>1333</sup> 2002: 175 *Inleiding*. 'n Geskiedenis van eeuelange grondontneming, gedwonge verwyderings vanaf grond, asook sosiale segregasie het die wet voorafgegaan. Sedert die koms van demokrasie is dit egter een van die hoofmerke van die staat om sekerheid te verleen aan onseker vorms van grondbesit asook ander belange in grond. Voorsiening word dus gemaak om groter sekerheid van verblyfreg te verleen aan kategorieë persone soos okkuperders wat in die verlede nie op sodanige sekerheid kon aanspraak maak nie. Van Rensburg klassifiseer die regte van okkuperders in grondgebaseerde regte, soos die reg om die grond te bewoon en te gebruik en persoonlike regte wat die okkuperder toekom, soos die reg op vryheid van godsdiens en geloof wat deur art 15 van die Grondwet en art 18 van die Universele Verklaring van Menseregte beskerm word.

<sup>1334</sup> Art 15(1) van die Grondwet bepaal dat elke persoon die reg het op vryheid van gewete, godsdiens, denke, geloofsoortuigings en mening.

<sup>1335</sup> Sien ook Chaskalson 1998: 19-1 – 19-2.

Aan die ander kant behels die negatiewe dimensie van godsdienstvryheid tog weer dat een persoon (in die onderhawige geval die grondeienaar) tot 'n sekere mate 'n deelname moet hê of moet meewerk aan die positiewe dimensie of uitlewing van die godsdienstvryheid van 'n ander, in die onderhawige geval die okkupeerder. Hierdie deelname neem in die meeste gevalle die vorm aan van verdraagsaamheid of toleransie aan die kant van die grondeienaar wat moet verduur dat begraving in sy grond sonder sy toestemming plaasvind, en dit is juis hier waar daar uiteenlopende meningsverskille ontstaan. Die vraag is of dit wat van die grondeienaar verwag word in geval die okkupeerder sy of haar begrawingsregte prakties wil uitoefen slegs passiewe toleransie of verdraagsaamheid is en of dit ook op die aktiewe verrigting van 'n positiewe handeling deur die grondeienaar neerkom.

Van Rensburg het die mening uitgespreek dat die beslissings in *Serole* en *Buhrmann* korrek was, aangesien die okkupeerders in daardie beslissings meer van die grondeienaar verwag het as net respek en verdraagsaamheid teenoor eersgenoemde se religieuse praktyke. Hulle het van die betrokke grondeienaars verwag om afstand te doen van hul eiendomsregte, dit wil sê om aktiewe bevordering te verleen aan hul aansprake op begrawingsregte.<sup>1336</sup> Soos die hof bevind het in *Serole en Buhrmann*, spreek die geleerde skrywer dan ook die mening uit dat hierdie opoffering van die grondeienaar nóg deur die Grondwet nóg deur die Wet op Verblyfreg vereis word.

Die benadering wat deur Ngoepe RP in *Buhrmann* gevolg is, naamlik waar laasgenoemde 'n wye betekenis geheg het aan die begrip vryheid van

---

<sup>1336</sup> Janse Van Rensburg 2002: 184: "It is submitted that the granting of a burial site without the express or tacit permission of the landowner under the provisions of ESTA, might amount to a violation of the property rights of the landowner, for it might constitute the granting of limited real rights to the occupiers over the land of another, purely based on the occupation of a family member on the land."

godsdienst sodat dit ook begrawingsregte insluit, is volgens Van Rensburg te absolutisties en dus onaanvaarbaar.<sup>1337</sup>

Daar moet met Van Rensburg<sup>1338</sup> saamgestem word dat die mededingende regte van grondeienaars en okkupeerders in terme van artikels 5 en 6 van die Wet op Verblyfreg gebalanseer moet word en dat enige rigiede of absolutistiese beskerming van enige van hierdie regte vermy moet word.

Reeds voor die wysiging van artikel 6(2) van die Wet op Verblyfreg het verskeie akademici egter negatiewe kommentaar gelewer op die bevinding deur die hof in *Serole en Nkosi v Buhrmann* dat die wet nie begrawingsregte aan okkupeerders toegestaan het nie.<sup>1339</sup> Die onderliggende beswaar teen die benadering van die hof was dat 'n wetsuitleg wat nie erken het dat die begrip begrawingsregte 'n belangrike aspek is van die reg op godsdienstvryheid, soos vasgelê in artikel 6(2) van die Wet op Verblyfreg nie, in wese neerkom op 'n ontsegging van die gees en waardes wat onderliggend is aan die Grondwet.<sup>1340</sup>

Skrywer hiervan moet dus van Van Rensburg se benadering verskil insoverre dit nog steeds begrawingsregte by die raamwerk van die eiendomsreg van die grondeienaar inpas en die regte van die grondeienaar hierargies op 'n hoër vlak as die begrawingsregte van die okkupeerder plaas. Weereens moet egter daarop gewys word dat Van Rensburg in 'n tydvlak voor die aanneming van die Algemene Wysigingswet op Sekerheid van Verblyfreg geskryf het. Skrywer hiervan submitteer dat die kritiek op die uitspraak van Ngoepe RP nie geregverdig

---

<sup>1337</sup> 2002: 183. Hy toon aan dat Ngoepe R P ook nagelaat het om die *sg balanseringklousule* in art 6(2) van die Wet op Verblyfreg te noem. Dit behels dat die regte van die okkupeerder wat in daardie artikel erken word met die regte van die grondeienaar gebalanseer moet word.

<sup>1338</sup> 2002: 184.

<sup>1339</sup> Mostert 2004: 155; Van der Walt 2002: 394.

<sup>1340</sup> Pienaar en Mostert 2005: 644.

was nie, soos wat later in *Nhlabathi v Fick*<sup>1341</sup> wat hieronder bespreek word, bevestig is.

### 12.1.3 *Nkosi v Buhrmann*<sup>1342</sup>

Op verdere appèl lewer die Hoogste Hof van Appèl 'n eenparige uitspraak waarin die konserwatiewe benadering en wetsuitleg wat onderliggend aan die meerderheidsuitspraak in *Buhrmann* was weereens die botoon voer.

Die hof beslis dat artikel 5(d) van die Wet op Verblyfreg nie die begrawingsregte waarop die appellant aanspraak maak, verleen nie aangesien godsdienstvryheid en –praktyke aan interne beperkings onderworpe is. Dit sluit nie 'n onbelemmerde vryheid om 'n grafperseel uit te kies in nie en nog minder sluit dit die reg in om besit van 'n grafperseel te neem sonder toestemming van die betrokke grondeienaar.<sup>1343</sup> Hierdie resultaat word bereik ongeag die feit dat die bepaling van artikel 5(d) afsonderlik van of tesame met ander bepalinge van die Wet uitgelê word.<sup>1344</sup>

Wat betref die regte in artikel 6(1) toegeken, beslis die hof dat die reg van 'n okkupeerder om grond te bewoon, te gebruik en om op dienste aanspraak te maak onderworpe is aan die toestemming van die grondeienaar of ander persoon in beheer van die grond. Dit verleen nie saaklike regte aan die okkupeerder nie. Dit is regte van 'n tydelike aard wat onderworpe is aan gewone uitsettingsprosesse.

Begrawingsregte, wat op 'n vermindering<sup>1345</sup> van eiendomsreg neerkom, is dus nie by sodanige regte ingesluit nie. Nóg 'n letterlike nóg 'n doelgerigte of doelmatige uitleg van die Wet maak so 'n regsposisie logies of houdbaar. Die gebruik van grond waarna in artikel 6(1) verwys word,

---

<sup>1341</sup> 2003 (7) BCLR 806 (LCC).

<sup>1342</sup> 2002 (1) SA 384 (SCA).

<sup>1343</sup> *Nkosi*: 3871 –J.

<sup>1344</sup> 389F-G.

<sup>1345</sup> "*Diminution*".

het betrekking op huishoudelike gebruik en regverdig nie die toekenning van begrawingsregte nie.<sup>1346</sup>

Afgesien van die feit dat die uitspraak van toepassing is op die bepalings van die Wet op Verblyfreg soos hierbo bespreek, maak die hof ook enkele bevindings in verband met die aard van en eiendomsregtelike aspekte van graftombes.<sup>1347</sup> Die hof bevestig die bevinding van die hof *a quo* dat die verlening van toestemming om 'n graftombe in grond te vestig wel op die verlening van 'n serwituut *mag* neerkom. Vir hierdie stelling word geen gesag aangehaal nie.

Die mening is reeds uitgespreek dat daar in elk geval geen gemeenregtelike gesag vir hierdie standpunt bestaan nie. Dieselfde mening is van toepassing op die Hoogste Hof van Appèl se bevinding wat op die gesag van Joubert<sup>1348</sup> en andere steun. In teenstelling met wat die hof aanvoer, is skrywer hiervan se beskeie mening dat die gemene reg nie 'n grondeienaar magtig om in die afwesigheid van kontraktuele bepalings of 'n serwituut 'n grafreling en grafsteen te verwyder "solank geen grafskending plaasvind nie". Dit is skrywer hiervan se mening dat die blote verwydering van 'n grafsteen of 'n reling deur 'n grondeienaar reeds gemeenregtelike grafskending daarstel.<sup>1349</sup>

## 12.2 Wetgewende Ingryping en Hervorming

Die onhoudbare spanning tussen die eiendomsreg van die grondeienaar en die woon-en gebruiksregte van die okkupeerder soos omskryf in die Wet op Verblyfreg, soos (konserwatief) uitgelê en toegepas in *Serole* en *Nkosi* het nie die aandag van die wetgewer ontsnap nie. In reaksie op<sup>1350</sup> en ten uitvoering van sy grondwetlike mandaat neem die wetgewer die Algemene

---

<sup>1346</sup> 388A-F.

<sup>1347</sup> 384G-J.

<sup>1348</sup> 1993: vol 20: 279 par 324 en 325.

<sup>1349</sup> D47 12 2; D 47 12 3 pr; D47 12 3 1; Cloete 1984: 111; Snyman 2008: 382.

<sup>1350</sup> Sien *Nhlabathi*: 812 par 17 waar die hof na *Serole*: par 16 en na *Nkosi*: par 54 verwys. Sien ook *Nhlabathi*: 815 par 27.

Wysigingswet op Grondsake in 2001<sup>1351</sup> aan. (Hierna word gerieflikheidshalwe daarna verwys as die Wysingswet).

Wat veral van belang is, is die volgende drie wysigings wat deur hierdie wet ingevoer is: Eerstens is daar Artikel 6(2)(dA) wat vir die eerste keer in die Suid-afrikanse regsgeeskiedenis uitdruklik en spesifiek statutêre begrawingsregte met betrekking tot landelike gebiede aan okkupeerders verleen.<sup>1352</sup> Dit bepaal naamlik dat 'n okkupeerder die reg het om 'n gestorwe lid van sy of haar gesin wat ten tyde van die dood van daardie persoon op dieselfde grond woonagtig was as dié waarop die okkupeerder woon, in ooreenstemming met hul godsdienstige of kulturele oortuigings aldaar te begrawe indien daar 'n gevestigde praktyk ten opsigte van daardie grond bestaan.<sup>1353</sup> Hierdie reg van die okkupeerder (die begrawingsreg) moet egter met die regte van die grondeienaar gebalanseer word.<sup>1354</sup>

Tweedens verskaf die Wysigingswet in artikel 1(1) daarvan ook 'n definisie van die begrip gevestigde praktyk waarna in artikel 6(2)(dA) verwys word. Dit is naamlik 'n praktyk in terme waarvan die grondeienaar, of die persoon in beheer van die grond, of hul voorganger in titel roetinegewys aan persone wat op die grond gewoon het, toestemming verleen het om gestorwe lede van hul gesin/familie in ooreenstemming met hul godsdienstige of kulturele oortuigings daar te begrawe.<sup>1355</sup>

Hierdie wysiging is klaarblyklik in reaksie op die *Serole-beslissing* waar die hof tot die slotsom gekom het dat selfs die feit dat die eerste applikant in daardie saak se ouma en twee van sy gesinslede alreeds op die plaas Leliespan begrawe was, dit onvoldoende was vir die afleiding dat daar 'n

---

<sup>1351</sup> Wet 51 van 2001.

<sup>1352</sup> *Nhlabathi*: 812A en F.

<sup>1353</sup> *Nhlabathi*: 811 par 16.

<sup>1354</sup> Art 6(2)(dA).

<sup>1355</sup> *Nhlabathi*: 811 par 16.

stilswyende ooreenkoms tussen die grondeienaar en die okkupeerder was dat begrawingsregte aan laasgenoemde toegestaan word.

Derdens word 'n nuwe artikel 6(5) in die Wysigingswet opgeneem wat aan die gesins- of familieledede van die sogenaamde langtermynokkupeerder, soos omskryf in artikel 8(4) van die wet, die reg verleen om met die dood van die okkupeerder hom of haar op die grond waarop hy of sy ten tyde van sy of haar dood 'n okkupeerder was, te begrawe.

### 12.3 *NHLABATHI v FICK*<sup>1356</sup>

Aanvanklik het die applikante in Nhlabathi op sowel artikel 6(2)(dA) as artikel 6(5) van die Wysigingswet gesteun maar weens die gekompliseerde grondwetlike kwessie wat kon opduik in die oorweging van die grondwetlike geldigheid van artikel 6(5) is steun op daardie artikel laat vaar en was dit dus alleenlik die toepaslikheid van artikel 6(2)(dA) wat deur die hof oorweeg is.<sup>1357</sup>

Die respondent het aangevoer dat artikel 6(2)(dA) om twee redes ongrondwetlik is: Eerstens, aangesien dit teenstrydig is met die bepalings van artikel 25 van die Grondwet, die sogenaamde eiendomsbeskermingsklousule<sup>1358</sup> en tweedens, aangesien dit inbreuk maak op die uitsluitlike funksionele gebied van provinsiale wetgewers, soos uiteengesit in skedule 5 van die Grondwet.

Wat betref laasgenoemde rede bevind die hof dat daar in elk geval 'n mate van potensiele oorvleueling tussen die uitsluitlik provinsiale wetgewende bevoegdhede soos gelys in skedule 5 van die Grondwet en die bevoegdhede van die nasionale wetgewer bestaan, en dat artikel

---

<sup>1356</sup> 2003 (2) ALL SA 323 (LCC).

<sup>1357</sup> *Nhlabathi*: 812 par 19.

<sup>1358</sup> "Property clause".



6(2)(dA) dus geen inmenging met die uitsluitlik provinsiale wetgewende bevoegdhede daarstel nie.<sup>1359</sup>

Die enigste oorblywende vraag was dus of artikel 6(2)(dA) enige inbreuk maak op artikel 25 van die Grondwet, dit wil sê aan die sogenaamde eiendomsbeskermingsklousule.

Na skrywer hiervan se beskeie mening begin die hof heel tereg by die begin, naamlik by die vraag wat die juridiese aard van 'n graf of graftombe in die grond van 'n ander persoon is en watter verband dit met die eiendomsreg van die grondeienaar hou.<sup>1360</sup> Wat hierdie aspek betref steun die hof op die uitspraak van Howie AR in *Nkosi*: 'n Menslike graf, gesien vanuit 'n praktiese sowel as 'n regsteoretiese oogpunt, stel 'n permanente *diminutio* oftewel vermindering of redusering van die eiendomsreg van die grondeienaar daar. Indien 'n okkupeerder dus 'n grafperseel regtens kon toe-eien, sou dit op 'n toe-eieningsreg of *appropriasie*<sup>1361</sup> neerkom.<sup>1362</sup>

Vir doeleindes van hierdie studie is dit van belang dat die hof hierdie redusering van die grondeienaar se eiendomsreg as 'n permanente en nie maar as 'n kortstondige of tydelike redusering beskou nie. Hierdie uitgangspunt strook met die algemene beginsels van die gemeenregtelike begrawingsreg, naamlik dat 'n graftombe 'n permanente regs aard het en dus op 'n permanente of langdurige basis onder beskerming van die publieke begrawingsreg staan. Dit sou byvoorbeeld steeds op grafskending neerkom ongeag of 'n grondeienaar nou 'n graftombe op sy grond wat onderskeidelik een jaar of 25 jaar oud is, afbreek of beskadig. Dit maak verder ook geen verskil of die identiteit van die oorledene self of

---

<sup>1359</sup> *Nhlabathi*: 815 par 26. Weens 'n ruimtegebrek sal hierdie grondwetlike kwessie nie verder hier oorweeg word nie.

<sup>1360</sup> *Nhlabathi*: 815 par 27.

<sup>1361</sup> "*Appropriation*".

<sup>1362</sup> *Nkosi*: par 38.

dié van sy of haar oorlewende familieledede aan die grondeienaar bekend of onbekend is.<sup>1363</sup>

In teenstelling met hierdie permanente aard van 'n graftombe kon 'n serwituut egter te enige tyd deur ooreenkoms tussen die belanghebbende partye beëindig word.

