

Die afwesige gees in die regs wetenskap

The absent mind in legal science

KARIN VAN MARLE

Departement Regsleer, Universiteit van Pretoria
karin.vanmarle@up.ac.za

MELODIE NÖTHLING SLABBERT

Departement Jurisprudence, Universiteit van Suid-Afrika,
slabbn@unisa.ac.za



Melodie Slabbert Karin van Marle

MELODIE NÖTHLING SLABBERT behaal die grade BA (*cum laude*), BA(Hons) (*cum laude*), MA (*cum laude*) en DLitt aan die Universiteit van Pretoria en die grade LLB (*cum laude*) en LLD aan die Universiteit van Suid-Afrika. Sy word toegelaat as advokaat van die Hooggeregshof in 1996. As deel van haar doktorsale studie studeer sy aan die Max Planck Instituut vir Vergelykende Publiek- en Internasionale Reg in Heidelberg; die Max Planck Instituut vir Buitelandse- en Internasionale Strafreë in Freiburg en die Max Planck Instituut vir Sosiale Reg en Sosiale Beleid in München. Sy ontvang verskeie navorsingstoekennings en onderneem navorsingsreise na Finland, Duitsland, Australië, Spanje, Frankryk, Skotland, Nederland en België. Gedurende 2001–2002 doseer sy geneeskundige reg en etiek aan die regskool van die Universiteit van Adelaide in Suid-Australië. Sy is 'n adviserende bestuurslid van die *Southern African Medico-Legal Society* (SAMLS). Sy is die outeur van etlike navorsingsartikels oor geneeskundige reg en verwante regsvelde, in plaaslike en oorsese tydskrifte, en het ook menige plaaslike en internasionale referate gelewer. In 2011 verskyn die Suid-Afrikaanse monograaf oor geneeskundige reg uit haar pen, uitgegee deur Wolters Kluwer International. Sy is die nasionale bydraer vir Thomson-Reuters (VSA) oor DNA-profilering en verwante sake, mede-redakteur van die *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, asook die voorsitter van die Unisa Navorsingsetiek-komitee.

MELODIE NÖTHLING SLABBERT obtained the degrees BA (*cum laude*), BA (Hons) (*cum laude*), (MA)(*cum laude*) and DLitt from the University of Pretoria, and the degrees LLB (*cum laude*) and LLD from the University of South Africa. She was admitted as an advocate of the High Court of South Africa in 1996. She studied as part of her doctoral research at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg; the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg and the Max Planck Institute for Social Law and Social Policy in Munich. She received various international research grants to conduct research in Finland, Germany, Australia, Spain, France, Scotland, the Netherlands and Belgium. During 2001–2002, she lectured medical law and ethics at the Adelaide University Law School in South Australia. She is an advisory board member of the South African Medico-Legal Society (SAMLS). She has published numerous articles on medical law and other fields of law in local and international law journals and has presented many local and international conference papers. She authored the 2011 monograph on South African Medical Law for Wolters Kluwer International. She is also the national contributor for Thomson-Reuters (USA) on DNA-profiling and related legal issues. She is the co-editor of the *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* and also the chairperson of the Unisa Research Ethics Review Committee.

KARIN VAN MARLE (BLC LLB) (UP) (LLM LLD) (Unisa) is vanaf 1999 verbonde aan die Departement Regsfilosofie, Regsgeskiedenis en Regsvergelyking, nou Regsleer, van die Universiteit van Pretoria. Sy is vanaf 2008 departementshoof daar en tans navorsings-koördineerder van die Regsfakulteit. Haar LLD was gefokus op die soeke na 'n "etiese" benadering tot die reg en is voltooi onder mede-promotorskap van Jennifer Nedelsky van die Universiteit van Toronto, Kanada. Sy het verskeie artikels in nasionale en internasionale vaktydskrifte gepubliseer en het ook verskeie referate nasionaal en internasionaal gelewer. Vier geredigeerde boeke gefokus op post-apartheid regsteorie en regsfilosofie het verskyn onder haar redakteurskap of mederedakteurskap. Haar navorsingsfokus behels die "wording" (becoming) van 'n post-apartheid regsbenadering wat ook refleksies op die wording van die self/syn en subjektiwiteit insluit. Sy werk vanuit 'n etiese feministiese perspektief. Gedurende 2005–2006 was sy op 'n Gemenebes Genootskap aan Birkbeck Kollege, Universiteit van Londen. Sy bied vanaf 2005 jaarliks 'n LLM module in Post-apartheid Regsleer aan by Birkbeck Kollege, Universiteit van Londen. Sy is vanaf 2007 'n genoot van Stias (Stellenbosse Instituut vir Gevorderde Studie).

KARIN VAN MARLE (BLC LLB) (UP) (LLM LLD) (Unisa) has since 1999 worked in the Department of Legal Philosophy, Legal History and Comparative Law, now Jurisprudence, at the University of Pretoria, where she became head of the department in 2008; currently she is the faculty research coordinator. Her LLD focused on the search for an "ethical" approach to law and was completed under the co-supervision of Jennifer Nedelsky of the University of Toronto, Canada. She has published numerous articles in national and international journals and delivered several papers nationally and internationally. Four edited books on post-apartheid legal theory and legal philosophy have appeared under her editorship or co-editorship. Her research focus encompasses the becoming of a post-apartheid approach to law that also includes reflections on the becoming of the self/being and subjectivity. She works from an ethical feminist perspective. During 2005–2006 she took up a Commonwealth Fellowship at Birkbeck College, University of London. Since 2005 she has been offering annually a LLM module in Post-apartheid Jurisprudence at Birkbeck College, University of London. Since 2007 she has been a fellow of the Stellenbosch Institute for Advanced Study (Stias).

ABSTRACT

The absent mind in legal science

The law's reflection of the human mind is an uneasy and conflicting one. By tracing the influence of dualism and positivism on constructions relating to the mind in certain areas of the law, such as criminal law and private law, the article illustrates how, over time, these influences have contributed to a reductionist and impoverished conception of the human mind, culminating in a total absence of the mind in legal thinking generally. The fiction of the individual as an autonomous and rational agent that has dominated legal thinking since the time of the Enlightenment is in conflict with recent cognitive research that emphasises the notion of an embodied mind. However, as the article reveals, this approach, supported by lawyers and cognitive neuroscientists of the Project on the Law and the Mind Sciences of Harvard University, is in fact yet another reductionist and dualist one which perceives the brain and the mind as one. The article next turns to a discussion of selected postapartheid legal approaches that point to other ways of thinking and doing law. By relying on approaches that favour "slowness" in respect of legal thinking and interpretation – which perceive the Constitution as memorial instead of monument and which refuse the dominating nature of law – space for the absent and negated mind may open up. Following Adriana Cavarero's reading of Penelope, the slow rhythm of weaving and unweaving may bring the complex relationship between the law and the ideal, and the law and the mind, to the fore. The type of law and legal approach that may result from this "slowness" and "refusal", as one of the authors argues, is a law of reflection; a law that refuses thoughtless (instrumental) accounts. In the final instance, the article suggests that the mind's place in the law is not the context of the abstract or ideal, or the material and empirical, but an in-between, liminal space.

KEY WORDS: mind, state of mind, dualism, positivism, free will, neuroscience, postmodernism, ethics of discomfort, ethical feminism, transformative constitutionalism, slowness, monument, memorial, refusal, judgement

TREFWOORDE: gees, geestesgesteldheid, dualisme, positivisme, wilsvryheid, neurowetenskap, postmodernisme, etiek van ongemak, etiese feminisme, transformatiewe grondwetlikheid, “slowness”, monument, gedenkwaardigheid, “refusal”, oordeel

OPSOMMING

Die reg se omgang met die menslike gees is ’n ongemaklike een. Die artikel toon aan hoedat die omvattende invloed van dualisme en positivisme op die regs wetenskap ’n verarmde en reduksionistiese geestesbegrip, oftewel ’n toestand van totale geestesafwesigheid, tot gevolg het. ’n Bespreking van enkele postapartheid-regsbenaderings dui op maniere waarop die reg anders bedink kan word en hoe daar op ’n ander wyse met die reg omgegaan kan word. Deur onder andere benaderings wat “slowness” tot die reg en regsinterpretasie omarm, wat die grondwet as gedenkwaardigheid eerder as monument bedink en wat die oorheersende aard van die reg weier, kan daar ’n gaping vir die afwesige gees geskep word. In navolging van Adriana Cavarero se lees van Penelope, kan ’n stadige ritme van weef en ontrafel die komplekse verhouding tussen die reg en die ideaal, die reg en die gees op die voorgrond bring.

