



UNIVERSITEIT VAN PRETORIA  
UNIVERSITY OF PRETORIA  
YUNIBESITHI YA PRETORIA

‘n Tentatiewe gemeenskap en die demokrasie wat  
moet kom – ‘n regsfilosofiese ondersoek

Anri Heyns

2011

# 'n Tentatiewe gemeenskap en die demokrasie wat moet kom – 'n regsfilosofiese ondersoek

---

**Anri Heyns (van Niekerk)**

**Student nr: 23019477**

Submitted in fulfilment of the requirements for the degree

LLM (legal philosophy)

In the Faculty of Law, University of Pretoria

November 2011

Supervisor: Prof K van Marle

Co-Supervisor: Dr A Kok

This dissertation contemplates the possibility of a relationship between democracy and the democracy to come experienced from within an inoperative community of law students. The reason for this contemplation is to ascertain to what extent lawyers and law students in particular can contribute to transformation in South Africa. With transformation I envision the ongoing questioning of well known identities, opening up the structure for discourse on new possibilities of meaning. The relationship envisioned by a democracy in waiting of the democracy to come constitutes transformation. I investigate the radical and transcendental nature of human rights and democracy, to show the potential within these concepts to encompass transformation. The nature of these concepts will however allow misuse and manipulation which will be detrimental to the pursuit of transformation and democracy to come. Due to the legal nature of human rights and their entrenchment in the Constitution of the Republic of South Africa, lawyers will by means of legal interpretation be responsible for the fixture of meaning of these concepts. Even though I do not argue for a definite distinction, I identify two aspects which may influence the way in which lawyers perform legal interpretation: the structure of the law and the cultural aspect of the law or legal culture. The focus is on legal culture, as a form of community of lawyers. Due to the traditionally conservative approach of South African legal culture to legal interpretation, transformative constitutionalism, a project by means of which lawyers partake in social and political projects by means of legal interpretation, is hindered. I argue that the transformation of legal culture in itself can occur at the foundations of legal culture: tertiary legal education. I argue that law students serve as a community in which legal culture is founded continuously by means of confirmation, instead of critical contestation. Law students are unaware of the impact legal culture has on the way they are taught to think and argue about the law. A community of lawyers is therefore created which is unable to critically evaluate the law – a skill which is required to promote human rights and democracy in the pursuit of transformation. I argue for legal interpretation to be orientated towards the needs of the society being served and for meaning of rights and meaning in general to be relational and not individually centred. It is therefore necessary to rethink the idea of community – with regards to the community of lawyers of legal culture, but also with regards to the greater community being served by lawyers. Community in the true sense of the word is however always eluding us which space creates the hope for community. The residue? The inoperative community. The temporary nature of the getting together focuses on the only true common denominator – difference. What we have in common is the fact that we are different. Meaning can therefore only be temporary. I argue that law students can from this perspective create human rights and democracy discourse which can promote transformation.



1	Inleiding.....	4
2	Demokrasie, Menseregte en Regskultuur.....	12
2.1	Demokrasie en die demokrasie wat moet kom .....	15
2.2	Menseregte.....	22
2.3	Regskultuur en kulturele beperkings .....	35
2.3.1	Suid – Afrikaanse regskultuur en transformatiewe grondwetlikheid.....	36
2.3.2	Potensiaal geleë in regskultuur en regsinterpretasie .....	59
3	Gemeenskapsgeoriënteerde benadering en die tentatiewe gemeenskap.....	64
3.1	Regstudente: ‘n keerpunt vir regskultuur.....	67
3.2	Regstudente as tentatiewe gemeenskap.....	81
3.2.1	‘n Oorweging van die tradisionele siening van “gemeenskap” .....	83
3.2.2	‘n Alternatiewe benadering tot gemeenskap: Die tentatiewe gemeenskap.....	96
3.2.3	Post-liberale benadering vanuit ‘n tentatiewe gemeenskap – waardering vir konteks en die demokrasie wat moet kom .....	124
4	Beperkings van die reg as ‘n simboliese orde.....	134
4.1	Beperkings van die reg.....	135
4.2	Demokrasie wat moet kom.....	142
4.3	...En die tentatiewe gemeenskap.....	149
5	Samevatting .....	154
6	Bibliografie .....	157
6.1	Boeke .....	157
6.2	Tydskrifartikels.....	160
6.3	Internet artikels.....	163
6.4	Regspraak.....	163
6.5	Wetgewing .....	163

## 1 Inleiding

Die afgelope twintig jaar in Suid-Afrika word gekenmerk deur grootskaalse pogings om transformasie in Suid-Afrika op sosiale en ekonomiese vlak te bevorder. Nodeloos om te sê was die motivering agter die bekendstelling van menseregte en demokrasie in ons samelewing 'n poging om groepe mense, onderdruk en ontken deur die apartheidsregime, te inkorporeer in, wat destyds met groot entoesiasme beskryf is as die reënboognasie. Die verwysing na 'n reënboognasie verteenwoordig erkenning aan die feit dat ons post-apartheid samelewing saamgestel word uit verskillende rasse, kulture en gelowe, maar "nasie" verwys na 'n samesyn of gemeenskap rondom iets wat universeel goed is (Die Engelse uitdrukking *common good* is beter beskrywend in hierdie opsig) ingevolge 'n eenparige stem.

Die erkenning van menseregte en demokrasie is met ander woorde 'n voorwaarde vir transformasie in ons samelewing. Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996<sup>1</sup> word algemeen beskou as die beskermingsmeganisme van menseregte en demokrasie asook die maatstaf vir die *common good* vir inwoners van Suid-Afrika, welke *common good* destyds op ooreengekom is tydens die oorgangsonderhandelinge en prosesse om die Grondwet te formuleer.<sup>2</sup>

Die media fokus ons aandag op politieke struwelinge en steeds ooglopende ongelykheid tussen die inwoners van Suid-Afrika en is dit duidelik dat ons gemeenskap ontoereikende betekenis verleen aan die konsepte menseregte en demokrasie. Die gevolg? Transformasie bly agterweë. Die idee van transformasie is tans nie veel meer as 'n leë politieke korrekte term nie. Momente van werklike samehorigheid of gemeenskap word gereduseer tot die aanbod van sportgeleenthede soos die FIFA Sokker Wêreldbeker. Die Suid-Afrikaanse samelewing benodig die kapasiteit om die idee van menseregte en demokrasie wat in die afgelope twee dekades ontwikkel het, krities te oorweeg en te herdink. Indien die sisteem van betekenis wat tot dusver ontstaan het, klakkeloos nagevolg word, sal transformasie in Suid-Afrika net 'n politieke korrekte term bly – niks meer nie.

---

<sup>1</sup>Hierna bekend as "die Grondwet".

<sup>2</sup>Sien Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* (2005) bl 1 – 6 vir 'n bespreking rondom die prosesse wat die Grondwet die lig laat sien het.

Dit is duidelik dat daar 'n wisselwerking is tussen menseregte en demokrasie as transformatiewe konsepte en die reënboognasie as 'n tipe gemeenskap. Die reënboognasie as 'n tipe gemeenskap van interpreteerders verleen betekenis aan die transformatiewe konsepte. Daar is egter 'n ander gemeenskap in ons samelewing wat tot 'n groot mate bydra tot die betekenisvaslegging van menseregte en demokrasie: regsgeleerdes.

In hierdie verhandeling bestudeer ek vanuit 'n regsfilosofiese oogpunt die verhouding tussen demokrasie, menseregte en die Suid-Afrikaanse regskultuur as 'n tipe gemeenskap. Ek ondersteun die definisie van regskultuur soos Karl Klare dit omskryf: Die gemeenskap waarin regsgeleerdes hulself bevind en waarvolgens hul denke en professionele praktyke gevorm word jeens hul take as regsgeleerdes, met spesifieke verwysing na regsinterpretasie, formeel (deur die regbank) of informeel deur regsgeleerdes op 'n daaglikse basis.<sup>3</sup>

Karl Klare, 'n regsgeleerde vanuit die Amerikaanse Regskritiese denkskool ('n *US critical legal scholar*), het in 1998 'n artikel geskryf waarin hy sy visie deel dat Suid-Afrikaanse regsgeleerdes moet deelneem aan 'n projek wat hy noem transformatiewe grondwetlikheid.<sup>4</sup> Transformatiewe grondwetlikheid behels basies dat Suid-Afrikaanse regsgeleerdes deur regsinterpretasie Suid-Afrika se politiese en sosiale bestel transformeer.<sup>5</sup> Teenstrydig met die huidige tradisionele liberale werkswyse van Suid-Afrikaanse regskultuur wat die reg en politiek wil skei, is Klare van mening dat die Grondwet 'n post-liberale dokument is en vervolgens meer as 'n liberale interpretasie verg.<sup>6</sup> Interpretasie van 'n post-liberale Grondwet veronderstel met ander woorde juis dat politieke en sosiale projekte daardeur bevorder moet word – nie net oplossings vir regsprobleme nie. Omrede menseregte en demokrasie hul plek in ons samelewing vind deur middel van die Grondwet, behoort die wyse waarop regsgeleerdes die Grondwet benader grootliks te bepaal hoe regsgeleerdes menseregte en demokrasie benader. Alhoewel ek grotendeels op menseregte en demokrasie opsigself fokus in hierdie verhandeling, is argumente ten opsigte

---

<sup>3</sup>Klare "Legal Culture and Transformative Constitutionalism" (1998) 14 *SAJHR* bl 166. Alhoewel ek bewus is van die opvolg werk wat Klare saam Dennis Davis "Transformative constitutionalism and the common and customary law" (2010) *SABINET* tans doen ten opsigte van transformatiewe grondwetlikheid, is my argument in hierdie verhandeling gebaseer op die 1998 artikel van Klare.

<sup>4</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 156.

<sup>5</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 150.

<sup>6</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 171-172.

van die interpretasie van die Grondwet self vir die bogenoemde redes tog ook van toepassing op die interpretasie van menseregte as deel van 'n demokratiese bestel.

Ek stel die probleem, as beginpunt vir my argument in hierdie verhandeling dat die huidige Suid-Afrikaanse regskultuur regsgeleerdes kweek wat onvoldoende interpretasies verleen aan demokrasie en menseregte. Betekenisvaslegging ten opsigte van menseregte en demokrasie kom neer op die herhaaldelike bevestiging van 'n sisteem wat nie in staat is om diegene op die grense van ons samelewing te erken nie. Gesprekvoering oor wat menseregte, demokrasie en transformasie kan wees word gekniehalter en ware transformasie bly agterweë.

Ek poog nie om in hierdie verhandeling die prysenswaardige aspekte van ons grondwetlike bestel te ontken nie. Immers is dit hierdie grondwetlike bestel wat die toegang in ons samelewing geskep het vir menseregte en demokrasie. My kritiek is egter dat hierdie prysenswaardige aspekte met 'n roekelose naarstiglikheid nagevolg word. Menseregte en demokrasie word op so 'n wyse beskerm dat hierdie instansies so te sê as radikale transformatiewe konsepte trefkrag verloor het en die man en vrou op die straat met 'n goor smaak in die mond agterlaat. Enersyds word hierdie konsepte vereenselwig met magsmisbruik en vergrypinge en andersyds met leë beloftes op 'n beter lewe.

Tog, soos ek in deel 2.1 en 2.2 wys, is dit juis die inherente aard van die konsepte menseregte en demokrasie wat hierdie konsepte blootstel aan die bogenoemde misbruike. Ek ondersteun Costas Douzinas se opinie dat menseregte tot 'n sekere mate niks meer is as die verskillende sienings daarvan nie.<sup>7</sup> Menseregte is ingevolge Douzinas paradoksaal, maar hierdie aard verleen opsigself geleentheid vir transformasie.

Die idee is dus nie om die plek van menseregte (en demokrasie) in die samelewing te ontken nie. Die kwessie voorhande is dat die huidige regskultuur nie regsgeleerdes aanmoedig om die komplekse, transendentale aard van die konsepte demokrasie en menseregte aan te gryp in regsinterpretasie nie. Ons verloor die radikale potensiaal tot transformasie wat hierdie konsepte bied.

---

<sup>7</sup>Douzinas *Human Rights and Empire: The political Philosophy of Cosmopolitanism* (2007) bl 14 en bl 33.

Die probleem in hierdie verhandeling kan ook anders verwoord word deur te sê dat die huidige verhouding tussen die Suid-Afrikaanse regskultuur, demokrasie en menseregte verwronge is. Hierteenoor verwys die titel “’n Tentatiewe gemeenskap en die demokrasie wat moet kom” eintlik na wat ek beskou as die ideale wisselwerking tussen demokrasie, menseregte en die regskultuur. Ek beskou die Suid-Afrikaanse regskultuur as ’n tentatiewe gemeenskap wat eerstens indien die lede van die regskultuur bewus gemaak word van hul tentatiewe posisionering as gemeenskap en tweedens ook die tentatiewe aard van betekenis, die demokrasie wat moet kom aangryp in die beoefening van regsinterpretasie. Regskultuur moet egter opsigself transformasie ondergaan om in staat te wees om hierdie tentatiewe aard te kan waardeer. Ek argumenteer dat regstudente as tentatiewe gemeenskap die geleentheid skep vir die transformasie van regskultuur opsigself, omrede regskultuur oorgedra en bevestig word tydens regsonderrig.

Die demokrasie wat kom is ’n konsep wat Jacques Derrida gebruik as deel van sy dekonstruktiewe denkwysie om ’n spesifieke ingesteldheid teenoor die onbekende en nuwe betekenis te omskryf. Dit is in werklikheid die verhouding wat die demokrasie van nou moet hê met ’n moontlike, onbekende beter weergawe van die demokrasie. Ek verwys na ’n tentatiewe gemeenskap in dieselfde sin wat Jean-Luc Nancy verwys na *being-in-common*, die noodwendige onmoontlikheid van gemeenskap maar ook die gelyklopende hoop op gemeenskap. Die denkwyses van beide Derrida en Nancy is regdeur hierdie verhandeling onderliggend tot my argumente.

Ek is van mening dat die tentatiewe gemeenskap se verhouding met die demokrasie wat moet kom eintlik ware en substantiewe transformasie verteenwoordig. Ek volg Klare se opinie dat iets soos grondwetlike transformasie deur middel van regsinterpretasie moontlik is, juis vanweë die post-liberale aard van die Grondwet<sup>8</sup> (en die transendentale aard van menseregte wat deur regsgeleerdes geïnterpreteer word) en is ek vervolgens van mening dat hierdie verhouding tog tot ’n mate deur die reg as ’n stelsel of struktuur gefasiliteer word.

Ek ondersteun nie ’n tegniese en absolute onderskeid tussen die struktuur van die reg en regskultuur nie, maar ek erken wel dat dit twee verskillende aspekte is wat die reg daarstel.

---

<sup>8</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 153.