Die Wysigingswet maak egter nie voorsiening vir die vergoeding<sup>1364</sup> van die grondeienaar vir sodanige toe-eiening nie en die vraag ontstaan dus tot welke mate, indien enigsins, artikel 6(2)(dA) onreg doen aan die bepalings van artikel 25 van die Grondwet.<sup>1365</sup>

Die uitgangspunt van die hof is dan ook, tereg na skrywer hiervan se mening, dat die Wysigingswet wat hierdie toe-eiening<sup>1366</sup> toelaat 'n wet van algemene toepassing<sup>1367</sup> is, en tensy die bepalings van hierdie Wet van arbitrêre aard is of teenstrydig is met die bepalings van artikel 25(2) van die Grondwet, dit grondwetlik en geldig is.<sup>1368</sup>

Vervolgens doen die hof 'n beroep op die gesag van die Grondwet in *First National Bank*<sup>1369</sup> ten einde vas te stel onder welke omstandighede ontneming van eiendom<sup>1370</sup> arbitrêr sou wees.<sup>1371</sup> Na oorweging van 'n viertal faktore van kardinale belang kom die hof tot die gevolgtrekking dat die bepalings van artikel 6(2)(dA) van die Wysigingswet geensins arbitrêr van aard is en dus ook nie teenstrydig is met die inhoud van artikel 25 van die Grondwet nie insoverre laasgenoemde nie arbitrêre *toe-eiening*<sup>1372</sup>

---

<sup>1363</sup> Vgl *Oudekraal Estates (Pty) Ltd v City of Cape Town and Others* 2004 (6) SA 222 (HHA): bl 240 E en 241 F-G.

<sup>1364</sup> "Compensation".

<sup>1365</sup> Die hof oorweeg hier slegs sekere relevante sub-artikels van art 25, naamlik art 25(1) tot (3), art 25(4)(a) en art 25(6) – (8).

<sup>1366</sup> "Appropriation".

<sup>1367</sup> "Law of general application".

<sup>1368</sup> *Nhlabathi*: 816 par 29.

<sup>1369</sup> 2002 (4) SA 768 (CC); 2002 (7) BCLR 702 (CC).

<sup>1370</sup> "Deprivation of property".

<sup>1371</sup> *Nhlabathi*: 816 par 30.

<sup>1372</sup> "Appropriation".

van 'n grafperseel duld nie.<sup>1373</sup> Gemelde viertal faktore wat deur die hof in ag geneem is, is kortliks die volgende:

Eerstens bevind die hof dat die reg om 'n grafperseel te onteien gebalanseer moet word met die regte en belange van die grondeienaar of die persoon in beheer.<sup>1374</sup> Dit is dus nie 'n blindelinge ontneming van regte of belange waar geen voorsiening gemaak word vir die beskerming van regte en belange behalwe dié van die okkupeerder nie. 'n Balanseringsoefening is in alle waarskynlikheid op redelikheid en billikheid gegrond.

Pienaar en Mostert<sup>1375</sup> wys na tereg uit dat die howe egter nog steeds hierdie balanseringsoefening doen met die uitgangspunt dat die regte en belange van die grondeienaar dié van die okkupeerder as't ware moet troef of 'uitbalanseer.' Hulle staan krities teenoor die feit dat die howe met 'n soort hierargie van regte te werk gaan in die oorweging van die toestaan van begrawingsregte. Hierdie benadering van die howe hou die gevaar in dat die voor-grondwetlike privaatregtelike bedeling waarin die regte van die okkupeerder op 'n permanente basis onderhewig gestel is aan dié van die grondeienaar, sodoende verewig kan word.

Pienaar en Mostert is dus voorstanders van 'n alternatiewe benadering waarvolgens die begrawingsregte van die okkupeerder onlosmaaklik gekoppel word aan sy of haar grondwetlike regte van vryheid van geloof

---

<sup>1373</sup> *Nhlabathi*: 816-7 par 31.

<sup>1374</sup> *Nhlabathi*: par 26(a). Dit is met hierdie balanseringsoefening in gedagte dat die hof die opmerking maak dat "*...it is imaginable that factual situations could exist where the rights of the owner or person in charge could outweigh the right of an occupier to a grave.*" Die hof wys ook daarop dat art 6(2)(dA) van die wet sy eie interne beperkings op statutêre begrawingsregte daarstel. Hierdie interne beperkings neem die vorm aan van drie vereistes wat in art 6(2)(dA) opgeneem is as voorvereistes vir die vestiging van begrawingsregte. Een van die belangrikste van hierdie vereistes is die ten opsigte van die afweging of balansering van die belange van grondeienaar en okkupeerder onderskeidelik. Die hof verwys ook na die minderheidsuitspraak van Ngoepe R P in *Nkosi v Buhrmann*, te dien effekte dat daar by die vasstelling van die trefwydte of omvang van die grondwetlike eiendomsklousule, noodwendiglik een of ander soort afweging of balansering sal moet plaasvind.

<sup>1375</sup> 2005: 651-2.

en kultuur.<sup>1376</sup> Sodanige regte moet ook op 'n gelykheidsbasis teen die regte van die grondeienaar afgewees word.

Tweedens vereis artikel 6(2)(dA) van die Wet op Verblyfreg 'n *gevestigde praktyk* wat in alle waarskynlikheid op een of ander vorm van bestaande konsensus gebaseer moet wees voordat begraving gemagtig word.<sup>1377</sup>

Met die eerste oogopslag wil dit voorkom of die hof in *Nhlabathi* gedwaal het deur te bevind dat die bestaan van 'n gevestigde praktyk nie in daardie saak bewys is nie. Die getuienis het immers duidelik getoon dat die *Nhlabathi*-familiegroep die area wat die twee grafte omring het as 'n familie-begraafplaas beskou het. Daar was ook 'n aantal grafte van ander familieleden op die plaas. Indien aanvaar word dat dit heel onwaarskynlik is dat daar slegs 'n enkele vergunning deur die plaaseienaar ten opsigte van die begraving van al hierdie persone gegee is, dan word dit moeilik om die bevinding van die hof dat daar geen gevestigde praktyk bestaan het nie te aanvaar.

Die hof verduidelik egter daardie bevinding deur uit te wys dat die vereiste van 'n gevestigde praktyk wat deur die wet gestel word na die grond verwys en nie na 'n besondere familie of okkupeerder as sulks nie.<sup>1378</sup>

Derdens aanvaar die hof dat die vestiging van 'n graftombe asook besoek- en instandhoudingsregte ten opsigte daarvan in meeste gevalle slegs 'n geringe inbreuk op die regte van die grondeienaar daar sal stel.<sup>1379</sup> Dit moet daarop gelet word dat hierdie 'n gekwalifiseerde bevinding is. Die hof skyn dus daarvan bewus te wees dat daar in bepaalde gevalle, alhoewel in die minderheid, tog wel 'n grotere of meer beduidende inbreuk

---

<sup>1376</sup> 2005: 652. Pienaar en Mostert is van mening dat Ngoepe RP se afwykende uitspraak in *Nkosi* duidelik te verkies is.

<sup>1377</sup> *Nhlabathi*: par 26(b).

<sup>1378</sup> *Nhlabathi*: par 36-7.

<sup>1379</sup> *Nhlabathi*: par 26(c).

op eiendomsreg gemaak kan word. Dit is dus 'n kwessie wat van geval tot geval beoordeel moet word.

Waar die hof in *Nhlabathi* egter radikaal verskil van vorige regspraak, wat nie beperk is tot *Serole* en *Nkosi* nie maar wat inderdaad sover teruggaan as *Dibley v Furter* en *Gillespie v Toplis*, is dat die hof die oprigting van 'n graf in die grond van 'n ander as 'n *minor intrusion* oftewel 'n mindere inbreuk beskou.<sup>1380</sup> Dit moet in gedagte gehou word dat vorige howe die oprigting van grafte in die grond van 'n ander feitlik gelykgestel het met die vestiging van 'n serwituut in die betrokke grond en dat 'n serwituut nie 'n mindere nie, maar inderdaad 'n ingrypende en permanente inbreuk op eiendomsreg is.

Volgens skrywer hiervan se mening is dit sekerlik die geval dat, vanuit 'n privaatregtelike oogpunt beskou, die vestiging van 'n graf 'n beduidende inbreuk maak op die regte van die grondeienaar. Dit is om hierdie rede dat selfs in die Romeinse reg, en seer sekerlik ook in die Romeins-Hollandse reg, die privaatregtelike posisie was dat as algemene reël begraving nie sonder toestemming van die grondeienaar kon plaasvind nie. Hierdie beginsels was selfs op mede-eienaars en vruggebruikers van toepassing.<sup>1381</sup>

Waar begraving wel sonder sodanige toestemming plaasgevind het, het die grafperseel in die Romeinse reg nie *religiosus* geword nie, dit wil sê dit het nie volle regsbeskerming geniet nie. Sodoende is die regte van die grondeienaar immers beskerm.<sup>1382</sup>

Waar begraving egter wel met die nodige toestemming plaasgevind het, het die grafperseel *religiosus* geword, dit wil sê dit is onttrek vanuit privaatregtelike verkeer en onder beskerming van die *ius divinum* oftewel

---

<sup>1380</sup> Par 26(c).

<sup>1381</sup> D 2 14 61; G 2 7; Inst 2 1 9; D 1 8 64; Sien hfst 2 2 hierbo.

<sup>1382</sup> Sien gesag hierbo.

die goddelike reg, wat deel van die publiekreg was, geplaas.<sup>1383</sup> In sodanige geval het die eienaar sy *dominium* oor die betrokke grafperseel verloor. In die Romeinse reg is serwitute wat op die grondperseel bestaan het ook deur die aanbrengs van die graf uitgewis.<sup>1384</sup> Om hierdie redes moet dus aanvaar word dat die vestiging van 'n graf gemeenregtelik nog altyd as 'n ernstige inbreuk op die eiendomsreg van die grondeienaar en al sy opvolgers in titel beskou is.

Daar moet egter nie uit die oog verloor word dat die Romeinse, of selfs die Romeins-Hollandse juriste, nooit vanuit 'n perspektief geskryf het waar hulle 'n relatiewe afweging van belange soos dit die geval in *Nhlabathi v Fick* was, moes doen nie. Die Wet op Verblyfreg was immers aan hulle onbekend.

Nogtans word gevind dat onder druk van religieuse en kulturele voorskrifte selfs die Romeinse reg, wat andersins rigiede beskerming van eiendomsreg voorgestaan het, buigsaam en soepel was wanneer dit kom by die afdwing van begrawingsregte.<sup>1385</sup>

D 11 7 43 beskryf die gevalle van die vruggebruiker of die vennoot van 'n grondeienaar wat normaalweg nie persone is wat sonder die grondeienaar se toestemming 'n liggaam in die betrokke grond kon begrawe nie, selfs al was die vennoot ook mede-eienaar van die grond. Sou hulle 'n begraving sonder sodanige toestemming doen, sou die grafperseel nie *religiosus* word nie en sou dit nie onder regsbeskerming staan nie.<sup>1386</sup> Nogtans kon hulle in bepaalde gevalle waar die grondeienaar toestemming geweier het, aansoek doen om die *interdictum de mortuo inferendo utiliter* in welke geval aan hulle 'fiktiewe' regshulp toegestaan is aangesien hulle vir doeleindes van so 'n proses as 'fiktiewe' eienaars beskou is. D 11 7 43 skets ook die *rasionaal* of beweegredes vir hierdie beginsel:

---

<sup>1383</sup> G 2 1 7; Inst 2 1 9.

<sup>1384</sup> D 18 1 22; D 8 5 1; D 8 4 11.

<sup>1385</sup> D 11 7 43; D 11 8 16.

<sup>1386</sup> D 11 7 43; D 2 14 61; D 1 8 64; G 2 7; Inst 2 19.

*nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet : nam summam esse rationem, quae pro religione facit* – “want bo en behalwe die openbare belang wat vereis dat liggame nie onbegrawe moet lê nie, het ons die redelike beginsel wat nooit in twyfelagtige religieuse gevalle oor die hoof gesien moet word nie, naamlik dat dit wat in belang van die religie gedoen word, die meeste sin maak”.

Dit is verbasend hoe na bogenoemde teks aan die bepalings van die Wet op Verblyfreg is. In beide die tekstuele geval hierbo en die geval van die okkupeerder in terme van die wet is persone wat in een of ander regsverhouding met betrekking tot die grond staan, ter sprake. In die tekstuele geval is dit die vruggebruiker of die vennoot wat ook mede-grondeienaar is terwyl dit in die moderne statutêre geval die okkupeerder is. Om die volle verhouding tussen okkupeerder en grond beter te begryp, moet gekyk word na die definisie van ‘n okkupeerder in terme van die wet.

In beide die tekstuele en die statutêre geval word gemerk dat dit die druk of voorskrifte van die godsdienst is wat daartoe aanleiding gee dat direkte inbreuk op eiendomsreg gemaak word. Die proses waarvan die vruggebruiker of die vennoot in die Romeinse reg gebruik moes maak, naamlik die *interdictum de mortuo inferendo*, is na skrywer hiervan se mening soortgelyk aan die remediële proses wat ‘n okkupeerder onder die Wet op Verblyfreg vandag sou kon aanwend ten einde sy of haar begrawingsregte te beskerm of af te dwing.<sup>1387</sup>

Dit moet in gedagte gehou word dat die begrawingsregte wat die Wet op Verblyfreg<sup>1388</sup> aan familieledede van ‘n okkupeerder toeken onlosmaaklik

---

<sup>1387</sup> In die meerderheid van gevalle word daar in die Suid-Afrikaanse reg van interdikte gebruik gemaak om begrawingsgeskille op ‘n dringende basis te besleg. Vir verdere bespreking vgl Cloete 1986: 21 – 25. In *Noordien v Moslem Cemetery Board* 1965 (4) SA 174 (K) bl 175 wou die regter die dispuut binne die kortste moontlike tydsbestek aan die hand van billikheidsoorwegings bylê.

<sup>1388</sup> Subart (dA) wat ingevoer is deur die Algemene Wysigingswet 51 van 2001.

gekoppel is aan die godsdienstige en kulturele oortuigings en gebruike van die betrokke familie, welke oortuigings en gebruike ook grondwetlike beskerming geniet. Reeds in die minderheidsuitspraak in *Buhrmann* het Ngoepe R P die religieuse en kulturele begrawingspraktyke met die grondwetlike beskerming van religie en kultuur in verband gebring.

Laastens neem die hof in ag dat begrawingsregte tot stand gebring is deur wetgewing wat deel uitmaak van die staat se grondwetlike mandaat om sekerheid van verblyfreg te verseker.<sup>1389</sup> Deel van die sekerheid van verblyfreg van menige okkupeerder is die religieuse en kulturele imperatief dat gestorwe familieledes naby die plek waar die oorlewendes woon, begrawe moet word. Sodoende word die teenwoordigheid of nabyheid van voorouers en nasate met betrekking tot mekaar verseker. Die hof bevind dan ook dat dit op sigself genoegsame rede daarstel om die inbreuk op die eiendomsreg van die grondeienaar te regverdig.<sup>1390</sup>

Die hof spreek ook die betoog aan dat die toe-eiening van 'n grafperseel nie slegs 'n ontneming<sup>1391</sup> van die grondeienaar se eiendomsregte<sup>1392</sup> daar stel nie maar ook op 'n onteiening van eiendomsregte neerkom. Die tradisionele beskrywing van onteiening in die Suid-Afrikaanse reg is die ontneming van eiendomsreg of eiendom.<sup>1393</sup> Die verdere verloop van die betoog is dat aangesien artikel 6(2)(dA) geen voorsiening maak vir vergoeding<sup>1394</sup> nie, wat onder artikel 25(2) van die Grondwet 'n vereiste is

---

<sup>1389</sup> *Nhlabathi*: par 26(d).

<sup>1390</sup> *Nhlabathi*: Par 26(d).

<sup>1391</sup> "Deprivation".

<sup>1392</sup> "Property rights".

<sup>1393</sup> Jacobs 1982: 1; *Minister of Defence v Commercial Properties Ltd* 1955 (3) SA 324 (N), te bl 327G. Sien egter ook Gildenhuis 2001: 3 waar onteiening beskryf word as die eensydige uitwissing deur die owerheid van vermoënsregte van 'n persoon ten aansien van goed en daarmee saam die eensydige verkryging van vermoënsregte oor daardie goed deur die owerheid of iemand anders.

<sup>1394</sup> "Compensation".



vir die geldigheid van onteining, artikel 6(2)(dA) ongrondwetlik en dus nietig is.<sup>1395</sup>

Wat die eerste been van bogenoemde betoog betref, dit wil sê dit wat op toe-eiening betrekking het, gebruik die hof argumentsonthelwe dieselfde konstruksie as wat die hof in *Serole* gebruik het, naamlik die sogenaamde serwituut wat deur toe-eiening van begrawingsregte tot stand gebring word.<sup>1396</sup> Volgens die hof kan 'n serwituut wat op 'n grondeienaar sonder sy toestemming afgedwing word wel op onteining neerkom.

Daar is reeds vroeër in hierdie hoofstuk aangevoer dat in die Romeinse regstradisie, anders as wat in *Serole* en ander gewysdes deur die howe aangeneem is, die vestiging van 'n graf in die grond van 'n ander persoon nie die totstandbrenging van 'n serwituut beteken nie. Dit is skrywer hiervan se beskeie mening dat dieselfde regsbeginnsel in die Romeins-Hollandse reg gegeld het. In die regsliteratuur met betrekking tot begraafplase of serwitute van beide hierdie regstelsels word geen melding gemaak van 'n graftombe-serwituut of iets dergliks nie.

Skrywer hiervan is dit egter met die hof eens dat die begrawing van 'n menslike liggaam in die grond van 'n ander sonder die toestemming van die grondeienaar in die Romeinse reg wel op 'n *diminutio*, oftewel 'n beduidende vermindering of redusering van die grondeienaar se eiendomsreg ten opsigte van die grafperseel neergekom het.<sup>1397</sup> In die Romeinse reg het die vestiging van 'n graftombe immers die totstandbrenging van 'n *res nullius et extra commercium* beteken.<sup>1398</sup> Insgelyks het die begrawing van 'n liggaam ook enige serwitute of

---

<sup>1395</sup> *Nhlabathi*: 817 par 32.