1. INLEIDING

Die begrip van die gees en liggaam as verskillende, interaktiewe entiteite (*res cogitans* en *res extensa*; Descartes 2003:112; Cottingham 2006:179, 184-5) is ’n leitmotiv van die Westerse regs wetenskap en kultuur. Die invloed van hierdie dualistiese siening oor die eeue heen op die regsdenke, wetenskap en godsdiens is omvattend (Kruger 1979:9). Morele intuïesies, wat kontemporêre regsraamwerke onderlê en regverdig, is tradisioneel geskoei op ’n begrip van die gees as ’n aparte oorsaak-veroorsaker via die materiële liggaam.¹ Morele verwythbaarheid in die strafreg, byvoorbeeld, is afhanklik van die bestaan van ’n geestesgesteldheid, soos aangetref in *mens rea* en *actus reus*; ’n skuldige gees of gesindheid en ’n skuldige daad (dientengevolge). Onlosmaaklik verbonde hieraan is die idee en verheffing van wilsvryheid en die outonome regs subjek.

Die invloed van dualisme is nie net tot die strafreg beperk nie (bv die psigologiese skuldbegrip wat in die positivisme gegrond is; regsverwere in die strafreg; die retributiewe vonnis; toerekeningsvatbaarheid), maar ook in die privaatrek (bv die beskerming van die produkte van die skeppende gees in die immateriële goedereg); die standaard van die “redelike persoon” en die *boni mores* in die deliktereg; die leerstuk van ingeligte toestemming; en die regs vraag na geestes(on) gesteldheid in die algemeen.

Daar is letterlik honderde moontlike konstruksies waaruit ’n indruk van die menslike gees in die reg – laasgenoemde in wese ’n geestesaktiwiteit (Goodenough 2001:431) – gevorm word. Sommige hiervan beklemtoon ’n streng dualistiese siening, soos in die strafreg aangetref word, terwyl ander (soos in die konteks van fundamentele regte) weersprekend of selfs ambivalent kan wees.

¹ In Afrikaans word tussen “liggaam” en “lyf” onderskei, soortgelyk aan die Duitse “Körper” en “Leib”. “Lyf”, anders as liggaam (die objektiewe, fisiese liggaam), dui op ’n meer persoonlike, subjektiewe, beleefde, ervare liggaam. Carman (1999:205-226) bespreek Husserl en Merleau-Ponty se liggaam-konstruksies, waaruit hierdie onderskeid duideliker na vore kom.

Die idee van die sogenaamde vrye, gelyke en outonome individu as die mees basiese regseheid is die *raison d'être* van die meeste liberale regstelsels. Die verhouding tussen die regs subjek en sy of haar liggaam (lyf) is egter 'n ongemaklike een in die reg (Slabbert 2007:98-99). Selfeienaarskap is 'n paradoks, want hoewel persone nie sake (besittings) is nie (ook nie van ander persone nie), behoort hul liggame aan hulself en is persone teoreties eienaar en saak tegelykertyd (Davies & Naffine 2001:79). 'n Klassieke voorbeeld van hierdie dilemma is die swanger vrou en haar fetus. As die klem op die swanger vrou se selfbesitlike outonomie geplaas word, word die fetus tot 'n blote saak (besitting) gereduseer, terwyl die fokus op die fetus as “regs subjek” die vrou tot blote fetale houer minimaliseer (Purdy 1990:273).

Die vertrekpunt in die oorgrote meerderheid liggaam-gees-interaksies, waarvan sommige hieronder in meer besonderhede bespreek word, is die idee van die wilsvryheid van 'n rasionele, outonome gees. Ironies genoeg is die begin en einde van regs subjektiwiteit onseker, want streng gesproke impliseer die fisiese afsterwe van die regs subjek nie die einde van regs subjektiwiteit in 'n abstrakte sin nie, want 'n persoon se testament gaan voort om die wil en beskikking van die gestorwene ná sy of haar dood te bepaal. Menswees in die oë van die reg is dus 'n vasgestelde status, gebaseer op abstrakte rede; 'n rasionele, ontliggaamde wil (Naffine & Davies 2001:104).

Die verskillende konstruksies van die menslike gees in die reg, soos uit die enkele voorbeelde hieronder sal blyk, skets 'n uiters reduksionistiese beeld van die menslike gees en bewussyn, een wat primêr gesetel is in 'n konteks wat die empiriese of materiële benadruk.

Dit is onmoontlik om 'n beskrywing van die menslike gees te gee. Eienskappe wat met die gees-begrip geassosieer is (De Beer 1988:7-8), is onder andere 'n disposisie vir die totale innerlike of morele ingesteldheid; insig, vernuftigheid; rede; bewussyn, verstaans- en denkvermoë; kapasiteit vir intellektuele waarneming en intellektuele waardering, asook vermoë tot spirituele persepsie. “Gees” is dus die onmeetbare somtotaal en uitdrukking van 'n persoon se geestelike aktiwiteit, wat onder andere rede, gevoel, wil, siel en kultuur omvat; “'n spesieke wyse van denkende gerigtheid op die werklikheid” (De Beer 1988:8-9,12). In die wydste sin omvat die geesbegrip aspekte soos sensasies, persepsies, kognisie (geheue, kennis), nadenke of nabetraging (oortuigings, verbeelding, ens), gemoedsaspekte (emosie, gemoedstoestand) en volisie (gewilde handeling, voornemens).

Na die reg of regswetenskap in die algemeen word dikwels in 'n dualistiese en metaforiese sin, met die reg as voorwerp, verwys: “Die misdadiger het die wet oortree”; wetgewers skep “reg” (wette); sommige “neem die reg in eie hand”. Hierdie eksternalisering van die reg (as bron van beperkings) het twee vrae tot gevolg gehad, naamlik of dit die objek (reg) is wat die subjek beperk, of die subjek wat die objek (reg) beheers. Die argument is dat as daar geen beletsel is nie, regters (en ander wat reg spreek) hulle hul eie politieke voorkeure of waardes in regsbeslissings kan afdwing. Die tipe vrae wat vervolgens gevra is, is wie of wat reg skep; wat is die bron van die beperking: is dit die teks van die regsreël self; die bedoeling van die wetgewer; die beleid of waardes agter die reël, of een of ander morele of politieke oogmerk? (Schlag 1991:1627).

In die konteks van die vraag na die plek van die gees, suggereer hierdie vrae 'n tipe dualistiese spanning tussen 'n sogenaamde “objektiewe”, neutrale realiteit en 'n “subjektiewe” gees of bewussyn wat rasionele denke beïnvloed. In so 'n raamwerk pas alleenlik 'n ont-liggaamde² of liggaamlose regter of beoordelaar, wat sogenaamd rasioneel, onafhanklik, onbeïnvloedbaar en onbevooroordeeld reg spreek – 'n siening wat reeds dekades gelede deur die radikale regsrealiste

² In teenstelling met die gedagte van 'n “beliggaamde gees” (Engels: “embodied mind”), soos deur Lakoff en sy medewerkers, Mark Johnson, Mark Turner en Rafael Núñez, voorgestaan word. Hierdie idee word later in meer detail in die artikel bespreek.

en ander bevraagteken is (Cohen 1935:846). Postmodernisme self dui op 'n beweging weg van regsinterpretasie, geskoei op die geloof in universele waarhede, essensies of grondslagteorieë, asook dat die reg die skepping van rasonale aktiwiteit deur 'n rasonale "outeur" is, wat in staat is om neutraal buite die stelsel te staan en laasgenoemde se funksie en toepassing te beoordeel (Minda 1995:4). Die beskouing van menslike rede as rationeel en universeel is deur die postmodernisme bevraagteken, en deur sommige as niks anders nie as 'n sosiale konstruk beskou (Schenk 1992:2508-9).

