

## Hoofstuk 1

### INLEIDING

... dit is met ander woorde nie bloot toevallig dat die Suid-Afrikaanse reg op hierdie wyse by die kulturele politiek van moderniteit betrek sou word nie.<sup>1</sup>

#### 1 Liberalisme en republikanisme in debat

Toe dit aan die begin van die 1990's duidelik geword het dat die oorgang na 'n post-apartheid Suid-Afrika nie meer uitgestel kon word nie, was die eerste reaksie van 'n aantal prominente Suid-Afrikaanse regsgeleerdes om die herstel van wetenskaplikheid in die Suid-Afrikaanse reg te bepleit.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Die teks wat formeel vir eksaminering ingehandig is begin met hierdie sin. Daar is duidelik ook ander tekste, of ten minste verdere weergawes van hierdie teks ter sprake. Waar die begin werklik lê en of daar premisse vir 'n argument bestaan is onseker.

Ek aanvaar nietemin ter wille van die numering van opskrifte en voetnote, en sonder verdere ondersoek, hierdie plek as die begin van die teks. Dit is grootliks 'n arbitrêre redaksionele besluit wat bepaal is deur die bestaande konvensies rakende die noodsaaklikheid van ordendende opskrifte en die omvattende gebruik van voetnote vir 'n aanvaarbare doktorsale proefskrif. Ter wille van die goeie akademiese en institusionele orde word die vraag tot welke mate die konvensionele styl van hierdie teks die inhoud daarvan ondermyn gevolglik ook nie verder ondersoek nie.

<sup>2</sup> 'n Goeie voorbeeld is die siening van Christa van Wyk "The task facing South African law in the 21st century, with particular emphasis on the resilience of our Roman law heritage" 1993 *Codicillus* 45 wat aanvanklik simpatiek gestaan het teenoor die gedagte dat 'n handves van regte nie in Suid-Afrika nodig is nie maar dat die liberale gees van die Romeins-Hollandse reg eerder herstel moet word. Die politieke besmetting van die privaatreë was hiervolgens tot enkele stukke apartheidswetgewing beperk. Vir die toekoms het Van Wyk die logiese ontwikkeling van die grondliggende beginsels van die Romeins-Hollandse reg, eerder as 'n verknogtheid aan die spesifieke reëls van die gemene reg, voorgestel. "This approach" beweer sy "ties in with the notion that any legal system that has attained a reasonable degree of maturity, contains *in gremio sua* a solution to any legal problem. Jurists need only make deductions from principles and rules already existing, thereby bringing to light the full inherent content of the legal system and supplementing the hitherto defective formulations of its principles and rules" (53).

Dit was in die lig van hierdie beroepe op regswetenskaplikheid nie verrassend dat Thomas, Van der Merwe en Stoop *Historiese Grondslae van die Suid-Afrikaanse Privaatreë* (1998, 2000) volhard met die siening dat die grootsheid en hoogtepunt van die resepsiegeskiedenis van die Romeinsereg in die vestiging van 'n volwaardige regswetenskap in Europa te vinde is nie. In hierdie resepsiegeskiedenis word die Suid-Afrikaanse reg steeds voorgedhou as 'n eksponent van die Europese wetenskaplike ideaal. Die formalistiese siening van die reg wat hierdie soort regsgeskiedenis onderlê blyk duidelik wanneer die Europese regswetenskap omskryf word as "die daarstelling van 'n samehangende stel algemene beginsels en basiese begrippe vanwaar, by wyse van afleiding, oplossings vir individuele gevalle gevind kon word" (64). Hierdie benadering tot die Suid-Afrikaanse

Die model van regs wetenskaplikheid waarop hierdie geleerdes hulle beroep het, is in wese die negentiende-eeuse liberale pandektistiese privaatreë.<sup>3</sup> Die pandektiste het 'n visie van die reg verwoord waarvolgens alle regs vrae op 'n formeel rasionele wyse beslis kon word deur die logiese verwantskappe tussen regskonsepte na te speur en op nuwe probleemgevalle toe te pas. Volgens hierdie visie van regs wetenskaplikheid het die privaatreë tot so 'n vlak van verfyning ontwikkel dat die interne logiese struktuur daarvan op wetenskaplike wyse toegepas kon word sonder enige verwysings na sosio-ekonomiese en politieke oorwegings. Dit was juis dié visie van 'n politieke- outonome privaatreë wat sommige Suid-Afrikaanse regsgeleerdes ná die val van apartheid aantreklik gevind het. Gekonfronteer met onvoorspelbare nuwe politieke eise is 'n beroep op Suid-Afrikaanse juriste gedoen om te keer dat die objektiewe Suid-Afrikaanse privaatreëtelike regs wetenskap nie deur irrasionele of partypolitieke oorwegings en eise ontwortel word nie.

Aanvanklik het hierdie beroep op regs wetenskaplikheid gepaard gegaan met 'n volskaalse verwerping van menseregte as 'n onwetenskaplike politieke ideologie.<sup>4</sup> Selfs waar menseregte as 'n integrale element van die nuwe orde aanvaar is, is bepleit dat die aanwending daarvan tot die publiekreg beperk moes word. Die regs wetenskaplikheid van die privaatreë (waarvan die toepassing rasioneel formaliseerbaar was) moes ten alle koste beskerm word teen die "onchristelike" en "politieke manipuleerbare" irrasionalisme van menseregte (waarvan die toepassing nie formaliseerbaar was nie).<sup>5</sup>

---

regsgeskiedenis word verder bespreek en gekritiseer in Wessel le Roux "The de-Romanisation of legal history courses at South African universities" 2000 *Fundamina* 129.

<sup>3</sup> Die pandektistiese basis van die Suid-Afrikaanse privaatreë word bespreek deur André van der Walt "Tradition on trial: a critical analysis of the civil-law tradition in South African property law" 1995 *SAJHR* 169-206.