Ek fokus op regskultuur in hierdie verhandeling, vir sover dit onderskei kan word van die struktuur van die reg. Daar is perke op die reg se kapasiteit om ware transformasie te huisves – ongeag van regskultuur wat moontlik mag transformeer. Hierdie perke moet in aggeneem word. Ek sien hierdie perke soos Drucilla Cornell dit beskou ingevolge haar filosofie van die grens, welke filosofie inderwaarheid haar beskouing is van Derrida se dekonstruksie. Die beperkinge kan tot ‘n mate ‘n herinnering wees aan ‘n beter weergawe aan die ander kant van die hier en nou.<sup>9</sup>

Die struktuur van hierdie verhandeling volg my argument: Hoofstuk 2 bied die teoretiese grondslag vir die problematiek rondom die wyse waarop die huidige regskultuur regsinterpretasie beoefen, spesifiek ten aansien van menseregte en demokrasie. Soos ek reeds hierbo genoem het, verg die besondere aard van die konsep demokrasie asook menseregte dat regsgeleerdes op ‘n alternatiewe wyse moet omgaan met hierdie konsepte. Ek verwys na werke van Derrida, soos geïnterpreteer deur Danie Goosen, om die huidige demokrasie as ‘n simboliese orde in ons samelewing uit te beeld teenoor die demokrasie wat moet kom en dié se ontwykende aard.<sup>10</sup>

Deur te steun op werke van Douzinas, wys ek op die komplekse aard van menseregte asook die paradokse wat ten opsigte daarvan ontwikkel. Douzinas wys op die onkritiese en ontoereikende menseregteretoriek wat ontstaan het op ‘n globale skaal, ten spyte van (maar ook juis as gevolg van) die komplekse en radikale aard van die konsep van menseregte. Hy dui op die feit dat menseregte bloot “*tools of empire*” geword het wat wêreldmoondhede die geleentheid bied om oorloë te voer in ontwikkelende lande. Hierdie oorloë word gevoer onder die dekmantel dat wêreldmoondhede graag ten bate van die inwoners van die teikenlande die beskerming van menseregte en demokrasie in genoemde teikenlande wil bevorder. Menseregte word in hierdie scenario gebruik as ‘n metode om demokrasie te bereik.<sup>11</sup>

Die verband tussen demokrasie en menseregte in hierdie opsig is egter gevaarlik. Die oorbeklemtoning van die instrumentaliteit van die konsepte menseregte en demokrasie

---

<sup>9</sup>Cornell *The philosophy of the limit* (1992) bl 1 en 2.

<sup>10</sup>Goosen “Verlies, rou en affirmasie. Dekonstruksie en die gebeurde.” (1998) 1 *Fragmente*.

<sup>11</sup>Douzinas (2007) bl 32 en 33.

veroorzaak dat die politieke aard van hierdie konsepte gerieflikheidsontalwe uitgelaat of geïgnoreer word.

Die derde party tot die verhouding waarna verwys word in hierdie verhandeling, is regs-kultuur. Hoofstuk 2.3 bied die teoretiese grondslag vir my opvatting van ons huidige regs-kultuur. Ek fokus kortliks op die ontwikkeling van regs-kultuur in Suid-Afrika en die gevare wat juis in hierdie ontwikkeling lê, omrede dit so nou verbonde was aan die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse staat, soos Martin Chanock uitwys.<sup>12</sup> Vervolgens is regsgeleerdes onder regs-kultuur formalisties in hul regs-werk wat veroorsaak dat regsgeleerdes reg skep slegs ten aansien van statutêre dokumente en hofsake en word gesprekvoering oor die reg geïnhibeer.<sup>13</sup> Professionele regsretoriek onder regsgeleerdes maar ook meer populêre diskoers onder leke dra by tot die algemene siening en geloofwaardigheid van die reg. Tog het ons as regsgeleerdes nie veel agting vir hierdie diskoerse ekstern tot die struktuur van die reg nie in die sin dat ons slegs erkende bronne van die reg navolg. Regs-subjekte kom vervolgens tot die slotsom dat hul ervaringe van die reg nie geld nie en bevraagteken vervolgens die legitimiteit van die reg.

Transformatiewe grondwetlikheid en ook 'n post-liberale grondwet verg dat die reg gedurig krities geëvalueer moet word, maar spesifiek moet ons ook die wyse waarop ons die reg benader – wat vir alle doeleindes verteenwoordig word deur regs-kultuur – deurlopend krities kan evalueer. Omrede regs-kultuur funksioneer soos 'n gemeenskap, raak regsgeleerdes vasgevang in hul eie wyse van dink en doen. Die idee dat daar alternatiewe wyses is om te werk te gaan (en dat daar alternatiewe opvattinge oor menseregte en demokrasie buite die struktuur van die reg bestaan) is nie opvallend vir regsgeleerdes nie. Hierdie leemte in ons benadering tot ons werk as regsgeleerdes kan die einde van demokrasie en menseregte beteken. Tog bied die blote oefening van regsinterpretasie moontlik geleentheid en potensiaal om aan die eise van transformatiewe grondwetlikheid te voldoen. 'n Wyse moet vervolgens gevind word om hierdie problematiek rondom regs-kultuur aan te spreek en die potensiaal in regs-kultuur te ontgin.

---

<sup>12</sup>Chanock *The making of South African Legal Culture 1902-1936. Fear, favour and prejudice* (2001) bl 511 en bl 512.

<sup>13</sup>Chanock (2001) bl511 en bl 512.

Hoofstuk 3 is 'n uiteensetting van die voorstel wat ek maak om die potensiaal geleë in regs-kultuur om by te dra tot transformasie, te ontgin. Die eerste faset van die voorstel wat ek maak is dat ons hoop in regs-kultuur moontlik lê by regstudente aangesien regs-kultuur tot 'n mate sy grondslag het in regs-onderrig. Ek verwys na Duncan Kennedy se argument dat die hiërargie van die regs-professie – en eintlik vervolgens ook regs-kultuur – deur middel van regs-onderrig nie net bekendgestel word aan regstudente nie, maar ook bevestig word op so 'n wyse dat regs-geleerdes gekweek word om nie die vermoë te hê om hul eie omgewing en die reg krities te benader nie.<sup>14</sup>

Die tweede faset van my voorstel handel met die vraag hoe regstudente hul verhouding met mekaar maar ook met regs-objekte moet beskou aangesien hierdie verhouding die konteks sal stel waaruit regs-interpretasie moet geskied. Hierdie vraag word in hoofstuk 3.2 bespreek. Ek plaas klem op kontekstualiteit, juis omrede menseregte (en ook regte in die algemeen) oop is vir verskeie interpretasies (in verskeie kontekste). Hoe sal regstudente beter in staat wees om die radikale en transendentale aard van menseregte en demokrasie en die impak daarvan in die konteks waarin hulle moet werk, te beseef? Ek sluit weereens aan by Kennedy se argument dat dit belangrik is vir regstudente om geleentheid gegun te word om dit wat hul wysgemaak word rondom die reg, te kan evalueer.

As gevolg van die streng tradisionele liberale aard van regs-interpretasie ingewortel in die huidige Suid-Afrikaanse regs-kultuur (en daarom die behoefte vir spasie vir kritiese oordenking en beredenering), 'n post-liberale Grondwet en die inherente verwantskap van 'n individu met sy omgewing, plaas ek groot klem op deliberasie en kontekstuele interpretasie in betekenisvorming. Hierdie konsepte word algemeen geassosieer met gemeenskap, omrede gemeenskap geleentheid bied vir deliberasie tussen 'n groep mense.

In hoofstuk 3.2 stel ek dus eerstens ondersoek in na die tradisionele konsep van gemeenskap. Ek verwys na Henk Botha se opinie dat 'n republikeinse-burgerlike benadering tot regte en demokrasie, buiten die feit dat dit 'n beter regverdiging bied vir regterlike hersiening van demokraties verteenwoordigende wetgewing, regte beskou as iets meer as net 'n blote grens tussen die individu en die publiek. Die laasgenoemde siening beskryf die

---

<sup>14</sup>Kennedy "Legal Education as Training for Hierarchy" in Kairys (red) *The Politics of Law - A Progressive Critique* (1990) bl 38-58.

tradisionele liberale benadering tot regte. ‘n Republikeinse-burgerlike benadering dui met ander woorde op die idee dat regte verstaan behoort te word in die konteks van verhoudings tussen subjekte en nie net ten opsigte van subjekte as individue nie.<sup>15</sup>

Die tradisionele idee van gemeenskap stem nie ooreen met die idee van transformasie nie omrede gemeenskap stagnant is. Waardes van die tradisionele gemeenskap mag nie bevraagteken word nie en word aanvaar as ‘n bindingsfaktor wat op dieselfde moment ook uitsluitend is. Vervolgens stel ek in hoofstuk 3.2.2 ondersoek in na ‘n alternatiewe siening van gemeenskap met spesifieke verwysing na ‘n tentatiewe gemeenskap. Patrick Hanafin se beskrywing van die inwoners van New York se reaksie op die kragonderbreking in New York in 2003 as ‘n “...temporary coming together, a provisional friendship created in times of adversity... an inoperative community in an inoperative city...” dien as ‘n goeie beskrywing van wat ek bedoel met ‘n tentatiewe gemeenskap.<sup>16</sup>

In hoofstuk 4 ondersoek ek die vermoë van die reg as ‘n struktuur om ‘n transformerende regskultuur te akkommodeer, al dan nie. My ondersoeke in hierdie verband toon dat die struktuur van die reg beperkend is en transformasie tot ‘n groot mate sal teenstaan, bloot vanweë hierdie struktuur se inherente aard. Ek beskou egter hierdie beperkings ingevolge Cornell se filosofie van die grens, en sien die tentatiewe gemeenskap van regsgeleerdes as ‘n geleentheid waaruit hierdie beperkings gesien kan word vir dit wat moontlik aan die ander is. Hierdie benadering tot betekenis en die toekoms stel in my opinie opsigself transformasie daar.

---

<sup>15</sup>Botha “Democracy and rights, Constitutional interpretation in a postrealist world” (2000) 63 *THRHR* bl 563.

<sup>16</sup>Van Marle “Laughter, refusal, friendship: Thoughts on a “Jurisprudence of Generosity” (2001) 1 *STELL LR* bl 204 – Van Marle verwys na Patrick Hanafin wat op sy beurt herinner aan Auster se reaksie op New York kragonderbrekings in 2003 en beskryf vervolgens die inwoners van New York se reaksie in hierdie verband. Sien Hanafin “The Writer’s Refusal and the Law’s Malady” (2004) *Journal of Law and Society* bl 14.

## 2 Demokrasie, Menseregte en Regskultuur

Globale kwessies tans op die voorfront soos die wêreldwye resessie en herbesinning oor ekonomiese ideologieë, beperkte hulpbronne en die dreigende globale klimaatsverandering, dui daarop dat daar moontlik wêreldwyd 'n keerpunt gekom het wat die mensdom gaan forseer om oor sy teenwoordigheid op aarde te herbesin. Suid-Afrika as 'n ontwikkelende land in hierdie scenario, is nie vrygespreek van die gevolge van bogenoemde kwessies nie; intendeel, as 'n land met ernstige sosio-ekonomiese uitdagings, sal globale kwessies soos ek hierbo noem verrykende gevolge hê vir ons land en sy inwoners.

Buiten die globale keerpunt waarna ek hierbo verwys, is ek van mening dat Suid-Afrika se demokrasie as 'n instansie ook tans by 'n keerpunt huiwer. Demokrasie in Suid-Afrika is nie meer 'n nuutjie wat almal opgewonde en in afwagting het nie. Die realiteit van die uitdagings wat Suid-Afrika in die gesig staar word al duideliker en sy inwoners raak ongeduldig.

Hierdie keerpunt wat die demokrasie bereik het, is sekerlik tot 'n mate die gevolg van globale probleme wat Suid-Afrika geërf het weens die konsep globalisering.<sup>17</sup> Die unieke Suid-Afrikaanse konteks voorsien egter verdere rede vir ons om terug te staan en die keerpunt krities te beskou. Na amper twintig jaar sedert ons eerste demokratiese verkiesings beskou ek steeds die Suid-Afrikaanse gemeenskap in 'n post-apartheid konteks. Tog is dit my mening dat betekenis wat ons vanuit die gegewe konteks verleen aan die konsepte (asook instansies) van demokrasie en menseregte, ontoereikend is en nie volle begrip toon vir die unieke konteks se uitdagings nie. Daarmee bedoel ek dat hierdie radikale

---

<sup>17</sup>Soos dit sal blyk vanuit hoofstuk 2 en 4 spesifiek maar ook hierdie verhandeling in die algemeen, poog ek in hierdie verhandeling om 'n dekonstruktiewe en post-moderne benadering tot die kwessie voorhande te volg. Sonder om in fynere besonderhede daarop in te gaan op hierdie stadium, verwys ek tog na Patrick Lenta se siening dat globalisering 'n faset is van postmodernisme (Sien Lenta "Just Gaming? The Case for Postmodernism in South African Legal Theory"(2001) 17 *SAJHR* bl 173). Lenta wys daarop dat postmodernisme aanduidend is van 'n tekort aan kollektiewe optrede van individue, behalwe as verbruikers. Inaggenome die algehele benadering wat ek volg in hierdie verhandeling en ook die wyse waarop ek later op Lenta se argument vir 'n post-modernistiese benadering in regsteorie steun, is dit met ander woorde belangrik dat die effek van globalisering op die Suid-Afrikaanse konteks nie uitgelaat word nie.

konsepte tans deur owerhede en die media misbruik word om sekere propagandas die lig te laat sien (“Suid-Afrika is op die verkeerde pad”, “Die regering is onbekwaam om hul taak te verrig”), of om “politiees korrekte” stellings kwyt te raak en leë beloftes te maak aan diegene wat staatmaak op die beloftes as ‘n kwessie van oorlewing. Hierdie radikale konsepte word ook aangewend om mag en die misbruik daarvan, te regverdig – meestal tot die nadeel van die magtelose individue in ons samelewing.

Die eindresultaat blyk te wees dat die huidige stand van sake keer op keer bevestig word en dieselfde probleme sien keer op keer die lig. Ons is nie bewus van die keerpunt wat ons in die gesig staar nie en sien nie die geleentheid daarin raak nie. Myns insiens is die gevolg van ons bewustelike onwetende houding dat transformasie in Suid-Afrika geensins bevorder word nie. ‘n Kritiese besinning oor die aard en implikasie van die konsepte menseregte en demokrasie is juis nodig om transformasie te bevorder.

Dit is egter nie net magsinstansies en die media wat hulself skuldig maak aan die misbruik van konsepte soos demokrasie en menseregte nie. Ek voer die argument in hierdie verhandeling dat regsgeleerdes onder die huidige regskultuur ook bydra tot die bevestiging van die *status quo* deur ontoereikende betekenis aan transformatiewe konsepte soos menseregte en demokrasie toe te ken in regsinterpretasie en regspraak. Dit is om hierdie rede dat ek in hierdie verhandeling ‘n ondersoek loods na die verhouding tussen die Suid-Afrikaanse regskultuur, menseregte en demokrasie. Sodoende poeg ek om ‘n voorstel na vore te bring wat aandui hoe regsgeleerdes transformasie kan bevorder. Alternatiewelik behoort die voorstel ten minste net te verseker dat regsgeleerdes nie in die pad van transformasie staan nie.