<sup>1396</sup> *Nhlabathi*: 817 par 32.

<sup>1397</sup> G2 7; Inst 2 1 9; Hfst 2 2 hierbo.

<sup>1398</sup> G 2 7; Inst 2 1 9; Hfst 2 2 hierbo.

saaklike regte wat op daardie spesifieke perseel van toepassing was, uitgewis.<sup>1399</sup>

Dieselfde regsposisie behoort vandag nog te geld, nie omdat 'n graftombe as *res divini juris* bestempel word nie maar eerder omdat dit *res nullius* of ten minste dan *res sui generis* is.

Ten opsigte van die Romeins-Hollandse reg<sup>1400</sup> is reeds hierbo aangedui dat skrywer hiervan dit met Voet eens is wanneer hy skryf dat dit eintlik die *ius sepulchri*, ook genoem die *iura sepulchrorum* oftewel *begrawingsregte* ten opsigte van van 'n spesifieke graftombe is, wat vatbaar was vir besit, eiendomsreg en verhandeling en nie die fisiese graftombe as sulks nie. In hierdie opsig is dus 'n uitleg van Groenewegen en Van Leeuwen voorgestaan wat verskillend is van dié waarop die howe in *Cape Town Waterworks* en ander beslissings gesteun het.

#### 12.4 DLAMINI AND ANOTHER V JOOSTEN AND OTHERS<sup>1401</sup>

In *Dlamini* het die appellante aangevoer dat die woord grond<sup>1402</sup> soos dit in artikel 6(2)(dA) van die Wet op Verblyfreg<sup>1403</sup> aangewend word nie beperk is tot die sogenaamde kadastrale beskrywing daarvan nie maar dat dit, afhangende van die omstandighede van 'n saak, 'n verskillende betekenis kan dra.<sup>1404</sup>

Die hof verwerp egter hierdie betoog en beslis dat artikel 6(2)(dA) van die Wet op Verblyfreg die reg aan 'n okkupeerder van grond verleen om 'n gestorwe familielid te begrawe op die grond waarop beide die okkupeerder en die oorlede persoon gewoon het ten tyde van die dood van die familielid. Indien hulle dus op aparte stukke grond woonagtig was, kon die

---

<sup>1399</sup> D 18 1 1 4 1; D 8 4 4; D 18 1 22; D 8 4 11; Vgl hfst 2 4 hierbo.

<sup>1400</sup> Vgl hfst 10 hierbo.

<sup>1401</sup> 2006 (2) SA 342 (HHA).

<sup>1402</sup> "Land".

<sup>1403</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>1404</sup> 'n Kadastrale beskrywing van grond is die amptelike beskrywing daarvan wat in die Akteskantoor geregistreer is.

appellante nie die reg verkry om die oorledene op die grond waarvan hyself 'n okkupeerder was, te begrawe nie. Met ander woorde, die woord grond soos aangewend in artikel 6(2)(dA) van die Wet op Verblyfreg dra 'n sogenaamde kadastrale betekenis en verwys na 'n stuk grond soos in die naam van die eienaar daarvan in die Akteskantoor geregistreer.<sup>1405</sup>

Die hof gaan voort om die aard van die regte wat deur artikel 6(2)(dA) van die Wet op Verblyfreg toegeken word soos volg te verduidelik: Die begrawingsreg wat deur artikel 6(2)(dA) toegeken word maak deel uit van die verblyfreg waarna in artikel 6(1) verwys word en wat 'n *saaklike reg* in die grond skep. Sodanige verblyfreg is in beginsel registreerbaar in die Akteskantoor omdat dit 'n *las* op die grond daarstel. Dit verminder die grondeienaar se eiendomsreg en verbind sy opvolgers in titel. Die begrawingsreg is dus van nature<sup>1406</sup> 'n persoonlike serwituut wat die okkupeerder van die grond wat 'n *saaklike reg* van verblyf ten opsigte daarvan het, toekom met die dood van 'n familielid wat op dieselfde grond woon. Sodanige reg is afdwingbaar slegs teen die eienaars van geregistreerde grond.<sup>1407</sup>

Laastens beslis die hof dat aangesien die begrawingsreg wat deur artikel 6(2)(dA) van die wet verorden word, gegrond is op die *saaklike reg* van bewoning wat aan 'n okkupeerder verleen word dit nie eensydiglik deur die grondeienaar teruggetrek of gekanseleer kan word nie. Dit sou op onregmatige ontneming neerkom.<sup>1408</sup>

Die *Dlamini-beslissing* is na die mening van skrywer hiervan in feitlik alle opsigte bo kritiek verhewe, behalwe in dié opsig dat begrawingsregte daarin ook as 'n serwituut beskryf word en wat meer is, 'n persoonlike serwituut. Weereens word daarop gewys dat daar nie met hierdie

---

<sup>1405</sup> *Dlamini* : 346 par 12-14.

<sup>1406</sup> "Is in the nature of".

<sup>1407</sup> *Dlamini* : 347 par 16-19.

<sup>1408</sup> *Dlamini*: par 25.

uitgangspunt saamgestem kan word nie.<sup>1409</sup> 'n Serwituut kry gewoonlik sy ontstaan by ooreenkoms. In die geval van die Wet op Verblyfreg verkry die okkupeerder egter statutêre en oorspronklike, in stede van afgeleide begrawingsregte. Sy regte is immers in meeste gevalle afkomstig vanaf 'n onwillige grondeienaar wat deur die hof in terme van statutêre bepalings gedwing word om die uitoefening daarvan te verduur, tensy daar gewag gemaak kan word van iets soos 'n statutêre serwituut of 'n serwituut wat deur statuut verleen word. Die probleem is egter dat daar geen aanduiding in die Wet op Verblyfreg is dat die wetgewer inderdaad die verlening van enige tipe statutêre serwituut in gedagte gehad het met die toekenning van begrawingsregte nie. Die hof is egter korrek wanneer dit bevind dat die aard van die begrawingreg dié van 'n persoonlike reg is. Daar is deurgaans in hierdie studie uitgewys dat die *ius sepulchri* gemeenregtelik bestempel is as 'n *ius in personam ad usum exclusivum et determinatum*.

#### 12.5 *SELOMO V DOMAN*<sup>1410</sup>

In *Selomo* was die applikant nie meer 'n okkupeerder van die respondent se grond toe sy dogter dood is en hy respondent om toestemming versoek het om haar op respondent se plaas te begrawe nie. Respondent het geweier nieteenstaande die feit dat applikant en sy familie 'n voorvaderlike begraafplaas op die grond gehad het. Die Grondeisehof het bevind dat aangesien applikant nie meer op respondent se plaas woonagtig was nie hy nie ingevolge artikel 6(2)(dA) van die Wet op Verblyfreg as okkupeerder gekwalifiseer het om die begrawingsregte wat deur daardie artikel toegestaan word, te bekom nie. Applikant kon dus nie slaag in terme van die bepalings van die Wet op Verblyfreg nie. By nadere ondersoek bevind die hof egter dat die definisie van 'n okkupeerder in artikel 1 van die wet verwys na persone wat grond met toestemming

---

<sup>1409</sup> Sien ook Pienaar en Mostert 2005: 642.

<sup>1410</sup> 2014 JDR 0780 (LCC).

okkupeer, asook na dié wat 'n ander wettige reg het om dit te doen.<sup>1411</sup> Die hof bevind dan dat in terme van artikel 1 van die Wet op Grondhervorming (Huurarbeiders)<sup>1412</sup> die definisie van 'n huurarbeider nie slegs huidige bewoners of okkupeerders van grond insluit nie maar ook persone wat 'n reg het om dié grond te bewoon. Die bewonings- en gebruiksregte waarvoor 'n persoon in sy of haar hoedanigheid as huurarbeider beskik, sluit volgens die hof die gebruik van 'n voorvaderlike begraafplaas in. Die uitoefening van hierdie regte vereis nie ononderbroke of selfs huidige bewoning van die grond nie. As huurarbeider kon applikant dus op respondent se grond begrawe word. Applikant se dogter was sy *genoot*<sup>1413</sup> in terme van die Wet op Grondhervorming (Huurarbeiders),<sup>1414</sup> en kon dus ook op die plaas begrawe word. Die hof staan dus die aansoek toe en verleen verlof aan applikant om sy dogter op respondent se plaas te begrawe.<sup>1415</sup>

Die hof beklemtoon egter dat die wetlike vereiste met betrekking tot die bewoning<sup>1416</sup> van die grond deur 'n okkupeerder soos in die Wet op Verblyfreg gestel 'n sleutelvereiste vir die toestaan van begrawingsregte is. Die wet het sy beperkings en laat nie sonder meer toe dat opvolgende begrawings in 'n voorvaderlike begraafplaas op die grond van 'n ander persoon gedoen word nie. Selfs 'n diepe godsdienstige of kulturele geloof dat die geeste van die voorouers in die nabyheid van dié wat onlangs oorlede is of naby die oorlewendes moet verkeer, dien nie sonder meer as 'n genoegsame basis om 'n voortgesette begrawingsreg in 'n voorvaderlike begraafplaas te regverdig nie.

---

<sup>1411</sup> "Another right in law to do so."

<sup>1412</sup> Wet 3 van 1996.

<sup>1413</sup> "Associate".

<sup>1414</sup> Wet 3 van 1996.

<sup>1415</sup> *Selomo*: 6 par 19-24.

<sup>1416</sup> "Residence".

Laastens bevind die hof op gesag van *Hattingh and others v Juta*<sup>1417</sup> dat billikheidsoorwegings ook wel 'n rol by die uitleg van sekere bepalings van die Wet op Verblyfreg speel. Derhalwe moet die sinsnede "*balanced with the rights of the owner or person in charge*", wat in die voorrede tot artikel 6(2) aangetref word op 'n wyse uitgelê word wat 'n regverdige en billike<sup>1418</sup> balans tref tussen die regte van 'n okkupeerder en dié van 'n grondeienaar.<sup>1419</sup>

## 12.6 INHEEMSE GEWOONTEREG

Vroeër is gemerk dat die rigiede Romeinsregtelike beginsels van die begrawingsreg soms soepel en buigsaam was wanneer dit by religieuse of openbare belang gekom het.<sup>1420</sup> Die *Digesta* het immers bepaal dat die openbare belang vereis dat liggame nie onbegrawe moes lê nie en dat dit wat in belang van die religie gedoen word in gevalle waar twyfel bestaan die meeste sin maak.<sup>1421</sup>

Hierdie soepel en plooibare regsbeginself getuig van die groot religieuse verdraagsaamheid en omsigtigheid wat die Romeinse reg gekenmerk het want sodoende het die reg begrawingsgewoontes en -praktyke van uiteenlopende aard geakkommodeer. Daar sou selfs sover gegaan kon word as om ter oorweging te gee dat die Romeinse reg in sekere opsigte basiese menseregte met betrekking tot religie, kultuur en begrawing erken en beskerm het.<sup>1422</sup>

Daar bestaan geen aanduiding in die gemeenregtelike bronne dat die Romeins-Hollandse reg in hierdie opsig enigsins anders daarna uitgesien het nie.

---

<sup>1417</sup> 2013 (3) SA 275 (CC).

<sup>1418</sup> "*Just and equitable*".

<sup>1419</sup> *Selomo*: par 36.

<sup>1420</sup> D 11 7 43.

<sup>1421</sup> D 11 7 43. Vgl hfst 2 9 hierbo.

<sup>1422</sup> Vgl hfst 2 hierbo.

Met betrekking tot die vraag wie die reg het om oor 'n liggaam vir begrawingsdoeleindes te beskik, het daar egter 'n gesplete trant in ons regspraak ontstaan waarvolgens sommige howe na aanleiding van Voet 11 7 7 'n meer rigiede en tekstuele benadering gevolg het.<sup>1423</sup>

In 'n aantal beslissings wat die Suid-Afrikaanse howe met betrekking tot die begrawingsreg gemaak het, het 'n meer soepele en buigsame benadering wat op billikheid, redelikheid, publieke beleid, die menslike regsins<sup>1424</sup> asook religieuse verdraagsaamheid gebaseer was wat die gemenerereg gekenmerk het, ook al die lig gesien.<sup>1425</sup>

Bogenoemde soepele billikheidsbenadering geniet ook die steun van akademiese kommentators soos byvoorbeeld Jansen.<sup>1426</sup> Bekker en andere gaan sover as om 'n *ad hoc*-benadering, gebaseer op die feite van elke afsonderlike geval, te bepleit.<sup>1427</sup> Insoverre hul benadering verband hou met die billikheids- en redelikheidskriterium is skrywer hiervan dit met hul eens, hoewel 'n volslae *ad hoc*-benadering die gevaar staan om voeling met die beginsel van regsgebondenheid, oftewel die *principle of legality* gebaseer op die *rule of law*, te verloor.<sup>1428</sup>

Die soepele billikheidsbenadering van die Romeinsregtelike tradisie en die regspraak, soos hierbo na verwys, is ook grootliks versoenbaar met die bepalinge van die Grondwet wat statutêre erkenning aan die gewoontereg

---

<sup>1423</sup> Vgl *Gonsalves v Gonsalves* 1985 (3) SA 507 (T); *Finlay v Kuoano* 1993 (4) SA 675 (W); *Trollip v Du Plessis* 2002 (2) SA 242 (W); *Mbanjwa v Mona* 1977 (4) SA 403 (Tk); *Sekeleni v Sekeleni* 1986 (2) SA 176 (Tk); Mokotong 2008: 618.

<sup>1424</sup> "A sense of what is right."

<sup>1425</sup> Vgl *Trollip v du Plessis* 2002 (2) SA 242 (W) met betrekking tot die toepassing van billikheidsoorwegings. Vgl Pelser en Rautenbach 2012: 152. Sien egter ook *Thembisile v Thembisile* 2002 (2) SA 209 (T) wat aan kritiek onderwerp is weens die versuim om billikheidsbeginsels toe te pas – Jansen 2003: 130; Pelser en Rautenbach 2012: 152

<sup>1426</sup> Vgl bv die benadering van Jansen 2003: 130 waar die mening tereg uitgespreek word dat die plooibare benadering wat in *Trollip v Du Plessis* gevolg is bo dié in *Thembisile* te verkies is aangesien dit redelikheid en billikheid bevorder. Sien ook Mokotong 2008: 619; Pelser en Rautenbach 2012: 151-4.

<sup>1427</sup> Bekker ea 2004: 203.

<sup>1428</sup> Dit mag egter slegs 'n semantiese en nie 'n werklike verskil wees nie.

verleen en die toepassing daarvan in gepaste gevalle verpligtend maak.<sup>1429</sup>

Soepelheid en billikheid is ook kenmerkend van die Wet op Verblyfreg<sup>1430</sup> sowel as die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>1431</sup> insoverre hierdie twee wetgewende maatreëls die religieuse en kulturele belange, insluitende begrawingspraktyke en -rituele van okkupeerders van grond erken, afweeg teen die belange van grondeienaars en onder beskerming plaas.<sup>1432</sup>

Die strekking van beide die gemenerereg en die statutêre raamwerk soos uiteengesit, is dus dat inheemse begrawingsgewoontes en -praktyke, veral waar dit verband hou met inheemse religie en kultuur inderdaad afdwingbaar is en dus nooit uit die oog verloor moet word nie.<sup>1433</sup> Die Grondwet<sup>1434</sup> plaas immers die inheemse gewoontereg op gelyke voet met die gemenerereg.<sup>1435</sup>

Skrywer hiervan wil aan die hand doen dat daar op hierdie reël slegs een uitsondering toelaatbaar is en dit is begrawingsgewoontes of -praktyke wat teenstrydig of onversoenbaar is met die bepalings van die Grondwet, of met die voorskrifte van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>1436</sup>, of die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>1437</sup> waarna hierbo verwys is.<sup>1438</sup>

---

<sup>1429</sup> Art 21(3) van die Grondwet.

<sup>1430</sup> Die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg 62 van 1997.

<sup>1431</sup> Die Algemene Wysigingswet op Grondsake 51 van 2001.

<sup>1432</sup> Sien artikels 5 en 6 van die Wet op Verblyfreg asook artikels 6(2)(dA) en 6(5) van die Algemene Wysigingswet op Grondsake.

<sup>1433</sup> Vgl Pelser en Rautenbach 2012: 137.

<sup>1434</sup> Art 211(3).

<sup>1435</sup> Pelser en Rautenbach 2012: 137; Bekker ea 2004: 219.

<sup>1436</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>1437</sup> Wet 51 van 2001.

<sup>1438</sup> Dit was byvoorbeeld die geval in *Bhe v The Magistrate, Khayelisha*, 'n ongerapporteerde beslissing waarin die gewoontereg telike beginsel van primogenituur onversoenbaar met die bepalings van die Grondwet verklaar is. Sien Mokotong 2008: 616.



Dit moet egter in gedagte gehou word dat daar 'n regsvermoede bestaan dat totdat die teendeel bewys is inheemse gewoontereg in harmonie met die Grondwet verkeer.<sup>1439</sup> Daarbenewens bepaal die Grondwet<sup>1440</sup> dat tydens die uitleg van die Handves van Menseregte 'n hof, tribunaal of forum die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, moet bevorder.