<sup>4</sup> PJ Visser "A successful constitutional invasion of private law" 1995 *THRHR* 745 maak groot gewag van die kontras tussen die ou Romeins-Hollandse privaatreë op weg na wetenskaplike volmaaktheid, en die nuwe "pseudo-wetenskaplikheid" van waarde-belaaië konstitusionele interpretasie (747). Waar eersgenoemde gekenmerk word deur logiese konsekwentheid, word laasgenoemde volgens hom oorheers deur arbitrêre politieke keuses. Visser bepleit daarom dat laasgenoemde nie binne die objektiewe wetenskap van die privaatreë toegelaat moet word nie. Waar dit noodwendig wel begin gebeur het, verwys Visser afwysend daarna as "'n konstitusionele inval van die privaatreë" (749).

<sup>5</sup> Johan Potgieter "The role of law in a period of transition: the need for objectivity" 1991 *THRHR* 800 was een van die eerste om te argumenteer dat die wetenskaplike objektiwiteit van die privaatreë duidelik onderskei moet word van die subjektiewe toevallighede van politieke ideologieë, insluitende die diskoers van menseregte. Volgens Potgieter moes post-apartheid regsgeleerdes die onafhanklike meesters bly van

Die spesifieke vorm wat die oproep tot regswetenskaplikheid aan die begin van die 1990's aangeneem het, is nou slegs van historiese belang.<sup>6</sup> Die horisontale werking van die Handves van Menseregte maak die klassieke onderskeid tussen die private en die publieke, waarop die regwetenskaplikes aanvanklik nog gesteun het, onhoudbaar. In die lig van hierdie ontwikkeling kon regswetenskaplikes nie met erns voortgaan om daarop aan te dring dat die toepassing van die privaatreë duidelik van die toepassing van menseregte geskei moes word nie. Die positiewe konstitusionele reg het 'n verandering van taktiek vereis.

Indien die menseregtediskoers nie suksesvol uit die privaatreë geweë kon word, soos aanvanklik gehoop is nie, moes dit deur die privaatreëtelike denkraamwerk geneutraliseer word. Waar die indruk aanvanklik deur die regswetenskaplikes geskep is dat die toepassing van menseregte noodwendig aan irrasionele politieke manipulasie uitgeleë is, het die gedagte nou begin posvat dat die toepassing van menseregte tog geformaliseer kon word. Die menseregte wat in die Grondwet vervat is moes bloot op dieselfde konseptuele basis benader word as die leerstuk van subjektiewe regte in die pandektistiese regswetenskap. Hierdie gedagte het onmiddellik inslag gevind onder Suid-Afrikaanse regsgeleerdes. Die privatisering van die menseregtediskoers of die ontwikkeling van 'n regsformalistiese konstitusionalisme was spoedig op die tafel van Suid-Afrikaanse regters<sup>7</sup> en

---

hulle eie vakwetenskap en hulle van politiekery weerhou. So sou verseker kon word dat geregtigheid geskoei word op die lees van die reg se inherente regswetenskaplike logika, en nie op die "irrasionele" en "onchristelike" gedagte van menseregte nie (807).

<sup>6</sup> Die omstrede uitspraak in *Du Plessis v De Klerk* 1996 (3) SA 850 (KH) het met betrekking tot die tussentydse Grondwet beslis dat die lys van Fundamentele Regte ook indirekte horisontale werking het. Toe die Grondwet in 1996 aangeneem is het art 8(2) dit bo twyfel gestel dat die regte in die Handves van Regte ook op natuurlike en regspersone van toepassing is, en art 8(3) dat die privaatreë toegepas en ontwikkel moet word ten einde aan die regte in die menseregtehandves uitdrukking te gee. Sien hieroor Johan van der Walt "Perspectives on horizontal application: *Du Plessis v De Klerk* revisited" 1997 *SAPL PR* 1, en "Progressive indirect horizontal application of the Bill of Rights: towards a co-operative relation between common-law and constitutional jurisprudence" 2001 *SAJHR* 341.

<sup>7</sup> Henk Botha en André van der Walt "Coming to grips with the new constitutional order: critical comments on *Harksen v Lane NO*" 1998 *SAPL PR* 17 toon aan hoe die oorbekende privaatreëtelike metodologie vroeg reeds onder die regters van die Konstitusionele Hof inslag gevind het. Karl Klare "Legal culture and transformative constitutionalism" 1998 *SAJHR* 146 betreur eweneens die huiwering van Suid-Afrikaanse regters om die politieke rol te aanvaar wat die nuwe Grondwet aan hulle toeskryf (187).

akademici.<sup>8</sup>

Die ywerige pogings om die toepassing van Grondwet aan die eise van liberale privaatregtelike regswetenskaplikheid te onderwerp, het inmiddels 'n hewige reaksie uitgelok. Skrywers soos André van der Walt,<sup>9</sup> Henk Botha,<sup>10</sup> Karl Klare,<sup>11</sup> en Frank Michelman<sup>12</sup> het begin om die spanning tussen die Grondwet se transformatiewe aspirasies en die interne dinamiek van liberale privaatregtelike regswetenskap te beklemtoon. In 'n aantal kritiese ondersoeke na die opkoms van die pandektistiese regswetenskap is die konseptuele (of formalistiese) en subjektivistiese (of privatistiese) benadering tot regte as die ideologiese regverdiging vir die klassieke liberale sosiale en politieke orde ontmasker.<sup>13</sup> Met verwysing na die Amerikaanse ervaring is beklemtoon dat die Realiste reeds aan die begin van die twintigste eeu aangetoon het dat 'n konseptuele en privatistiese of liberale benadering tot regte, soos dit in daardie konteks deur Hohfeld en Langdell voorgestaan is, nie meer ná die opkoms van die programmatiese welvaartaat stand kon hou nie.<sup>14</sup> Die rekonstruktiewe eise

---

<sup>8</sup> Vir 'n algemene oorsig van hierdie tendens sien André van der Walt "Un-doing things with words: the colonization of the public sphere by private property discourse" in Bradfield en Van der Merwe (reds) "Meaning" in *Legal Interpretation* (1998) 235.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Henk Botha "Privatism, authoritarianism and the constitution: the case of Neethling and Potgieter" 1995 *THRHR* 496.

<sup>11</sup> Karl Klare "Legal culture and transformative constitutionalism" 1998 *SAJHR* 146.