Menslike gedrag – die fokus van die reg – word onderlê deur 'n komplekse netwerk van bewuste en onbewuste impulse, wat afhangend van die konteks, relevansie in die reg verkry. In die meeste van hierdie gevalle is die geestesgesteldheid van diegene wat onder die trefwydte van 'n regsreël verkeer, van belang, maar soos die bespreking aantoon, net in die mate wat dit binne streng geformuleerde, meetbare raamwerke of konstruksies inpas.

Soos ons hieronder verder bespreek, het die verskuiwing in regsteorie vanaf die ideële na die empiriese die gees nog meer afwesig gemaak as voorheen. Die vermyding van kompleksiteit ten gunste van 'n poging om 'n sekere gegewe te kan vasvat kan as 'n poging om (regs)sekerheid te verkry verstaan word. Hieronder argumenteer ons in navolging van Foucault vir 'n "etiek van ongemak".

Die vraag na die menslike gees in die regswetenskap is 'n komplekse een wat onmoontlik in een artikel bespreek kan word. Vir die doeleindes van hierdie artikel sal die bespreking beperk word tot 'n kort oorsig oor (1) enkele primêre gekykte figurasies van die gees in verskillende regsterreine; gevolg deur (2) die rol van onlangse bevindings van die kognitiewe wetenskap op die gees-begrip (en wilsvryheid) in die reg; en ten slotte 'n bespreking van die vraag na die afwesige gees (soos gesien uit die reg se preokkupasie met die empiriese en positivistiese uit die voorafgaande) in die post-apartheidkonteks. Marianne Constable se beskrywing van die skuif wat in Amerikaanse regsteorie plaasgevind het, word gebruik as 'n raamwerk waarbinne die postapartheidkonteks bedink word. Drucilla Cornell se etiese feminisme bied 'n goeie voorbeeld van 'n benadering wat die poging om deur 'n beskrywing van dit wat is, ander moontlikhede uit te sluit, teëgaan.

2. REGSKONSTRUKSIES VAN GEESTESGESTELDHEID

2.1 Strafred se skuldige gees

'n Nadere beskouing van die begrippe skuld en wederregtelikheid in die strafreg toon 'n baie duidelik omlýnde konstruksie van 'n kwaadwillige, opsetlike geestesgesteldheid. Skuld veronderstel dat 'n mens die vrye wil op 'n geestelike vlak het om die beperkinge van sy of haar natuur te oorkom; dat hy of sy vry is om 'n keuse oor sy of haar gedrag uit te oefen (Snyman 1986:153). Hierdie wils- en keusevryheid is problematies, want dit is gegrond op die aanname, wat strafregtelike aanspreeklikheid betref, dat die mens oor die vermoë beskik om bo die kragte van kousale determinisme uit te styg (behalwe in streng omlýnde gevalle van persone wat regtens nie toerekeningsvatbaar geag word nie, soos geestesongesteldes en jong kinders). Bowenal versterk dit 'n dualistiese begrip van die liggaam en gees, met die gees in beheer van en meester van die liggaam.

Getrou aan 'n empiriese vertrekpunt, het positivismisme oor die jare heen die psigologiese skuldbegrip tot blote feit gereduseer deur dit gelyk te stel aan 'n bepaalde geestesgesteldheid, spesifiek opset, wat later sinoniem met skuld geword het (Snyman 1986:155). (Die twee skuldvorme is opset en nalatigheid.) Buite-juridiese vrae, soos of 'n beskuldigde 'n vrye wil gehad het om te

kies tussen regmatige en wederregtelike handeling is ontoelaatbaar, want die positivisme is nie gemoeid met enige waardeoordeel in die beoordeling van skuld nie; bowendien sluit dit (onbetwisbaar aanwesige) subjektiewe komponente uit die onregsbegrip uit. Skuld word egter uitgeskakel deur ontoerekeningsvatbaarheid – die onvermoë om in ooreenstemming met regsvoorskrifte op te tree.

'n Bewering van gebrekkige toerekeningsvatbaarheid word tradisioneel vasgestel deur van 'n psigiatriese of psigologiese toets gebruik te maak. As vasgestel is dat die beskuldigde ten tyde van die handeling aan 'n geestesongesteldheid of -gebrek gely het (die psigiatriese toets of biologiese toets); en dat laasgenoemde 'n bepaalde uitwerking op sy geestesvermoëns gehad het, wat veroorsaak het dat hy nie die ongeoorlooftheid van sy handeling kon besef nie en nie dienooreenkomstig kon optree nie (die sielkundige toets), word 'n regsbevinding van ontoerekeningsvatbaarheid gemaak.

Uit hierdie kort beskrywing is dit duidelik dat 'n skuldige, verwytbare gees in die strafreg een is wat aan streng, meetbare en nou omskrewe regsvoorskrifte voldoen. 'n Ongestelde, ontoerekeningsvatbare gees is een wat, gemeet aan sekere psigiatriese en sielkundige standaarde, of weens persoonlikheidsdisintegrasie, nie in staat is om 'n ongeoorloofheidsindruk van die gewraakte handeling te vorm nie.

'n Interessante geval van 'n "afwesige gees"-konstruksie word in die vorm van die verweer van outomatisme in die strafreg gevind, wat beskou word as 'n onwillekeurige handeling, met ander woorde nie deur die wil of verstand beheers nie, en derhalwe nie strafbaar nie. Die onwillekeurigheid sluit byvoorbeeld die handelingsvereiste uit, nie die vereiste skuld (opset) nie. Voorbeelde van outomatisme is 'n refleksbeweging; slaapwandeling, epileptiese aanval of niesbui (Snyman 1986:51). Deskundige geneeskundige getuienis word vereis ter ondersteuning van die vrywilligheid al dan nie van die beskuldigde se "handeling", wat soortgelyk beskou word aan dié van 'n outomaat (robot).

2.2 Deliktereg se nalatige gees

Die nalatige gees in deliktereg word beskou as een wat nie die versigtigheid of sorg aan die dag gelê het soos wat in die omstandighede vereis is nie; of een wat 'n skadelike of nadelige gevolg (besering, dood of skade) moes voorsien het en daarteen gewaak het, maar dit nie voorsien het of daarteen gewaak het nie (Snyman 1986:243). Die maatstaf of standaard waarmee nalatigheid gemeet word, is dié van die fiksie van die redelike persoon oftewel *diligens bonus paterfamilias*. Net soos by die vasstelling van skuld in die strafreg, is daar in die deliktereg sprake van 'n bepaalde geestesgesteldheid wat 'n fisiese handeling of versuim voorafgaan: (1) 'n Verweerder sal nalatig wees indien 'n redelike persoon in die posisie van die verweerder (a) die moontlikheid voorsien het dat sy of haar handeling 'n ander persoon se eiendom of persoon kan beseer of beskadig, of tot skade lei, en (b) redelike stappe sou neem om die plaasvind van sodanige gevolg te verhinder; en (2) die verweerder versuim het om sodanige stappe te neem. Hierdie maatstaf word as 'n objektiewe een beskou, onderhewig aan sekere voorbehoude of uitsonderings. Die beklemtoning van "in die posisie van die verweerder" hierbo egter, dui op 'n mate van individualisering, ten spyte van die aanname dat die toets objektief is.

Die redelike-persoon-maatstaf ignoreer unieke persoonlike eienskappe, soos bygelowigheid, 'n gebrek aan kennis en aangebore tekortkominge (Van der Walt & Midgley 1997:133-4). Dit mag dus gebeur dat 'n persoon met beperkte intelligensie, geheue, oordeel of emosionele stabiliteit, op 'n manier optree wat as redelik beskou kan word in die lig van sy agtergrond en opvoeding, maar dat hy steeds aanspreeklik gestel sal word omdat die redelike persoon, *in abstracto*, anders

sou optree (Hosten et al. 1995:821). Die fiksie maak wel voorsiening vir die inagneming van fisiese (biologiese) verskille, want dit is vanselfsprekend dat 'n fisies-gestremde persoon nie aan dieselfde handelingsstandaard as 'n nie-gestremde persoon gebonde gehou kan word nie. Die fiksie van die redelike man, met 'n fiktiewe voorgeskrewe vlak van waaksaamheid en oordeel, het duidelik 'n persoon met redelike intelligensie en rasonale oordeel in gedagte. Dit berus op 'n aanname dat almal dus soortgelyke kennis, ervaring en vermoë het om 'n situasie te beoordeel; 'n aanname wat duidelik nie in voeling met die werklikheid is nie. Dit is gekalibreer om vir fisieke (biologiese) verskille voorsiening te maak, maar skeer, wat die komplekse geestelike dimensie betref, almal oor dieselfde growwe kam.