Grondwetlike voorsiening word ook gemaak vir die ontwikkeling van beide die gemenereg en die gewoontereg<sup>1441</sup> sowel as die erkenning van die bestaan van regte in terme van die gemenereg en die gewoontereg insoverre dit met die Handves van Menseregte bestaanbaar is.<sup>1442</sup>

Die inheemse gewoontereg maak ook deel van 'n wyer Afrika-kulturele tradisie uit<sup>1443</sup> en oor die jare is al kritiek uitgespreek teen die gebrekkige erkenning wat aan gewoontereg verleen word in dispute wat met die begrawingsreg verband hou.<sup>1444</sup>

Weens ruimtelike gebrek en as gevolg van die afbakening van die ondersoek in die titel van hierdie studie kan die aandag slegs op enkele aspekte van die inheemse begrawingsreg gevestig word, en dan slegs ook insoverre dit verband hou met begraafplekke of begraafplase. Dit beteken dat daar vervolgens nie aandag geskenk sal word aan die sogenaamde *wie*-aspek van begrawing nie, dit wil sê die persoon wat die reg het om 'n liggaam te begrawe nie, en ook nie die keuse tussen begraafplekke wat so 'n persoon geregtig is om uit te oefen nie. In navolging van die gemeenregtelike bronne is deurgaans in dié studie na hierdie reg as die *ius inferendi* verwys.

---

<sup>1439</sup> *Qozeleni v Minister of Law and Order* 1994 (3) SA 625 (E): 640; *Khala v Minister of Safety and Security* 1994 (2) BCLR 89 (W); 1994 (4) SA 218 (W); Joubert 2010 : vol 32 9 par 9.

<sup>1440</sup> Art 39(1).

<sup>1441</sup> Art 39(2) van die Grondwet, 1996.

<sup>1442</sup> Art 39(3) van die Grondwet, 1996.

<sup>1443</sup> Joubert 2010: vol 32 9 par 9.

<sup>1444</sup> Mqoke 1987:258.

Onderhawige studie hou meer direkte verband met die aard en rol van begraafplase as sulks in die inheemse gewoontereg, dit wil sê die *waar-*aspek van begraving wat verwys na die reg, aanspraak of belange waaroor die persoon met die *ius inferendi*, afgesien van sy *keuse* as sulks, beskik om 'n liggaam in 'n spesifieke stuk grond te begrawe. In navolging van die gemeenregtelike bronne is deurgaans in dié studie na hierdie reg as die *ius sepulchri* verwys.<sup>1445</sup>

'n Behoorlike begraving volgens inheemse kulturele praktyk en – gewoonte speel 'n belangrike rol in die inheemse gewoontereg.<sup>1446</sup> Vroeër in hierdie werk is gemerk dat dit ook die geval onder die Romeine was wat graftombes en begraafplase aan die voorvaderlike geeste, die *diis manibus*, gewy het.<sup>1447</sup> In die voor-Christelike Romeinse reg is die voorvaders letterlik as 'n spesie van die genus gode wat deur die volk erken is, beskou. Labuschagne,<sup>1448</sup> wat verskeie Europese outers aanhaal, vestig die aandag op die “oervrees wat die lewendes vir hulle voorouergeeste het.”

Dit moet nie uit die oog verloor word nie dat begrawingsgewoontes en – praktyke ook intieme verband hou met gewone oorwegings met betrekking tot ordentlikheid en respek vir menswaardigheid.<sup>1449</sup> Laasgenoemde is 'n grondwetlik beskermde waarde en reg.<sup>1450</sup>

Volgens inheemse gewoontereg is begraving 'n belangrike sosiale gebeurtenis wat veronderstel is om 'n soort voortlewende kontak tussen die lewendes en die dode te behou. Soms is die geloof ook sterk dat indien 'n begraving nie hieraan voldoen nie die dode wel die lewendes

---

<sup>1445</sup> Rofweg kan gesê word dat die *ius inferendi* betrekking het op die verhouding tussen 'n persoon en 'n liggaam terwyl die *ius sepulchri* die verhouding tussen 'n persoon en 'n stuk grond bepaal.

<sup>1446</sup> Mqeke 1987: 258.

<sup>1447</sup> Inst 2 1 9; D 11 7 2 5; D 11 7 4; C 3 44 2; Vgl Bekker ea 2004: 215 vn 55.

<sup>1448</sup> 2001: 353.

<sup>1449</sup> Bekker ea 2004: 204 vn 4.

<sup>1450</sup> Art 10 van die Grondwet, 1996.

met ongewenste gevolge soos siekte, droogtes en selfs die dood kan besoek.<sup>1451</sup>

Dit is inheemse tradisie dat die hoof van 'n gesin 'n plek wat geskik is vir familie-begrawing sal bekom, dit afbaken en 'n tradisionele rituele seremonie of konsekrasie<sup>1452</sup> sal uitvoer waarin daardie grondstuk amptelik as die rusplek of tuiste van die familie-voorvaders verklaar word.<sup>1453</sup> Hierdie gewoonteregtelike begraafplaas moet so na as moontlik aan die woonplek van oorlewende familielede aangebring word.<sup>1454</sup> Hierdie beginsel hou verband met verdere begrawingspraktyke, soos die begrawing van 'n liggaam naby die hut of kraal van die oorledene,<sup>1455</sup> die reinigingsrituele voor en na die begrafnis en selfs die verwagting dat alle familielede die begrafnis sal bywoon.<sup>1456</sup> Dit moet ook in gedagte gehou word dat volgens stamgewoonte die liggaam dikwels as ritueel onsuiver beskou word en dus so spoedig moontlik begrawe word, in meeste gevalle selfs binne 'n dag na afsterwe.<sup>1457</sup>

Hierdie aspek van die inheemse gewoontereg toon verbasend baie ooreenstemming met gemeenregtelike en Christelike tradisie. Hierbo is gemerk dat slegs 'n behoorlike afgebakende stuk grond volgens Romeinse reg as 'n *locus religiosus* of begraafplaas kon dien.<sup>1458</sup> In die kanonieke reg is dit ook slegs 'n afgebakende grondstuk wat gekonsekreer is en wat as Christelike graftombe of begraafplaas erkenning geniet het.<sup>1459</sup> Die Romeins-Hollandse reg, 'n reg volgens Gereformeerde of Protestantse

---

<sup>1451</sup> Labuschagne 2001: 353 wat Van Doren, 'n kenner van Keniaanse gewoontereg aanhaal.

<sup>1452</sup> Van der Walt 2002: 397.

<sup>1453</sup> Vgl *Nkosi v Buhrmann*: 376 par 6.

<sup>1454</sup> *Nkosiv Buhrmann*: 378 par 6; *Serole v Pienaar*: 334 par 14; *Dlamini v Joosten*: 348.

<sup>1455</sup> Bekker ea 2004: 206.

<sup>1456</sup> Vgl Bekker ea 2004: 207

<sup>1457</sup> Bekker ea 2004: 208.

<sup>1458</sup> Sien hfst 2 hierbo.

<sup>1459</sup> Vgl hfst 3 hierbo.

tradisie, het aan die Romeinse reg geen verandering in hierdie opsig teweeggebring nie.<sup>1460</sup>

Soos in die inheemse tradisie behels die konsekrasie-proses in die kanonieke reg ook die afsondering en rituele segregering van 'n stuk grond vir begrawingsdoeleindes volgens die liturgiese tekse van die kerk.<sup>1461</sup> Volgens Romeins-Hollandse regstradisie word 'n begraafplaas of begraafplek ook wel afgesonder of *gesegregeer* en vir vrome of religieuse gebruik, naamlik begrawing, bestem.<sup>1462</sup>

Dit is verder die geloof van die meeste inheemse stamme of families dat wanneer 'n familielid tot sterwe kom sodanige persoon slegs fisies van die familie verwyder word, maar dat hy of sy die familie altyd geestelik bybly en in staat is om die alledaagse lewe met die familie te deel. Bekker en andere<sup>1463</sup> toon oortuigend aan dat 'n soortgelyke geloof onder sekere Kontinentale volke aangehang word waar die evolusie van 'n soort *postmortale* persoonlikheidsreg erken word weens medelye en respek vir die dode.<sup>1464</sup> 'n Begraafplaas is dus nie slegs 'n plek waar afgestorwe mense begrawe word nie maar is ook 'n tweede huis of tuiste vir familieleden wat 'n geestelike bestaan voer, of wat in die geestelike wêreld voortleef.<sup>1465</sup>

In byna al die voorafgaande hoofstukke is aangetoon dat 'n begraafplaas of graftombe gemeenregtelik as 'n *accubitorium*, *coemeterium* oftewel 'n *dormitorium* beskou is. Al bogenoemde terme het die idee van 'n (laaste) *rusplek* in gemeen. Begraafde persone is slegs fisies dood maar leef voort

---

<sup>1460</sup> Voet 1669: 11 7.

<sup>1461</sup> Vgl hfst 3 hierbo.

<sup>1462</sup> Vgl hfst 10 hierbo.

<sup>1463</sup> 2004: 204.

<sup>1464</sup> Sien ook Labuschagne 2003: 185.

<sup>1465</sup> *Nkosi v Buhrmann*: 376 par 6.

op geestelike vlak en sal met die wederopstanding hul herverskyning in verheerlikde vorm maak.<sup>1466</sup>

Indien 'n grondstuk eers volgens inheemse tradisie as voorvaderlike tuiste verklaar is, behou dit daardie status totdat nog 'n ritueel deur die stamouderlinge wat oor die nodige gesag beskik, uitgevoer word.<sup>1467</sup> Die idee van die permanente gewyde aard van 'n begraafplaas wat voortduur totdat daardie status deur die gesag van 'n bevoegde persoon of beampte verander word of tot 'n einde gebring word, is insgelyks nie onbekend aan die kanonieke reg of die gemenereg nie. Volgens eersgenoemde regstelsel behou 'n begraafplaas sy gewyde aard totdat die biskop of ander bevoegde kerkbeampte daardie posisie seremonieel verander of beëindig het.<sup>1468</sup> Volgens Romeins-Hollandse regstradisie verloor 'n begraafplaas sy bestemming en religieuse gebruik slegs ingevolge die bepalings van die statutêre reg.<sup>1469</sup>

In *Mbanjwa v Mona*<sup>1470</sup> het die Transkeise hooggeregshof die begrawingtradisies van die Xhosa-gewoontereg aangeprys op grond van die feit dat dit die identifisering van stamlede met hul stam bevorder. Die hof beveel dan ook dat die moeder van twee minderjarige kinders ingevolge hierdie tradisie in 'n graf langs dié van hul oorlede vader en naby aan hul woonplek begrawe moet word. Die ligging van die grafte sou ook meer toeganklik vir die kinders wees om hul laaste eer en respek aan die grafte en nagedagtenis van hul ouers te betoon.

## 12.7 DIE WET OP NASIONALE ERFENISHULPBRONNE<sup>1471</sup>

Benewens die gemeenregtelike beskerming wat aan graftombes en begraafplase verleen word, moet daar ook deeglik kennis geneem word

---

<sup>1466</sup> Vir die kanonieke reg, sien hfst 3 hierbo; vir die gereformeerde tradisie, sien hfste 5–10 hierbo.

<sup>1467</sup> *Nkosi v Buhrmann*: 376 par 6.

<sup>1468</sup> Vgl hfst 3 hierbo.

<sup>1469</sup> Vgl hfst 12 9 hierna, wat oor deproklamasie van begraafplase handel.

<sup>1470</sup> 1977 (4) SA 403 (Tk): 406H – 407B.

<sup>1471</sup> Wet 25 van 1999.

van die bepalings van die Wet op Nasionale Erfenishulpbronne.<sup>1472</sup> In terme van hierdie wet<sup>1473</sup> moet die Raad op Nasionale Erfenisse begraafplase en grafte wat onder beskerming van die wet staan, bewaar en versorg en mag dit ook sodanige voorsiening maak vir die bewaring daarvan as wat dit goeddink.<sup>1474</sup>

Die Raad is verplig om die grafte van die slagoffers van konflik of enige ander grafte wat na mening van die Raad van kulturele belang is, te identifiseer en op rekord te stel en mag die Raad ook gedenkstone wat met die grafte geassosieer word, oprig en onderhou.<sup>1475</sup> Geen persoon word toegelaat om sonder magtiging van die Raad of 'n Provinsiale Erfenissgesag 'n beskermde begraafplaas of graf, of 'n deel daarvan te vernietig, beskadig, verander, op te grawe, vanaf sy oorspronklike posisie te verwyder of andersins te versteur nie.<sup>1476</sup>

Dieselfde verbod geld ten opsigte van enige begraafplaas of begraafplek wat meer as sestig jaar oud is en wat buite 'n formele begraafplaas wat deur 'n plaaslike owerheid geadministreer word, let wel, nie *geëien* word nie, geleë is.<sup>1477</sup>

Geen persoon is ook sonder die besit van 'n behoorlik verkreeë permit toegelaat om enige opgravingstoerusting of metaalverklikkers op 'n beskermde begraafplaas of graftombe te bring of te gebruik nie.<sup>1478</sup>

Die Raad mag geen permit vir die vernietiging of beskadiging van enige begraafplaas of graftombe aan 'n persoon uitreik nie, tensy dit tevrede gestel is dat die applikant bevredigende reëlins getref het vir die opgraving en herbegrawing van die inhoud van die betrokke grafte op die

---

<sup>1472</sup> Wet 25 van 1999.

<sup>1473</sup> Art 36(1).

<sup>1474</sup> Art 36(1).

<sup>1475</sup> Art 6(2).

<sup>1476</sup> Art 136(3)(a).

<sup>1477</sup> Art 36(3)(b).

<sup>1478</sup> Art 36(3)(c).

applikant se eie onkoste en volgens regulasies wat deur die betrokke Erfenisowerheid uitgereik is nie.<sup>1479</sup>

Die Wet maak ook voorsiening vir die kontak van en konsultering met gemeenskappe en individue wat 'n tradisionele belang by die betrokke begraafplase of grafte het sowel as vir ooreenkomste met sodanige persone of gemeenskappe betreffende die toekoms van sodanige begraafplase of grafte<sup>1480</sup> en vir die manier waarop daar met herontdekte begraafplase en grafte wat voorheen onbekend was, omgegaan moet word.<sup>1481</sup>

Al bogenoemde wetsvoorskrifte getuig van 'n gesonde en gewenste sensitiwiteit wat die wetgewer koester vir die kulturele, godsdienstige, sentimentele en selfs materiële belange wat gemeenskappe en individue in die behoud, bewaring, beskerming en eerbied vir die laaste rusplekke van hul gestorwenes het. Die voorskrifte is ook in volkome harmonie met die beskerming wat die grondwet en die Wet op Verblyfreg aan die kulturele en godsdienstige oortuigings en –praktyke van persone verleen en soos afgedwing deur die Hoogste Hof van Appèl in *Oudekraal Estates v City of Cape Town*,<sup>1482</sup> asook gewysdes soos *Nhlabathi v Fick* wat vroeër bespreek is. Die wetsvoorskrifte strook ook volkome met die idee van grafrespek wat deurgaans in hierdie studie beklemtoon is.

## 12.8 GRONDWETLIKE MANDAAT EN BALANSERING VAN EIENDOMSREG EN BEGRAWINGSREG

Soos deurgaans in hierdie studie opgemerk is, het daar van die vroegste tye af 'n bykans inherente spanning bestaan tussen die eiendomsreg van die grondeienaar en die begrawingsregte van die familie of erfgename van

---

<sup>1479</sup> Art 36(4).

<sup>1480</sup> Art 36(5).

<sup>1481</sup> Art 36(6) – (9).

<sup>1482</sup> 2004 (6) SA 222 (HHA): 240 par 21; 241 par 24-5.

'n oorledene waar laasgenoemdes gepoog het om die oorledene in die betrokke grond te begrawe.

Die Suid-Afrikaanse reg het hierdie spanning nie ontsnap nie, soos reeds hierbo by die bespreking van *Cape Town Waterworks* en latere Suid-Afrikaanse regspraak gemerk is. Die spanning is egter altyd nog op die spits gedryf deur die feit dat beide eiendomsreg en die reg van familie of erfgename om 'n oorledene te begrawe, dit wil sê begrawingsregte, fundamentele regte of belange in enige Westerse of Christelike regstelsel is. Soos reeds by die bespreking van die Romeinse reg gemerk is, het die eiendomsreg van die grondeienaar onder meeste omstandighede voorrang bo, en beskerming ten koste van begrawingsregte geniet. In die Romeinse reg is byvoorbeeld verder gemerk dat die plek waar 'n liggaam sonder toestemming van die grondeienaar begrawe is nie *res religiosa* geword het nie maar profaan van aard gebly het.<sup>1483</sup>

Daar is egter ook gemerk watter merkwaardige waarde die Romeine en later die Christelike geloof aan die begrawingstradisie geheg het. Die hoogste wet in die Romeinse begrawingsreg was immers *ne corpora insepulta iacere liceat* – "dat dit nooit toegelaat moes word dat menslike liggame onbegrawe lê nie."<sup>1484</sup> Dan was daar ook die Christelike leer dat die mens in die beeld van God geskape is en deurgaans maar moet leef in afwagting van die blye opstanding en die ewige lewe wat daarop volg.<sup>1485</sup>

Bo en behalwe bogenoemde oorwegings is begrawing ook volgens Christelike beginsels en die natuurreg as 'n noodsaaklike piëteitshandeling aanvaar.<sup>1486</sup> De Groot<sup>1487</sup> en andere het geskryf dat begrawing deel uitmaak van die ongeskrewe volkereg of humanitêre reg.