<sup>12</sup> Frank Michelman "The constitution, social rights and reason: a tribute to Etienne Mureinik" 1998 *SAJHR* 499.

<sup>13</sup> Dit is nie nodig om hierdie kritiese geskiedenis hier in detail te rekonstrueer nie. Raadpleeg hiervoor Johan van der Walt "Skerwe uit 'die' *Gesichte* van die leerstuk van subjektiewe regte" 1996 *TSAR* 521 en 626.

<sup>14</sup> Die ingrypende uitwerking wat die opkoms van die programmatiese welvaartaat op liberale regswetenskaplikheid gehad het word nêrens regsfilosofies meer treffend verwoord as deur die Amerikaanse Realiste nie. Die Amerikaanse Realiste het die klassieke regswetenskaplike ideaal, soos dit in Amerika deur Langdell geformuleer is, verwerp. Volgens die Realiste het die noue verband tussen die regswetenskap en klassieke liberalisme die sosiale transformasie van die Amerikaanse samelewing in die 1920's en 1930's ernstig belemmer. Die Realiste se beroep op 'n suiwer instrumentele of funksionele benadering tot die reg, in teenstelling tot die suiwer konseptuele benadering van die negentiende regswetenskaplikes, maak duidelik tot welke mate Weber se regswetenskap reeds aan die begin van die twintigste eeu deur die opkoms van die programmatiese welvaartaat in krisis gedompel is. Die kontras tussen 'n konseptuele benadering tot die reg en 'n funksionele benadering word op duidelik geïllustreer

wat konstant gedurende die twintigste eeu aan die Westerse staat gestel is, het regs wetenskaplike regulering eenvoudig onmoontlik gemaak.<sup>15</sup> Hierdie feit het soveel te meer in die transformasieperiode ná die val van apartheid in Suid-Afrika gegeld. Byvoorbeeld: In verskeie deeglike studies oor die krisis binne die Suid-Afrikaanse grondreg is aangetoon hoe die liberale regs wetenskap die transformasie van die Suid-Afrikaanse sosiale orde belemmer het.<sup>16</sup> Kortom: Die transformasie van die Suid-Afrikaanse samelewing het vereis dat noudeset gewaak word teen die kolonialisering van die gedagte van menseregte en die nuutgewonne publieke sfeer deur uitgediende en reaksionêre liberaal-regswetenskaplike ideale.

In die lig van hierdie ingrypende kritiek kan nie meer met vrug gevra word hoe liberale regs wetenskaplikheid herwin en as basis van die nuwe Suid-Afrikaanse konstitusionele orde beskerm kan word nie. 'n Meer belowende lyn van ondersoek sou wees om vas te stel watter regs filosofiese alternatiewe daar in die loop van die twintigste eeu as alternatief vir die ideologie van liberale regs wetenskaplikheid ontwikkel is. Sekerlik die belangrikste van hierdie alternatiewe is die sogenaamde republikeinse siening van demokratiese politiek en konstitusionalisme.<sup>17</sup> Die onlangse herlewing van republikeinse politieke ideale word tereg deur Johan van der Walt beskryf as een van die belangrikste reaksies op die mislukking van negentiende eeuse liberale regs wetenskaplikheid.<sup>18</sup>

---

deur Felix Cohen "Transcendental nonsense and the functional approach" 1935 *Columbia Law Review* 809.

<sup>15</sup> Hierdie feit is reeds deur Max Weber, een van die groot kampvegters vir liberale regs wetenskaplikheid, gevrees. Volgens Weber sou die opkoms van die welvaartstaat die formele rasionaliteit van die reg vernietig en die regsorde uitlewer aan irrasionele en nie-formaliseerbare eise. Die gedagte dat die welvaartstaat die droom van liberale regs wetenskaplikheid onherroeplik in 'n krisis gedompel het word vandag algemeen aanvaar. Of die welvaartstaat daarmee ook 'n einde gebring het aan die formele rasionaliteit van die reg soos Weber beweer het, is minder seker. Volgens Jürgen Habermas "How is legitimacy possible on the basis of legality" in Sterling McMurrin (red) *The Tanner Lectures on Human Values: Vol VIII* (1988) 219 moet die aard van regs formalisme radikaal herdink word ten einde die volledige instrumentalisering van die reg te weerstaan.

<sup>16</sup> André van der Walt "Marginal notes on powerful(l) legends: critical perspectives on property theory" 1995 *THRHR* 396 en "Reflections on teaching property law in the future" 1993 *Stell LR* 88.

<sup>17</sup> Sien Frank Michelman "Forward: traces of self-government" 1986 *Harvard Law Review* 4 en "Law's Republic" 1988 *Yale Law Journal* 1943. Vir 'n oorsigtelike maar kritiese inleiding sien Stephen Feldman "Republican revival/interpretive turn" 1992 *Wisconsin Law Review* 679.

<sup>18</sup> Johan van der Walt "The critique of subjectivism and its implications for property law - towards a deconstructive republican theory of property" in Van Maanen en Van der Walt (reds) *Property Law on*

Die val van kommunisme in Europa het belangrike steun aan hierdie herlewing verleen. Dieselfde sou ook van die val van apartheid in Suid-Afrika gesê kon word. Skrywers uit verskillende agtergronde soos Etienne Mureinik,<sup>19</sup> Dennis Davis,<sup>20</sup> Henk Botha,<sup>21</sup> Karin van Marle<sup>22</sup> en Frank Michelman<sup>23</sup> het almal ná die val van apartheid aansluiting by die republikeinse alternatief gaan soek. Die dryfveer was om 'n alternatief vir apartheid te bedink wat nie eenvoudig terugval op klassieke liberale individualisme of Afrika kommunitarisme nie. In die proses het hierdie skrywers begin om 'n radikaal nie-konseptuele en nie-subjektivistiese benadering tot regte te verwoord. Volgens hierdie republikeine behoort regte beskou te word as 'n uitnodiging tot publieke debatvoering, rasonele argumentasie en deliberatiewe regverdiging van alle vorme van publieke en private mag. In hierdie visie verteenwoordig konstitusionele regspraak nie die suiwerste vorm van regswetenskaplikheid nie, maar die suiwerste vorm van deliberatiewe politieke argumentasie.<sup>24</sup> Die konstitusionele hof word dan ook beskou as een van die belangrikste plekke in die gemeenskap waar burgerlikheid steeds 'n tuiste het.<sup>25</sup> In hierdie publieke plek word vraagstukke deur oorreding en reflektiewe oordeel beslis, en nie deur logika of metafisiese aansprake aan die een kant of private instrumentele belange aan die ander nie. Die strewe is nie om vaste konseptuele inhoud aan regte te gee nie, maar om die geleentheid vir rasonele argumentasie binne die polis te verbreed.<sup>26</sup> Regte word nie meer in konseptuele terme bedink as die onskendbare grens tussen regsobjekte nie, maar in relasionele terme as 'n geleentheid vir politieke interaksie tussen regsobjekte. Regte is nie meer 'n beslissende troefkaart wat gespeel word