2.3 Privaatreg se skeppende gees

Die reg van 'n persoon op sy of haar nie-tasbare, kreatiewe geestes skepping, soos byvoorbeeld 'n literêre werk of musiekkomposisie, word in die immateriële-goederereg beskerm. Kopie- of outeursreg, byvoorbeeld, gee die eienaar die reg om die kopieer en gebruik van die oorspronklike (geestes)uiting vir 'n bepaalde tydperk te beperk. Die reg wat beskerm word, is nie die tasbare self nie, maar dek slegs die ontasbare eiendom, met ander woorde dit is die storie self wat in 'n roman vertel word en nie die boek self nie, of die vorm van die beeldhouwerk en nie die gekerfde graniet self nie. Die uitdrukking van die idee, in plaas van die idee self, word dus beskerm. Anders as by die strafreg- en deliktereg-voorbeelde hierbo, is die bedoeling (geestesgesteldheid) van die skender van die kopiereg nie relevant by die vasstelling van 'n oortreding van kopieregbeskerming nie. Dat die kopieregoortreder se motief irrelevant is, kan allermins gesien word as bewys van die waarde wat die reg heg aan die regsobjek wat beskerm word (die gees se intellektuele uitdrukking van 'n idee). Bewysregtelike aspekte (die meetbare) is die rede hiervoor, want dit sou bykans onmoontlik wees om 'n oortreder se motief te bewys.

Die beskerming van kopiereg is relevant vir die vraag na die gees, aangesien die beskerming van die nie-tasbare uitdrukking van idees (as resultaat van geestesaktiwiteit) die beskermde regsbelang is, maar ook hier is daar sprake van 'n verarmde geeskonstruksie.

Dit volg uit die enkele voorbeelde waarna vlugtig hierbo verwys is, dat gees in die regs wetenskap nie by óf 'n suiwer abstrakte/ideële posisie, óf by 'n totale omvang met materiële/empiriese gegewe tuis is nie. Die ondersoek na die “beliggaamde gees”, soos deur kognitiewe wetenskaplikes voorgestel, word vervolgens bespreek. Hierdie beweging, soos aangetoon word, poog indirek om die funksie van die gees (as brein gelykgestel) in die regs wetenskap te verduidelik.

3. INVLOED VAN DIE BELIGGAAMDE GEES VAN DIE KOGNITIEWE WETENSKAP OP DIE REGSWETENSKAP

Die regskool van Harvard-Universiteit se Projek oor die Reg en die Geesteswetenskappe fokus sedert 2008 op die interaksie tussen onder andere die sosiale en kognitiewe sielkunde, kognitiewe neurowetenskap en ander terreine, en die reg, spesifiek die insigte verkry vanuit hierdie terreine ten einde die oorsprong van en verskynsel van menslike gedrag vir die regs wetenskap beter te verklaar. Die oogmerk is om 'n meer realistiese beeld van die menslike gees en handeling, waarop regsanalise en teorie geskoei kan word, te vestig. Regsgeleerdes betrokke in die projek (wat na hulself as kritiese realiste of “situasioniste” verwys) gebruik die bevindinge van die sosiale wetenskappe om die algemeen gevestigde regs idee van menslike handeling (gebaseer op die mite van rasionaliteit, wilsvryheid) te vervang met die gedagte dat handeling sterk beïnvloed word deur situasionele faktore, onberekenbare kognitiewe invloede, asook eksterne omgewings- en

strukturele magte (Benforado 2010:7). Die tema van die 2011-kongres van hierdie projek, byvoorbeeld, is gewy aan die sielkunde van regsongelykheid.

Die projek beklemtoon die gedagte van 'n beliggamde gees of kognitiewe perspektief, soos voorgestel deur die kognitiewe linguïst, George Lakoff (Lakoff & Johnson 1999). Hierdie perspektief sentreer om die gedagte dat abstrakte denke in liggaamservaring en die situasionele gegrond is. 'n Interessante artikel, wat die invloed van beliggamde kognisie op regsoordeel en abstrakte denke aan die hand van fisiese eksperimente in 'n hofsaal illustreer, is dié van Benforado (2010). Benforado se eksperimente, wat bewys dat bepaalde omgewingsinvloede soos temperatuur, gewig en reuk, asook persepsies van liggaamlike reinheid, 'n beduidende rol in die beregtingsproses speel, bevraagteken die sogenaamde objektiewe en neutrale oordeel van die regsprekers. In hierdie opsig sluit hierdie beweging aan by die siening van die Realiste, wat lankal reeds aangetoon het dat die reg gegrond is (en 'n produk is) van sosiale realiteit en dat regters ware mense met ware vooroordele is.

Die gedagte dat die liggaam die gees beheers (anders as hierbo by die strafregbespreking waar die gees die meester van die liggaam is) word ondersteun deur neurowetenskaplike studies oor breinskade, wat toon dat skade aan die prefrontale korteks dikwels gepaardgaan met 'n vermindering van en of uitskakeling van inhibisies, met gepaardgaande radikale gedragsverandering, en selfs die ontwikkeling van sosiopatie (Tranel 1994:285-311). Wilsvryheid, byvoorbeeld, as 'n poging om 'n negatiewe impuls teen te staan, kan "gemeet" word en vind plaas ongeveer 350 tot 400 mikrosekondes ná die vrystelling van die sogenaamde elektriese "gereedheidspotensiaal"-impuls (Liber et al. 2000). Spesifieke breinareas is geïdentifiseer wat prosesse soos regsredenering en morele oordeel beheers (Goodenough 2001:420). Abstrakte denke, soos byvoorbeeld dié oor geregtigheid, vind in een area van die korteks plaas, terwyl die toepassing van regsreëls in 'n ander deel van die korteks gesetel is (Goodenough 2001:439-441). 'n Nie-verbale algoritme, "geprogrammeer" deur 'n kombinasie van ons genetiese bloudruk, kultuurerfenis en persoonlike ervaring, verskaf die grondslag van denke oor geregtigheid, terwyl besinning oor regsreëls en toepassing daarvan (as 'n woord-gebaseerde aktiwiteit) 'n "interpreteerder"-aksie in die brein aktiveer. By regsaktiwiteit, soos die skryf van statute, regsreëls of kontrakte, is dit die funksie van die "interpretering" om regsmateriaal te prosesseer deur middel van "a word-based formula, [employing] the implicit structural logic of the unarticulated system in which the [legal] norm is generated" (Goodenough 2001:436).

Neurowetenskaplike navorsing toon byvoorbeeld ook dat die streng skeiding tussen die bewussyn en onderbewussyn (en gevolglik die strafreg se onderskeid tussen gewilde en willekeurige handelinge) twyfelagtig is (Denno 2002:328) en dat rasionaliteit eerder 'n verbeeldingryke as liniêre aktiwiteit is, buigbaar in plaas van voorskrytelik, gekenmerk deur openheid in plaas van geslotenheid (Winter 2001:9; Benforado 2010: 1; 32).

Neuro-regslui beweer dat die empiriese neurowetenskap die reg in sy fundamente kan skud:

[T]he legitimacy of the law itself depends on its adequately reflecting the moral intuitions and commitments of society. If neuroscience can change those intuitions, then neuroscience can change the law. (Greene & Cohen 2004:1778)

Is dit moontlik om regsdenke tot suiwer breinfunksie te reduceer soos deur neuro-regslui beweer word? Goodenough se stelling dat die neurowetenskap ons baie meer van die reg vertel as Langdelliaanse regswetenskap en die Realiste se kritiek op laasgenoemde, moet met 'n knippie sout geneem word. 'n Neurowetenskaplike benadering vertel ons byvoorbeeld niks oor die kern van die formalistiese/realistiese siening, naamlik die aard van die regswetenskap nie. Selfs al

aanvaar ons die een of ander definisie of konsep van wat “reg” is, beteken die lokaliserings van waar regsdenke in die brein plaasvind, nie veel nie. Voorts, al aanvaar ons ook die bestaan van en werking van ’n gevestigde algoritme (wat na bewering empiries getoets kan word) wat regsdenke beheers, kan die teorie nie regsverskille verklaar nie (Pardo & Patterson 2010:26).