---

<sup>1483</sup> D 1 8 6 4; C 3 44 2; Inst 2 1 9; hfst 2 2 hierbo.

<sup>1484</sup> D 11 7 43. Sien hfste 2 7 en 2 9 hierbo.

<sup>1485</sup> Devotus 1758: 1 9 1 waar verwys word na 1 Thessalonisense 1 13 (verkeerdelik 1 12). Vgl 3 2 4 hieronder; Cocchus 1942: 3 2 11; 3 3 1 infra.

<sup>1486</sup> D 11 7 6; D 11 14 7; Grotius 1913: 2 19 1; Stryk 1713: 11 8. Vgl bespreking onder hfst 2 9 hierbo.



In die Voor-Grondwetlike bedeling van die Suid-Afrikaanse reg was die erkenning en beskerming wat die eindomsreg van die grondeienaar geniet het byna absoluut. In die geval van privaatgrond kon begrawingsregte slegs deur uitdruklike ooreenkoms, serwituut of ander erkende saaklike reg in daardie grond gevestig word.<sup>1488</sup>

Begrawingsregte was dus blote afgeleide en nooit oorspronklike of outonome regte waarop belanghebbendes aanspraak kon maak nie. Nieteenstaande die waarde wat die gemenerereg aan begrawing verleen het, was nóg die owerhede nóg die geregshof daartoe in staat om 'n private grondeienaar te dwing om begrawing van enigiemand op sy grond toe te laat.<sup>1489</sup>

Daar is ook gemerk dat die Grondwet, waaraan in hierdie opsig uitdrukking en effek verleen word deur die Wet op Verblyfreg, die eiendomsreg van die grondeienaar sowel as die begrawingsregte van familieledede van 'n oorledene beskerm. Sodanige erkenning en beskerming word aangetref in artikels 25(1), die sogenaamde eiendomsklousule en 25(6) onderskeidelik van die Grondwet. Artikel 25(1) bepaal dat geen persoon sy of haar eiendom ontnem<sup>1490</sup> mag word nie behalwe deur 'n wet wat van algemene toepassing is en wat nie arbitrêre ontneming toelaat nie. Artikel 25(6) bepaal dat 'n persoon of gemeenskap wie se grondtitel regtens onseker is as gevolg van rassistiese, diskriminerende wette van die verlede geregtig is om tot die mate wat 'n Parlements wet dit toelaat, aanspraak te maak op grondverblyf wat regtens verseker is of op ander vergelykbare regshulp.<sup>1491</sup>

---

<sup>1487</sup> 1913: 2 19 3.

<sup>1488</sup> *Cape Town Waterworks; Dibley v Furter, Gillespie v Toplis, Serole v Pienaar, Buhrmann v Nkosi, Nkosi v Buhrmann, Nhlabathi v Fick* en ander beslissings wat vroeër bespreek is.

<sup>1489</sup> *Serole v Pienaar*: 335F; Pienaar en Mostert 2005: 636; *Nkosi v Buhrmann*: par 49.

<sup>1490</sup> "Deprive".

<sup>1491</sup> *Nhlabathi*: 815.

In *Nhlabathi*<sup>1492</sup> het die hof tereg aanvaar dat die reg wat deur artikel 6(2)(dA) van die Wet op Verblyfreg aan 'n okkupeerder verleen word om 'n familielid te begrawe deur die wetgewer aangeneem is ter uitvoering van die grondwetlike mandaat,<sup>1493</sup> in die vorm van artikel 25(6) van die Grondwet, waarmee die staat belas is ten einde sekerheid van verblyfreg aan okkupeerders toe te staan. Sodanige sekerheid kan nie verleen word sonder inagneming van die religieuse en kulturele imperatief wat op sommige okkupeerders van toepassing is nie, naamlik dat familieledede in die nabyheid van waar oorlewendes lewe, begrawe moet word nie.<sup>1494</sup> Met hierdie beslissing gee die hof dus nie slegs effek aan artikel 25(6) van die Grondwet nie maar verleen dit ook beskerming aan die kulturele en godsdienstige grondwetlike regte wat deur artikel 15 van die Grondwet verskans word.<sup>1495</sup>

Na skrywer hiervan se beskeie mening kan daar geen twyfel bestaan dat die Wet op Verblyfreg wel met die eerste oogopslag, en oënskynlik teenstrydig met die bepalings van die eiendomsklousule in die Grondwet, die ontneming van ten minste een van die elemente van die grondeienaar se eiendomsreg, naamlik die gebruik van die grond vir begrawingsdoeleindes, toelaat.<sup>1496</sup> Daardie ontneming word egter nie deur die verbod in die grondwetlike eiendomsklousule getref nie aangesien dit plaasvind in terme van 'n wet wat algemeen van toepassing is, en ook aangesien ontneming volgens voorskrifte van die Wet op Verblyfreg nie as *arbitrêr* beskou kan word nie.<sup>1497</sup>

---

<sup>1492</sup> Op 817 par 31.

<sup>1493</sup> *Nhlabathi*: 817 par 31.

<sup>1494</sup> Daar moet ook kennis geneem word van die bepalings van art 31 van die Grondwet wat kulturele, godsdienstige en taalregte nog verder verskans. Dit bepaal naamlik dat persone wat aan 'n kulturele, religieuse of linguistiese gemeenskap behoort nie hul reg ontnem mag word om met ander lede van so 'n gemeenskap hul kultuur te geniet, hul godsdienst te praktiseer of hul taal te gebruik nie.

<sup>1495</sup> Art 25(1).

<sup>1496</sup> *Nkosi*: par 22; *Nhlabathi*: 815 par 27.

<sup>1497</sup> In *Nhlabathi*: 816 het die hof die vraag of die ontneming as *arbitrêr* beskou kan word, beantwoord aan die hand van die beslissing van die Grondwetlike Hof in *First*

In die hande van die okkuperder is daardie ontneming van een van die elemente van eiendomsreg egter 'n toe-eiening en kom dit ook neer op *onteiening*<sup>1498</sup> van die grondeienaar.<sup>1499</sup> Sodanige onteiening voldoen volgens skrywer hiervan egter wel aan die vereistes van artikel 25 van die Grondwet, vir dieselfde redes as wat hierbo verduidelik is en soos toegepas in *Nhlabathi v Fick*. Hoewel die hof in *Nhlabathi* nie 'n spesifieke mening hieroor uitgespreek het nie geskied sodanige onteiening na skrywer hiervan se mening in terme van 'n wet wat vir openbare doeleindes en in die openbare belang op die wetboek geplaas is.<sup>1500</sup>

Die hof in *Nhlabathi* het ook oortuigende argumente aangevoer en tereg beslis dat die afwesigheid van voorsiening vir vergoeding vir die onteiening in die Wet op die Uitbreiding van Verblyfreg toelaatbaar is in terme van artikel 36 van die Grondwet.<sup>1501</sup> Soos Van der Walt<sup>1502</sup> tereg aangetoon het en soos die Hof dan ook in *Nhlabathi*<sup>1503</sup> aanvaar het, blyk daar geen aanduiding in artikel 36 te wees dat enige regte in die Handves van Menseregte wat in die Grondwet opgeneem is nie onderhewig aan beperking in terme van artikel 36 van die Grondwet is nie.

Artikel 6(2)(dA) van die Wet op Uitbreiding van Verblyfreg, insoverre dit 'n grondeienaar onder verpligting plaas om 'n okkuperder toe te laat om sonder vergoeding grond toe te eien (of te onteien in die hande van die grondeienaar), is dus nie ongrondwetlik nie aangesien dit redelik en

---

*National Bank of South Africa t/a Wesbank v Commissioner, South African Revenue Service and another; First National Bank of SA Ltd v Minister of Finance* 2002 (4) SA 768 (CC); 2002 (7) BCLR 702 (CC).

<sup>1498</sup> "Expropriation".

<sup>1499</sup> "Appropriation". *Nhlabathi*: 816 par 29, 31; 817 par 32.

<sup>1500</sup> Die Wet op die Uitbreiding van Verblyfreg voldoen dus aan die vereistes in art 25(2)(a) van die Grondwet gestel.

<sup>1500</sup> 818 par 34.

<sup>1501</sup> *Nhlabathi*: 817 par 33; 818 vn 33, waar die hof verwys na die Namibiese beslissing van *Cultura 2000 v Government of the Republic of Namibia* 1993 (2) SA 12 (Nm): 25G-I; 26H-G, en die appèluitspraak in *Government of Namibia v Cultura 2000* 1994 (1) SA 407 (NmS): 426.

<sup>1502</sup> 2002: 394.

<sup>1503</sup> 818 par 34.

regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese gemeenskap gegrond op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.<sup>1504</sup>

Dit beteken egter nie dat ieder en elke onteining in terme van artikel 6(2)(dA) toelaatbaar sal wees nie. Daar moet in elke afsonderlike geval voldoen word aan die vereistes van die artikel, naamlik dat die oorledene ten tyde van sy dood op die grond woonagtig moet wees, dat daar 'n balansering<sup>1505</sup> van die belange van grondeienaar en okkuperder moet plaasvind en dat daar 'n gevestigde praktyk moet bestaan.

Daar word afgesluit deur te benadruk dat die Wet op die Uitbreiding van Verblyfreg 'n skitterende mylpaal op die ewolusionêre weg van begrawingsregte is. Laasgenoemde, asook die religieuse en kulturele onderbou wat dit ten grondslag lê, is weens historiese redes verkeerdelik verontagsaam of opsy gestoot in ons regspraak wat strek vanaf beslissings soos *Cape Town And District Waterworks* tot en met *Nkosi v Buhrmann*.

Op grond van die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>1506</sup> het *Nhlabathi v Fick* religieuse en kulturele gewoontes, wat begrawingsgewoontes insluit, in ere herstel. Begrawingsregte en die reg om in 'n spesifieke graf, graftombe of begraafplaas ter ruste gelê te word, is nou grondwetlike aangeleenthede en weereens vorm die begrawingsreg, insluitende die plek van begraving, regmatiglik 'n onderdeel van die internasionale humanitêre reg soos De Groot eeue terug benadruk het.

Begraafplase en begraafplekke van die menslike liggaam geniet weereens die eerbied wat dit nie slegs in die Romeins-Hollandse reg geniet het nie maar ook wat dit in terme van die kanonieke reg en die Christelike leer in die algemeen verdien.

---

<sup>1504</sup> Grondwet: art 36.

<sup>1505</sup> *Nhlabathi*: 819 E.

<sup>1506</sup> Wet 51 van 2001.

Skrywer hiervan is dit ook eens met Pienaar en Mostert,<sup>1507</sup> asook met Van der Walt<sup>1508</sup> dat die begrawingsregte wat deur die wet toegestaan is nie *afgeleide* regte is wat deur 'n grondeienaar toegestaan word of wat noodwendig van die goeie gesindheid van 'n grondeienaar afhanklik is nie. Hierdie regte beklee die status van statutêre regte en moet nie met afgeleide regte soos 'n serwituuat gelykgestel word nie. In stede van om hierdie statutêre begrawingsregte op 'n ranglys of hierargie te plaas waar die eiendomsreg van die grondeienaar die botoon voer, moet dit liefs as onafhanklik of losstaande van, en dalk selfs as mededingend met laasgenoemde se regte gesien word.<sup>1509</sup> Hierdie uitgangspunt is noodsaaklik ten einde die grondwetlik gegewe hervormingsmandaat van die Suid-Afrikaanse staat tot volvoering te bring.

Soos reeds vroeër genoem, maak die geregshowe 'n inherente onderdeel uit van hierdie staat en rus die gewig van die hervormingsmandaat op hierdie stadium dalk selfs swaarder op hul skouers as op dié van die wetgewer of die uitvoerende gesag nou dat daar 'n gunstige statuut op die wetboek geplaas is.

## 12. 9 GEVOLGTREKKING

Daar is gemerk hoedat die eiendomsreg van die grondeienaar vir eeue byna verabsoluteer is ten koste van die begrawingsregte van persone wat op grond van geskiedkundige, religieuse, kulturele en billikheidsoorwegings tog aanspraak kon maak op begrawingsregte ten opsigte van 'n spesifieke stuk grond.

---

<sup>1507</sup> 2005: 659.

<sup>1508</sup> 2002: 294.

<sup>1509</sup> Van der Walt 2002: 401 kritiseer die voorkeur wat die hof aan die gemeenregtelike eiendomsreg van die grondeienaar bo die statutêre begrawingsregte van die okkupeerder verleen soos volg: "*...instead of accepting that both rights are limited or subject to limitation, the landowner's rights are taken as the point of departure, and it is assumed that freedom of religion of occupiers...is limited unless there is a clear indication to the contrary.*"

Om verligting aan hierdie persone te verleen het die wetgewer die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>1510</sup> in 1997 op die wetboek geplaas. Die oogmerke van hierdie wet, sover dit die verlening van begrawingsregte betref, kon egter nie bereik word nie aangesien die wet nie spesifiek vir die verlening van statutêre begrawingsregte voorsiening gemaak het nie. Dit is dus nie verbasend dat die suksesvolle verlening van begrawingsregte in terme van daardie wet deur regterlike konserwatisme gestuit is nie. Hier het ons veral die konserwatiewe hofbeslissings van *Serole v Pienaar*,<sup>1511</sup> *Buhrmann v Nkosi*<sup>1512</sup> en *Nkosi v Buhrmann*<sup>1513</sup> in gedagte.

Vasbeslote om sy Grondwetlike mandaat tot grondhervorming en die verlening van sekerheid van verblyf- en ander regte ten uitvoer te bring, het die wetgewer egter weereens ingegryp en die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>1514</sup> aangeneem. Hierdie wet maak spesifieke voorsiening vir die verlening van begrawingsregte aan okkupeerders van grond. Dit behels 'n proses waarvolgens die regte en belange van 'n okkupeerder opgeweeg word teen en gebalanseer word met dié van 'n grondeienaar.

Die Algemene Wysigingswet op Grondsake behels ook 'n ontneming of onteiening van grond vir begrawingsdoeleindes. Hierdie onteiening is egter grondwetlik aangesien dit redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese gemeenskap gegrond op menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Dit is dan ook bevestig in beslissings soos *Nhlabathi v Fick*,<sup>1515</sup> *Dlamini v Joosten*<sup>1516</sup> en *Selomo v Doman*.<sup>1517</sup> Die wysigings wat deur die Wysigingswet ingebring is geniet ook die ondersteuning van die oorwig van academici.

---

<sup>1510</sup> Wet no 62 van 1997.

<sup>1511</sup> 2001 (1) SA 328 (LCC).

<sup>1512</sup> 2000 (1) SA 1145 (TPD).

<sup>1513</sup> 2002 (1) SA 384 (SCA).

<sup>1514</sup> Wet no 51 van 2001.

<sup>1515</sup> 2003 (2) ALL SA 323 (LCC).

<sup>1516</sup> 2006 (2) SA 342 (HHA).

<sup>1517</sup> 2014 JDR 0780 (LCC).

Alhoewel dié wysigings te verwelkom is moet daar nie uit die oog verloor word nie dat dit tot voordeel strek van 'n relatief eng gedefiniëerde groep, naamlik okkuperders. Groepe soos langtermynhuurders, langtermyn bybewoners, vruggebruikers, serwituouthouers ensovoorts put nie direkte voordeel uit die bepalinge van hierdie wet nie en beveel skrywer aan dat dit 'n aangeleentheid is wat die aandag van die wetgewer verdien.

## HOOFSTUK XIII

### SLOT EN AANBEVELINGS

Die Romeinse begrawingsreg was hoogs ontwikkel en dien nog steeds as vertrekpunt en onderbou van die hedendaagse reg met betrekking tot begrawing en begraafplase. Dit was nie 'n rigiede reg nie en het voorsiening gemaak en ruimte gelaat vir godsdienstige- en kulturele oortuiging asook die praktiese uitlewing daarvan. In hierdie opsig sou dit glad nie onvanpas of vergesog wees om die beskerming wat die Romeinse reg aan godsdienstige oortuiging en -praktyk verleen het met dié wat in die Suid-Afrikaanse Grondwet aangetref word, te vergelyk nie. Die Digesta het immers benadruk dat waar juridiese en religieuse belange onversoenbaar is dit altyd wyser is om voorkeur aan laasgenoemde te verleen. Die voorkeurregte wat die godsdiens geniet het, was egter nie ongebreideld nie want die reg het wel deeglik perke gestel wat selfs nie deur religieuse praktyk geïgnoreer of oorskry kon word nie. Reg en religie het egter grootliks in harmonie verkeer en blyk dit duidelik uit die Romeinsregtelike tekste dat die reg die nodige beskerming aan godsdiensvryheid en -beoefening verleen het.

Hierdie harmonie word veral in die reg met betrekking tot die begrawing van die menslike liggaam aangetref want net soos dit die geval onder byna al die antieke volke was, het die Romeine groot respek vir die menslike liggaam, lewend sowel as dood, gekoester en afgedwing. Dit was hierdie eerbied of respek wat die grondslag van die begrawingsreg gevorm het.

Grafte en begraafplase is as heilige of gewyde plekke beskou wat onder die beskerming van die goddelike reg, oftewel die *ius divinum* gestaan het en is dit om hierdie rede as *res divini iuris* of *res religiosae* bestempel.