Ek noem reeds op hierdie punt dat die ondersoek wat ek hier loods, soos ook pertinent in die titel van hierdie verhandeling vermeld word, ‘n regsfilosofiese ondersoek is. Vervolgens is my standpunt ten opsigte van die sukses aldan nie van transformasie in ons samelewing nie gebaseer op empiriese navorsing nie. Dit is gebaseer op die altyd ontwykende ideale vorm van demokrasie wat myns insiens ‘n sinnebeeld is van transformasie. Verder meld ek ook reeds hier dat ek nie met transformasie bedoel die (reeds) geykte konsep wat daagliks soos modder rondgegooi word tussen politieke partye, jeugligas en vakbonde nie. Ek volg eerder, soos Jaco Barnard-Naudé in sy werk wat handel met die politiek van broederskap, ‘n

definisie van transformasie in die radikale sin, soos deur Cornell geformuleer: ‘n Sisteem wat homself kan wysig sodat dit nie meer sy eie identiteit bevestig nie maar eerder ondermyn en deur die herhalende aard van die sisteem nuwe betekenisse genereer wat verder nagevolg en verbeter kan word deur die sosio-simboliese praktyk van die politieke in sy eie omgewing.<sup>18</sup>

In die eerste deel van hierdie hoofstuk bespreek ek die wisselwerking tussen demokrasie soos ons dit tans verstaan en ervaar, en die demokrasie wat moet kom soos Derrida darna verwys in sy dekonstruktiewe denkwys. Ek oorweeg die moontlikheid waar ons in afwagting is op die demokrasie wat moet kom as wyse om transformasie te bevorder.

Die beskerming van menseregte het, soos ek reeds in hoofstuk 1 genoem het, grootliks die weg gebaan vir ‘n demokratiese bestel se vestiging in Suid-Afrika. Die betekenis wat ons verleen aan menseregte en die menseregteretoriek wat daaromtrent bestaan, bepaal grootliks hoe ons demokrasie ervaar en interpreteer. Vervolgens sal die tweede deel van hierdie hoofstuk ‘n bespreking wees van die radikale en transendentale aard van die konsep menseregte. Ek sal ook aantoon hoe internasionale reg hierdie konsep gereduseer het tot ‘n instrument om mag af te dwing.

In hoofstuk 2.3 fokus ek op die potensiaal wat geleë is in regskultuur en regsinterpretasie, welke potensiaal ons moet ontgin om transformasie te bevorder. Die heersende regskultuur bepaal immers hoe regsgeleerdes argumente oorweeg en saamstel en regsinterpretasie beskou. Hoe regsgeleerdes hul rol in die demokratiese bestel beskou, spesifiek ten aansien van hul verantwoordelikheid (indien enige) vir die politieke en sosio-ekonomiese probleme in die samelewing, sal ook deur die heersende regskultuur bepaal word.

Die geleentheid wat die transendentale aard van menseregte en demokrasie bied is reg op ons as regsgeleerdes se voorstoep. Ons moet vra: Kan regsgeleerdes in hul regswerk bydra om hierdie potensiaal in demokrasie en menseregte te ontgin en so werklike transformasie in Suid-Afrika te bevorder? Ek kom tot die gevolgtrekking dat sekere kerneienskappe van

---

<sup>18</sup>Barnard-Naudé “Die Politiek van Broederskap: Jacques Derrida, Jean-Luc Nancy en Jane Alexander se *The Butcher Boys*” (2010) 7 (2) *LitNet Akademies* bl 28. Sien ook Cornell *Transformations: Recollective imagination and sexual difference* (1993) bl 2.

die regskultuur eers aangespreek sal moet word voordat regsgeleerdes sal kan bydra tot transformasie. Regskultuur moet opsigself eers transformeer voordat regsgeleerdes in staat sal wees om die paradokse wat menseregte en demokrasie bring, te kan sien en sinvol te kan interpreteer.

## 2.1 Demokrasie en die demokrasie wat moet kom

Hierbo verwys ek na die sikliese keerpunt waar die demokrasie as instansie in post-apartheid Suid-Afrika sigself tans bevind as gevolg van ontoereikende en onkritiese interpretasies wat gegee word aan aspekte van die demokrasie en die alledaagse werklikheid.

Ek beskou die huidige demokrasie in die eerste opsig soos geïmpliseer in die Grondwet van die Republiek van Suid Afrika van 1996. Currie en De Waal wys daarop dat die Grondwet opsigself nie 'n definisie voorhou van wat presies demokrasie behels nie.<sup>19</sup> Die beginsel word wel op verskeie geleenthede in die Grondwet herhaal en die aanhef tot die Grondwet verwys ook daarna dat die regering van die land gebaseer moet wees op die wil van die mense.<sup>20</sup> Currie en De Waal dui verder aan dat die Grondwet drie weergawes van demokrasie erken naamlik verteenwoordigende demokrasie, deelnemende demokrasie en direkte demokrasie.<sup>21</sup> Dit wil egter voorkom of die Grondwet primêr bemoei is met die bevordering van verteenwoordigende demokrasie deur die verskansing van politieke regte in die Handves van Menseregte ingesluit in die Grondwet.<sup>22</sup> Die Grondwet en sekere wetgewing verskaf ook 'n struktuur vir 'n verkiesingstelsel en die mandate van verteenwoordigers.<sup>23</sup> Die fokus op deelnemende demokrasie is minder pertinent, maar voorsiening word gemaak in artikel 33 van die Grondwet vir die reg op regverdige administratiewe optrede deur staatsorgane.<sup>24</sup> As teenwig vir verteenwoordigende

---

<sup>19</sup>Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* (2005) bl 13 – 18. Sien in hierdie opsig ook Roux “Democracy” in Woolman (red) *Constitutional Law of South Africa* (2006).

<sup>20</sup>Currie en De Waal (2005) bl 14. Currie en De Waal verwys ook na die Grondwetlike Hof se interpretasie van *multi-party democracy* in die saak *United Democratic Movement v President of the Republic of South Africa (No 2)* 2003 (1) SA (CC): “A multi-party democracy contemplates a political order in which it is permissible for different political groups to organise, promote their views through public debate and participate in free and fair elections. These activities may be subjected to reasonable regulation compatible with an open and democratic society. Laws which go beyond that, and which undermine multi-party democracy, will be invalid”.

<sup>21</sup>Currie en De Waal (2005) bl 14.

<sup>22</sup>Currie en De Waal (2005) bl 15.

<sup>23</sup>Currie en De Waal (2005) bl 15.

<sup>24</sup>Currie en De Waal (2005) bl 15.



demokrasie, maak die Grondwet ook voorsiening vir direkte demokrasie om diegene wat nie kan deelneem of verteenwoordig kan word deur politieke partye nie, ook te betrek. In hierdie opsig verskaf artikel 17 aan elkeen die reg tot vergadering, betoging, linievorming en petitisie.<sup>25</sup>

Die bogenoemde aspekte van demokrasie moet egter ten alle tye, soos Currie en De Waal ook tereg uitwys, verstaan word aan die hand van die basiese beginsel dat die regering hul take moet uitoefen na gelang van die wil van die (meerderheid) van sy landburgers.<sup>26</sup>

Tog kan die idees rondom demokrasie soos vervat in die Grondwet nie bloot gelykgestel word aan hoe ons tans demokrasie ervaar nie. Vir ons om die idee van demokrasie soos vervat in die Grondwet ons eie te maak, moet ons ook daarby kan insluit ons eie, uiteenlopende ervarings van demokrasie sedert die instelling daarvan ongeveer twee dekades gelede. Die aard van demokrasie is sodanig dat die verskillende ervarings nooit ingesluit word by 'n enkele idee van demokrasie nie – die rede hiervoor is eerstens omdat demokrasie gehoor gee aan die meerderheid wat deur die trek van 'n kruisie politieke partye magtig om hul lewens te beheer. Verder soos ek hieronder sal aandui, is die inherente aard van enige sisteem sodanig dat sekere ervarings daarvan nooit ingesluit of erken kan word nie. My eie ervaring is dat demokrasie grotendeels gelyk gestel word aan verteenwoordigende demokrasie, maar sonder die nodige kritiese omgang met die substansie van demokrasie en wat dit moontlik kan behels. Ek is verder van mening dat die groot diskrepansie tussen beloftes wat aan die kwetsbare individue in ons samelewing gemaak word en die misbruik van hierdie vertrouwe en lojaliteit eintlik omskryf hoe ons demokrasie tans ervaar. Hierdie weergawe van demokrasie veroorsaak verdere polarisasie en onderdrukking en is 'n teken van ons onvermoë tot transformasie.

Ons het met ander woorde te make met 'n groot diskrepansie tussen dit wat demokrasie tans is en (in elkeen se opinie) moontlik kan wees. Ons huidige weergawe van demokrasie staan egter in verhouding met 'n beter weergawe van demokrasie – die demokrasie wat moet kom. My doelwit in hierdie verhandeling is om hierdie wisselwerking te ondersoek aangesien hierdie wisselwerking in my opinie opsigself sal neerkom op 'n vorm van

---

<sup>25</sup>Currie en De Waal (2005) bl 16.

<sup>26</sup>Currie en De Waal (2005) bl 17.

transformasie.<sup>27</sup> Meer spesifiek is my doelwit natuurlik om hierdie wisselwerking van toepassing te maak op regsgeleerdes se interpretasie van demokrasie en bevordering van transformasie deur die uitvoering van sy of haar regsmerk.

Natuurlik kan ons nie die verband tussen die reg en geregtigheid vermy in hierdie gesprek nie. Die vestiging van demokrasie in Suid-Afrika poog tog om hoop op ware geregtigheid in ons samelewing te bring. Die dekonstruksie fokus in 'n groot mate op die moontlikheid van geregtigheid, en waar Derrida spesifiek die toepassing van dekonstruksie op regsinterpretasie oorweeg, is hy dit eens dat reg en geregtigheid nooit een en dieselfde konsep sal kan wees nie.<sup>28</sup> Vir Derrida is geregtigheid opsigself dekonstruksie.<sup>29</sup> Soos Derrida uitwys sal reg elke keer geskied waar 'n goeie reël toegepas word op die gepaste geval aangesien die reg berekenbaar is.<sup>30</sup> Geregtigheid is "...an experience of the impossible..." en sal ons daarom altyd ontwyk.<sup>31</sup> Die reg (en hier verwys ek na die reg in die wye sin om in te sluit 'n beginsel, reël besluit, regstelsel) is steeds 'n voorwaarde vir geregtigheid om enigsins moontlik te kan wees.<sup>32</sup> Geregtigheid is ook onberekenbaar en die gevolg is dat daar bereken moet word met die onberekenbare en sal ons die ervaring van 'n aporia hê, soos Derrida daarna verwys.<sup>33</sup> 'n Aporia of "...a non-road..." verwys na die aspekte wat ons nooit sal kan ervaar nie.<sup>34</sup> Cornell is van mening dat die aporia aanduidend is van die beperking wat geregtigheid op ons pogings plaas om ware geregtigheid te inkorporeer in die reg.<sup>35</sup> Vervolgens herdoop Cornell dekonstruksie as *the philosophy of the limit*.<sup>36</sup> Soos ons met ander woorde geregtigheid, of welke konsep ook al, probeer bepaal sal ons tegelykertyd ook die bepaling sopas gemaak moet ontken as gevolg van die beperking. Tog, ten spyte van hierdie bevestiging en ontkenning, is daar altyd die

---

<sup>27</sup>Ek verwys na Cornell se definisie van transformasie welke definisie ek ondersteun. Sien Barnard-Naudé(2010) *LitNet Akademies* bl 28. Sien ook Cornell *Transformations: Recollective imagination and sexual difference* (1993) bl 2.

<sup>28</sup>Sien in die algemeen Derrida "Force of law: 'The Mystical Foundation of Authority'" (1990) 11 *Cardoza Law Review*.

<sup>29</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 945.

<sup>30</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 947.

<sup>31</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 947.

<sup>32</sup>Briggs "Just Traditions? Deconstruction, Critical Legal Studies, and Analytic Jurisprudence"(2001) *Social Semiotics* bl 2.

<sup>33</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 947.

<sup>34</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 947.

<sup>35</sup>Cornell *The philosophy of the limit* (1992) bl 2.

<sup>36</sup>Cornell (1992) bl 2.

moontlikheid op geregtigheid en hierdie moontlikheid mag die moontlikheid oopmaak vir transformasie en die herbesinning oor die reg en die politieke.<sup>37</sup>

So ook is daar 'n beperking op ons om dit wat demokrasie kan wees te inkorporeer in wat ons tans as demokrasie ervaar en is die filosofie van die grens of dekonstruksie ook relevant in my argument ten opsigte van ons ervarings in verband met demokrasie. Die wisselwerking tussen die huidige demokrasie en dit wat demokrasie moontlik kan wees (soos die moontlikheid van geregtigheid), is een van die onderwerpe wat Derrida op sy dekonstruktiewe denkwysse aanspreek. Ek bespreek vervolgens sy denke in hierdie opsig soos geïnterpreteer deur Goosen en sal eerstens die aard van demokrasie as 'n struktuur bespreek.

Vanuit die oogpunt van die dekonstruksie kan die demokrasie as een van die vele "simboliese ordes" of strukture in ons samelewing homself keer op keer vasgevang in 'n siklus bevind weens die inherente beperkings van die struktuur.<sup>38</sup> Simboliese ordes in samelewings het ten doel om die alledaagse werklikheid te struktureer in afdelings en sodoende die werklikheid meer "gebruikersvriendelik" te maak. Hierdie strukture beskerm ons teen die weerloosheid en verganklikheid van die lewe.<sup>39</sup> Die probleem in die werking van so 'n simboliese orde, is dat hierdie struktuur altyd poog om die werklikheid vas te vang en te orden ingevolge die afdelings en kompartemente wat reeds deel uitmaak van die struktuur of simboliese orde.<sup>40</sup> Dit volg logieserwys dat so 'n struktuur nie die vermoë sal hê om dit wat ons nie verwag nie en ons verras uit die toekoms, te kan verwelkom nie. Gevolglik sal die struktuur poog om hierdie "gebeure", soos Derrida daarna verwys, terug te herlei na dit wat bekend is deur hierdie gebeure te resorteer in die kompartemente geskep binne die simboliese orde.<sup>41</sup> Goosen vertolk die "gebeure" as "...die traumatiese of verrassende toeval (of die toekoms) van die singuliere ander...ingrype van dit wat, buite enige subjektiewe verwagtingshorison, ons simboliese orde ontwig...".<sup>42</sup>

<sup>37</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 971.

<sup>38</sup>Goosen "Verlies, rou en afirmasie. Dekonstruksie en die gebeure" (1998) 1 *Fragmente* bl 56.

<sup>39</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 56.

<sup>40</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 56.

<sup>41</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 57 en 58.

<sup>42</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 56.

Die gevaar in die herhaaldelike terugherleiding van die gebeure na dit wat bekend is, is dat die werklike noemenswaardige gebeure, traumaties ten spyte, nie erken word vir dit wat dit veronderstel is om te beteken nie. In 'n simboliese orde se poging om die traumatiese gebeurtenis te verwerk, word betekenis aan die gebeurtenis verleen op so 'n wyse dat dit met gemak ervaar kan word en dat daar nie te veel ontwrigting plaasvind nie.<sup>43</sup> Geen erkenning word egter gegee aan die singuliere ander wat deur die gebeure voorgestel word nie.<sup>44</sup> Die singuliere ander verwys na dit wat altyd onbekend en vreemd sal wees indien aanskou word vanuit die huidige simboliese orde. Dekonstruksie wys aan ons uit die bestaan van hierdie ander, maar ook die beperking op ons om die ander in ons huidige verwysingsraamwerk te inkorporeer.<sup>45</sup> Indien ons dit vanuit 'n minder abstrakte oogpunt beskou verwys dit ook na individue en minderheidsgroepe wat altyd op die grense van ons samelewing beweeg omrede hul nie deur die simboliese orde geakkommodeer kan word nie.