Die neurowetenskaplike benadering wat poog om menslike gedrag as ’n tipe kousale verbintenis te verklaar, is eweneens ’n streng reduksionistiese, deterministiese en dualistiese siening. Die gees word nie alleenlik aan die brein gelykgestel nie, maar alle menslike gedrag en geestesaktiwiteit is biologies gefundeer. Daar is ongetwyfeld groot ooreenkomste tussen hierdie benadering en dié van genetiese determinisme/essensialisme, wat menslike gedrag aan die hand van genetiese invloede verklaar (Slabbert 2006:251-266). Om na wilsvryheid terug te keer: Green en Cohen sien laasgenoemde net as ’n voorbeeld van selfbedrog oor sogenaamde illusies van self-beheer. Neurowetenskap kan ons na bewering van hierdie illusie bevry:

We feel as if we are uncaused causers, and therefore granted a degree of independence from the deterministic flow of the universe, because we are unaware of the deterministic processes that operate in our own heads. Our actions appear to be caused by our mental states, but not by physical states of our brains, and so we imagine that we are metaphysically special, that we are non-physical causes of physical events. (Greene & Cohen 2004:1778)

Pardo en Patterson (2010:27) beweer tereg dat as ons nie die nie-veroorsakende veroorsakers van ons gedrag is nie en wilskeuse ’n illusie is, dan kan iets soos persoonlike verantwoordelikheid nie bestaan nie. Ons is dus net so min verantwoordelik vir ons eie handeling soos ’n appel wat van ’n boom afval.

Ten spyte van die groeiende gewildheid van hierdie beweging, bring dit geen insigte oor die posisie van die menslike gees in die regs wetenskap nie. Dit oorbeklemtoon die empiriese, meetbare en stoflike en releger die gees tot blote breinaktiwiteit. Die gedagte van die vrye, outonome individu het geen plek meer nie, want ons word as willose outomate in diens van ons breine beskou.

4. DIE SOEKE NA “WAARHEID”, ’N ETIEK VAN ONGEMAK EN POSTAPARTHEID-REGSDENKE

Die afwesigheid of krisis van die gees in die reg word op ’n interessante wyse verwoord deur Marianne Constable (1994:551-590) in ’n artikel waarin sy Friedrich Nietzsche se geskiedenis van metafisika, soos vertel in *Twilight of the Idols* (1968), volg. Nietzsche dui aan hoe, deur verskeie fases (vanaf Plato, Christendom, Kant en utilitarisme) die “ware” wêreld vervang is deur ’n wêreld van verskynsels – een wat bloot by wyse van empiriese presisie waargeneem en beskryf word. Wanneer hierdie skuif na regsnavorsing vertaal word, vind ’n mens ’n soortgelyke skuif vanaf vrae wat gemoeid is met “wat behoort die reg te beteken?” en “waarom behoort mens die reg te gehoorsaam?” – tipiese normatiewe vrae – na vrae wat meer gerig is op dit wat is – “wat is die reg?” en “waarom gehoorsaam individue en groepe die reg?” (Constable 1994:555). Soos Nietzsche, is Constable se kommer dat deur slegs dit wat “is” waar te neem, ons nie noodwendig meer besorgd is oor materiële aangeleenthede nie, maar dat juis daardie aangeleenthede ook verdwyn: “We have abolished the real world: what world is left? The apparent world perhaps. ... But no! With the real world we have also abolished the apparent world” (Nietzsche 1968: 40-41 soos aangehaal deur Constable 1994:552). Constable se argument omvat veel meer, maar vir doeileindes van hierdie skrywe is haar insig van belang, omdat dit die skuif ook in post-

apartheidregsbenaderings vanaf ’n bemoeienis met kwessies rakende die ideaal van geregtigheid (of soos die tema van die uitgawe aandui, die gees) na ’n omgang met materiële gegewe wat getel en gemeet kan word (die afwesigheid van die gees) op ’n interessante wyse verwoord.

’n Voorbeeld van die uitwerking van hierdie skuif is in gender-/feministiese benaderings, waar daar al hoe meer gefokus word op vrou se materiële situasie, maar ook op wat “vrou” as sodanig beteken, asof enige situasie of die vraag wat vrou is, op ’n omvattende wyse beskyf sou kon word. Die benadering van etiese feminisme, soos voorgestel deur Drucilla Cornell, gaan juis hierdie poging teë (Cornell 1991:1999). Die bevestiging van seksuele verskil sonder om terug te val op enige gegewe omskrywing van wat “vrou” is, staan sentraal tot etiese feminisme. Met hierdie insig het Cornell ’n beduidende bydrae tot feministiese teorie gelewer en as ’t ware die geëgte debatte aangaande eendersheid teenoor verskil, of dominansie teenoor relasionaliteit, agtergelaat. Cornell beklemtoon, in samehörigheid met postkoloniale en kritiese ras-feministe, die belang van ras, klas en etnisiteit vir vrou se bevryding en geregtigheid, maar haar ligte spel met hierdie aangeleenthede voorkom enige vorm van rigiede identiteitspolitiek. Sy slaag ook daarin om die materiële lyding van vrou ernstig op te neem op so ’n wyse dat vrou nie in enige geslote definisie vasgevang word nie. In die woorde van Cornell:

Writing the mamafesta, as I rewrote it here, is a fable for the elucidation of Her-story such that feminine ‘reality’ can be written. In the fable as I have rewritten it, the opposition between the literal and the textual is undermined. Undermined, but not obliterated. The material suffering of women is not being denied in the name of a process of writing that continually transforms the representation of the feminine as if the rewriting itself could put an end to patriarchy. Instead, the fable emphasizes the deconstruction of a reality that stands in as the unshakable, literal truth, so that the more that has yet to be written from the side of the feminine is not shut out as non-existent. No woman can claim that hers is the ultimate reality excluding all others, based on a concept of gender identity or on the uncovering of the essence of Woman. Thus, the writing of the mamafesta does not attempt to resolve the riddle of femininity once and for all, by locating women’s specificity in a pre-given nature of sexual difference. (Cornell 1999:2)

Cornell se weiering om enige gegewe omskrywing van wat vrou is of van wat haar onderdrukking behels as die finale woord te aanvaar het belangrike gevolge vir die reg en regshervorming (1999:107). Sy steun op dekonstruksie en spesifiek *différance* as ’n manier om op ’n aanhoudende wyse die aanspraak dat ’n bepaalde gegewe alles is wat daar is, te ondermyn en maak sodoende die moontlikheid oop vir die spoor van andersheid (“trace of Otherness”) wat altyd agterbly. Hierdie moontlikheid lê die beperking van enige poging tot regshervorming bloot om op ’n legitieme wyse onderdrukking of ongeregtigheid aan te spreek (1999:108-109). In navolging van Jean Francois Lyotard verduidelik Cornell hoe enige omskrywing van die werklikheid (“the tyranny of the real” (p.109)) sommige mense van die stelsel sal uitsluit en sal verhinder dat sekere stemme gehoor word. Dekonstruksie, aldus Cornell, kan ons verby regshervorming na geregtigheid neem, omdat dit kan aantoon hoe, by wyse van regsinterpretasie, die reg uitgedaag en getransformeer kan word (p.111). Hierdie moontlike uitdagings en transformasies behoort egter nie met geregtigheid verwar te word nie.

To be just to justice, we must not conflate justice with any given context, even the context that ended a particular injustice for women and the silence surrounding a claim unspeakable within a particular tradition. (Cornell 1999:112)

Wat Cornell se werk sentraal tot die kommer aangaande die afwesige gees verbind, is dat sy glo dat “[h]earts starve as well as bodies” (xv). Van vroeg af het sy geglo dat feminisme haarself moet bemoei met die vraag aangaande hoe om die vrou se plek in die wêreld te verander (xv). Maar soos sy tereg vra: Wat behels dit om die wêreld te verander? (xv). Alhoewel dit definitief ’n verandering in vroue se materiële omstandighede moet behels – byvoorbeeld hoe basiese goedere en lewensbronne herverdeel moet word, of hoe vroue se liggaamlike sekuriteit beskerm moet word – behels dit ook veel meer. In ’n tyd waarin vroueregte, sosiologiese en veral empiriese benaderings in volle swang is, waar vroue se belange sentraal gemaak word deur internasionale, regionale en plaaslike konvensies en ooreenkomste en waar vroue oor en oor getel en gemeet word – benaderings wat in navolging van Constable en Nietzsche al hoe verder beweeg van die ideële ten koste van geregtigheid wat ons insiens verbind is aan die afwesige gees – is Cornell se soeke na ’n feminisme, geïnspireer deur idealisme, van groot belang. Psigoanalitiese teorie is byvoorbeeld van betekenis vir etiese feminisme.