Hierdie sake was *res nullius* en die belangrikste kenmerk daarvan was dat dit vrygestel is van die gewone privaatregtelike regs-en handelsverkeer. Dit was nie vatbaar vir privaatregtelike of kommersiële transaksies nie omdat die menslike liggaam self ook nie aan hierdie tipe transaksies onderhewig gestel is nie.

Oortreding van die godsdienstige beginsels wat op begraafplase en grafte betrekking gehad het, is as *laesae religionis* of godsdienstkennis beskou terwyl 'n deliktuele en strafregtelike verbod op die skending van 'n graftombe of inmenging met of verhinderings van begraving geplaas is. Met hierdie verbod in gedagte het die Romeinse juriste aangevoer dat dit die hoogste wet was dat liggeme nie onbegrawe moes lê nie – *ne cadavera insepulta jacerent*.

Met die koms van die Christelike kerk ontwikkel die kanonieke reg wat grootliks 'n voortbouing op Romeinsregtelike beginsels behels het. Die vernaamste kenmerk van hierdie reg was die deeglike verkerstening van die Romeinse reg daardeur sodat die Christelike God die rol van die voor-Christelike gode (*dii manes*) in die begrawingsreg oorgeneem het. Die menslike liggaam en begraafplase is voortaan as sake wat onder direkte beskerming van God gestaan het, beskou.

Terwyl enige privaat persoon in die Romeinse reg 'n stuk grond waarin hy 'n liggaam begrawe het *res religiosa* kon maak, speel die konsekrasiepraktyk egter 'n sentrale rol in die kanonieke reg. Dit beteken dat geen begraafplek as gewyd of heilig beskou is indien dit nie deur konsekrasie aan God vir die doel van begraving gewy is nie. Konsekrasie is deur die biskop of ander gemagtigde kerkbeampte volgens kerkformulier behartig. Begraafplekke wat nie die konsekrasieformulier deurgegaan het nie is nie as *religiosus* of gewyd bestempel nie en het geen erkenning of beskerming deur die Christelike kerk geniet nie. Die kanonieke reg het die aard van die handeling wat as ontoelaatbaar ten opsigte van begraafplase beskou is verder uitgebrei as wat die geval in die Romeinse reg was. Die kerk het

bykans uitsluitlike jurisdiksie oor begraving oor die algemeen, insluitende begraafplase uitgeoefen aangesien begraving as 'n spesifiek religieuse aangeleentheid wat binne kerklike jurisdiksie val, beskou is.

Geen groot ontwikkelings of bydraes het gedurende die middeleeue plaasgevind nie en het die middeleeuse juriste hoofsaaklik volstaan met karige kantnotas of glosse op die Justiniaanse en kanoniekregtelike tekste. Daar kan egter geen twyfel bestaan dat die Romeinsregtelike- en kanoniekregtelike tradisies gedurende die middeleeue voortgesit is nie.

Met die koms van die Reformasie en die humanisme vind daar weer hernude belangstelling in begraving en die regsletteratuur daarvoor plaas. Nieteenstaande grootskaalse verwêreldliking van die sogenaamde heilige of gewyde sake soos kerkgeboue en begraafplase bly sodanige verwêreldliking egter slegs relatief en neem dit geensins 'n absolutistiese toon aan nie. Johannes Calvyn se *Institutiones* wat in 1536 te Basel, Switserland gepubliseer is, vervul 'n leidende rol in die formulering van die beginsels van die begrawingsreg deur die sogenaamde juriste van gereformeerde tradisie, waaronder die Romeins-Hollandse juriste asook dié wat in Duitsland en ander gereformeerde gebiede werksaam was. Onder laasgenoemdes val byvoorbeeld die beoefenaars van die *usus modernus pandectarum* en die pandektisme.

Die Calvinisme het erken dat hoewel geen saak meer as heilig as sulks beskou is nie, dit wil sê dat 'n heilige kwaliteit daaraan geheg is nie, die gebruiksdoel daarvan tog as heilig of vroom beskou kon word. Die gebruiksdoel van kerkgeboue is immers die hou van die erediens ter verheerliking en aanbidding van God, terwyl die doel van begraving die terrustelegging van die menslike liggaam in afwagting op die ewige lewe en die wederopstandig van die vlees was. Beide die kanoniekregtelike- en die gereformeerde juriste het voorkeur aan begraving bo verassing as dodeversorgingsvorm verleen, nie omdat hulle gevrees het dat verassing of ander vorme van beskikking oor die liggaam die wederopstanding in die

wiele kon ry of enigsins kon belemmer nie, maar eenvoudig omdat hulle nie dieselfde dodeversorgingsvorm as diegene wat die Christelike geloof vyandiggesind was, wou gebruik nie en is die liggame van Christene om daardie rede nie verbrand nie. Hierdie juriste het dan ook duidelik aangetoon dat begraving wel op 'n deeglik skriftuurlike grondslag gevestig was wat sover as die Ou Testamentiese Patriarge teruggespoor kon word.

Die Duitse juriste het dit duidelik gestel dat nieteenstaande die relatiewe sekularisering wat deur die Reformasie teweeggebring is daar nog steeds eerbied aan begraafplase verskuldig was en dat graftombes as sulks nie aan eiendomsreg onderwerp kan word nie. Die soewerein of konsistorie wat beheer oor begraafplase in protestantse gebiede uitgeoefen het, het dit gedoen slegs op grond van 'n *disponendi arbitrium* of beskikkingsbevoegdheid en geensins in terme van *dominium* of eiendomsreg nie.

Die vroeë Suid-Afrikaanse begrawingsreg is oorheers deur die beslissing van *Cape Town and District Waterworks v Executors of Elders*<sup>1518</sup> en ander wat daarop gevolg het en waarin die sekularisering van begraafplase en grafte byna verabsoluteer is. Die gemeenregtelike sake-indeling in terme waarvan sekere sake as *res religiosae* beskou is, is afgeskaf en is dié tipe saak as vatbaar vir eiendomsreg en handelstransaksies verklaar en bykans op dieselfde voet as enige ander wêreldlike of sekulêre saak geplaas, met die enkele voorbehoud dat die misdaad van grafskending nog steeds behou is.

Dit was dan ook een van die hoofdoelstellings van hierdie studie om die juridiese ongegrondheid van bogenoemde beslissings asook die afwyking van die leer van die erkende Romeins-Hollandse skrywers wat daarin plaasgevind het, uit te wys en reg te stel. Die dwaling wat by hierdie

---

<sup>1518</sup> 1890 8 SC 9.

beslissings kop uitgesteek het is hoofsaaklik daarin geleë dat die hof die tersaaklike standpunte van Groenewegen en Van Leeuwen aan die een kant en dié van Voet aan die ander kant teenoor mekaar opgeweeg het en dit in die proses verkeerdelik uitgelê en verstaan het.

Die beslissing in *Cape Town Waterworks* was in 'n aantal opsigte gebrekkig en die belangrikste hiervan was dat die hof van mening was dat Groenewegen en Van Leeuwen begraafplase en graftombes as sulks in gedagte gehad het toe hulle geskryf het dat dié sake vrylik aan eiendomsreg en handelstransaksies onderwerp kon word en ook vrylik oordraagbaar was. Genoemde twee juriste het egter slegs die *ius sepulchri*, oftewel die reg om 'n liggaam in 'n spesifieke graf te begrawe in gedagte gehad. Dié reg was wel vatbaar vir eiendomsreg en kon verhandel en oorgedra word. Voet, wat verkeerdelik deur die hof in die teenoorgestelde kamp as dié van Van Leeuwen en Groenewegen geplaas is, is ook verkeerd gelees en verstaan met die gevolg dat sy geldige en gesaghebbende regsmening saam met dié van die oorweldigende meerderheid juriste van dié tydperk in 'n ernstige regsdwaling verwerp is. Substantief was die regsdwaling daarin geleë dat die hof die verhandelbaarheid van die *ius sepulchri* met die gewaande verhandelbaarheid van eiendomsreg van graftombes verwar het.

Kritiek is ook in hierdie studie teen die *Gillespie-beslissing*<sup>1519</sup> uitgespreek omdat skrywer hiervan van mening is dat die hof nie reg aan die Romeinsregtelike *actio de sepulchro violato* daarin laat geskied het nie. Die hof het beslis dat hierdie aksie 'n sogenaamde populêre Romeinsregtelike aksie<sup>1520</sup> was wat tesame met ander soortgelyke aksies alreeds in die Romeins-Hollandse reg in onbruik verval het. Daar is egter in hierdie studie aangetoon dat dié aksie nie suiwer populêr van aard, dit wil sê beskikbaar aan enige lid van die publiek was nie, maar dat dit wel

---

<sup>1519</sup> 1951 (1) SA 290 (K).

<sup>1520</sup> 'n *Actio popularis*.

spesifiek die familie, naasbestaandes of eerste belanghebbendes toegekom het wanneer 'n graftombe onregmatiglik beskadig is. Daar is verder aangetoon dat dit wel korrek is dat die Aquilliese aksie nie aan 'n persoon beskikbaar was vir die eis van skadevergoeding ten opsigte van grafskending nie maar dat die *actio de sepulchro violato* juis die aksie was wat in die praetoriese reg op 'n billikheidsgrondslag ontwikkel is om die Aquilliese aksie aan te vul of uit te brei, 'n stap wat die hof in Gillespie nie bereid was om te neem nie. Tans maak die Grondwet voorsiening vir die uitbreiding van die gemenerereg deur die howe en is dit wenslik dat daar weer aandag geskenk word aan die hernieude toepassing van die *actio de sepulchro violato*.

Ten einde die korrektheid al dan nie van bogenoemde beslissings te toets is ondersoek ingestel na die aard en omvang van die begrip eiendomsreg soos dit aan die Romeins-Hollandse reg bekend was asook die verhouding waarin die sogenaamde begraafplaaseienaar teenoor die betrokke begraafplaas of graftombe gestaan het. Vir dié doel is van die bykans eenderse definisies van die begrip eiendomsreg deur twee gesaghebbende juriste vanuit hierdie tydperk, naamlik De Groot en van der Linden gebruik gemaak, veral omdat die begrip eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse reg weinig van hierdie definisies verskil. In byna elke denkbare opsig het die sogenaamde eiendomsreg van 'n graftombe-eienaar die De Groot- en Van der Linden-toets gefaal. Dit beteken dat die regte wat 'n persoon met betrekking tot 'n graftombe of begraafplaas bekom het nie eiendomsreg in die ortodokse sin van die woord was nie, met dié uitsondering egter dat die sogenaamde graftombe-eienaar wel oor 'n gebruiksreg ten opsigte van sy "eiendom" beskik het. Hierdie reg was egter nie naastenby vergelykbaar met die relatief onbeperkte gebruiksreg waaroor die eienaar van 'n ongewyde of profane saak beskik het nie aangesien dit beperk was tot slegs één gebruiksdoel en dit is begraving van die menslike liggaam. In terme van die sogenaamde leerstuk van analoë gebruik het die

gemenereg gaandeweg ander vorme van vrome gebruik wat met die begrawingsgebruik versoenbaar was, erken en toegelaat.

Gemeenregtelik kon geen persoon 'n liggaam in 'n stuk grond sonder die toestemming van die grondeienaar begrawe nie. Regtens het daar egter weinig faktore bestaan wat 'n grondeienaar geredelik kon oorreed om die vereiste toestemming te verleen. Hierdie regsposisie het soms ontbering meegebring in gevalle waar daar een of ander voorafgaande regsverbintenis of -verhouding tussen die grondeienaar en die persoon wat begrawe moes word of tussen die grondeienaar en die aanspraakmaker op begrawingsregte bestaan het. Hier kan veral gedink word aan huurarbeiders, bywoners, langtermynarbeiders en selfs gewone huurders en hul familie of afstammeling. Godsdienstige- en kulturele praktyke kan ook hier 'n beduidende rol speel soos waar persone in die teenwoordigheid of nabyheid van hul voorvaders begrawe wil word. Die aansprake op begrawingsregte deur bogenoemde persone was egter nog altyd afhanklik van die toestemming van die grondeienaar wie se eiendomsreg byna verabsoluteer is.

Daar is al skerp kritiek uitgespreek teen die verwaarlosing en feitlike ignorering van die inheemse gewoontereg, insluitende die inheemse begrawingsreg en –gewoontes in Suid-Afrikaanse regsringe. Ook op hierdie gebied het die Grondwet, 1996<sup>1521</sup> verligting gebring. Dit<sup>1522</sup> plaas die inheemse gewoontereg op gelyke voet met die gemenereg, behalwe insoverre inheemsregtelike beginsels teenstrydig met die Grondwet self of met die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>1523</sup> mag wees. Weens die soepelheid van die gemeenregtelike beginsels van die begrawingsreg kan daardie beginsels tot 'n groot mate met dié van die inheemse gewoontereg geharmoniseer word. Die inheemse gewoontereg maak deel van 'n wyer Afrika-kulturele tradisie uit.

---

<sup>1521</sup> 1996.

<sup>1522</sup> Art 211(3); Pelsers en Rautenbach 2012: 137.

<sup>1523</sup> Wet 62 van 1997.

Die behoorlike begrawing van 'n persoon geniet belangrike inheemsregtelike beskerming. Die begraafplek van 'n persoon of van lede van 'n stam asook die ligging daarvan is byvoorbeeld van groot belang vir die uitvoer van tradisionele kulturele seremonies en rituele. Dit is byvoorbeeld ook belangrik dat dit dikwels die gebruik is dat persone op plekke begrawe word waar hulle in die onmiddellike nabyheid of selfs die teenwoordigheid van die voorvaderlike geeste wat as lewende wesens bekou word, kan verkeer. Familiebehoud, -harmonie en -voortlewing vervul dus 'n belangrike rol in die inheemse begrawingsgewoontes. Dit is om bogenoemde rede dat daar veral botsing voorkom tussen plaaseienaars en die familie van persone wat sodanige persone op die plaas waar sy of haar voorvaders ter ruste gelê is, wil begrawe en dit is presies wat aanleiding gegee het tot die aanneming van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg.<sup>1524</sup>

Die koms van 'n nuwe grondwetlike bedeling het egter verligting vir nie-grondeienaars meegebring. Die Grondwet erken en beskerm immers die geloofs- en kulturele praktyke van elke persoon.<sup>1525</sup> Daar is dan ook deur nie-grondeienaars gepoog om begrawingsregte direk onder die dekmantel van hierdie grondwetlik erkende regte te bekom. Hierdie poging is egter tot 'n groot mate deur regterlike konserwatisme, wat net nie kon aanvaar dat 'n persoon begrawingsregte kon verkry sonder die toestemming van die grondeienaar nie of dat bogenoemde grondwetlike regte net so vêr soos die verlening daarvan gegaan het, in die kiem gesmoor.<sup>1526</sup>

Ter uitoefening van hul grondwetlike mandaat tot grondhervorming en die verskaffing van sekerheid van verblyfreg aan almal het die wetgewende gesag egter hierop gereageer. Die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>1527</sup> is in 1997 aangeneem ten einde spesifiek

---

<sup>1524</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>1525</sup> Art 15.

<sup>1526</sup> Hierdie konserwatisme kulmineer in *Nkosi v Buhrmann* 2002 (1) SA 384 (SCA).

<sup>1527</sup> Wet 62 van 1997.

begrawingsregte aan sekere persone, naamlik die wettige okkupeerders van grond te verleen. Die bepalings van hierdie wet is egter só konserwatief deur howe uitgelê dat die wetgewer weereens moes ingryp, waarna die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>1528</sup> in 2001 die lig gesien het. Hierin word die toekenning van begrawingsregte aan sekere regmatige okkupeerders van grond uitdruklik deur die hof gemagtig.<sup>1529</sup>

Bedenkinge wat bestaan het aangaande die moontlike ongrondwetlikheid van die Wet op Grondsake<sup>1530</sup> asook die wysigingswet<sup>1531</sup> daarop is deur die hof die nek ingeslaan.<sup>1532</sup> Dit was veral die moontlike botsing tussen die bepalings van dié wet en dié van die sogenaamde eiendomsbeskermingsklousule wat in artikel 25 van die Grondwet verskans is wat tot bedenkinge aanleiding gegee het. Die mening is uitgespreek dat die begrawingsregte wat deur die gewysigde Wet op Grondsake erken word moontlik op die onteiening of ontneming van die eiendomsreg van die grondeienaar neergekom het.

Tereg is daar egter ten minste vier faktore deur die hof uitgewys wat daartoe bygedra het dat die bepalings van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>1533</sup> asook dié van die Algemene Wysigingswet op Grondsake<sup>1534</sup> nie as ongrondwetlik beskou kan word nie. Eerstens is daar die feit dat die wet spesifiek daarvoor voorsiening maak dat die regte van die grondeienaar of die persoon in beheer van die grond gebalanseer moet word met dié van die okkupeerder.<sup>1535</sup> Tweedens vereis die wet dat daar 'n gevestigde praktyk moet bestaan in terme waarvan begrawingsregte

---

<sup>1528</sup> Wet 51 van 2001.

<sup>1529</sup> *Nhlabathi v Fick* 2003 (7) BCLR 806 (LCC); *Dlamini v Joosten* 2006 (3) SA 342 (SCA); *Selomo v Doman* 2014 JDR 0780 (LCC).

<sup>1530</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>1531</sup> Wet 51 van 2001.

<sup>1532</sup> *Nhlabathi v Fick* 2003 (7) BCLR 806 (LCC).

<sup>1533</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>1534</sup> Wet 51 van 2001.