Tydens die interpretasie van die gebeure vanuit 'n simboliese orde kan ons slegs huidige doelwitte dien. Ons is nie in staat om krities die gevolge wat ons betekenisvaslegging vir die langtermyn inhou, te oorweeg nie. Ek ontken of betwyfel nie enigsins dat ons huidige demokratiese bestel nie oor die langtermyn of gevolge besin nie. Soos Derrida egter self sê, moet geregtigheid, of demokrasie wat moet kom (*avenir of "a to-come"*) nie verwar word met toekomsverwagtinge in 'n liniêre beskouing van kronologie nie.<sup>46</sup> Die gevaar bestaan dat die toekoms in hierdie sin bloot 'n duplikasie van die hede kan wees.<sup>47</sup> 'n Simboliese orde kan homself egter maklik fnuik in die idee dat sy struktuur onfeilbaar is en by magte is om die toekoms met 'n sekere mate van sekerheid te voorspel en te bepaal. Vervolgens is die simboliese orde nie ingestel op die verrassende element van die toekoms nie.

Derrida erken self dat simboliese ordes, en ook die huidige demokrasie en sy pogings om die *status quo* te behou as 'n maatreël om sekerheid oor die toekoms te bied, nodig is vir ons ordelike bestaan.<sup>48</sup> Goosen is in hierdie opsig van mening dat Derrida die huidige Suid-

---

<sup>43</sup>Goosen(1998) *Fragmente* bl 56.

<sup>44</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 57.

<sup>45</sup>Cornell (1992) bl 1 en 2.

<sup>46</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 969. Sien ook Derrida *Politics of Friendship* (1997) ten opsigte van Derrida se hoop op die demokrasie wat moet kom.

<sup>47</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 969.

<sup>48</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

Afrikaanse demokratiese ordening sal verwelkom aangesien hierdie demokratiese ordening voorkom dat die lewe in absolute chaos ontaard.<sup>49</sup> Die gevolg van die werking van 'n simboliese orde is egter dat ons altyd 'n verlies sal ly ten opsigte van ons ervaring van die werklikheid, juis vanweë 'n simboliese orde se onvermoë om die gebeure en sy volle omvang vas te vang.<sup>50</sup>

Soos Goosen aandui, het die dekonstruksie dit dalk juis ten doel om ons te herinner aan hierdie verlies en spesifiek die simboliese orde se onvermoë om hierdie verlies te oorkom.<sup>51</sup> Op hierdie wyse word die dekonstruksie ook omskryf as 'n politiek van herinnering en behels dit dat 'n simboliese orde gasvryheid verleen aan die gebeure sonder om alles in sy vermoë te doen om die effek van die gebeure teen te werk.<sup>52</sup>

'n Verdere illustrasie van die gasvryheid waarna die politiek van herinnering verwys, is 'n analogie wat ook spesifiek toepassing vind in hierdie verhandeling. Die verhouding van die simboliese orde tot die gebeure kan vergelyk word met die verhouding van die huidige demokrasie tot die messiaanse demokrasie wat moet kom.<sup>53</sup> Soos ek hierbo bespreek het, funksioneer die huidige demokrasie as 'n simboliese orde in die sin dat dit 'n ordening van die werklikheid is wat poog om beskerming te bied teen die gebeure. Ons kan die demokrasie wat moet kom beskou as die gebeure in die sin dat dit 'n weergawe is van demokrasie wat ons altyd weer sal verras uit die toekoms.<sup>54</sup> Die demokrasie wat moet kom behou die geleentheid vir politieke aksie in die vorm van onderhandeling tussen die hede en die demokrasie wat moet kom wat inderwaarheid 'n belofte is van en in verhouding staan met die alteriteit.<sup>55</sup> Geregtigheid is natuurlik ook vir Derrida die absolute alteriteit of die absolute ander.<sup>56</sup>

Soos reeds genoem ly die simboliese orde 'n sekere verlies ten opsigte van die gebeure. So ook sal die huidige demokrasie die moontlikheid van 'n demokrasie wat moet kom verloor in

---

<sup>49</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

<sup>50</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 57.

<sup>51</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 57. So ook omvat Cornell se idee dat dekonstruksie die filosofie van die grens daarstel – Cornell (1992).

<sup>52</sup>Goosen(1998) *Fragmente* bl 57.

<sup>53</sup>Goosen(1998) *Fragmente* bl 58.

<sup>54</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 58.

<sup>55</sup>Barnard-Naudé (2010) 7 (2) *LitNet Akademies* bl 36. Hy verwys na 'n opmerking gemaak deur Derrida in 'n onderhoud oor politiek en vriendskap vervat in Derrida *Negotiations: Interventions and Interviews 1971 – 2001* (2002) bl 179 – 180.

<sup>56</sup>Derrida (1990) *Cardoza Law Review* bl 971.

die proses om homself te orden ingevolge insluitings en uitsluitingstrategieë wat deel uitmaak van moderne demokratiese stelsels – welke demokratiese stelsels nie juis die unieke en andere probeer akkommodeer nie.<sup>57</sup> ‘n Politiek van herinnering sal ons attent maak op die onvermoë van demokrasie in hierdie opsig en die verlies wat ons ly as gevolg van die onvermoë om die demokrasie wat moet kom in die verwysingsraamwerk van die huidige demokrasie in te sluit.<sup>58</sup>

Sou ons ‘n politiek van herinnering toepas op die huidige situasie in Suid-Afrika, moet ons ‘n manier vind om gasvryheid te verleen aan die demokrasie wat moet kom. Soos Goosen ook daarna verwys, lê geregtigheid vir Derrida juis daarin dat die grense van demokrasie altyd bevraagteken moet word en nie mag stagneer nie en dat daar altyd rede sal bly om te hoop dat die unieke ander gehoor sal word.<sup>59</sup> Ek het vroeër reeds aan die hand gedoen dat die Suid-Afrikaanse demokratiese bestel nie tans in staat is om nuwe kwessies te identifiseer en krities te interpreteer nie. Ons plaas ook nie genoeg klem op die onvermoë om hierdie kwessies voldoende aan te spreek nie. So bevestig ons die grense van demokrasie onophoudelik in stede daarvan dat ons die grense krities benader.

Tog doen ek aan die hand dat indien ons, wie poog om betekenis aan die gebeure te verleen, hierdie onvermoë en verlies ingedagte hou, ons bewus sal word van ‘n geleentheid om die sikliese keerpunt van die demokrasie te ontwig met die hoop dat daar ‘n beter toekoms aan die ander kant mag lê.

Alhoewel hierdie ‘n ietwat abstrakte uiteensetting is van die probleem wat aangespreek word in hierdie verhandeling, poog ek om hier die basis te lê vir ‘n benadering wat geïnspireer is deur dekonstruktiewe denke en wat deur regsgeleerdes in hul regsmerk gevolg kan word. Soos deur die loop van die verhandeling uiteengesit sal word, bedoel ek met ‘n benadering dat ‘n tipe uitgangspunt deur regsgeleerdes geneem moet word in hul regsinterpretasie. Dus moet ons op ‘n sekere manier ons regsmerk benader om sodoende vanuit die huidige demokrasie, die demokrasie wat moet kom te kan inwag in regsinterpretasie en betekenisvaslegging. Ons kan dit egter slegs doen indien ons deurentyd aandag skenk aan die beperkings van demokrasie soos wat ek tot sover in hierdie

---

<sup>57</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

<sup>58</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

<sup>59</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

hoofstuk uiteengesit het. Ons benadering tot ons regswork of die invalshoek van ons benadering, moet vervolgens ons in staat stel om hierdie beperkings te erken. Ek bespreek hierdie benadering in hoofstuk 3. Die benadering kan hopelik ook sekere problematiese fasette van die huidige regskultuur aanspreek welke fasette ek hieronder bespreek. In hoofstuk 4 keer ek weer terug na die konsep van 'n simboliese orde en meer spesifiek die reg as 'n simboliese orde om sodoende die inherente beperkings van die reg te bespreek in die lig van die aanname dat regsgeleerdes wel die voorgestelde benadering neem ten opsigte van hul regswork (en regskultuur tot 'n mate ook transformeer).

Hieronder bespreek ek eers die aard en interpretasie van menseregte aan die hand van die feit dat menseregte en die beskerming daarvan kardinaal is in die Suid-Afrikaanse oorgang na 'n demokratiese bestel.

## **2.2 Menseregte**

Met die oorgang na 'n demokratiese bestel en die erkenning van menseregte, het ons gepoog om die singuliere ander te bring tot binne die heersende struktuur of die simboliese orde. Waar die ander voorheen onsigbaar was vir die huidige bestel of simboliese orde, is die doelwit nou om die ander so te sê sigbaar te maak deur middel van die erkenning van menseregte.

Soos dit vir ons belangrik is om die beperkings van demokrasie te besef waarna ek hierbo verwys het, moet die komplekse aard en bykomende beperkings van menseregte ook begryp word indien ons met erns hierdie konsep wil beskerm en bevorder in ons samelewing. Menseregte kan egter nie net bloot aan die ander "verleen" word sonder dat 'n aantal bykomende kwessies opduik nie – juis vanweë die komplekse aard van menseregte.

Hedendaagse menseregteretoriek soos dit ontstaan het en ontwikkel word in post-apartheid Suid-Afrika en meer spesifiek in die Suid-Afrikaanse regskultuur, gee nie ag aan die komplekse aard van die konsep menseregte nie.

Dit is nie so verbasend dat ons (die publiek, die media, die politici asook regsgeleerdes) deur middel van menseregteretoriek die konsep van menseregte wil vereenvoudig nie. Ons bevind onself in 'n samelewing (ek verwys hier na 'n globale samelewing) waar

vereenvoudigde en kitsoplossings aan die orde van die dag is. Dit volg logieserwys dat ons samelewing ook 'n radikale en potensieel transformatiewe konsep soos menseregte tot 'n mate in 'n blik sal druk om iets werkbaars daarmee te produseer wat vinnige oplossings op ons probleme bied. Hierdie kenmerke van ons samelewing vind ook hul weg in regs-kultuur en ek sal in die laaste deel van hoofstuk 2 hierdie kwessie verder bespreek.

Die onkritiese aard van die menseregteretoriek wat ontstaan veroorsaak dat menseregte gereduseer word tot 'n redelike leë konsep. Hierdie redusering van menseregte is eintlik 'n blote ontkenning van die aard van menseregte. Met hierdie houding teenoor transformatiewe konsepte in die algemeen en menseregte spesifiek, sal interpreteerders van hierdie konsepte verseker nie anders kan as om ontoereikende interpretasies en begrip van menseregte te bevorder nie. Ongelukkig neem ontoereikende interpretasies die hoop weg van diegene wie se bestaan juis daarop – die hoop in menseregte – staatmaak. Met ander woorde, die kwetsbare individue op die marges van die samelewing sal die ergste benadeel word as gevolg van hierdie probleem.

Ek keer nou terug na die bewering: Menseregte word aan die ander “verleen” om hul sodoende in te sluit in die huidige demokrasie. Ons kan eerstens vra wat is die *causa* agter die verlening van menseregte – wanneer is iemand geregtig op menseregte? 'n Verdere vraag kan lui: Kan menseregte werklik verleen word of word daar eerder aangedring op menseregte?

Die vrae hierbo word gestel ten einde inleiding te gee tot die kernvraag in hierdie deel van die hoofstuk: Wat is menseregte? Indien ons erns wil maak met die interpretasie van menseregte en wil verstaan waarom menseregteretoriek ontwikkel het soos dit tans daaruit sien, moet ons eerstens kan bepaal wat menseregte inderwaarheid is.

Ek steun op werke van Costas Douzinas asook Jeanne Schroeder se interpretasie van sy werke, om die bogenoemde vrae te beantwoord en om die aard van menseregte te ontbloot.<sup>60</sup> Alhoewel Douzinas se werke betrekking het op 'n meer globale perspektief van

---

<sup>60</sup>Douzinas (2007) bl 4 – 33. Sien ook Jeanne Schroeder se boekbespreking “Left Against Rights: A review of Douzinas ‘Human Rights and Empire’”(2008) wat te vinde is op Social Science Research Network <http://ssrn.com/abstract=1104773>. Sien ook Douzinas *The End of Human Rights* (2000) waar Douzinas die eerste keer verwys na die feit dat menseregte net paradokse het om te lewer, asook die kritiek teen hierdie siening van hom: Morss “Saving Human Rights from its Friends: A Critique of the Imaginary Justice of Costas



menseregte, is sy argument myns insiens ook van toepassing op menseregte in 'n plaaslike post-apartheid konteks. Douzinas pas ook dekonstruktiewe denke toe op die konseptualisering van menseregte.<sup>61</sup>

Die idee en beskerming van menseregte word bevorder om tot 'n mate 'n morele standaard daar te stel wat as wapen teen onderdrukking gebruik moet kan word.<sup>62</sup> Douzinas argumenteer dat menseregte die *tools of empire* geword het wat wêreldmoondhede gebruik om die vestiging van vrye handel en kapitalisme in die derde wêreld of ontwikkelende lande te regverdig.<sup>63</sup> Hy argumenteer dus dat die beroeping op menseregte die teenoorgestelde gevolge teweeggebring het as wat geantisipeer en voor gehoop is, soos ek hierbo noem.<sup>64</sup>

Die eerste hoofstuk van *Human Rights and Empire* se titel lui *The paradoxes of human rights* – Douzinas is vervolgens van mening dat menseregte slegs paradokse het om te lewer.<sup>65</sup> Hy wys daarop dat hy nie hiermee bedoel dat die paradoksale aard van menseregte opgelos moet word om menseregte te “herstel” nie; hy is van mening dat die paradoksale aard van menseregte juis orde of sin aan menseregte verskaf.<sup>66</sup> Meer hieroor egter later.

Die konsep van menseregte is paradoksaal van aard omrede dit feitlik onmoontlik is om hierdie konsep te peil en vas te vang. Hierdie onmoontlikheid is die gevolg van verskeie

---

Douzinas” (2003) 27 *Melbourne University Law Review*; Motha en Zartadoulides “Law, Ethics and the Utopian End of Human Rights” (2003) 12 *Social Legal Studies*. Morss argumenteer dat Douzinas se benadering teenoor menseregte nie gepas is vir 'n demokratiese en geregtigheid-gebaseerde benadering to menseregte nie. Motha en Zartadoulides argumenteer aan die ander kant dat Douzinas 'n te positiewe benadering to menseregte inneem. Hierdie teenstrydige kommentaar is aanduidend van die komplekse aard van menseregte.

<sup>61</sup>Sien ook Douzinas, Warrington en McVeigh *Postmodern Jurisprudence: The Law of the Text in the Text of the Law* (1991). Douzinas en andere merk op bladsy 19 -20 ten opsigte van die natuureg as oorsprong van menseregte dat “...Natural law and natural rights theories per se are not of great purchase in late modernity. They retain their place in the curriculum mainly on account of their age, infinite manipulability and pedagogical usefulness. Their latest mutation in the theory of fundamental human rights is of great ideological and rhetorical force, but of little specific content...” soos ook aangehaal in Lenta (2001) *SAJHR* bl 176.