---

*the Threshold of the 21st Century* (1996) 115-121.

<sup>19</sup> Etienne Mureinik "Beyond a charter of luxuries: economic rights in the constitution" 1992 *SAJHR* 464.

<sup>20</sup> Dennis Davis "Equality: the majesty of legoland jurisprudence" 1999 *SALJ* 398.

<sup>21</sup> Henk Botha "Civic republicanism and legal education" 2000 *Codicillus* 23.

<sup>22</sup> Karin van Marle "Universities as heterogeneous public places" 2000 *Codicillus* 32.

<sup>23</sup> Michelman (*op cit supra* n 12) 499.

<sup>24</sup> In die woorde van Botha (*op cit supra* n 21) 30 is regte "a political vocabulary that enables us to deliberate about the social relations we would like to structure, and to explore what keeps us apart and what binds us together".

<sup>25</sup> Michelman (*op cit supra* n 17) 73-77.

<sup>26</sup> Dennis Davis *Democracy and Deliberation* (1999) 11-21.

nie, maar 'n uitnodigende openingsaanbod. Op hierdie wyse vorm regte, in teenstelling met 'n gedeelde belang, geskiedenis, grondgebied, ras, of moraliteit, die nuwe *medium* van ons politieke gemeenskaplikheid.

Die post-liberale republikeinse ideaal wat skrywers soos Davis en Michelman vir post-apartheid Suid-Afrika voorstel, behels inderdaad 'n omvattende verplasing van beide die konseptualisme en die subjektivisme wat liberale regsweetenskaplikheid onderlê het. Ten spyte daarvan word twyfel toenemend uitgespreek oor die transformatiewe potensiaal van die republikeinse ideaal, veral indien daardie ideaal verstaan word as 'n poging om politieke aksie en konstitusionele regspraak onderhevig te stel aan streng prosedurele vereistes van openbare argumentasie of argumentatiewe regverdigbaarheid. Volgens skrywers soos Van der Walt en Botha,<sup>27</sup> wat andersins simpatiek staan teenoor die republikeinse alternatief, bedreig die gedagte van 'n deliberatiewe republiek die pluraliteit wat politiek voed. Diskoersiewe republikeinse politiek staan uit hierdie oogpunt steeds in die teken van 'n privatisering van die publieke sfeer, selfs al word pandektistiese regsweetenskaplikheid nie meer in naam van individuele vryheid as model van regspraak aanvaar nie.<sup>28</sup> Naas diskoersiewe modelle van republikeinse politiek en regspraak, soos dié wat Michelman, Davis en Mureinik verwoord, het daar daarom onlangs ook meer kritiese reflektiewe<sup>29</sup> en selfs dekonstruktiewe<sup>30</sup> weergawes van die republikeinse ideaal na vore getree. Hierdie kritiese weergawes van die republikeinse alternatief bevraagteken almal die juridiese institusioneelheid van "ware" republikeinse politiek, en daarmee die moontlikheid wat die Konstitusionele Hof mag hê om transformatiewe republikeinse politiek in Suid-Afrika te onderhou.

Hierdie studie berus op die aanname dat die debat rondom 'n republikeinse alternatief vir die Suid-Afrikaanse regsorde deurslaggewend is vir enige poging om die transformatiewe aspirasies van die

---

<sup>27</sup> Johan van der Walt en Henk Botha "Democracy and rights in South Africa: beyond a constitutional culture of justification" 2000 *Constellations* 341.

<sup>28</sup> Johan van der Walt "Die toekoms van die onderskeid tussen die publiekreg en die privaatreë in die lig van die horisontale werking van die grondwet: deel 1 en 2" 2000 *TSAR* 416 en 605.

<sup>29</sup> Emiliios Christodoulidis "Self-defeating civic republicanism" 1993 *Ratio Juris* 64-85 en *Law and Reflexive Politics* (1998).

<sup>30</sup> Van der Walt (*op cit supra* n 18) 115.

Suid-Afrikaanse Grondwet lewend te hou. Die studie poog om daardie debat verder te stimuleer deur dit vanuit 'n ietwat ongewone invalshoek te benader. Die opkoms en val van liberale regs wetenskaplikheid word gewoonlik in Suid-Afrikaanse en ander regs filosofiese kringe bespreek sonder enige verwysing na die modernistiese revolusie wat in die laat negentiende en vroeg twintigste eeu deur die Europese artistiese avant-garde te weeg gebring is.<sup>31</sup> Verwysings na die ander groot estetiese verwikkeling van min of meer dieselfde era, die opkoms van fascisme in Duitsland, is selfs nog skaarser.<sup>32</sup> Die klem val gewoonlik, onder sterk invloed van Amerikaanse regs filosofiese tradisie, op die ontwrigtende uitwerking wat die opkoms van die programmatiese welvaartstaat in rofweg dieselfde periode op die klassieke regs wetenskap begin uitoefen het. In teenstelling met die gebruikelike eng fokus stel ek voor dat die estetiese verwikkelinge waarna hierbo verwys is 'n sentrale plek in die bespreking van die republikeinse reaksie op die krisis van klassieke liberale regs wetenskaplikheid behoort in te neem. Die gedagte wat regdeur hierdie studie loop is dat die republikeinse alternatief as 'n onderdeel van die breër estetiese reaksie teen die dominante kulturele vergestaltungen van moderniteit bedink moet word. Hierdie suggestie sluit direk aan by maar bou ook voort op die estetiese omwenteling wat gedurende die afgelope tien jaar in kritieke teorie waarneembaar is.