By centering attention on the form of the free person, we are confronted with what psychoanalytic theory has called psychic laws, the law of how human beings are enculturated. (Cornell 1999:xvi)

Cornell volg egter nie die werk van Lacan blindelings nie en breek weg van sy stelling dat die vroulike nie op enige wyse uitgebeeld kan word nie. Die uitbeelding van vroue kan baie vorme aanneem, en ons moet bedag daarop wees om nie die “vrou” in enige vaste betekenis te omvat nie. Ons kan egter by wyse van mite, fabel en allegorie aanhou streef om vroulike seksuele verskil te bevestig sonder om terug te val op geïkoneerde stereotipes.

Om weer by Constable aan te sluit, is ons oproep dus vir ondersoek na wat vroue behoort te wees en behoort te word (“become”). Dit beteken nie dat feministe nie moet aanhou om inligting aangaande vroue se lewens in te samel nie, maar wel dat ons die etiese beperking van hierdie pogings erken en ook daarna streef om die moeilike, konseptuele en minder seker werk aangaande vroue te doen. Dit is weliswaar nie net van toepassing op feministe se omgang met die reg nie, maar ook waar vir ons algemene benadering tot die reg. Een van die skrywers het byvoorbeeld in ’n ander konteks gevra vir ’n weiering (“refusal”) van ’n omgang met die reg wat beperkend en uitsluitend is van ander stemme en ander ervarings (Van Marle 2007:194-206). Die oproep is onder andere om nie empiriese gegewens op ’n positivistiese wyse as die enigste waarheid te aanvaar nie.

[S]ociological knowledge as the truth about law ... Sociology – whether as science or as interpretation, as law or as philosophy – speaks the truth of positive law in the language of belief and appearance, the language of “legitimacy”, “values”, “norms”, “distribution”, and “policy” – from which justice and the “true” world disappear. (Constable 1994:588)

Aan die einde van die 1994-artikel vra Constable watter wêreld bly agter? (1994:588). Die gevaar vir die reg is vir

[T]he law of sociology ... to become absolute command. ... Sociological law threatens to be the consummation of Nietzsche’s history of metaphysics: the permanent transfiguring or becoming of absolute subjectivity. (Constable 1994: 590)

Sy eindig egter deur te verwys na die moontlikheid om wel iets anders te hoor as dit wat die sosiologie aan ons openbaar (1994:590). Dit is hierdie moontlikheid van om iets anders te hoor en in ag te neem waarvoor die postapartheid-reg oopgestel moet word.

Ons verwys graag na 'n kort opstel deur Michel Foucault (2007), in reaksie op 'n boek deur Jean Daniel (*The Era of Ruptures* 1979). Foucault besin oor kwessies aangaande linkse politieke bewegings, identiteit en politiek. Hy let op hoe Daniel 'n vraag wat linkse bewegings vir lank besig gehou het – naamlik, “ons bestaan, maar wie is ons?” – herformuleer deur die vrae te opper, “wat behoort ons te wees?” en “wat moes ons doen?” (Foucault 1997:126). Hierdie soeke na 'n kritiese afstand en refleksie is van belang vir postapartheid-regsdenke. Foucault se steun op Merleau-Ponty, waarin hy aanvoer dat 'n mens nooit moet instem om gemaklik te wees met jou sekerhede nie, is van belang:

Never consent to be completely comfortable with your own certainties. ... One must clearly feel that everything perceived is only evident when surrounded by a familiar and poorly known horizon, that each certitude is only sure because of the support offered by unexplored ground. The most fragile instant has roots. There is here a whole ethics of tireless evidence that does not exclude a rigorous economy of the True and the False; but is not reduced to it either. (Foucault 1997:127)

Foucault verwoord hierdie siening as 'n soeke na 'n etiek van ongemak – “for an ethics of discomfort”. Regsdenke kan ook ondersoek word deur te kyk na die spanning tussen gemak/sekerheid/bepaalbaarheid en ongemak/dit wat onseker/onbepaalbaar is. Plato se storie aangaande die gevangenes in die grot is alombekend as 'n storie oor die vermoë om te kan sien. Die gevangenes in die grot kan slegs die objekte voor hulle en die skadu's op die muur van die grot sien as gevolg van die vuur wat buite die grot brand. Plato wil graag die gevangenes bevry sodat hulle gedwing word om die vuur en die lig van die son, die waarheid van die ideale wêreld, te konfronteer. Panu Minkinen merk op dat ons in gedagte moet hou dat die gevangenes wel kan sien, en dat die probleem nie lê by hul vermoë om te kan sien nie, maar met die rigting waarin hulle kyk (1989:185). In plaas daarvan dat hulle na die ewige en die goddelike kyk, na die lig van die son, kyk hulle na die skaduwees en onbelangrike objekte in die grot (p.185). Minkinen verwys na die Russiese filosoof, Léon Chestnov, se opmerking dat Plato inderdaad oor twee verskillende filosofieë praat – optimale filosofie en filosofie gemoeid met die soeke na waarheid. Eersgenoemde is daarop gerig om 'n waarheid wat reeds vasgepen is, bloot te lê, waar laasgenoemde nie op wetenskap of 'n reeds blootgelegde waarheid gefokus is nie – “true philosophy is always the preparation for death” (p.185). Plato kies sonder om te twyfel optimale filosofie. Minkinen verwys na Chestnov se bevraagtekening van hierdie keuse: Wat is die regverdiging vir die keuse vir 'n nuttige optimale filosofie eerder as 'n soeke na die waarheid? Chestnov interpreteer die grotbewoner as die regsgeleerde, wat hy onderskei van die filosoof as gevolg van die grotbewoner se onwilligheid om sy oë na die lig te draai. Minkinen identifiseer drie figure uit die grotstorie: die regsgeleerde wat toegee vir 'n donker wêreld; die optimale filosoof wat die regsgeleerde wil dwing om die lig te sien en die ware filosoof wat gemoeid is met die dood (p.186). Hy voer aan dat die verhouding tussen die reg en filosofie as een tussen die regsgeleerde en die optimale filosoof beskryf kan word: “philosophy facilitates law by providing it with the required theoretical and conceptual tools with which it can reach out towards the light” (p.186). Maar soos Minkinen opmerk, laat dit die soeke na die waarheid agterweë. 'n Mens sou kon aanvoer dat die spanning tussen ware en optimale filosofie te bespeur is in akademiese diskoers aangaande postapartheid-regsbenederings (Van Marle 2010:628). In vele gevalle kan (minstens) twee lyne geïdentifiseer word, waarvan die een lyn nader is aan 'n optimale filosofiese posisie, wat op soek is na vinnige en onmiddellike funksionalistiese oplossing, en die ander 'n stadiger besinning, aandag aan spesifiekhede en aanhoudende problematisering onderskryf. Eersgenoemde benadering sal 'n spesifieke uitkoms

bied, in byvoorbeeld die vorm van 'n nuwe definisie of formule of sekere stappe wat gevolg kan word. Die ander lyn van denke sal 'n meer beskeie benadering bied en die kompleksiteit van dinge erken. Paul Cilliers (2005:255) merk op dat beskeie posisies dikwels as swak beskou word, maar neem standpunt in teen hierdie beskouing. In teenstelling met diegene wat beskeie posisies as swak beskou, argumenteer hy juis vir beskeie posisies (2005:256). Volgens Cilliers is beskeie posisies nie swak nie, maar verantwoordelik. Die onvermoë om kompleksiteit raak te sien, is volgens hom nie bloot 'n tegniese fout nie, maar 'n etiese een (p.256). Soos Cornell, steun Cilliers ook op die onmoontlikheid vir kennis om enige gegewe volledig te omvat en te ken (p.263). Die beperking van kennis staan in die teken van kompleksiteit en soos bo is die insig in hierdie beperking eties van aard.