<sup>62</sup>Douzinas (2007) bl 7.

<sup>63</sup>Schroeder (2008) bl 7.

<sup>64</sup>Schroeder (2008) bl 7– Schroeder verwys spesifiek daarna dat omrede menseregte te make het met menslikheid of menswaardigheid (*humanity*) en menslikheid, menseregte 'n *non-essence* of konsep is wat konstant herdefinieer word en daarom 'n leë konsep daarstel. Verder, aangesien internasionale reg, welke instansie op globale vlak menseregte moet beskerm en afdwing, in Douzinas se opinie nie geskik is om sy taak uit te voer nie, kan menseregte nie die doelwitte bereik wat die voorstanders daarvan ingedagte gehad het nie.

<sup>65</sup>Douzinas (2007) bl 8.

<sup>66</sup>Douzinas (2007) bl 8.

diskoerse wat deel uitmaak van die konsep menseregte en so vorm en betekenis daaraan (probeer) verleen.<sup>67</sup> Die onderskeie diskoerse vind hul oorsprong in talle uiteenlopende teorieë en denkskole waar denkers hulself bemoei met die interpretasie van menseregte. Gevolglik is dit onmoontlik om een enkele teorie te vind wat universele inhoud en betekenis aan menseregte kan verleen.<sup>68</sup> Douzinas verwys na grondwetlike, regs, regsprekende, akademiese, politiese en kulturele instansies, om maar net 'n paar te noem, wat onder andere bydra tot hierdie diskoerse.<sup>69</sup>

'n Verdere karaktereienskap van menseregte wat lei tot sy paradoksale aard is die semantiese samestelling van die konsep.<sup>70</sup> Die term "regte" soos deel uitmaak van die konsep "menseregte", veroorsaak dat ons dadelik 'n konnotasie maak met die reg en die regstelsel.<sup>71</sup> Vervolgens is die Westerse konsep van 'n reg, geskep deur die eerste moderne regstelsels en ook geag as die boublokke van die reg soos deur hierdie stelsels gespreek, 'n inherente deel van die konsep van menseregte.<sup>72</sup> So 'n reg veroorsaak dat 'n individu aan wie hierdie reg verleen is, geregtig is op 'n sekere saak of aspek en kan hierdie individu hierdie reg afdwing teen een en elk wat sou poog om hom as die reghebbende van sy reg te ontnem.<sup>73</sup> Regte kan vervolgens nie anders as om bloot die *status quo* te bevestig nie: 'n Saaklike reg bevestig immers dat 'n saak aan die reghebbende behoort. Geen ruimte word gelaat vir besinning oor 'n ander, teenoor wie hierdie reg afdwing word, se behoeftes nie. Daarmee saam plaas 'n reg 'n absolute einde aan enige ondersoek na die geskiedkundige verloop wat daartoe gelei het dat die reghebbende die saaklike reg bekom het.

Belangrik vir die doeleindes van hierdie verhandeling, is dit juis hierdie kenmerk (regstegniese kenmerk) wat menseregte op die drumpel van regsgeleerdes posisioneer. Die probleem blyk te wees dat regsgeleerdes meestal slegs menseregte sal innooi van die voorstoep af op die voorwaarde dat hierdie konsep hom voorhou as 'n reg in die Westerse en konserwatiewe regstegniese sin van die woord. Dit wil ook voorkom of dié konsep

---

<sup>67</sup>Douzinas (2007) bl 8.

<sup>68</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>69</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>70</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>71</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>72</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>73</sup>Douzinas (2007) bl 9.

oormatige bagasie saam met hom dra waarvan ons as regsgeleerdes rekening sal moet neem in ons benadering tot die konsep menseregte.

Die term “mense”, of *human* soos in die Engelse woord *human rights*, dui op die moraliteitsaspek, of die humanistiese eienskap van menseregte.<sup>74</sup> Menseregte word daarom beskou as regte of *legal rights* maar in ‘n spesiale subkategorie onder die oorhoofse kategorie van regte, as gevolg van die waardevolle goedere wat beskerm moet word soos waardigheid, vryheid en gelykheid.<sup>75</sup>

Tog, soos ook uit Suid-Afrika se eie geskiedenis blyk, is menseregte meer as net regte in ‘n regtegniese sin, aangesien dit juis eise is van diegene wat nie deur die regstelsel van die dag erken is nie.<sup>76</sup> Om die vraag wat ek vroeër gestel het in hierdie opsig te beantwoord: Menseregte behoort nie “verleen” te word nie omrede dit impliseer dat die *status quo* bloot gehandhaaf word. Menseregte verteenwoordig eerder ‘n verbinding tussen die reg en moraliteit en is menseregte juis die teenpool van ander regtegniese regte: Menseregte poog nie om die *status quo* te bevestig nie, maar dien eerder as ‘n uitroep om aandag te vestig op die onregte soos ervaar deur die ander.<sup>77</sup> Daarom kan ons wel sê dat menseregte ‘n ondermynende aard het en dit word gevolglik al moeiliker om menseregte met regte te versoen. Douzinas wys juis daarop dat menseregte se mag lê in hul “...rhetorical ambiguity and oscillation between the extant state of law and an absent desired state of perfection...”<sup>78</sup> In hierdie opsig maak menseregte nie meer slegs deeluit van die positiewe regstelsel nie, maar ook van die genegeerde morele en politieke filosofie.<sup>79</sup>

As ons ‘n gesprek voer oor die vraag waarom menseregte spesifiek mense toekom (of deur mense geëis kan word), betree ons die gebied van jurisprudensie (die Engelse term, *jurisprudence*) en so word nog ‘n groepering gevoeg tot die lys van vakrigtings wat sin

---

<sup>74</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>75</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>76</sup>Douzinas (2007) bl 9. Sien ook in hierdie verband Heyns “A struggle approach to human rights” in Soeteman (red) *Pluralism and law* (2001) bl 171 waar Heyns menseregte tot ‘n mate gelykstel aan regmatige opstand of *legitimate struggle*. Van Marle “Lives of action, thinking and revolt – A feminist call for politics and becoming in post-apartheid South Africa” (2004) 19 *SAPR/pl* bl 606 wys egter daarop uit dat hierdie gelykstelling van menseregte aan *legitimate struggle* neerkom op ‘n redusering van menseregte en beperking plaas op denke en politiek rondom hierdie transformatiewe konsep.

<sup>77</sup>Douzinas (2007) bl 10.

<sup>78</sup>Douzinas (2007) bl 10.

<sup>79</sup>Douzinas (2007) bl 10.

probeer maak van die komplekse aard van menseregte.<sup>80</sup> In jurisprudensiële kringe word daar al vir eeue gedebatteer oor die oorsprong van menseregte en die regverdiging vir die verlening daarvan: Is dit vanuit die natuur as sodanig (dus natuurlike regte), uit rede en rasionaliteit, uit religieuse bronne of menslike natuur, of slegs vanuit grondwette, internasionale reg en humanistiese verdrae (dus nie meer natuurlike regte nie, maar mense regte)?<sup>81</sup> Die laaste opsie word tans algemeen aanvaar as die bron van menseregte in 'n samelewing, soos ook in Suid-Afrika waar menseregte uiteengesit word in die Handves van Menseregte wat opgeneem is in die Grondwet. Op hierdie wyse kan die moontlikheid dat menseregte moontlik in 'n religieuse of ideologiese beginsel sy oorsprong het, liefs vermy word omrede dit vrae sal ontketen oor die universele aard daarvan. Menseregte word met ander woorde beskerm vir diegene wat reeds erken word deur 'n staat, regstelsel of simboliese orde en nie vir die weerloses en haweloses op die marges van die stelsels en ordes nie, wat eintlik die meeste aanspraak daarop behoort te hê.<sup>82</sup>

Die sogenaamde universaliteit en tydloosheid van menseregte kan natuurlik nie meer gestand gedoen word in 'n post-moderne samelewing nie. Daar word immers gereeld nuwe fasette uitgevind oor die mensdom en menslike natuur om nie te praat van kulturele verskille en konsepsies nie.<sup>83</sup> Ons moet met ander woorde gebruik maak van alternatiewe teorieë om regverdiging te verleen aan menseregte. Douzinas wys daarop dat hierdie teorieë onder andere sal poog om die sosiale waardes van die *deep structure* van 'n gemeenskap te vind en hierdie waardes dan op te hef en regtens te beskerm. Hierdie poging is egter bloot weer erkenning van bevestigde waardes en sal die geleentheid om nuwe waardes te identifiseer ons ontgaan.<sup>84</sup>

Die gevolg van die bogenoemde problematiek is dat die standaard vir menseregte tans neergelê word deur regeringsamptenare en internasionale organisasies. Op hierdie wyse kan dit nie meer beweer word dat menseregte sy morele oorsprong het in 'n geestelike,

---

<sup>80</sup>Douzinas (2007) bl 10.

<sup>81</sup>Douzinas (2007) bl 10.

<sup>82</sup>Douzinas (2007) bl 10.

<sup>83</sup>Douzinas (2007) bl 11. Sien ook Lenta (2001) *SAJHR* bl 176 waar hy die verwerping van beide positivisme en natuurregleer bepreek:

... (T)here is growing scepticism regarding traditional natural law as a source of values: the claim that there are a small number of fundamental principles, universals, ideals or standards that every legal system ought to include. Classical teleology has become historically exhausted and religious transcendence today fails to command widespread or uniform acceptance...

<sup>84</sup>Douzinas (2007) bl 11.

alwetende rasionaliteit of natuurlike of sosiale integriteit nie, maar in die onderhandelinge, belange en skikkings tussen state (of op 'n plaaslike vlak, van regeringsinstansies).<sup>85</sup> Tot 'n mate is dit in werklikheid ook waarna demokrasie gereduseer word.

In die proses om die teenstrydighede wat veroorsaak word deur die bogenoemde regverdigings en rasionalisering van menseregte op te los, kom liberale jurisprudence dikwels voor bloot as 'n rasionalisering van magsverhoudings en werke, en volg hierdie rasionalisasie die feite op in tyd – wat eintlik weer neerkom op die bevestiging van die *status quo*.<sup>86</sup>

Ek het tot dusver aangedui dat menseregte verduidelik kan word aan die hand van regsteorie, morele en politieke filosofie en jurisprudence. Menseregte is egter veronderstel om verhewe te wees bo hierdie groeperinge en is die verhewe status van menseregte juis as gevolg van die sogenaamde universele aard daarvan.<sup>87</sup> Wat volg is die gemaklike verband met liberalisme, kapitalisme en individualisme.<sup>88</sup> Tog word menseregte net so maklik op aanspraak gemaak deur ander groepe met meer sosialistiese beginsels.<sup>89</sup> Die aanvanklike reaksie hierop is sekerlik dat hierdie eienskap van menseregte 'n goeie eienskap is en verseker dat elke mens, ongeag van sy eie oortuigings en kultuur, aanspraak kan maak op menseregte. Tog is dit juis hierdie kenmerk wat menseregte moontlik betekenisloos laat, nie weens die feit dat dit aangevoer kan word deur navolgers van opponerende ideologieë nie, maar weens die feit dat dit gemanipuleer kan word om die doeleindes van spesifieke magskonstruksies te dien. Hierdie gebruik van menseregte kom dus weereens neer op die rasionalisering van mag.<sup>90</sup> Moontlik is die probleem ook dat daar in hierdie geval enersyds op die universele aard van menseregte gesteun word – en dus dat partye met teenoorgestelde ideologiese oortuigings tegelykertyd daarop kan steun – en andersyds word die universaliteit van menseregte juis op hierdie wyse verkeerd bewys. Dit word duidelik dat menseregte geïnterpreteer in 'n spesifieke konteks nooit net so kan geld vir

---

<sup>85</sup>Douzinas (2007) bl 11.

<sup>86</sup>Douzinas (2007) bl 11.

<sup>87</sup>Douzinas (2007) bl 12.

<sup>88</sup>Douzinas (2007) bl 12.

<sup>89</sup>Douzinas (2007) bl 12.

<sup>90</sup>Douzinas (2007) bl 11.

diegene wat hulself in 'n ander, onbekende, konteks bevind nie. Ons het hier te doen met een van die kenmerkende paradokse van die konsep menseregte.<sup>91</sup>

Douzinas is van mening dat die Westerse opvatting van menseregte sodanig lui dat die reg wat 'n individu het op 'n sekere aspek ook gelyk gestel kan word aan die begeerte van daardie individu. So word wegbeweeg van die idee dat menseregte eintlik te make het (of behoort te hê) met fundamentele menslike goedere.<sup>92</sup> Die semantiese herleiding van die konsep menseregte na 'n vervulling van individuele begeerte in die konteks van 'n kapitalistiese ideologie, plaas menseregte ook in die sfeer van taalkunde, sielkunde en psigiatrie.<sup>93</sup>

Laastens toon Douzinas aan dat menseregte tog ook in die geskiedenis gebruik is in die bevraagtekening van diktatorskappe, die gesag van die staat en in opstande teen publieke en private uitbuiting en onderdrukking.<sup>94</sup> Die skepping van natuurregte, revolusies teen die middelklasse wat bevoordeel is deur natuurregte, die humanistiese ondernemings na afloop van die wêreldoorloë en die uiteindelijke verheffing van menseregte in sy hedendaagse vorm(s) is alles bewyse dat menseregte en sy geskiedkundige voorgangers lank al deel is van die tradisie van ondermyning en opstand teen diktatorskappe en onderdrukkende regimes.<sup>95</sup> Die Suid-Afrikaanse *Struggle* en *Freedom Fighters* is goeie voorbeelde van bewegings wat, deur menseregte op te eis, ongeregtigheid en onderdrukking beveg het – juis die rede waarom menseregte en menseregteretoriek 'n kern fokuspunt is in hierdie verhandeling.<sup>96</sup>

Hierbo dan die uiteensetting van al die lae, soos Douzinas daarna verwys, wat saam die ui maak wat menseregte is; elke denkskool se benadering ten opsigte van menseregte is net

---

<sup>91</sup>Hierdie aard van menseregte is aanduidend van die feit dat die konsep menseregte dekonstrueerbaar is. Lenta (2001) *SAJHR* bl 199 verwys na Balkin "Deconstructive Practice and Legal Theory" (1987) 96 *Yale LJ* bl 743 en 782 wat noem dat die dekonstruktiewe lees van regstekste 'n werktuig vir beide regsgeestes (konserwatiewe denkers) sowel as linkgesindes (liberale denkers) kan wees. Tog, soos Derrida uitwys behoort dekonstruksie – en ook die dekonstrueerbaarheid van menseregte – nie te lei tot 'n nihilistiese ingesteldheid nie, maar eerder as die verantwoordelikheid teenoor die ander. Sien Derrida "'The Laws of Reflection': Nelson Mandela in Admiration" in Derrida en Tlili (red) *For Nelson Mandela* (1987) in hierdie verband.

<sup>92</sup>Douzinas (2007) bl 11.

<sup>93</sup>Douzinas (2007) bl 11.

<sup>94</sup>Douzinas (2007) bl 11.

<sup>95</sup>Douzinas (2007) bl 12.