## 2 Die estetiese omwenteling in kritiese regsteorie

Een van die belangrikste verwikkelinge in kritieke regsteorie se uitwaartse wending ná die disintegrasie van die *Critical Legal Studies*-beweging aan die einde van die 1980's, is die toenemende jukstapositionering van die reg en estetika.<sup>33</sup> Boeke en artikels waarin die estetiese dimensie van die

---

<sup>31</sup> Vir 'n enkele merkwaardige uitsondering raadpleeg David Luban *Legal Modernism* (1994).

<sup>32</sup> Vir 'n onlangse poging om hierdie gebrek aan te spreek sien Dyzenhaus *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Herman Heller in Weimar* (1997).

<sup>33</sup> Sommige skrywers sou beweer dat regsgeleerdes se eksplorاسie van die estetiese dimensies van moderniteit nie bloot 'n gevolg van die disintegrasie van die CLS-beweging was nie, maar dat sodanige eksplorاسie reeds die wese van die CLS-beweging omvat het. So skryf David Luban (*op cit supra* n 31) 51: "CLS is to legal theory as modernist art was to traditional art. CLS is legal modernism". Hierdie stelling word ondersteun deur Mark Tushnet "Critical Legal Studies: an introduction to its origins and underpinnings" 1986 *Journal of Legal Education* 505 517: "CLS is ... the form that modernism takes in legal thought".



reg ondersoek word, verskyn met al groter reëlmaat.<sup>34</sup> Die verskeidenheid van vertrekpunte binne die *law-and-aesthetics*-beweging, soos Tim Murphy<sup>35</sup> waag om die onlangse ontwikkeling te beskryf, is te omvangryk om hier volledig weer te gee. In elk geval dra bitter min van die resente studies oor die estetika van die reg enigsins by tot 'n beter begrip van die estetisering van liberale legalisme wat in hierdie studie onderneem word. Die estetiese dimensie wat binne die beweging aan die reg toegeskryf word, wissel byvoorbeeld vanaf psigiese fantasie<sup>36</sup> tot die struktuur of vorm van regsargumentasie.<sup>37</sup> Tot dusver was die vernaamste fokuspunt nie republikeinse konstitusionele teorie nie maar 'n Gotiese fassinatie met post-Freudiaanse psigo-analitiese teorie.<sup>38</sup> Die ontwikkeling van die *law-and-aesthetics*-beweging oor die afgelope dekade vereis in ons konteks ongelukkig niks meer as 'n duidelike omskrywing van die wyse waarop die term *estetika* in hierdie studie gebruik sal word nie. Vir hierdie doel kan voolopig opgemerk word dat die term hier rofweg in 'n Kantiaanse sin verstaan word.<sup>39</sup> Die *estetisering* van die reg beskryf op verbandhoudende wyse die dinamiek van behoud en transgressie wat deur die Kantiaanse kritieke projek gesuggereer word. Reeds in Kant se latere werk tree die estetiese domein na vore as beide 'n uitvloeisel van die Westerse rasionalisasieproses en as 'n ontwrigtende reaksie teen die vorm wat daardie rasionalisasieproses tipies aanneem.

---

<sup>34</sup> Van die belangrikste tekste in hierdie verband is die volgende: Douzinas en Warrington *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law* (1994) 242-309; Pierre Legendre *Law and the Unconscious: A Legendre Reader* (1994); Peter Goodrich *Oedipus Lex: Psychoanalysis, History, Law* (1995); Ian Ward "A Kantian (re)turn: aesthetics, postmodernism and law" 1995 *Law and Critique* 257; Douzinas en Nead *Law and the Image: The Authority of Art and the Aesthetics of Law* (1999); en Pierre Schlag "The aesthetics of American law" 2002 *Harvard Law Review* 1047.

<sup>35</sup> Tim Murphy "Brit-Crits: subversion, submission, past, present and future" 1999 *Law and Critique* 237-269.

<sup>36</sup> Peter Goodrich *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks* (1990) 260-296.

<sup>37</sup> Pierre Schlag "Rights in the postmodern condition" in Austin Sarat en Richard Kearns (reds) *Legal Rights and Philosophical Perspectives* (1997) 263.

<sup>38</sup> Sien byvoorbeeld Les Moran "Law and the Gothic imagination" in Fred Botting (red) *The Gothic* (2001) 87.

<sup>39</sup> Sien Immanuel Kant *The Critique of Judgement* (1952). Dit beteken dat die problematiek wat hier ondersoek word binne die *law-and-aesthetics*-beweging die naaste staan aan die werk wat Douzinas tentatief aan die begin van die 1990's in Douzinas, Warrington en McVeigh *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Text of Law* (1991) 161-182 onderneem het.

Dit is laasgenoemde aspek van die estetiese dimensie van moderniteit wat grootliks deur twintigste eeuse regsfilosowe en republikeine oor die hoof gesien word, wat ek hier wil aanspreek. Die herlewing van republikeinse konstitusionalisme word binne die republikeinse tradisie gewoonlik gekoppel aan die Aristoteliaanse tradisie van praktiese rasionaliteit soos dit deur Gadamer,<sup>40</sup> MacIntyre,<sup>41</sup> Kronman<sup>42</sup> en Nussbaum<sup>43</sup> vir die twintigste eeu herwin is.<sup>44</sup> Die republikeinse alternatief word terselfdertyd gewoonlik teenoor Kant se filosofiese projek opgestel. Johan van der Walt,<sup>45</sup> byvoorbeeld, bespreek Kant uitsluitelik as die vader van die pandektistiese leerstuk van subjektiewe regte. Kant se estetiese filosofie word glad nie aangeraak nie. Selfs iemand soos Habermas,<sup>46</sup> wat meer positief staan teenoor Kant se filosofiese projek en die pandektistiese leerstuk van subjektiewe regte beskou as 'n reduksionistiese de-moralisering van Kant se praktiese filosofie, waarsku teen pogings om Kant se estetiese filosofie as vertrekpunt vir die rekonstruksie van klassieke liberalisme te ontgin.