Een van die skrywers het voorheen geargumenteer vir 'n benadering tot die reg wat gebaseer is op "slowness", op 'n stadige ritme wat meer attent kan wees op konteks, pluraliteit en uiteindelik kompleksiteit (Van Marle 2003:245). So 'n benadering kan onderskei word van formalistiese regsbenaderings, waar die algemeenheid en universaliteit van die reg vinnige maar onnadenkende gevolge teweeg kan bring wat kompleksiteit ontken. Na aanleiding van die ondersteuning van 'n benadering van "slowness", word daar onderskei tussen twee benaderings rakende taal en nagedagtenis (2003:245). Die een benadering, deur bewus te wees van kompleksiteit, erken die veelvuldigheid van betekenis en beskou die verlede as altyd oop vir nuwe interpretasie. Die ander benadering steun op 'n eenduidige verstaan van die verlede en wil daardeur die verlede verhef tot die monumentale eerder as iets wat in die teken van 'n kreatiewe nagedagtenis staan. Hierdie onderskeid is ook te sien in hoe die reg en spesifiek grondwetlike reg met die verlede omgaan en watter rol die grondwet vervul. Volgens een benadering staan die grondwet in die teken van die monumentale wat op selfversekerde wyse oplossings aankondig. Die verstaan van die grondwet as nagedagtenis ("memorial") is meer beskeie, poog nie om kompleksiteit te ontken nie en staan eties verantwoordelik teenoor veral dit wat uitgesluit word en nie gehoor word nie (Van Marle 2006:34). Hierdie onderskeid moet egter ook geproblematiseer word en die aanhoudende skuif tussen die twee moet erken word (Van Marle 2008:125-146).

'n Opvatting van grondwetlikheid wat in 'n 1998-artikel deur die Amerikaanse kritiese regsgeleerde, Karl Klare, geformuleer is, naamlik transformatiewe grondwetlikheid, is deur vele Suid-Afrikaanse regsgeleerdes opgeneem, geïnterpreteer en toegepas (Moseneke 2002:309; Van der Walt 2006:1; Langa 2006:351). Dit is interessant om op die verskeie reaksies en toepassings van transformatiewe grondwetlikheid te let. Weer eens kan minstens twee reaksies geïdentifiseer word, waarvan die een nader aan die optimale of nuttigheidsfilosofie staan, wat 'n mens met 'n monumentale grondwetlikheid sou kon verbind en die ander meer in die teken van "slowness", kompleksiteit en 'n aanhoudende transformasie staan. Laasgenoemde benadering besef ook die problematiek van Klare se projek, wat vra vir grootskaalse sosio-politieke veranderinge deur die reg, deur juis die beperking van die reg om enige politieke projek te huisves uit te lig (Van Marle 2003:549; Christodoulidis 1998:227-233). Regsgeleerdes wat die beperkinge van die reg besef en nog steeds die projek van grondwetlike transformasie ondersteun, staan in die teken van kompleksiteit en speel as 't ware met albei hande. Die verskeie benaderings tot gelykheid kan ook verbind word aan onder andere hierdie twee benaderings tot transformatiewe grondwetlikheid, en die onderskeid hierbo getref tussen optimale filosofie se soeke na sekerheid en 'n filosofiese soeke na waarheid. Die een lyn van benaderings is geïnteresseerd in spesifieke konkrete uitkomst (Albertyn & Goldblath 1998:248), die ander is gemoeid met die idee van komplekse gelykheid (Botha 2006) of selfs 'n ongelykheid wat spook (Van Marle 2008:124-146).

Ons het hierbo verwys na die benadering van weiering/"refusal" as 'n moontlike reaksie op 'n regsbenadering, waarin die gees dit wat anders is as die funksionalisme/ eenduidigheid van die

reg, uitgesluit word. Weiering in dié verband beteken geensins 'n onbetrokkenheid nie, maar wel 'n manier om nie te sê vir 'n sekere omgaan met die reg. Weiering kan ook in verband gebring word met “slowness”, met 'n benadering wat vra om refleksie teenoor die soeke na 'n kitsoplossing. Goeie voorbeelde van weiering/”refusal” is Adriana Cavarero (1995) se hervertel van bekende mites. Cavarero se Penelope, wat wag op die terugkeer van haar eggenoot terwyl sy na die slawekwartier verban is deur haar seun, is geensins vasgevang in 'n manlike wêreld nie. Deur die proses van weef en ontrafel weier sy om opgeneem te word in daardie wêreld en skep sy haar eie stadige ritme (Cavarero 1995:14; Van Marle 2007:195). 'n Ander figuur wat Cavarero herinterpreteer, is die slavin van Thrace, wat vir die filosoof Thales gelag het toe hy in 'n put geval het. Waar Plato haar reaksie as tekenend van onkunde beskou, kan haar gelag as weer eens 'n weiering om opgeneem te word in die wêreld van abstrakte denke beskou word. Cavarero wil onder andere deur die hervertel van hierdie stories die skeiding tussen die liggaam en die siel problematiseer: “Penelope tangles and holds together what philosophy wants to separate. She brings back the act of thinking to a life marked by birth and death” (Cavarero 1995:29). Haar reaksie op die slavin van Thrace is as volg:

I am not sure that she was a servant or that she came from Thrace, but some women laughed at the philosophers. A quick smile can often be seen on the faces of women as they observe the self-absorption of brainy intellectual men. Philosophers have put this down to biased ignorance, not realizing that it is the expression of a kind of detachment that locates the roots and meaning of female existence elsewhere. (1995:50)

Die gedagte van weiering en Cavarero se poging om liggaam en siel te verweef kan verbind word met Patricia Williams se formulering van 'n “jurisprudence of generosity” (Williams 1991:10). Williams stel sodanige benadering voor as 'n reaksie op die gaping tussen abstrakte regsreëls en sosiale transformasie. So 'n benadering is nie net gemoeid met die afwesigheid van die gees in formalistiese regsdenke nie, maar onderskryf 'n wyer en oper benadering tot regsinterpretasie en staan sodoende gasvry teenoor onvoorspelbare en onverwagte gebeure; dit weier gegewe en geykte maniere van doen (Van Marle 2007:195).

5. SLOT

Ter afsluiting maak ons graag enkele opmerkings aangaande die belang van oordeel – goeie oordeel is waarskynlik vir die meeste dissiplines en lewensomstandighede van waarde, maar van spesifieke belang vir regsgeleerdes en regsdenke. Hannah Arendt het in twee vroeë werke (*The human condition* (1958) en *On revolution* (1968)) die nodigheid van denke vir aksie/optrede beklemtoon. Later in haar lewe het sy haar bemoei met die vraag aangaande die verhouding tussen filosofie en politiek en het sy haar aanvanklike blik verskuif na wat denke, wilsbeoefening en oordeel behels (Young Bruehl 2006:160). In die projek waarmee sy besig was voor haar ontydige sterfte, het Arendt Immanuel Kant se werk aangaande oordeel onder oë geneem. Sy het in dié tyd haar jarelange vriendskap met Karl Jaspers voortgesit en veral gefokus op sy omgaan met filosofe wat buite hul tradisies vrye denkers was en sodoende nuwe moontlikhede vir menslike optrede en verhoudings in 'n gedeelde wêreld, 'n kosmopolis, verbeel het (2006:163-164). Vir Arendt is oordeel altyd beoefen in verhouding met ander mense: “visiting others – physically or in your mind – consulting them, seeing things from their point of view, exchanging opinions with them, persuading them, wooing their consent” (p.165). In navolging van Kant moes oordeel vir Arendt die pluraliteit van moontlike sienings weerspieël. Soos Young Bruehl opmerk, was oordeel vir

Arendt die manier waarop 'n mens 'n wêreldburger word. Hoe meer blootstelling aan en ondervinding van pluraliteit en hoe meer perspektiewe in ag geneem sou kon word, hoe beter verteenwoordigend sal die oordeel wees (p.166). Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat hierdie manier van oordeel slegs moontlik is in die verbeelding. Estetiese/reflektiewe oordeel kan nie gaan oor die navolging van spesifieke reëls nie, maar moet gesien word as 'n eksperiment in die verbeelding waarvan die drie belangrikste eienskappe onpartydigheid, neutraliteit en die vermoë om te kommunikeer is. 'n Mens moet jou as 't ware wegruk ("recoil") van die wêreld, soos Young Bruehl in navolging van Kant dit stel, ter bevestiging van "the existence of something that does not entail wanting or needing to use it or to control it or dominate it" (p.169). Hierdie siening van reflektiewe oordeel is 'n vereiste ten einde in 'n gedeelde wêreld te leef en vir die vermoë om goed te leef.