<sup>96</sup>Sien in die algemeen Heyns (2001).

nog 'n laag van hierdie ui.<sup>97</sup> En dan die opspraakwekkende stelling van Douzinas: "...There is nothing at the core of the onion, no centre or kernel that gives human rights their overall shape...human rights are nothing more than the various perspectives on them..."<sup>98</sup> Ons het nie meer te make met 'n situasie waar menseregte verduidelik word aan die hand van menseregteretoriek nie; menseregte word inderwaarheid gelykgestel aan menseregteretoriek.

Douzinas is dit eens dat menseregte se (mis)bruikbaarheid vir verskeie denkskole aan die weerskante van die ideologiese skaal (welke bruikbaarheid lei tot die aanname dat menseregte universeel kan geld) ook menseregte se swakpunt blyk te wees.<sup>99</sup> Hy dui daarop dat te hoë verwagtinge gestel word vir menseregte.<sup>100</sup> Menseregte word vereer as regverdiging vir interstaatlike oorloë teen terrorisme met die skynbare eerbare doel voor oë om demokrasie te vestig in derde wêreldse, nie-westerse lande.<sup>101</sup> Tegelykertyd word menseregte afgemaak as 'n kommoditeit wat deeluitmaak van die daaglikse verbruikersmandjie van 'n inwoner van 'n Westerse kapitalistiese demokrasie.<sup>102</sup>

In die lig van bogenoemde en ook met verwysing na die aanknopingspunt van hierdie hoofstuk, naamlik dat die beskerming van menseregte nodig was om demokrasie in Suid-Afrika te vestig, wil ek waag om sover te gaan en die probleem voor hande ten aansien van die aard van menseregte te reduceer na 'n drieledige standpunt, spesifiek vir die doeleindes van hierdie verhandeling. Eerstens: Dit kan met sekerheid gesê word dat die betekenis van menseregte onseker is; onbepaalbaar en manipuleerbaar. Tog is daar die regtegniese aspek van menseregte, soos hierbo na verwys<sup>103</sup> en Douzinas wys uit dat die reg en regsgeleerdes spesifiek gefokus is op hierdie klein bepaalbare faset van menseregte.<sup>104</sup> Die onbepaalbaarheid waarin hierdie klein faset homself bevind, word totaal buite berekening gelaat. Daar word met ander woorde stagnante grense gestel wat gehoorsaam word sonder enige kritiese bevraagtekening: Ons volg bloot wat die wet bepaal.

---

<sup>97</sup>Douzinas (2007) bl 14.

<sup>98</sup>Douzinas (2007) bl 14.

<sup>99</sup>Schroeder (2008) bl 2 en Douzinas (2007) bl 33.

<sup>100</sup>Schroeder (2008) bl 2.

<sup>101</sup>Douzinas (2007) bl 32.

<sup>102</sup>Douzinas (2007) bl 32.

<sup>103</sup>Douzinas (2007) bl 9.

<sup>104</sup>Douzinas (2007) bl 13.

In 'n komplekse en sensitiewe konteks soos dié van post-apartheid Suid-Afrika, is hierdie benadering tot 'n mate verstaanbaar aangesien ons wil vasklou aan die bietjie sekerheid wat hierdie benadering moontlik kan bied. Die probleem is egter dat die radikale potensiaal van menseregte juis gevind word in hierdie onbepaalbaarheid. 'n Tipe homeostase moet met ander woorde nagestreef word in terme waarvan daar deurlopend heen en weer beweeg kan word tussen die bepaalbaarheid en die onbepaalbaarheid van menseregte; dus 'n tipe "tentatiewe" posisionering in verhouding tot menseregte.

So 'n tentatiewe posisionering sal plaasvind in 'n konteks waar menseregte (en ek self steun op hierdie punt as 'n bindingsmiddel tussen hoofstuk 2.1 en 2.2 van hierdie verhandeling) bloot beskou word as 'n middel tot 'n doel en nie 'n doel in sy eie reg nie – eintlik 'n werktuig, of soos in Douzinas se konteks; *a tool of empire*. Vervolgens is die tweede aspek tot die problematiek rondom menseregte dat menseregte in sekere opsigte as beskermwaardig beskou word, bloot om sodoende demokrasie in post-Apartheid Suid-Afrika te vestig en te behou. Douzinas kritiseer die misbruik van menseregte op hierdie wyse en beskou die oorlog in Irak as 'n goeie voorbeeld van die instrumentaliteit van menseregte: 'n Geval waar mense vergete gebly het, maar menseregte seëvier.<sup>105</sup> Kan dit ook gesê word van Suid-Afrika?

Die derde faset van die problematiek rondom menseregte is soos wat ek vroeër reeds genoem het, die feit dat menseregte soos ons dit tans verstaan, eintlik niks meer is as die menseregteretoriek wat daaromtrent ontstaan het nie. Juis omdat die aard van menseregte so onbepaalbaar is en gevolglik so maklik gebruik kan word om enige propaganda vir mag te verdedig (ongeag van die ideologiese motivering daaragter), word menseregte verskillend ervaar. Ongelukkig is dit die ervarings en persepsies van diegene in posisies van mag wat herlei word na algemene aanvaarde menseregteretoriek.

Nou word ons gelaat met betekenis en interpretasies van menseregte wat die gekompliseerde geskiedenis van die ontstaan van hierdie begrip ontken, wat die radikale politieke mag wat hierdie konsep vergesel, misbruik en wat die potensiaal onderdruk om werklik ondermynend en krities te wees jeens die *status quo*.

---

<sup>105</sup>Douzinas (2007) bl 32 en 33. Ek interpreteer Douzinas se standpunt in hierdie opsig dat hy daarop wys dat die instansie van demokrasie en menseregte (skynbaar) bevorder word in bv Irak, maar nie in essensie nie.



Hoekom die *status quo* bevraagteken? Waarom die gemak wat *business as usual* bied, van die tafel afskuif – is dit werklik nodig? Hierbo het ek aangevoer dat demokrasie soos ons dit tans verstaan en beoefen, bloot daarop gemik is om dit wat ons ken en dit waarmee ons gemaklik is, te behou. Ja, ons het onself gewend tot 'n demokratiese stelsel om stabiliteit te behou ten tye van transformasie, en demokrasie bring 'n mate van orde tot die samelewing wat selfs deur Derrida as noodsaaklik beskou word.<sup>106</sup> Net so het die beskerming van menseregte in die vorm van 'n geskrewe handves, tesame met 'n formele presedenteleer 'n broodnodige struktuur daargestel waarsonder demokrasie nie noodwendig die lig sou sien nie. Wat doen ons nou met die inhoud van hierdie strukture van demokrasie en menseregte? Meer belangrik, wat behoort ons te doen met daardie gebeure van buite hierdie gemaksone wat tog so maklik net in 'n kompartement toegedeel kan word en mooi kan lyk saam met al die ander goed-georganiseerde gebeure? Hoe help ons Douzinas in sy projek om regte (*rights*) te red van menseregte (*human rights*)?<sup>107</sup>

Die ossillasie van die konsep menseregte tussen die werklike posisie wat dit beklee in die regstelsel en die “...absent desired state of perfection...”<sup>108</sup> kan natuurlik (en die trant van Douzinas se artikel is ook aanduidend van sy ondersteuning van so 'n interpretasie) gesien word as 'n soortgelyke verhouding wat die huidige demokrasie met die demokrasie wat moet kom en die reg met geregtigheid het in die sin dat dit 'n wisselwerking is tussen dit wat is en dit wat dit kan wees. Vervolgens is menseregte dekonstrueerbaar en moet ons weereens attent wees op die beperkinge wat van toepassing is in hierdie opsig, soos ek ook hierbo uitgewys het.

Ek is van mening dat ons 'n manier moet vind om meer attent te wees op die potensiaal maar ook beperkinge wat vanuit hierdie konserwatiewe strukture, van menseregte en demokrasie, gerealiseer kan word. Ek sluit aan by Douzinas en ek hou voor dat die onbepaalbaarheid van menseregte, die instrumentaliteit daarvan, asook die blote bestaan en onafwendbare ontwikkeling van menseregteretoriek 'n wyse is waarop individue hul ervaring van wat die wêreld is en ook moet wees, kan weergee.<sup>109</sup> Hierin lê soveel

<sup>106</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

<sup>107</sup>Schroeder (2008) bl 2 verwys na die feit dat Douzinas nie afstand doen van die idee van regte nie, maar wil hy eerder “...save rights from human rights...”.

<sup>108</sup>Douzinas (2007) bl 10.

<sup>109</sup>Douzinas (2007) bl 33.

geleentheid vir gesprekvoering en politieke aksie. Alhoewel klinkklare finaliteit nooit bereik sal kan word ten aansien van die werklike betekenis van menseregte en demokrasie nie, kan 'n beter begrip verkry word en beter pogings aangewend word om die ideale samelewing te bereik of demokrasie wat moet kom in te wag.<sup>110</sup> Die feit dat ons nooit finaliteit sal kan bereik rondom betekenis nie, is eintlik ook die kruks van die mag wat geleë is in menseregte en demokrasie, aangesien die tentatiewe samekoms rondom hierdie konsepte myns insiens die enigste wyse is hoe transformasie bevorder kan word. Finaliteit ten aansien van betekenis sal 'n tentatiewe samekoms verhinder aangesien daar nie meer rede sal wees vir hierdie samekoms nie; ons het dan reeds die finale antwoord. Ek sal die idee van 'n tentatiewe samekoms in hoofstuk 3 bespreek as deel van die benadering wat ek voorstel.

Dit is nie 'n geval van "uit die boks" dink nie, want die boks (struktuur) is daar. Dit is eerder die oorweging dat die boks se struktuur nie so onfeilbaar solied en onbuigsaam is soos wat dit mag voorkom vir die persoon binne die boks nie. Daar is die potensiaal dat hierdie boks iewers 'n opening het waardeur die unieke, die onkonvensionele en die skrikwekkende-ander die boks kan binnekom, heel ongesiens. Ons moet gereed wees om hierdie gaste te verwelkom.

Die "ons" waarna ek verwys, kan Suid-Afrikaners en eintlik die mensdom in geheel wees. Vir die doeleindes van hierdie verhandeling, bedoel ek egter met "ons", spesifiek "ons (as) regsgeleerdes". Ek sal in hoofstuk 3 meer in diepte handel met die idee van "ons" en die problematiek daaromtrent, spesifiek in die konteks van 'n tentatiewe samekoms van regsgeleerdes.

Ek is ten sterkste van mening dat regsgeleerdes deur middel van regsinterpretasie, 'n groot bydrae maak tot betekenisvorming van ons demokrasie en menseregte. Sommige regsgeleerdes sal die bydrae ontken vanweë die feit dat demokrasie en menseregte verbind word met politiek en sosiale kwessies waarvan die reg absoluut en definitief geskei is. Ander regsgeleerdes mag tot 'n mate saamstem dat hul bydra tot die bepaling van

---

<sup>110</sup>Sien Lenta (2001) *SAJHR* bl 181 waar hy verwys na Foucault en Derrida en uitwys dat geen diskoers ooit 'n spieëlbeeld van realiteit kan wees nie. Lenta dui ook daarop dat die idee van verteenwoordiging van verskillende groepe mense deur byvoorbeeld diskoers bevestigteken moet word, maar dat die dekonstruksie juis kan uitwys hoe mag deur middel van diskoers afgeforseer word en kan lei tot onderdrukking. sien ook in hierdie verband Foucault *The Archaeology of Knowledge* (1972); Foucault *The Will to Knowledge: The History of Sexuality* vol 1 (1990) en Derrida *Of Grammatology* (1976).

menseregte en demokrasie, maar onderhewig daaraan dat hierdie bydrae geskied deur middel van 'n streng tegniese en formalistiese toepassing van reeds bepaalde beginsels.

Menseregteretoriek het nie sy ontstaan vanuit streng gereguleerde prosesse soos die skepping van wetgewing en die spreking van reg nie. Menseregteretoriek ontstaan in die agterstraatjies van die regsprofessie; tussendeur die bespreking van sake op die amptelike agenda van 'n vergadering, in die agtergeblewe oorwegings wat nie deel vorm van die argument om 'n saak te wen nie en in elke geval waar 'n regstudent besluit het om nie die *locus classicus* te bevraagteken nie, omdat die handboek en die vraestel wat hy die volgende dag skryf, so vereis.

Daar is twee oorhoofse faktore wat sal bepaal hoe regsgeleerdes hul taak ten opsigte van die interpretasie van menseregte, demokrasie en ook die Grondwet sal beskou.<sup>111</sup> Die een faktor wat ek in hierdie hoofstuk sal bespreek, is die heersende regskultuur waaronder die regsgeleerde onderrig word en werksaam is. Die ander faktor is die struktuur wat die reg bied en waarbinne die regsgeleerde homself bevind en in terme waarvan die regsgeleerde moet optree; met ander woorde die boks. Hierbo dui ek aan dat ons slegs sal kan bydra tot transformasie indien ons die vermoë bekom om die inhoud van die boks waarin ons noodwendigerwys onself bevind, anders benader. Met ander woorde: Dit is nie net die boks, of net die inhoud wat ons situasie bepaal op die ou einde nie. Dit is die wisselwerking tussen die twee.

Net so is ek nie bereid om toe te gee dat eerstens regskultuur of grotendeels die struktuur van die reg bepaal hoe regsgeleerdes teweerk gaan (al dan nie) met transformatiewe kwessies nie. Daar is nie vir my 'n klinkklare skeiding tussen hierdie faktore nie.

Ek gaan eerstens hieronder regskultuur bespreek, spesifiek in die lig van die verhouding waarin regskultuur staan tot menseregte en demokrasie en ook die inherente beperkings wat regskultuur inhou. In hoofstuk 4 keer ek terug na die struktuur of vorm van die reg, en ook die beperkings in hierdie opsig ten aansien van die bevordering van transformasie.

---

<sup>111</sup>Nodeloos om te sê kan daar verskeie aspekte wees wat 'n impak op regsgeleerdes se werkswyses sal hê. Hierdie verhandeling verleen egter erkenning spesifiek aan die kulturele elemente van die reg sowel as die struktuur van die reg.

### 2.3 Regskultuur en kulturele beperkings

Ek het hierbo 'n uiteensetting verskaf van 'n dekonstruktiewe benadering tot demokrasie en menseregte deur te wys op die verskeie ervaringe en betekenis wat aan hierdie konsepte gekoppel kan word. Ek het beide die instansie van demokrasie en die konsep van menseregte vergelyk met Derridase simboliese orde, wat 'n strukturele ordening in die samelewing daarstel om sodoende beter sin te maak van daaglikse realiteit.

Die simboliese ordes wat geskep word rondom die begrippe menseregte en demokrasie is 'n poging om die transendentale aard van die begrippe asook die onsekerheid wat daarmee gepaard gaan, teë te werk deur 'n mate van struktuur te skep en 'n tipe finale betekenis daar te stel. Menseregte kan sodoende op 'n eenvoudiger wyse begryp en gebruik word. Vervolgens begin regssubjekte te praat oor hul ervaringe en verstaan van hierdie transformatiewe konsepte en sodoende ontstaan menseregteretoriek. Die struktuur agter menseregte en demokrasie wil egter hierdie retoriek wat ontstaan het beperk, aangesien dit onsekerheid veroorsaak. Magsinstansies se bydraes tot menseregteretoriek word verhef tot gesag en bepaal voortaan die betekenis van menseregte en demokrasie. Hierdie betekenis is steeds oop vir nie-amptelike kritiese oorweging en behoort 'n gesprek weer aangevuur te word oor die skynbare verhewe betekenis en ervaring daarvan. Die siklus begin dan van voor af.