Dit is teen hierdie agtergrond insiggewend dat 'n paar Suid-Afrikaanse juriste hulle onlangs begin toepsits het op die estetiese aard van regspraak in 'n konteks waar die houvas van liberale legalisme verbreek is. Lourens du Plessis<sup>47</sup> bespreek die metodologie van regsinterpretasie in 'n oop en plurale samelewing deur gebruik te maak van 'n estetiese analogie. Die genre van regsinterpretasie vergelyk volgens hom goed met 'n jazz uitvoering of die uitvoering van 'n simfonie deur 'n simfonie-orkes. Regters en ander lede van die interpreterende regsgemeenskap is hiervolgens nie besig met

---

<sup>40</sup> Hans-Georg Gadamer *Truth and Method* (1989). Sien ook David Hoy "Dworkin's constructive optimism v deconstructive legal nihilism" 1987 *Law and Philosophy* 321-331.

<sup>41</sup> Alisdair MacIntyre *After virtue: A Study in Moral Theory* (1981).

<sup>42</sup> Anthony Kronman "Living in the law" 1987 *University of Chicago Law Review* 836.

<sup>43</sup> Martha Nussbaum *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature* (1990) 54-105.

<sup>44</sup> Een van die beste weergawes van regspraak wat uit hierdie tradisie put is Daniel Faber en Patrick Frickey "Public rationality and the First Amendment" 1987 *UCLA Law Review* 1615.

<sup>45</sup> Van der Walt (*op cit supra* n 13) 526.

<sup>46</sup> Jurgen Habermas "On the idea of the rule of law" in McMurrin (*op cit supra* n 15) 249-272.

<sup>47</sup> Lourens du Plessis "Legal academics and the open community of constitutional interpreters" 1996 *SAJHR* 214.

wetenskapsbeoefening nie maar met die estetiese praktyke wat met die musikant as kunstenaar vereenselwig word. Du Plessis se analogie is daarop gerig om die hermeneutiese aard van regsinterpretasie te beklemtoon en skryf aan wetgewing dieselfde status toe as aan 'n stuk bladmusiek.

Net soos Du Plessis druk André van der Walt<sup>48</sup> ook die estetiese dimensie van die reg in terme van 'n musikale metafoor uit. Van der Walt koppel die verskillende regsfilosofiese paradigmas wat in Suid-Afrika operasioneel is aan verskillende dansstyle. Hier word die klassieke ideaal van die negentiende eeuse regswetenskaplike verplaas deur die juridiese danser wat óf staties óf dinamies voortdans op bepaaldes ritmes (regswetenskaplikheid is natuurlik self ook 'n soort dans). Van der Walt se gebruik van hierdie estetiese metafoor is daarop afgestem om 'n verbeeldingryke regsfilosofie op te roep. Hierdie regsfilosofie sal nie gerig word deur die plek wat die danser relatief tot ander dansers inneem nie maar deur 'n viering van die ritme van beweging self. Van der Walt poog nie bloot soos Du Plessis om begrip van post-apartheid regsfilosofie deur 'n estetiese analogie te verdiep nie, sy viering van verbeeldingryke regspraak wat nie gebonde is aan konseptuele of instrumentele eise nie behels 'n volledige estetisering van regspraak. Selfs al verwys Van der Walt nie uitdruklik na Kant se estetiese filosofie nie toon sy optimistiese geloof in die reddende werking van die juris se verbeeldingskrag sterk ooreenkomste met Kant se viering van estetiese skoonheid. Net soos Van der Walt se juridiese verbeelding vry is van konseptualisme en instrumentalisme is Kant se estetiese verbeelding (of estetiese genot) nie-konseptueel en belangeloos. Net soos Kant se estetiese verbeelding spontaan skoonheid by die mens oproep, roep Van der Walt se juridiese verbeelding spontaan geregtigheid teenoor die gemarginaliseerde by die mens op. Skoonheid is vir Kant verseker net soos geregtigheid vir Van der Walt verseker is.

Dit is op hierdie punt nodig om te onthou dat Kant se estetiese filosofie egter ook voorsiening maak vir die radikale ontwrigting en magteloosheid van die spontane of vrye verbeelding.<sup>49</sup> Naas skoonheid worstel Kant ook om 'n verduideliking te vind vir die estetiese genot wat die sublieme vergesel. Kant se estetiese filosofie open die deur vir iets kragtigs wat nie binne die sfeer van die verbeeldingryke

---

<sup>48</sup> André van der Walt "Dancing with codes - protecting, developing and deconstructing property rights in a constitutional state" 2001 *SALJ* 258.

<sup>49</sup> Kant (*op cit supra* n 39) §§ 23-29.

tuisgebring kan word nie. Van der Walt aanvaar te vinnig dat die geweld wat aan die grense van die samelewing werksaam is verbeeldingryk ondervang kan word. By gebrek aan verdere ontginning van Kant se estetiese filosofie en die ontvrigtende werking van die sublieme loop Vander Walt se suggestie van 'n verbeeldingryke regsfilosofie van marginalisasie die gevaar om in dieselfde genoeglike viering van die reg as instelling te verval waarteen hy voorheen gewaarsku het.<sup>50</sup>