<sup>1535</sup> Art 6(2)(dA) van Wet 62 van 1997; *Nhlabathi*: par 26.



alreeds voorheen toegestaan is.<sup>1536</sup> Derdens sal die inbreuk wat deur die wet op die eiendomsreg van die grondeienaar toegelaat word 'n relatief geringe inbreuk wees en vierdens is die wet aangeneem met die vervulling van die grondwetlike mandaat tot grondhervorming ten doel. Alhoewel die bepaling van die wet dus 'n beperking van die grondwetlik beskermde eiendomsreg van die grondeienaar inhou, is daardie beperking regverdigbaar in 'n vrye en demokratiese gemeenskap gegrond op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.

Dit moet in gedagte gehou word dat die begrawingsregte wat deur die Wet op die Uitbreiding van sekerheid van Verblyfreg<sup>1537</sup> in die lewe geroep is oorspronklik, grondwetlik en statutêr van aard is. Dit is oorspronklik omdat daar nie voor die aanneming van dié wet begrawingsregte teen 'n grondeienaar afgedwing kon word nie. Dit is grondwetlik omdat die oorsprong van dié regte na die Grondwet wat 'n mandaat tot grondhervorming aan die staat verleen terruggespoor kan word. Dit is statutêr omdat dit die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg<sup>1538</sup> is wat hierdie regte geformuleer en op die wetboek geplaas het.

Dit word benadruk dat weens bogenoemde aard van die statutêre begrawingsregte, hierdie regte nie as regte wat afkomstig is van die grondeienaar, dit wil sê as afgeleide of verkreë regte, beskou moet word nie. Die gevaar wat só 'n beskouing van begrawingsregte sou inhou, is dat dit daardie regte op 'n permanente basis aan die regte van die grondeienaar ondergeskik sou maak. Dit was egter nie die bedoeling van die wetgewer nie. Die bedoeling was dat begrawingsregte in eie reg teenoor die eiendomsreg van die grondeienaar gebalanseer of afgeweg moet word.

---

<sup>1536</sup> Art 6(2)(dA) van Wet 62 van 1997.

<sup>1537</sup> Wet 62 van 1997.

<sup>1538</sup> Wet 62 van 1997.

Bogenoemde is dan ook een van die belangrikste redes waarom daar met omsigtigheid met die serwituutkonstruksie in die konteks van begrawingsregte omgegaan moet word. Die statuêre begrawingsregte wat die hof aan 'n okkupeerder mag toestaan, kan nie as 'n serwituut beskou word nie juis omdat 'n serwituut ter sprake kom waar 'n grondeienaar vrywilliglik deur ooreenkoms sekere regte aan 'n ander persoon toestaan. Die statutêre begrawingsregte pas net nie binne so 'n raamwerk in nie. Die bestaan of teenwoordigheid as sulks van 'n graftombe in die grond van 'n ander het gemeenregtelik ook geensins op 'n serwituut neergekom nie, soos deurgaans in hierdie studie aangetoon is. Toegangsregte tot graftombes in die grond van 'n ander persoon kon wel deur middel van die verkryging van 'n serwituut bekom word maar ook hier het geen grondeienaar onder verpligting gestaan om 'n serwituut toe te ken nie. Die persoon wat besoekregte wou uitoefen, kon by 'n betrokke magistraat aansoek doen om 'n *precarium* wat van geval tot geval toegestaan of geweier is.

Alhoewel die gewysigde Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg welkome verligting aan vele aanspraakmakers op begrawingsregte gebring het, bestaan daar tog 'n belangrike voorbehoud in hierdie verband en dit is dat slegs okkupeerders soos in die wet omskryf direkte voordeel uit die bepalinge van die wet trek. In hoofstuk XII van hierdie studie is daar nadere oorweging geskenk aan die vraag wé of wát onder die begrip okkupeerder tuisgebring kan word. Daar word volstaan deur daarop te wys dat daar belangrike kategorieë persone mag wees wat op begrawingsregte aanspraak mag maak maar wat gediskwalifiseer is om enige verligting onder die wet te geniet, eenvoudig omdat sodanige persone hulself nie binne die omskrywing van 'n okkupeerder bevind nie. Hier kan veral aan persone soos langtermynwerkers en –huurders, bywoners asook *bona fide*-grondbesitters gedink word. Enige aanspraak op begrawingsregte deur dié persone sal nog steeds aan die hand van die gemeenregtelike raamwerk

van die grondeienaar se eiendomsreg bereg moet word. Vele persone wat volgens hul godsdienstige- of kulturele voorskrifte op begrawingsregte aanspraak sou kon maak, kan dit nie doen nie eenvoudig omdat hulle nie as okkupeerders kwalifiseer nie. Alhoewel die meriete van dié wet die toets van tyd sal moet deurstaan, is dit egter nie voortydig om skepties te staan teenoor die eng aanwendingsveld daarvan nie. Die aanbevelings wat hieronder gedoen word, moet in die lig hiervan beoordeel word.

## **AANBEVELINGS**

1. Die *actio de sepulchro violato* as billikheidsaksie wat die gemeenregtelike Aquiliese aksie uitgebrei en aangevul het, moet nuwe lewe ingeblaas word ingevolge die bepaling van artikel 8(3) van die Grondwet wat 'n hof verplig om die gemenereg in bepaalde omstandighede toe te pas en te ontwikkel.
2. Groter statutêre en regterlike beskerming moet verleen word aan begraaflase en grafte wat in privaatgrond in landelike gebiede, insluitende plaasgrond aangetref word.
3. Oorweging moet geskenk word aan verbreding van die trefwydte van die Wet op die Uitbreiding van Sekerheid van Verblyfreg om voorsiening te maak vir die toekenning van begrawingsregte aan sekere persone wat nie as okkupeerders kwalifiseer nie maar wat in een of ander langtermyn regsverbintenis tot die grond staan of gestaan het, insluitende langtermynhuurders, saakwaarnemers, bywoners, *bona fide*-besitters asook hul gesinne, families of afstammeling.

## SAKEREGISTER

**Bhe v The Magistrate, Khayelitsha; Shibi v Sithole; SA Human Rights**

**Commission v President of the RSA** 2005 (1) SA 580 (CC).

**Buhrmann v Nkosi and Another** 2000(1) SA 1145 (TPD).

**Cape Town and District Waterworks v Executors of Elders**1890 8 SC 9.

**Casserley v Stubbs** 1916 TPD 310.

**Consalves v Consalves** 1985 (3) SA 507 (T).

**Cultura 2000 and Another v Government of the Republic of Namibia and**

**others** 1993 (2) SA 12 (Nm).

**Dibley v Furter** 1951 (4) SA 73 (K).

**Dlamini and Another v Joosten and Others** 2006 (3) SA 324 (SCA).

**Eshowe Local Board v Hall** 1923 (44)NCL 233.

**Ex parte Bruton**N O 1970 (4) SA 154 (OK).

**Finlay v Kutuane** 1993 (4) SA 675(W).

**First National Bank of South Africa t/a Wesbank v Commissioner, South**

**African Revenue Service and another;First National Bank of SA Ltd**

**v Minister of Finance** 2002 (4) SA 768 (CC); 2002 (7) BCLR702 (CC).

**Fose vMinister of Safety and Security** 1997 (3) SA 786 (CC).

**Gabavana and Another v Mbete** 2000 (3) ALL SA 561 (Tk).

**Gillespie v Toplis** 1951 (1) SA 290 (CPD).

**Goniwe v Mawindi**2007 JDR 474 (SE).

**Government of Namibia and Another v Cultura 2000 and**

**Another** 1994 (1) SA 407 (NmS).

**Hattingh and Others v Juta** 2013 (3) SA 275 (CC).

**Human v Human** 1975 (2) SA 251 (E).

**Khala v Minister of Safety and Security** 1994 (2) BCLR 89 (W).

**Kruger v King Williams Town Municipality** 1959 (4) SA 547 (E).

**Mabulu v Thys and Another** 1993 (4) SA 701 (SE).

**Mahala v Nkombombini and Another** 2006 (3) ALL SA 366 (SE).

**Mankahla vMatiwane** 1989 (2) SA 920 (Ck).

**Mbanywa v Mona** 1977 (4) SA 403 (Tk).

**Minister of Defence v Commercial Properties Ltd** 1955 (3) SA 324 (AD).

**Minister of Health v New Clicks SA (Pty) Ltd** 2006 (2) SA 311 (CC).

**Mnyama v Gxalaba and Another** 1990 (1) SA 650 (K).

**Nakin v MEC, Department of Education, Eastern Cape Province  
and Another**(2008) 29 ILJ 1426 (E).

**Ndlovu v Ramocoela** 2003 JOL 1737 (O).

**Nhlabathi v Fick** 2003 (7) BCLR 806 (LCC).

**Nkosi and Another v Buhrmann** 2002 (1) S A 384 (SCA).

**Noordien v Moslem Cemetery Board** 1965 (4) SA 147 (CPD).

**Oudekraal Estate(Pty) Ltd v City of Cape Town** 2004 (6) SA 222 (SCA).

**Ozeleni v Minster of Law and Order** 1994 (3) SA 625 (E).

**R v Letoka** 1947 (3) SA 73 (O).

**R v Sephuma** 1948 (3) SA 928 (T).

**Rex v Kunene and Mazibuko** 1918 J S 321 NCHC.

**Rex v Spear** 1928 (1) 413 (TPD).

**Saiid v Schatz** 1972 (1) SA 491 (Tk).

**SANDU V Minister of Defence**(2007) 28 ILJ 1909 (CC).

**Sekeleni v Sekeleni &Another** 1986 (2) SA 176 (Tk).

**Selomo v Doman** 2014 JDR 0780 (LCC).

**Serole and Another v Pienaar** 2001(1) SA 328 (LCC).

**Thembisile v Thembisile**2002 (2) SA 209 (Tk).

**Trollip v Du Plessis en 'n ander 2002 (2) SA 242 (WPA).**

**Tseola and Another v Maqutu 1976 (2) SA 418 (TK).**

\*\*\*\*\*

## BIBLIOGRAFIE

### BOEKE

#### **Abdy J T en Walker B.**

1885. The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian. Cambridge :  
Cambr Univ Press.

#### **Accursius**

1969. Glossa in Digestum Vetus. Turyn : Augusta.

#### **Albertario E**

1941. Studi di diritto romano. Milaan.

#### **Althusius J**

(Ongedateerd). Dicaelologicae Libri Tres. Frankfurt: C Corvinus.

#### **Althusius J**

1603. Politica methodice digesta. Basel.

#### **Aquinas T**

1960. Summa Theologiae. Tr by Glenn. Illinois : Tan.

#### **Azo van Bologna**

1572. Summa Codicis. Venesië.

#### **Bachovius R**

1661. Commentarii in quatuor Institutionum Iuris Divi Justiniani  
Libros. Frankfurt.

#### **Badenhorst P J, Pienaar J M en Mostert H**

2006. Silberberg and Schoeman's Law of Property. Durban:  
LexisNexis / Butterworths.

#### **Baldus de Ubaldis**

1586. Commentaria Codicis. Venesië.

**Becius H**

1759. Spec Iur Inaug de rerum Divisione. Leiden.

**Beinart B** (red/vert )

1974. A Treatise on the Laws Abrogated and no longer in use in Holland and neighbouring Regions. Doornfontein : Lex-Patria.

**Benedictus Papa XV**

1918. Codex Iuris Canonici. Rome : Vatikaan.

**Biondi B**

1936. La Vendita di cosi fuori di commercio. *Studi in onore di Salvatore Riccobono*. Palermo.

**Bohmer G L**

1791. Principia Iuris Canonici. Gottingen : V d Broek.

**Bohmer I H**

1765. Doctrina de Actionibus ad Praxin Hodiernam de novo variis accessionibus. Halle.

**Bohmer I H**

1791. Introductio in Ius Digestorum. Lucae.

**Borkowski A**

(Ongedateerd). A Textbook on Roman Law 2de uitg Oxford. Oxford Univ Press.

**Bouscaren T L en Ellis A C**

1939. Canon Law : A Text and Commentary. 3de uitg. Milwaukee : Bruce Publ Co.

**Bouscaren TL , Ellis A C en Korth F N**

1939. Canon Law : A Text and Commentary. Milwaukee : Bruce Publ Co.

**Brachylogus Iuris Civilis** (Outeur onbekend).

1583. Frankfurt.



**Brissonius B**

1741. Antiquitatum ex iure civili Selectarum Libri XIV. Leipzig.  
Casper Fritz.

**Brolo F**

1622. Expositiones in Imperatoris Iustiniani Institutionum Libros  
Quatuor. Parys : Lutetia.

**Buckland W W**

1950. A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian. 2<sup>de</sup>  
uitg Cambridge : Camb Univ Press.

**Burchell J**

2012. Principles of Criminal Law. 3de uitg. Kaapstad : Juta.

**Burdick W L**

1989. The Principles of Roman Law. London : Gaunt & Sons.

**Burrows R**

1944. Words and Phrases judicially defined. London : Butterworth.

**Calvyn J**

1536. Institutiones Christianeae Religionis. Basel.

**Calvyn J**

1653. Lexicon Juridicum Juris Caesarei simul et Canonici. Keulen :  
Allobrogum.

**Canon Law Society of Great Britain and Ireland**

1984. The Code of Canon Law. London : Collins.

**Carpzovius B**

1669. Commentarius in legem Regiam Germanorum. Hanover : J  
Aubri.

**Cassell's**

1969. Cassell's New Dictionary. London.

**Chaskalson M, Kentridge J, Klaaren J, Marcus G, Spitz D en Woolman S**

2002. Constitutional Law of South Africa. Kaapstad: Juta.

**Cocceius S H**

1766. Iuris Civilis Controversi. Leipzig.

**Cocchus G**

1942. Commentariorum in Codicem Iuris Canonici ad Usum Scholarum Libri II. Turyn : Marietti.

**Coing H**

1985. Europäisches Privatrecht. Munchen.

**Coriden J A, Green T & Heintschel D E (Red.)**

1983. The Code of Canon Law: A Text and Commentary. London : G Chapman.

**Coronata A P M**

1939. Institutiones Iuris Canonici. Rome: Univ Rome.

**Creusden en Vermeersch**

1929. Epitome Iuris Canonici. Brussels.

**Cuiacius J**

1822. Opera Omnia. Parys : Giachetti.

**Currie I en De Waal J**

2013. The Bill of Rights Handbook. 6de uitg Kaapstad: Juta.

**Cyrillus J P**

1740. Commentarius Perpetuus ad Librum Primum Institutionum. Napels.

**Dannenbring R**

1984. Roman Private Law. Pretoria : Unisa.

**De Bella Perthica P**

1569. Lectura secunda super prima parte Codicis domini Justiniani.  
(herdr.) Frankfurt 1968.

**De Colquhoun P M C**

1860. Roman Civil Law. London : Stevens & Sons.

**De Damhouder J**

1660. Practycke in Criminele Saken. Rotterdam.

**De Dominicis M**

1933. Sulla Distinzione dei Sepulchra. Perugia.

**De Geronimo**

1923. Scritti sul proprio cadavere. Catania.

**De Groot H**

1643. Florum Sparsio ad Ius Justinianum. Amsterdam: J Jassonius.

**De Groot H**

1903. Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd. Tr A F S  
Maasdorp. Kaapstad: Juta.