Ter inleiding tot hoofstuk 2 het ek genoem dat die Suid-Afrikaanse demokrasie sigself bevind op 'n kruispad. Hierdie kruispad kom voor in die siklus wat ek hierbo uiteengesit het. Ek hou in hierdie verhandeling voor dat 'n manier gevind moet word om te verhoed dat ons nie maar net weer weg van hierdie keerpunt beweeg terug in die gewone siklus nie. Ons moet die keerpunt erken in die eerste instansie, maar ook leer hoe om dit te benut. As die siklus gebreek kan word, kan ons die demokrasie wat moet kom, soos Derrida dit benoem, inwag. Die gesprekke en weersprekende ervarings moet met ander woorde nie keer-op-keer uitgesluit word nie, maar moet op 'n manier oop bly vir oorweging. Met ander woorde: Daar moet 'n tentatiewe aard wees aan die betekenis wat ons verleen aan konsepte.

Die verhouding tussen menseregte en demokrasie aan die een kant, en regskultuur aan die ander kant, is die kern tot die probleemstelling in hierdie verhandeling. Dit is voor die handliggend dat hierdie wisselwerking problematies kan wees: Die benadering tot

transformatiewe konsepte wat ek tot dusver voorstel, veronderstel 'n tentatiewe samekoms om tentatiewe betekenis vas te stel – 'n begrip wat seer sekerlik nie gemaklik val op 'n regsgeleerde se oor nie. Regsgeleerdes beweeg in 'n wêreld waar besluite geneem moet word. Ons moet betekenis en interpretasie vasmaak om sodoende regsekerheid te skep. Regsekerheid is nodig om die oppergesag van die reg en die Grondwet te bevestig as grondslag vir ons samelewing. Hierdie siening word bevestig deur die huidige regskultuur. Op die veronderstelling dat regskultuur gedeeltelik bepaal hoe regsgeleerdes dink en doen, sal regskultuur en die transformatiewe konsepte, menseregte en demokrasie, moeilik om dieselfde kampvuur geïntegreer kan word.

Die wisselwerking wat ek hierbo omskryf is ietwat abstrak. Die verhouding tussen regskultuur en transformatiewe konsepte is meer tasbaar aangesien dit die vorm aanneem van regsinterpretasie. Deurdat regsgeleerdes, onder die invloed van regskultuur, regsinterpretasie beoefen en sodoende betekenis vaslê vir regsbeginsels, wat ook *menseregte* insluit soos wat gestel is hierbo, ontstaan daar 'n verhouding tussen die regskultuur en transformatiewe konsepte. Die interpretasie van die Grondwet, wat vir alle doeleindes as 'n kodifikasie van beginsels rondom menseregte en demokrasie beskou kan word, versterk ook hierdie verhouding.<sup>112</sup>

Hieronder bespreek ek eerstens die tans heersende kenmerke van die Suid-Afrikaanse regskultuur. Sodoende illustreer ek dat regskultuur tot 'n mate verantwoordelik is vir 'n tipe houding onder regsgeleerdes teenoor regsinterpretasie wat nie 'n tentatiewe samekoms rondom tentatiewe interpretasies sal kan akkommodeer nie. Ek bespreek ter afsluiting die moontlikheid dat daar selfs in hierdie kulturele aspek van die regsprofessie, vermoë geleë is om transformasie te bevorder onderhewig daaraan dat ons in staat is om ons samekoms as regsgeleerdes op 'n ander wyse te benader.

### **2.3.1 Suid – Afrikaanse regskultuur en transformatiewe grondwetlikheid**

Soos reeds vroeër genoem, neem ek Karl Klare se definisie van regskultuur aan vir die doeleindes van hierdie verhandeling. Vervolgens verwys “regskultuur” na die denkwyses van regsgeleerdes asook die metodes hoe regsgeleerdes hul argumente sal formuleer en

---

<sup>112</sup>Sien ten opsigte van regsinterpretasie ook Botha “Democracy and rights: Constitutional interpretation in a postrealist world” (2000) 63 *THRHR* en Du Plessis “The South African constitution as memory and promise” in Villa-Vicencio (red) *Transcending a century of injustice* (2000) bl 63.

watter argumente hul as gesaghebbend sal beskou.<sup>113</sup> Regskultuur beïnvloed regsgeleerdes op alle vlakke van die regsprofessie, nie net op regsprekende vlak nie. Klare verwys in sy artikel meer spesifiek na die regsprekende gesag en hoe die Suid-Afrikaanse regskultuur spesifiek die regsprekende gesag inhibeer om die projek van transformatiewe grondwetlikheid aan te pak in hul regswerk.<sup>114</sup> Transformatiewe grondwetlikheid is 'n projek wat van regsgeleerdes verwag om deur middel van grondwetlike interpretasie en die toepassing van die Grondwet binne die heersende geskiedkundige konteks, werklike sosiale transformasie te weeg te bring.<sup>115</sup>

Oud-hoofregter Pius Langa beskou transformatiewe grondwetlikheid as die plig om te verander maar om ook deurlopend die vraag te vra hoe die gemeenskap moet lyk aan die ander kant van transformasie.<sup>116</sup> Hy verwys na Etienne Mureinik se analogie van transformatiewe grondwetlikheid as 'n brug wat migrasie heen en weer oor die brug veronderstel vanaf 'n kultuur van outoriteit na 'n kultuur van regverdiging (maar soms ook weer terug).<sup>117</sup> Regter Dikgang Moseneke is van mening dat die Grondwet opsigself getuig van die Suid-Afrikaanse gemeenskap se bedoeling om te transformeer.<sup>118</sup>

As ons die definisie van transformatiewe grondwetlikheid in ag neem, is 'n belangrike aspek van regskultuur wat ons moet ondersoek, juis hoe regskultuur regsgeleerdes laat dink oor

---

<sup>113</sup>Klare "Legal Culture and Transformative Constitutionalism" (1998) *SAJHR* bl 166 en 167. Alhoewel ek bewys is van die opvolg werk wat Klare saam Dennis Davis "Transformative constitutionalism and the common and customary law" (2010) *SABINET* tans doen ten opsigte van transformatiewe grondwetlikheid, is my argument in hierdie verhandeling gebaseer op die 1998 artikel van Klare.

<sup>114</sup>Sien in die algemeen Klare (1998) *SAJHR*. sien ook Kennedy *A Critique of Adjudication: {fin de siècle}* (1997).

<sup>115</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 150.

<sup>116</sup>Langa "Transformative Constitutionalism" (2006) 3 *STELL LR* bl 352.

<sup>117</sup>Langa (2006) *STELL LR* bl 353. sien ook Mureinik "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights" (2004) 10 *SAJHR*.

<sup>118</sup>Mosekene "Transformative Adjudication" *The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture* (2002) 18 *SAJHR* bl 315. Hy verwys na transformasie in die sin wat Albertyn en Goldblatt ("Facing the challenge of transformation: Difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality" (1998) 4 *SAJHR* bl 248 en 249) daarna verwys: Die totale herstrukturering van die staat en herverdeling van regte sodat meer gelyke verdeling plaasvind; uitwis van sistematiese vorms van onderdrukking op grond van geslag, ras, seksuele oriëntasie ens; ontwikkeling van geleenthede vir ontwikkeling van mense. sien ook Van Marle "Haunting (In)Equalities" Hunter (red) *Rethinking equality projects in law: Feminist perspectives* (2008) en Roux "Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African constitution: distinction without a difference" (2009) *STELL LR* se besprekings van transformatiewe grondwetlikheid.

hul (regsgeleerdes se) plig ten aansien van sosio-politieke projekte in die groter samelewing.<sup>119</sup>

Regsgeleerdes word gekonfronteer met sosio-politieke kwessies omrede die Grondwet 'n post-liberale interpretasie vereis en Klare is vervolgens van mening dat 'n definitiewe onderskeid tussen die Grondwet en ander tradisionele liberale grondwette gemaak kan word.<sup>120</sup> Waar 'n klassieke liberale benadering tot regsinterpretasie 'n positivistiese ingesteldheid veronderstel met 'n streng skeiding tussen die reg en politiek, is daar vele kenmerke van die Grondwet wat dui op haar post-liberale aard.<sup>121</sup> Hierdie post-liberale aard wys daarop dat die Grondwet nie streng positivisties geïnterpreteer kan word nie. Lenta is van mening dat daar sedert 1994 en die daaropvolgende inwerkingtreding van die Grondwet 'n hernude belangstelling in waardes en hul oorsprong onder die regsgeleerdes bespeur kan word aangesien die Grondwet juis Suid-Afrikaanse regsteorie teruggeneem het na etiese waardes en morele beginsels.<sup>122</sup> Meer as bloot net die kenmerke van die Grondwet wat Klare uitlig, is ek van mening dat die blote aard van menseregte en demokrasie, soos tot sover in hierdie hoofstuk uiteengesit, genoeg oortuiging is dat die Grondwet, as kodifikasie van demokratiese beginsels en menseregte, geïnterpreteer behoort te word op so 'n manier dat meer as net liberale individu-gesentreerde betekenis aan die Grondwet verleen word. Die laasgenoemde tipe interpretasies sal bloot die reeds erkende regssubjekte se regte beskerm en die *status quo* bevestig, en diegene op die grense word weereens nie raakgesien nie.

---

<sup>119</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 167.

<sup>120</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 153.

<sup>121</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 153 – Kortliks, die volgende kenmerke van die Grondwet wat aanduidend is van sterk kollektiewe self-determinasie doelwitte, tesame met die individuele self-determinasie doelwitte, kenmerkend aan tradisionele liberale grondwette: 1) *Sosiale regte en 'n substantiewe konsepie van gelykheid* – nie net politieke vryheid nie, maar ook sosio-ekonomiese vryheid word hoog op die prys gestel en 'n meer substantiewe as bloot formele konsepie van gelykheid word bevorder 2) *Positiewe/affirmerende staatsverpligtinge* – 'n tradisionele liberale grondwet vereis slegs dat die staat moet weerhou om in te meng met individuele vryheid. Die Grondwet plaas 'n positiewe plig op die staat om sekere demokratiese waardes daadwerklik te bevorder. 3) *Horisontale toepassing* – Die Grondwet bring demokratiese waardes ook in die private sfeer. 4) *'n Deelnemende regering* – sedert die inwerkingtreding van die Grondwet is die regering gedentraliseer deur middel van die daarstelling van plaaslike regerings, met die veronderstelling dat die publiek op 'n demokratiese wyse groter inset kan verkry in die regering van die land. 5) *Erkenning van vele kulture en diversiteit* en 6) *Historiese bewussyn* – die fiksie word verwerp dat 'n politieke gemeenskap ontstaan op 'n enkele oomblik van "sosiale kontraktering" en daarmee saam die reedsbestaande magstruktuur en verdeling van sosio-ekonomiese regte ratifiseer en klem word eerder geplaas op die ongeregthede van die verlede.

<sup>122</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl 174-176. Sien ook sy bespreking ten opsigte van die verwerping van positivismes deur die regsprekende gesag en regsgeleerdes – bl 176.

Klare se ondersoek na die Suid-Afrikaanse regs-kultuur fokus, soos vroeër genoem, op regsgeleerdes se (on)vermoë om onder die huidige regs-kultuur spesifiek die projek van transformatiewe grondwetlikheid aan te pak en so by te dra tot transformasie. Ek steun die idee dat regsgeleerdes aan die projek transformatiewe grondwetlikheid moet deelneem. Myns insiens kom regsgeleerdes se deelname aan transformatiewe grondwetlikheid neer op die wisselwerking tussen regs-kultuur en 'n transformatiewe verstaan van die konsepte menseregte en demokrasie, deurdat regsgeleerdes onder die invloed van regs-kultuur deur middel van transformatiewe grondwetlikheid, betekenis sal verleen aan die Grondwet, menseregte en demokrasie.

Ek steun op Klare asook Martin Chanock en Anton van der Walt na wie ek later meer in diepte sal verwys, se onderskeie opinies dat die konserwatiewe Suid-Afrikaanse regs-kultuur tans transformasie inhibeer en dat hierdie regs-kultuur ontstaan het in 'n vorige era en nie noodwendig gerat is vir 'n post-apartheid konteks nie.<sup>123</sup> My doelwit in hierdie verhandeling is om 'n benadering of 'n uitgangspunt van 'n benadering te vind wat regsgeleerdes moet gebruik om onder andere uiting te gee aan transformatiewe grondwetlikheid. 'n Liberale siening van die wêreld om ons en 'n positivistiese interpretasie van die reg sal 'n beperking plaas op die realisering van nuwe en unieke oplossings vir regsprobleme.<sup>124</sup>

Bo en behalwe die kwessies rondom die aard van transformatiewe konsepte soos ek tot dusver uiteengesit het, moet die kwessie van transformatiewe grondwetlikheid in berekening gebring word in die formulering van die voorgestelde benadering tot regs-werk geneem deur regsgeleerdes – welke benadering ek meer volledig sal bespreek in hoofstuk 3.

Die konsep van transformatiewe grondwetlikheid is soos wat Van der Walt aantoon, opsigself paradoksaal wat die toepassing daarvan natuurlik ietwat kompliseer.<sup>125</sup> 'n Regsgeleerde wat in hierdie milieu te werk gaan, moet attent wees op hierdie paradoks sonder om mismoedig te raak oor die werkbaarheid van transformatiewe grondwetlikheid al dan nie.

---

<sup>123</sup>Sien in die algemeen Klare (1998) *SAJHR* asook Van der Walt "Legal History, Legal Culture and Transformation in a Constitutional Democracy" 2006 (12-1) *Fundamina*, en Chanock *The Making of South African Legal Culture 1902-1936. Fear, favour and prejudice* (2001) bl 511 – 537.

<sup>124</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 18.

<sup>125</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 4 en 5.



In die lig van sy stelling ten aansien van die paradoksale aard van transformatiewe grondwetlikheid verduidelik Van der Walt dat daar te midde van vele ander vrae, een groot vraag op almal se lippe was tydens die oorgangstydperk in Suid-Afrika: Hoe sou werklike transformasie bereik kon word sonder om weg te doen met 'n redelike mate van politieke, ekonomiese en sosiale stabiliteit?<sup>126</sup> In onseker tye word gekompliseerde oplossings dikwels gevolg onder die (wan)indruk dat dit eintlik eenvoudig uitvoerbaar is – 'n desperate poging om sekerheid te bewerkstelling, al is die sekerheid slegs 'n skyn. So ook het politieke samesprekings in Suid-Afrika uitgeloop op 'n ooglopende eenvoudige voorstel vir 'n pad vorentoe: Transformasie sal plaasvind deur middel van 'n grondwetlike demokrasie gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid.<sup>127</sup>

Ek doen aan die hand dat ons as Suid-Afrikaneers op hierdie tydstip waar ons, ons tans bevind, nie eers 'n wenkbrou lig in 'n geselskap waar verwysing gemaak word na menswaardigheid, vryheid, gelykheid en ook grondwetlikheid en demokrasie nie. Dit is nie gerusstellend nie. Hierdie is radikale ideale met 'n geskiedenis wat getuig van baie opofferinge om juis hierdie ideale te bereik. Die rede vir ons nonchalante houding is die aanhoor vandie oneindigende herhaling van hierdie ideale, maar die minimum getuieis van die realisering daarvan. Om dus op hierdie stadium voor te hou dat ons hoop bloot berus op 'n grondwetlike demokrasie gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, is nie meer voldoende nie. Die probleem lê nie by die ideale opsigself nie, maar eerder by ons houding jeens die ideale. Waarom is dit so moeilik vir ons om 'n greep op hierdie ideale te verkry?