Anders as Du Plessis en Van der Walt, probeer Frank Michelman<sup>51</sup> wel om Kant se estetiese filosofie in samehang met sy praktiese filosofie by die bespreking van die reg as 'n republikeinse instelling te betrek. Michelman se rekonstruksie van praktiese rasionaliteit word daarom onderskei deur die feit dat hy nie op die Aristoteliaanse tradisie steun nie maar hom ter wille van die politieke waarde van vryheid uitdruklik op Kant se praktiese filosofie beroep. Hierdie poging verteenwoordig die vernaamste meriete van Michelman se weergawe van die republikeinse tradisie. Ten spyte daarvan kom Michelman se suggestie dat die republikeinse tradisie uit estetiese moderniteit afgelei moet word nooit werklik tot reg nie. Michelman self onderspeel die wyse waarop hy implisiet op Kant se estetiese filosofie steun ten einde sy model van praktiese rasionaliteit as die wese van demokratiese konstitusionalisme te ontwikkel.<sup>52</sup> Indien hierdie aspek van Michelman se denke eksplisiet gemaak word, kan sy siening van die reg as die medium van self-modulerende kommunikasie ook met die ontvrigtende werking van die sublieme in gesprek geplaas word. Net soos in die geval van Van der Walt se estetiese republikaanse kan Michelman se kommunikatiewe en verbeeldingryke optimisme so van 'n kritiese dimensie voorsien word wat dit andersins ontbreek.<sup>53</sup>

Die enkele pogings om die estetiese dimensie van die reg teen die houvas van regswetenskaplikheid

---

<sup>50</sup> André van der Walt "Tradition of trial: a critical analysis of the civil-law tradition in South African property law" 1995 *SAJHR* 169-196.

<sup>51</sup> Michelman (*op cit supra* n 17) 4.

<sup>52</sup> Michelman (*op cit supra* n 17) 24-31 steun veral swaar op Richard Bernstein *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis* (1983) wat op sy beurt weer swaar op Hannah Arendt steun (207-223) wanneer hy die Kantiaanse waarde van vryheid as 'n inter-subjektiewe viering van reflektiewe oordeel voorhou. In die proses gaan die feit verlore dat Arendt haar republikeinse teorie en siening van reflektiewe oordeel uit Kant se estetiese filosofie aflei terwyl sy Kant se regsfilosofie as onmenslik verwerp. Ek keer hieronder in hoofstuk 4 terug na hierdie punt.

<sup>53</sup> Vir 'n kritiek van die inherente en misplaasde optimisme van Michelman se republikeinse model van praktiese rasionaliteit sien Van der Walt (*op cit supra* n 18) 148-153.

te beklemtoon bied wel aanknopingspunte vir verdere studie maar kan nie een instaan vir 'n indringende konfrontasie tussen republikeinse regsfilosofie en die filosofie en praktyke van estetiese moderniteit nie. Hierdie studie behels 'n tentatiewe ondersoek na wat so 'n ontmoeting sou kon behels.

### 3 Volgorde van die bespreking

Uit wat hierbo gesê is behoort dit duidelik te wees dat daar nie veel meer as aanknopingspunte binne die Suid-Afrikaanse of Anglo-Amerikaanse regsfilosofie bestaan vir 'n ondersoek van die juridiese en politieke implikasies van estetiese moderniteit nie. Gelukkig bestaan daar binne die tradisie van Anglo-Amerikaanse politieke filosofie 'n omvangryke diskoers rondom die estetisering van die politiek (vir sommige strek hierdie diskoers terug tot by Plato). Dit is hierdie diskoers wat ek aanvanklik as my vetrekpunt neem. In hierdie verband fokus ek op die verskillende wyses waarop Frederich Nietzsche, Hannah Arendt en Jean-François Lyotard hulle eksplisiet op kuns en die estetiese beroep ten einde 'n alternatief vir die liberale regs- en politieke orde te formuleer. Ten spyte daarvan dat nie een van hierdie skrywers primêr as regsfilosowe bekend staan nie, betrek hulle almal die reg by hul besprekings van moderne politiek. Hierdie aspek van hulle denke geniet vanselfsprekend voorrang in die bespreking wat volg. Die eksplisiete fokus wat in hierdie studie op die estetiese val, belig nie alleen die politieke implikasies van estetiese moderniteit soos Nietzsche, Arendt en Lyotard dit bedink nie. dit werp ook nuwe lig op die werk van elke denker, selfs in isolasie beskou. Nietzsche, Arendt en Lyotard se regsfilosofie word hier geles as 'n funksie van elke denker se onderliggende aannames oor estetika en kuns. Dit is veral in Arendt se geval, waar estetiese temas met minder filosofiese ywer ondersoek word as wat dit by Nietzsche en Lyotard die geval is, dat die estetiese invalshoek kan bydra tot 'n nuwe begrip van haar regs- en politieke filosofie. Soos later duideliker sal word, kan dieselfde nietemin ook van Nietzsche en Lyotard gesê word.

Afgesien van die breër estetiese raamwerk deel die denke van Nietzsche, Arendt en Lyotard ook 'n aantal spesifieke temas wat vergelyking vergemaklik. Soos later duideliker sal word, ondersoek al drie denkers die aard van estetiese politiek met verwysing na die klassieke Griekse politieke tradisie. Meer spesifiek vind al drie hulle weg na 'n post-liberale politiek via die pre-Sokratiese politieke ervaring. Al drie worstel boonop met die aard en implikasies van die Hebreeuse of Joodse etiese

tradisie. Nietzsche verwerp dit, byvoorbeeld, as 'n slawe-opstand teen aristokratiese waardes, Arendt beskou dit as die plekhouer van politieke absolutisme, terwyl Lyotard dit beskou as 'n sublieme tradisie wat die wese van etiese verpligting in beskerming neem. Al drie ondersoek voorts die spanning tussen die tragiese en die heroïese momente binne moderne politiek.