**De Groot H**

1913. De iure Belli ac Pacis Libri Tres. Washington : Carnegie Inst.

**De Ville JR**

2003. Judicial Review of Administrative Action in South Africa.  
Durban: Butterworths.

**Devotus I**

1758. Institutiones Canonicae. Rome.

**de Zulueta F**

1946. The Institutes of Gaius. Oxford : Clarendon Press.

**de Zulueta F**

1966. The Roman Law of Sale. Oxford : Clarendon.

**Donellus H**

1840. Opera Omnia Commentariorum de Iure Civili. Florens.

**Donges T E en Van Winston L de V**

1953. Municipal Law. 2de uitg Kaapstad: Juta.

**Du Bois F (red.)**

2011. Wille's Principles of South African Law. 9de uitg herdr  
Kaapstad : Juta.

**Du Toit D, Bosch D, Woolfrey D, Godfrey S, Cooper C, Giles G,  
Bosch C en Rossouw J**

2006. Labour Relations Law . 5de uitg Durban: Butterworths.

**Erasmus H J, Van der Merwe C G en Van Wyk A H**

1983. Lee and Honoré. Family, Things and Succession. Kaapstad:  
Juta.

**Faber A**

1740. Codex Fabianus. Keulen : Allobrogum.

**Faber J**

1703. Institutiones. Leiden.

**Fadda C**

1899. Le res religiosae nel diritto romano. Napels.

**Fadda C & Bensa P E**

1925. Diritto delle Pandette. Turyn.

**Ferinni C**

1883. De Iure Sepulchrorum apud Romanos. Bologna .

**Fitting H**

1894. Summa Codicis des Irnerius. Berlyn.

**Fitting H**

1906. Lo Codi in der lateinischen Übersetzung des Ricardus Pisanus.  
Halle.

**Freherus M**

1725. Palatinatus. *E Otto. Thesaurus Iuris Romani*. Leiden.

**Galvanus M A**

1788. De Usufructu. Tubingen.

**Gane P (Tr.)**

1955. The Selective Voet. Durban : Butterworths.

**Gardner en Landsdowne**

1919. South African Criminal Law and Procedure. Kaapstad : Juta.

**Gerlac G**

1716. Disputatio Iuridica inauguralis de rerum divisione. Leiden : A Silvius.

**Gildenhuis A**

2001. Onteieningsreg. 2de uitg Durban : Butterworths.

**Glenn P J A**

1960. Tour of the Summa. Illinois : Tan Publ. Co.

**Glossa Torinese**

1933. La Glossa Torinese e le alter Glosse del Ms D III 13 della Biblioteca Torino. Turyn.

**Goudsmit J E**

1866. Pandecten-systeem. Leiden.

**Gratianus**

1553. Decretum Divi Universi Iuris Canonici. Leiden.

**Groenewegen van der Made S**

1649. Tractatus de Legibus Abrogatis. Leiden : D Lopez de Haro en F Moyardum.

**Guarino A**

1968. L' Esegese delle fonti del Diritto Romano. Napels : Jovene.

**Guarino A**

1970. Diritto Privato Romano. 4de uitgNapels : Jovene.

**Gudelinus P**

1620. Commentariorum de Jure Novissimo Liber Primus. Arnhem.

**Hackwill G R J**

1985. Mackeurtin's Sale of Goods in South Africa. Kaapstad : Juta.

**Hahlo H R en Kahn E**

1968. The South African Legal System and its Background. Kaapstad: Juta.

**Hall C G**

1976. Maasdorp's Institutes of South African Law. Kaapstad : Juta.

**Hazeltine A D**

1929. Cambridge Medieval History. Cambridge : Camb Univ Press.

**Hewett M**

2005. Dictata ad Ius Hodiernum. Amsterdam : Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences.

**Hewett M C en Stoop B C**

1987. De Criminibus – On Crimes. Kaapstad: Juta.

**Hoexter C**

2002. The New Constitutional and Administrative Law. Kaapstad: Juta.

**Hofacker B C C**

1801. Principia Iuris Civilis Romano-Germanico. 2de uitg. Tubingen.

**Hosten W J, Edwards A B, Bosman F en Church J**

1995. Introduction to South African Law and Legal Theory. Durban : Butterworths.

**Hostiensis (Enricus de Seguso)**

1605. Summa Aurea. Venesië.

**Huber U**

1768. Heedendaegse Rechts-Geleertheit. Amsterdam : De Groot & Schouten.

**Huber U**

1749. Praelectionum Iuris Civilis Tomi III. Leiden : C Haack.

**Immens A F**

1744. Diss Juri Inaug de prima rerum divisio. Leiden : D Goetval.

**Iohannes Paulus II**

1983. Codex Iuris Canonici. Vatikaan. Vatikaan Pers.

**Irnerius**

1894. Summa Codicis. Berlyn : H Fitting.

**Jacobs M**

1982. The Law of Expropriation in South Africa. Kaapstad : Juta.

**Joubert C P**

1951. Die Stigting in die Romeins-Hollandse Reg en die Suid-Afrikaanse Reg. Leiden : Leiden Univ. Pers.

**Joubert D J**

1987. General Principles of the Law of Contract. Kaapstad : Juta.

**Joubert W A**

1993. The Law of South Africa. 1ste heruitg. Kaapstad: Juta: Vol 20.

**Juta H (Tr.)**

1897. Institutes of Holland. Kaapstad: Juta.

**Kaser M**

1984. Nochmals zu "*in bonis habere*": Huldigungsbandel Paul van Warmelo. Pretoria : Unisa 144 – 163.

**Kelly J M ( Tr. )**

1973. An Introduction to Roman Legal and Constitutional History.  
Oxford :Clarendon Press.

**Kennet B (Tr.)**

1717. On the Law of Nature and Nations. London.

**Kleyn D G & Boraine A**

1992. The Law of Property. 3de uitg. Durban : Butterworths.

**Koschaker P**

1953. Europa und das römische Recht. Munchen : Biederstein  
Verlag.

**Kotze J G(Tr)**

1881. Simon Van Leeuwen's Commentaries on Roman-Dutch Law.  
London : Steven & Haynes.

**Kunkel W**

1964. Römische Rechtsgeschichte. 4de uitg. Keulen : Bohlau  
Verlag.

**Kunst A J M**

1969. Historische ontwikkeling van het recht. Zwolle : Tjeenk  
Willinck.

**Kutemeier G C**

1714. Disp Iur Inaug de rebus inaestimabilibus.Leiden : Langerack.

**Lancelotti J P**

1580. Institutiones Iuris Canonici. Appendix : *Corpus Iuris Canonici*.  
1580.

**Lauterbach W A**

1784. Collegium Pandectarum theoretico-practicum. Tubingen.

**Lee R W**

1931. An Introduction to Roman-Dutch Law.Oxford : Clarendon.



**Le Heulle P**

1647. Disputatio juridica inauguralis de rebus nullius. Leiden : Elzevier.

**Leyser A**

1741. Meditationes ad Pandectas. Meisner.

**Lijdsman B**

1924. Introductio in Ius Canonicum. Hilversum.

**Livingstone E A**

1966. The Concise Oxford Dictionary of the Christian Church. Oxford: Oxford Univ Press.

**Lo Codi**

1906. Lo Codi in der lateinischenubersetzung des RicadusPisanus. Halle: Fitting H.

**Many M**

1907. Praelectiones de locis sacris. Parys: Letouzey.

**Matthaeus A**

1672. De Criminibus ad Lib XLVII et XLVIII Dig Commentarius. Leiden.

**Matthaeus A**

1986. De Criminibus. Tr Hewett & Stoop. Kaapstad: Juta.

**Meerman P**

1512. Novus Thesaurus Iuris Civilis et Canonici. Leiden : P De Hondt.

**Mommsen T en Kruger P**

1911. Corpus Iuris Civilis. Berlyn : Weidemann.

**Mommsen T, Kruger P en Watson A**

1985. The Digest of Justinian. Philadelphia: Univ van Pennsylvania.

**Mostert H (Red), Pope A (Red), Badenhorst P, Freedman W,  
Pienaar J en Van Wyk J**

2010. The Principles of the Law of Property in South Africa. Oxford:  
Oxford Univ. Press.

**Mostert H**

2004. Liberty, social responsibility and fairness in the context of  
constitutional property protection and regulation. Botha H, Van der  
Walt A en Van der Walt J *Rights and Democracy in a Transformative  
Constitution*: 2004: 155.

**Muhlenbruch C F**

1831. Doctrina Pandectarum. Halle.

**Mysinger J**

1612. Apostolesma sive corpus perfectum Scholarum ad Quatuor  
Libros Institutionum Iuris Civilis. Venesië.

**Noodt G**

1718. Dissertatio Quarta de Religione. *Opera Omnia*. Leiden : J vd  
Linden jr.

**Noodt G**

1735. Commentarius in Digestam Justiniani. Leiden.

**Opperdoes P**

1756. Diss Iur Inaug de rebus extra patrimonium. Leiden : A  
Bonkoop.

**Otto E**

1743. Commentarius et notae criticae ad Institutiones. Frankfurt.

**Papiensis B**

1861. Summa Decretalium. Ratisbon.

**Perezius A**

1670. Institutiones. Versalië.

**Pichardus A**

1671. Renovata Commentaria. Leiden.

**Pienaar G J**

2014. Land Reform. Kaapstad: Juta.

**Placentinus**

1806. Summa Institutionum Libri IV Leiden.

**Riccobono S, Baviera J, Ferrini J, Furlani J en Arangio-Ruiz V**

1941. Fontes Iuris Romani Anteiustiniani. Florens : Barbera.

**Rittershusius C**

1616. Commentarius Novus in Quatuor Libros Institutionum Justiniani. Argentorati.

**Roberts A A**

1942. A South African Legal Bibliography. Pretoria: (Uitg Onbekend).

**Samson V (Tr.)**

1908. Treatise on Roman Laws abrogated and not in force in Holland and Neighbouring Countries. Kaapstad : Juta.

**Sandars T C**

1917. The Institutes of Justinian. London : Longmans.

**Scialoja V**

1928. Teoria della proprietà nel diritto romano. Rome.

**Scott S P (Tr)**

The Civil Law. Cincinnati: Central Trust Co.

**Sintenis C F F**

1868. Das Practische Gemeine Civilrecht. Leipzig.

**Snyman C R**

2008. Criminal Law. 5de uitg Durban : LexisNexis.

**Straus S A**

1991. Doctor, Patient and the Law. 3de uitg Pretoria : J L van Schaik.

**Struvius B B**

1733. Bibliotheca Iuris Selecta. Jena : C H Cuno.

**Struvius G A**

1724. Iurisprudentia romano-germanica. Jena.

**Stryk S**

1713. Specimen Usus Modernus Pandectarum. Halle

**Thomas J A C**

1975. The Institutes of Justinian. Kaapstad : Juta.

**Thomasius C**

1720. Institutiones Iurisprudentiae Divinae Libri Tres. Halle : Magdeburg.

**Turyne Glos**

1933. La Glossa Torinese e le alter Glosse del Ms D III 13 della Biblioteca Torino. Turyn.

**Van Cattenburgh G J**

1758. Spec Inaug de rerum divisione et acquirendo ipsorum dominio. Leiden : G Carts

**Van den Bergh G C J J**

1985. Geleerd recht. 2de dr Deventer : Kluwer.

**Van den Sande J**

1633. Commentarius de prohibita rerum alienatione. Leeuwarden.

**Van der Keessel D G**

1800. Theses Selectae. Leiden : Luchtmans

**Van der Keessel D G**

1961. Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam. Amsterdam-Kaapstad : A A Balkema.

**Van der Linden J**

1897. Institutes of Holland. Kaapstad: Juta.

**Van der Merwe C G**

1989. Sakereg. Durban : Butterworths.

**Van der Walt A J**

1997. The Constitutional Property Clause. Kaapstad : Juta.

**Van der Walt A J en Kleyn D G**

1989. Duplex Dominium : The History and Concept of Divided Ownership. *Visser D P (red.). Essays on the History of Law.* Kaapstad: Juta.

**Van der Walt A J en Pienaar G J**

2011. Introduction to the Law of Property. 6de uitg Kaapstad: Juta.

**Van Eikema Hommes H J**

1971. De rol van de billijkheid in de rechtspraak. *Uit het Recht: Rechtsgeleerdeopstellen aangeboden aan mr. P J Verdam.* Deventer: Kluwer. 39-51.

**Van Groessen en Van Vlissengen**

1947. Het kerkelijk recht. Brussels.

**Van Horbag M J**

1767. Spec Iur Inaugural Ad tit Dig De religiosis et sumptibus funerum. Leiden : J Hasebroek.

**Van Leeuwen S**

1662. Censura Forensis. Leiden.

**Van Leeuwen S**

1780. Het Roomsche Hollandsche Recht. Amsterdam : J ten Heeuten.

**Van Naerssen C H**

1753. Diss Iur Inaug de rebus alienari prohibitis. Leiden : G Wishoff.

**Van Warmelo P ( red. )**

1961. D G Van der Keessel Voorlesings oor die Hedendaagse Reg. Amsterdam-Kaapstad : A A Balkema.

**Van Warmelo P**

1971. 'n Inleiding tot die studie van die Romeinse reg. Kaapstad/Amsterdam: A A Balkema.

**Van Warmelo P**

1973. Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg. Pretoria : van Schaik.

**Van Warmelo P**

1976. An Introduction to the Principles of Roman Private Law. Kaapstad : Juta.

**Van Wyk J**

2012. Planning Law. 2de Uitg. Kaapstad: Juta.

**Van Zyl D H**

1983a. Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg. Durban: Butterworths.

**Van Zyl D H**

1983b. History and Principles of Roman Private Law. Durban: Butterworths.

**Van Zyl D H**

1986. Cicero's Legal Philosophy. Pretoria: Digma.

**Van Zyl D H**

1991a. Justice and Equity in Cicero. Pretoria: Academica.

**Van Zyl D H**

1991b. Justice and Equity in Greek and Roman Legal Thought. Pretoria: Academica.

**Veen T**

2000. Europa en het Romeinse recht. Deventer : Tjeenk Willink.

**Vegting W G**

(Ongedateerd).Domaine Public et Res extra Commercium. Alphen : H Samson.

**Vermeersch A en Creusen J**

1928. Epitome Iuris Canonici. Brussels : Dewit.

**Vinnius A**

1793. Commentarius in Quatuor Libros Institutionum. Venesië.

**Vinogradoff P**

1939. Roman Law in Medieval Europe. Oxford: Oxford Univ. Press.

**Voet J**

1669. Commentarius ad Pandectas. s' Gravenhage.

**Volterra E**

(Ongedateerd).Istituzioni de Diritto Romano.Rome : Rome Univ.

**Vrolijkert C**

1732. Disp Iur Inaug de rebus sacris, religiosis et sanctis. Leiden: J Abkaude.

**Watson A (Vert.)**

1985. The Digest of Justinian. Pennsylvania : Pen. Univ. Press.

**Wessels J W**

1908. History of Roman Dutch Law. Grahamstown : Juta.

**Wevelinckhoven H**

1720. Disp Iur Inaug de prima rerum divisione.Leiden : B Mulhovijs.

**Windscheid B**

1925. Lehrbuch des Pandektenrechtes. Vert Fadda C & Bensa P  
*E. Diritto delle Pandette.*Turyn.

## **Woywod S**

1948. A Practical Commentary on the Code of Canon Law. New York : Joseph F Wagner.

## **TYDSKRIFTE**

### **Bekker J C, Labuschagne J M T en Boonzaaier C C**

2004. African burial practices at the crossroads: Observations on the right to bury. *De Jure* 37(2): 203-23.

### **Birks P**

1985. The Roman Law concept of Dominium and the idea of Absolute Ownership. *Acta Juridica* 1985 1. Kaapstad : Juta: 1 – 37.

### **Cassim N**

1993. *The right to bury a deceased person – principle versus public policy, morality, custom and ' a sense of what is right.'* *De Rebus* June 1993 Kaapstad : Juta: 533 – 534.

### **Cloete N**

1982. The creation of a Locus Religiosus in Roman Law. 1982 2 *Speculum Iuris*. Lovedale : Lovedale Press: 65 – 73.

### **Cloete N**

1984. Grafskending in die Romeinse Reg. *Obiter* 1984: 111-136.

### **Cloete N**

1986. Die Ius Inferendi : 'n Scaevoliaanse Anakronisme. *Speculum Iuris*. Lovedale. Lovedale Press: 20-75.

### **Christison A en Hoctor S**

2007. Criminalization of the Violation of a Grave and the Violation of a Dead Body. *Obiter* vol 28 1: 23 – 43.



### **De Vos W**

1952. Grafskending. *South African Law Journal*: 1952: 296-306.

### **Du Plessis L**

2002. Legal and constitutional means designed to facilitate the integration of diverse cultures in South Africa: A provisional assessment. *Stellenbosch Regstydskrif* 13(3): 367-86.

### **Erler E**

1967. Ecclesia vivit lege Romana. HRG 1 (1967): 798 - 812.

### **Jacobs J**

2013. Burial Rights. *The Law*. Sept 2013: 64 – 67.

### **Janse van Rensburg A M**

2002. Access to ancestral burial sites – recent decisions. *Obiter* 23(1): 175-85.

### **Jansen R-M**

2003. Multiple marriages, burial rights and the role of lobolo at the dissolution of the marriage. *Tydskrif vir Regswetenskap* 28(1): 120-32.

### **Klopper C F**

1970. Diefstal van 'n Lyk? *THRHR*. Durban : Butterworth: 38 – 46.

### **Knoetze E**

2002. Burial rights: *Gabavana v Mbete* [2000] 3 All SA 561 (Tk). *Obiter* 24(1): 204-11.

### **Kok J A**

2000. *Serole v Pienaar* [1999] 1 ALL SA 562 (LCC). An occupier's right to bury relatives on land. *De Jure* 33: 161-174.

### **Labuschagne J M T**

2001. Die Mens se Kwynende Vrees vir die Nadoodse en die Effek daarvan op die Regstatus van 'n Lyk. *De Jure* 34(2): 353-58.

### **Labuschagne J M T**

2003. Regsubjektiwiteit na die dood? Opmerkinge oor die regsteoretiese implikasies van die ontplooiing van die postmortale persoonlikheidsreg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*: 185-99.

### **Maithufi I P**

2003. *Thembisile v Thembisile* 2002 (2) SA 209 (T). *De Jure* 36(1): 195-200.

### **McGregor A J**

1938. Aequitas – Billikheid – Rede. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*. 1938(2): 1-12.

### **Mokotong M M**

2001. In lieu of burial instructions: a legal exposition. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 64(2): 297-301.

### **Mokotong M M**

2008. A note on the customary law right of extra-marital children to bury the deceased. *De Jure* 41(3): 616-25.

### **Pelser G en Rautenbach C**

2012. Begrafnisregte in die konteks van Afrika-gewoontereg en die rol van die testamentopsteller. 2012 LitNet Akademies 9(2): 134-175.

### **Pienaar J en Mostert H**

2005. The balance between Burial Rights and Landownership in South Africa : Issues of content, nature and constitutionality. *South African Law Journal* 122(3): 663-60.

### **Price T W**

1951. Legal rights and duties in regard to dead bodies, post mortems and dissections. *South African Law Journal* 1951 (68): 403-23.

**Prinsloo M W**

1991. Bevoegdheid om 'n oorledene te begrawe. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 4: 665-72.

**Sonnekus J C**

2000. Eiendomsreg op grafte – en dan die gevolge daarvan? *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 2000(1): 103-129.

**Van der Walt A J**

2002. Property rights v religious rights : Buhrmann v Nkosi. *Stellenbosch Law Review* 2002: 394-414.

\*\*\*\*\*