Hierdie siening van oordeel sluit aan by en bou voort op die postapartheid-benaderings (hierbo bespreek), wat poog om verder te gaan as die blote toepassing van reëls of die steun op rasonale en empiriese waarneming. Deur die verbeelding in te span, word die moontlikheid geskep vir die gees om sagkens 'n gaping te neem en sodoende 'n belangrike invloed uit te oefen in die wêreld van gewaande regsekerheid. Anthony Kronman merk die volgende op:

To achieve competence in the practice of law one must, of course, master a considerable body of doctrine and be familiar with the distinctive forms of argument the law employs. The truly distinguished lawyer, however, the one who is recognized by his or her peers in the profession as an exemplary practitioner and whose work is marked by subtlety and imagination, possesses more than mere doctrinal knowledge and argumentative skill. What sets such a lawyer apart and makes him a model for the profession as a whole is not how much law he [or she] knows or how cleverly he [or she] speaks, but how wisely he [or she] makes the judgments that his [or her] professional task requires. When one lawyer wishes to praise the work of another, the compliment he is most likely to pay him is to say that he is a person of sound judgment. Nothing counts more among practicing lawyers than this. (Kronman 1987:861-862)

Die "gees" is nie by óf 'n suiwer abstrakte/ideële posisie óf 'n totale omgang met materiële/empiriese gegewe tuis nie, maar speel 'n tussen-in/liminale rol en neem 'n sodanige (non)plek in. Die spanning tussen die abstrakte en gegewe is juis dit wat die werking van die "gees"/denke/verbeelding kan vervul. Hierdie liminale plek begeester die stadige ritme van weef en ontrafel wat iets soos 'n "jurisprudence of generosity" kan ontsluit.

BIBLIOGRAFIE

- Albertyn, C & Goldblath, B. 1998. Facing the challenges of transformation: difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality. *SA Journal on Human Rights*, 14:248-275.
- Arendt, H. 1958. *The human condition*. Chicago, IL: The University of Chicago Press.
- Arent, H. 1968. *On revolution*. London: Penguin.
- Benforado, A. 2010. The body of the mind: embodied cognition, law, and justice. *Saint Louis University Law Journal*, (54):1-32.
- Botha, H. 2006. *Post-apartheid fragments: law, politics & critique*, edited by W. Le Roux & K. Van Marle, pp.148-176.
- Carman, T. 1999. The body in Husserl and Merleau-Ponty. *Philosophical topics*, (27)2:205-226.
- Cavarero, A. 1995. *In spite of Plato: a feminist rewriting of ancient philosophy*. Cambridge: Polity Press.
- Cohen, F. 1935. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, (35):809.
- Constable, M. 1994. Nietzsche, nihilism, and the social scientification of law. *Law & Social Inquiry*, (19):551-590.

- Cornell, D. [1991]1999. *Beyond accommodation*. New York: Routledge.
- Cottingham, J. 2006. The mind-body relation, in *The Blackwell Guide to Descartes' Meditations*, edited by S. Gaukroger, Oxford: Blackwell Publishing.
- Davies, M. & Naffine, N. 2001. Are persons property? *Legal debates about property and personality*. Ashgate: Aldershot.
- De Beer, C.S. 1988. *Navorsingsbulletin: Tydskrif vir die SAPGN (RGN)*, 18(3):1-12.
- Denno, D.W. 2002. Crime and consciousness: science and involuntary acts. *Minnesota Law Review*, 87:269-399.
- Descartes, R. 2003. *Discourse on method and meditations*. (Haldane, E.S. & Ross, G.R.T., transl). New York: Dover publications.
- Foucault, M. 1997. *The politics of truth*. Los Angeles, CA: Semiotext(e).
- Goodenough, O.R. 2001. Mapping cortical areas associated with legal reasoning and moral intuition. *Jurimetrics Journal*, 41:429-442.
- Greene, J. & Cohen, J. 2004. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical transactions of the Royal Society of London*, (359):1775-1785.
- Hosten, W.J; Edwards, A.B, Bosman, F. & Church, J. 1998. *Introduction to South African law and legal theory*. Durban: Butterworths.
- Kronman, A. 1987. Living in the law. *The University of Chicago Law Review* 54(3): 835-876.
- Kruger, D. 1979. *An introduction to phenomenological psychology*. Cape Town: Juta.
- Lakoff, G. 1987. *Women, fire, and dangerous things: what categories reveal about the mind*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Lakoff, G. & Johnson, M. 1980. *Metaphors we live by*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Lakoff, G. & Johnson, M. 1999. *Philosophy in the flesh: the embodied mind and its challenge to Western thought*. New York: Basic Books.
- Lakoff, G. & Nuñez, R. 2001. *Where mathematics comes from: how the embodied mind brings mathematics into being*. New York: Basic Books.
- Lakoff, G. & Turner, M. 1989. *More than cool reason: a field guide to poetic metaphor*. Chicago: University of Chicago Press.
- Langa, P. 2006. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, 3:351-360.
- Liber, B, Freeman, A. & Sutherland, K. (eds). 2000. *The volitional brain: towards a neuroscience of free will*. Imprint Academic: Thorverton.
- Minda, G. 1995. *Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end*. New York: New York University Press.
- Minkinen, P. 1999. Thinking without desire. *A first philosophy of law*. Oxford:Hart Publishing.
- Moseneke, D. 2002. The fourth Bram Fischer memorial lecture: transformative adjudication. *SA Journal on Human Rights*, 18(3):309-319.
- Nietzsche, F. 1968. *Twilight of the idols*. London: Penguin.
- Pardo, M.S & Patterson, D. 2010. *Philosophical foundations of law and neuroscience*. European University Institute: San Domenico di Fiesole.
- Purdy, L.M . 1990. Are pregnant women fetal containers? *Bioethics*, 4(4):273-291.
- Schank P.C. 1992. Understanding postmodern thought and its implications for statutory interpretation. *California Law Review*, (65):2541-2572.
- Schlag, P. 1991. The problem of the subject. *Texas Law Review*, (69):1627-1743.
- Slabbert, M.N. 2006. Genes 'R' us: A critique of genetic essentialism. *Stellenbosch Law Review*, 17(2): 251-266.
- Slabbert, M.N. 2007. Human bodies in law: arbitrary, discursive constructions? *Stellenbosch Law Review*, 19(1):71-100.
- Snyman C. 1986. *Strafreg* (Tweede uitgawe), Kaapstad: Butterworths.
- Tranel, D. 1994. Acquired sociopathy: The development of sociopathic behaviour following focal brain damage. *Progress in Experimental Personality Psychopathology Research*, 17:285-331.
- Van der Walt, AJ. 2006. Legal history, legal culture and transformation in a constitutional democracy. *Fundamina*, 12:1-47.
- Van der Walt, J.C & Midgley, J.R. 1997. *Delict: principles and cases* (second edition). Durban: Butterworths.
- Van Marle, K. 2003. Law's time, particularity and slowness. *SA Journal on Human Rights*, 19(2): 239-255.

- Van Marle, K. 2004. Lives of action, thinking and revolt: a feminist call for politics and becoming in post-apartheid South Africa . *SA Publiekreg/Public Law*, 19(3): 605-628.
- Van Marle, K. 2007. Laughter, refusal, friendship: thoughts on a 'jurisprudence of generosity'. *Stellenbosch Law Review*, 18(1):194-206.
- Van Marle, K. 2008. *Rethinking equality projects in law: feminist perspectives*. Edited by R. Hunter, London: Hart, pp. 125-146.
- Van Marle, K. 2010. Jurisprudence, friendship and the university as a heterogeneous public sphere. *SA Law Journal*, 127(4): 628-645.
- Winter, S.L. 2001. *A clearing in the forest: law, life and mind*. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Young-Bruehl, E. 2006. *Why Arendt matters*. New Haven: Yale University Press.