Die belangrikste gedeelde verwysingspunt bly nietemin Kant se kritieke filosofie in die algemeen en sy estetiese filosofie in die besonder. Nietzsche verwerp Kant se estetiese filosofie as 'n anti-politieke vorm van nihilisme omdat dit artistieke genius aan reflektiewe oordeel onderwerp. Arendt daarenteen vind die politieke waarde van Kant se estetiese filosofie juis in die kommunikatiewe aard van estetiese genot en reflektiewe oordeel. Lyotard poog op sy beurt om die politieke waarde van artistieke genius aan die hand van Kant se bespreking van die sublieme te rehabiliteer, eerder as om Kant se estetiese filosofie voor die voet te verwerp soos Nietzsche doen. In die lig van die denkers se gemeenskaplike worsteling met Kant is dit vreemd dat 'n onvattende vergelykende studie van Nietzsche, Arendt en Lyotard se regsfilosofie nog nie onderneem is nie. Daar bestaan hoogstens enkele kort en tentatiewe poging om om byvoorbeeld Nietzsche en Arendt,<sup>54</sup> of Arendt en Lyotard<sup>55</sup> se denke met mekaar in gesprek te stel. 'n Meer onvattende vergelykende studie sou boonop kon dien om die groot verskeidenheid politieke en regsfilosofiese perspektiewe wat vanuit estetiese moderniteit ontwikkel kan word, beter te illustreer. Uit hierdie oogpunt is die keuse van Nietzsche, Arendt en Lyotard doelbewus daarop gerig om die oorvereenvoudigde reduksie van die estetiese republiek tot 'n fascistiese verskynsel, of wat Martin Jay<sup>56</sup> die "ideologie van die estetiese" noem, die hoof te bied.<sup>57</sup>

My poging om estetiese moderniteit as 'n kritiese reserwebron vir die Suid-Afrikaanse republikeinse tradisie te ontgin, geskied aan die hand van die volgende skema: In die volgende hoofstuk ondersoek

---

<sup>54</sup> Dana Villa "Beyond good and evil: Arendt, Nietzsche and the aestheticization of politics" 1992 *Political Theory* 274; Bonnie Honig *Political Theory and the Displacement of Politics* (1993) 76-125.

<sup>55</sup> James Clarke "A Kantian theory of political judgement: Arendt and Lyotard" 1994 *Philosophy Today* 135; David Ingram "The postmodern Kantianism of Arendt and Lyotard" *Review of Metaphysics* 1988 (42) 51-77; Dean Hammer "Incommensurable phrases and narrative discourse: Lyotard and Arendt on the possibility of politics" 1997 *Philosophy Today* 475.

<sup>56</sup> Martin Jay *Force Fields: Between Intellectual History and Cultural Criticism* (1993) 71.

<sup>57</sup> Ek ondersoek die historiese wortels en trefkrag van die estetiese ideologie hieronder in hoofstuk 2 in meer detail.

ek die negatiewe betekenis wat gewoonlik binne politieke filosofie aan die estetisering van die politiek geheg word. Die oorsprong en sterkte van die assosiasie tussen fascisme en enige oproep tot 'n estetisering van die politiek word nagespeur. Die hoofstuk is bedoel as voorbereiding vir die alternatiewe betekenis van 'n verestetiseerde politiek wat in latere hoofstukke rondom die denke van Nietzsche, Arendt en Lyotard ontwikkel sal word.

Die daaropvolgende hoofstukke word elk aan 'n spesifieke denker gewy. Die hoofstukke word ingerig volgens die kartografering van die liggaam wat in die besondere denker se estetika sentraal staan.<sup>58</sup> Die hoofstukke is bedoel as illustrasies, nie as demonstrasies nie. In hoofstuk drie word Nietzsche se reaksie teen die opkoms van liberalisme en die pandektistiese regs wetenskap in negentiende eeuse Duitsland bespreek. Nietzsche se pleidooi vir 'n volledig estetiese interpretasie van politiek as teenvoeter vir die nihilisme van moderniteit bied die agtergrond waarteen Arendt en Lyotard se denke later bespreek sal word. Vir dié doel ondersoek ek hoe die inhoud van die estetiese alternatief in Nietzsche se denke 'n verandering ondergaan en die republikeinse alternatief daardeur in gevaar gestel word. Nietzsche se viering van die plastiese kunstenaar (insluitende politici) se vormgewende hand word die politieke bedreiging waarteen beide Arendt en Lyotard later sou reageer.

In hoofstuk 4 ondersoek ek hoe Hannah Arendt beide voortbou op Nietzsche se sterk anti-liberale sentiment en terselfdertyd die inhoud van sy estetiese alternatief van nuuts af krities in oënskou neem. Arendt skryf rondom die Tweede Wêreldoorlog en toon aan hoe Nietzsche se estetiese alternatief nie in die nuwe konteks enige kritiese potensiaal behou het nie. Haar eie estetiese alternatief vir liberale en totalitêre politiek wentel rondom die Kantiaanse gedagte van estetiese of reflektiewe oordeel en vorm die fokuspunt van die hoofstuk. In Arendt se regsfilosofie word Nietzsche se estetika van die plastiese kunstenaar se aktief vormende hand verplaas deur 'n estetika van die kunsliefhebber se meer passiewe, maar nie meer onbetrokke nie, bepeinsende of beoordelende oog.

In hoofstuk 5 word Jean-Francois Lyotard se ontleding van postmoderniteit en die dinamiek van globalisasie as die nuwe konteks vir republikeinse politiek aan die orde gestel. Volgens Lyotard is

---

<sup>58</sup> My tipologie van die drie verskillende estetikas aan die hand van die kartografering van die liggaam is geïnspireer deur Jane Bennet "'How is it, then, that we still remain barbarians?': Foucault, Schiller, and the aestheticization of ethics" 1996 *Political Theory* 653 se bespreking van Foucault.

die krisis van die republikeinse publieke sfeer veel meer ingrypend as wat selfs Hannah Arendt besef het. Die nuwe konteks dryf die estetiese alternatief vir liberale legalisme tot die Kantiaanse sublieme en 'n modernistiese ondersoek na die (on)moontlikheid om 'n publieke moment in die republiek daar te stel. Dit is slegs met verwysing na hierdie onmoonlikheid dat geregtigheid en juridiese oordeel nog bedink kan word. In Lyotard word republikeinse politiek bedink rondom die oor van beide die modernistiese kunstenaar en die juridiese subjek wat eties ingestem is op die stem van die Ander. Sy regsfilosofie is daarom selfs meer radikaal geanker in die passiwiteit van die estetiese ervaring as dié van Arendt.

Daar is geen samevatting, slothoofstuk of afsluiting nie - die teks word om verskeie doelmatigheids- en etiese (selfs estetiese?) oorwegings onvoltooid of oop gelaat. Diegene wat aan die einde van die teks steeds na 'n logiese gevolgtrekking soek, word terugverwys om hoofstuk 2 weer te lees.