Die rede hoekom hierdie ideale moeiliker bereikbaar is as wat moontlik destyds geantisipeer is, is onder andere die spanning wat hierdie ideale, vergestalt in transformatiewe grondwetlikheid, veroorsaak: Grootskaalse verandering moet geskied (die "transformatiewe") maar onderhewig aan die voorwaarde dat grondwetlikheid, of te wel die Grondwet, menseregte en demokrasie, stabiliteit sal verseker.<sup>128</sup> Van der Walt stel die vraag of 'n grondwet wat bestaande regte en voordele beskerm aan die een kant, maar ook aan die anderkant pertinent vereis dat grootskaalse sosiale transformasie bewerkstellig

---

<sup>126</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 4.

<sup>127</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 4.

<sup>128</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 4 en 5.

moet word, werklik sal kan voldoen aan ons verwagtinge?<sup>129</sup> Hy fokus grotendeels op die verhouding tussen regs-kultuur en transformasie waar regs-kultuur 'n groot bron is vir stabiliteit en ook meestal weerstand bied teen veranderinge teenoor transformasie wat opsigself verandering veronderstel.<sup>130</sup>

Van der Walt is van mening dat dit nie soseer die historiese bronne van die reg is of selfs die tradisionele wyse van interpretasie van hierdie bronne is wat problematies is in die lig van transformasie nie.<sup>131</sup> Vir hom is dit eerder die blote benadering tot *the Law* ('n verwysing na regs-kultuur of 'n intellektuele tradisie wat ontwikkel is op ongeartikuleerde aannames ten aansien van die bronne, metodes, outoriteit en ontwikkeling van die reg)<sup>132</sup> wat in oënskou geneem moet word om te bepaal of die projek transformatiewe grondwetlikheid, suksesvol toegepas sal kan word.<sup>133</sup> Ek is tog van mening dat die benadering tot *the Law* ook sal insluit watter benadering tot die interpretasie van tradisionele regs-bronne geneem word en ek doen aan die hand dat die verhouding tussen menseregte en demokrasie, transformatiewe grondwetlikheid, en regs-kultuur grootliks vergestalt word in regsinterpretasie.

Ingevolge *the Law* soos Van der Walt daarna verwys, waar is ons as regsgeleerdes se plek in die samelewing – waar sien ons *the Law* in die samelewing? Hoe funksioneer *the Law* ten aansien van politieke en sosiale kwessies? Indien ons, ons nog op 'n punt bevind waar ons nie werklik kan erken dat ons as regsgeleerdes ook 'n plig het in die groter prentjie van ons land en dus ook betrokke is by politieke en sosiale kwessies nie, sal transformatiewe grondwetlikheid nooit 'n daadwerklike impak hê nie.

Aangesien 'n redelike aantal jare reeds verloop het sedert die beëindiging van apartheid, behoort ons sekerlik vanuit die huidige stand van sake te kan aflei tot watter mate transformatiewe grondwetlikheid sukses bereik het of nie. Ons kan tog nie op die tydstip waar ons nou is die moontlikheid assesser van sukses in transformatiewe grondwetlikheid asof die projek nog in die toekoms aangepak moet word nie – daar moet tans ten minste tekens wees dat ons in die regte rigting beweeg. Is dit dan nog vanpas vir my om in hierdie verhandeling die idee van transformatiewe grondwetlikheid te bespreek sonder om 'n

<sup>129</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 5.

<sup>130</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 5.

<sup>131</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 5.

<sup>132</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 4.

<sup>133</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 5.

beskrywing van die werklike stand van sake te gee deur na regspraak of statistiek en te verwys?

Ek gebruik Mureinik se analogie van transformasie as 'n brug vanaf outoritêre regering na 'n kultuur van regverdiging (*justification*).<sup>134</sup> 'n Brug bied die opsie om van punt A na punt B aan die ander kant van die brug te beweeg. Niks verhoed ons egter om weer vanaf punt B terug oor die brug na punt A te beweeg nie. Ek benader die probleem in hierdie verhandeling vanuit die aanname dat ons al wel treë gegee het in die regte rigting. Ons beweeg egter nog baie heen en weer oor die brug.

Ek doen ook aan die hand dat transformasie opsigself deurlopend herdefinieer moet word en dat die eindbestemming van die tog oor Mureinik se brug, dus dít waarna ons transformeer, nooit werklik seker kan wees nie. In antwoord op die vraag wat hierbo stel: Ek sien dit nie as deel van my taak voorhande om 'n presiese verslag te lewer ten aansien van die meetbare vordering wat ons al gemaak het met die projek van transformatiewe grondwetlikheid nie. Transformasie, of transformatiewe grondwetlikheid is myns insiens nie 'n meetbare element in die konteks van die probleem hier voorhande nie, naamlik die ontoereikende betekenis wat aan transformatiewe konsepte verleen word. Transformasie is eerder 'n ingesteldheid wat aanhoudend sal verander.

Ek is tog van mening dat daar ooglopende tekens in ons samelewing is dat ons 'n kritiese punt bereik het in ons tog oor die brug. Sekere regte word nou prontuit afgedwing deur partye aan alle kante van die ideologiese skaal, maar gesprekke oor die aard en werklike inhoud van die regte in die beperkende politiese en sosio-ekonomiese omstandighede, word agterweë gelaat. My ervaring is dat regsgeleerdes dit nie nodig ag om hierdie aangeleenthede in ons daaglikse take te inkorporeer nie. Die primêre uitgangspunt bly steeds om die *status quo* te handhaaf en veranderende omstandighede word aangegryp meestal bloot as 'n kommersiële geleentheid.

Dit is dus steeds baie relevant om die blote moontlikheid van transformatiewe grondwetlikheid te bespreek. Ons kan nie meer bekostig om ons Grondwet en demokrasie

---

<sup>134</sup>Mureinik "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights" (1994) 10 SAJHR bl 31, en 32. Sien ook Klare se bespreking van Mureinik – Klare (1998) SAJHR bl 147. Sien ook Davis en Le Roux *Precedent and Possibility: The (ab)use of law in South Africa* (2009) in hierdie opsig.

net bloot te prys en te bewonder nie, so ook nie die idee van transformatiewe grondwetlikheid nie. Daar was moontlik nog plek in ons samelewing en regs-kultuur vir hierdie selfvoldane houding vyftien tot twintig jaar gelede.

Lourens du Plessis wys daarop dat die Grondwet beskou kan word as monument of gedenkteken (*memorial*).<sup>135</sup> Van Marle verduidelik dat Du Plessis uitwys hoe 'n grondwet verskeie aspekte van die storie van 'n land se geskiedenis vertel en op verskillende wyses met geheue (*memory*) werk: As monument sal 'n grondwet die mylpale tot op hede vier en bewonder; as 'n gedenkteken sal 'n grondwet herinner aan die dinge wat in die slag gebly het om die mylpale te bereik.<sup>136</sup> Die laasgenoemde ingesteldheid sal verhoed dat ons vasgevang raak in die prysenswaardige aspekte van die Grondwet en attent bly op die verlies wat gely is en konstant gely word in die stryd om ware geregtigheid.

Ek keer nou terug na Van der Walt se ondersoek na hoe ons *the Law* beskou, hoe ons *the Law* posisioneer in ons samelewing en welke funksies ons daaraan toereken, aangesien die antwoorde op hierdie vrae sal bepaal tot watter mate transformatiewe grondwetlikheid 'n moontlikheid is.<sup>137</sup> Klare vra soortgelyke vrae ten aansien van die werkbaarheid van transformatiewe grondwetlikheid in Suid-Afrika. Hy het meer as 'n dekade gelede reeds gevra of die tradisionele beginsel van *rule of law* en regsbeperking ten aansien van die regsprekende gesag, 'n plek sal kan hê in die nuwe Suid-Afrika en of die *rule of law* beginsel noodwendig 'n gedepolitiseerde begrip van die reg vereis.<sup>138</sup> 'n Gepolitiseerde begrip van die reg word uiteraard genoodsaak om enigsins in die rigting van transformatiewe grondwetlikheid te kan dink.

Ek het reeds op 'n vroeër stadium genoem dat die liberale siening van die *rule of law* merendeels verwag dat regters in die beoefening van regsinterpretasie, hul eie politieke en morele waardes liefstuis moet laat.<sup>139</sup> Regters asook regsgeleerdes moet in terme van die laasgenoemde siening slegs die reg interpreteer soos wat dit voor hul verskyn. Geen

---

<sup>135</sup>Du Plessis "The South African constitution as memory and promise" in Villa-Vicencio (ed) *Transcending a century of injustice* (2000) bl 63. Sien ook Van Marle "Lives of action, thinking and revolt – A feminist call for politics and becoming in post-apartheid South Africa" (2004) 19 *SAPR/pl* bl 608.

<sup>136</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 608.

<sup>137</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 5.

<sup>138</sup>Klare se artikel dateer uit 1998 en het hy dus meer as 'n dekade gelede hierdie bewerings gemaak. Klare (1998) *SAJHR* bl 150 – ek verwys hier na regsbeperking soos Klare daarna verwys as die inherente beperkings van 'n teks wat hom slegs verleen tot 'n sekere hoeveelheid interpretasies.

<sup>139</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 157.

eksterne faktore mag in ag geneem word nie aangesien dit sal neerkom op regskepping en regters mag slegs die reg spreek. 'n Duidelike onderskeid word getref tussen die wetgewende en regsprekende gesag en daarmee saam word die onderskeid tussen die reg en politiek ook streng behou.<sup>140</sup>

Klare erken die regsbeperking of *legal constraint* verbonde aan regsinterpretasie en gee toe dat sekere regstekste net oop is vir soveel verskillende interpretasies ongeag enige eksterne waardes wat die regsgeleerde mag oorweeg.<sup>141</sup> Sy punt is dat nie alle tekste so beperk is ten opsigte van hul moontlike betekenis nie. Interpreteerders van die reg sal iewers tydens die bestudering van 'n regstekse gekonfronteer word met 'n dubbelsinnigheid welke dubbelsinnigheid homself verleen tot twee (of meer) uiteenlopende interpretasies.<sup>142</sup> Die enigste wyse hoe 'n regsgeleerde so 'n hindernis gaan oorkom, is as die regsgeleerde haar wend tot waardes ekstern tot die teks wat voor haar lê.<sup>143</sup>

Tot watter mate sal 'n regsgeleerde haarself by magte ag om eksterne waardes op so 'n wyse in ag te neem? Dit sal besmoontlik afhang van die heersende regskultuur. Ongeag daarvan of regskultuur dit erken of nie, regsgeleerdes sal waardebelaaide betekenis vir regstekste vaslê en dus 'n politieke oordeel maak – erkenning van hierdie feit sal egter ontbreek.<sup>144</sup>

Dit bring ons weer by Van der Walt se aanname: Die oorhoofse oorweging om te bepaal hoe ons transformatiewe grondwetlikheid in 'n post-apartheid konteks moet benader berus op die mate wat regskultuur sal toegee dat regsgeleerdes sal kan bydra tot transformasie aangesien dit juis regskultuur is wat regsbeperking daarstel in die eerste instansie.<sup>145</sup>

Buiten regsbeperking, kan die kwessie van regsonsekerheid wat deur die *Critical Legal Scholars* beweging onder die regsprofessie se aandag gebring is, ook nie oorgesien word in hierdie bespreking nie.<sup>146</sup> Klare verduidelik dat die onsekerheid van die reg 'n regsgeleerde

<sup>140</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 157 en 158.

<sup>141</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 160.

<sup>142</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 161.

<sup>143</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 161.

<sup>144</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 164.

<sup>145</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 6.

<sup>146</sup>Sien in die algemeen: Kennedy *A Critique of Adjudication: {fin de siècle}* (1997); Kennedy "Strategizing Strategic behaviour in Legal Interpretation" (1996) *Utah Law Review* en Kairys (red) *The Politics of Law – A Progressive Critique* (1990).

onder die wanindruk kan plaas dat sy haarself in 'n situasie bevind waar regsbeperking haar verhinder om verder te gaan as die teks voorhande.<sup>147</sup> Op so 'n wyse skep ons regsekerheid aangesien 'n gegewe teks net soveel verskillende betekenis kan hê. Verdere (kritiese) refleksie sal egter kan uitwys hoe hierdie regsbeperking moontlik meer toelaat as wat die regsgeleerde haarself laat glo.<sup>148</sup> Dit skep natuurlik 'n mate van onsekerheid oor die trefwydte van die teks ter sprake. Regskultuur het wel onder ons die idee geskep dat die ongekwalifiseerde erkenning van die onsekerheid van die reg sal lei tot anargie. Ons regskultuur se antwoord indien regsonsekerheid beweer word? Ontkenning.<sup>149</sup> Regskultuur begelei regsgeleerdes om in ontkenning te wees ten opsigte van die onsekerheid wat gepaard gaan met die oefening van regsinterpretasie, juis om die angs rondom die moontlike anargie wat die gevolg van hierdie onsekerheid kan inhou, te onderdruk.<sup>150</sup> Klare verduidelik dat ontkenning veroorsaak dat 'n selfbewussyn verdwyn – die regskultuur, en regsgeleerdes onder die regskultuur, verloor bewussyn ten aansien van die kritiese posisie wat hul in die samelewing beklee.<sup>151</sup> Hierdie scenario is nie bemoedigend vir transformasie of transformatiewe grondwetlikheid nie. Dit dien eerder as bevestiging van die *status quo*; die eng skeiding tussen reg en politiek en die onvermoë van regsgeleerdes om enige iets aan die heersende situasie te verander.

Natuurlik het Klare ook afgeveer of enige sosiale verandering ooit werklik bewerkstellig kan word deur 'n projek wat gefundeer is in regsprosesse.<sup>152</sup> Hier het ons myns insiens te make met die onderskeid tussen die kulturele beperkings van die reg teenoor die strukturele beperkings van die reg. In hierdie hoofstuk bespreek ek spesifiek die verhouding tussen regskultuur en transformasie, dus die kulturele beperkings van die reg om verandering te akkommodeer. Tog is ek nie bereid om 'n definitiewe onderskeid te tref tussen die strukturele beperkings en die kulturele beperkings van die reg nie. Ek dink nie 'n duidelike

---

<sup>147</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 165.

<sup>148</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 165.

<sup>149</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 165.

<sup>150</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 165.

<sup>151</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 165.

<sup>152</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 150.

onderskeid kan of moet getref word nie aangesien dit onmoontlik is om werklik te bepaal watter beperkende aspekte die gevolg is van die struktuur van die reg, en watter die gevolg van regskultuur sal wees. Om so 'n eng skeiding gestand te doen sal ons moet vasstel of regskultuur bloot 'n reaksie is op die struktuur van die reg, alternatiewelik, of die struktuur van die reg daargestel is om die regskultuur te akkommodeer. Ek is van mening dat die regstruktuur en regskultuur mekaar tot 'n gelyke mate beïnvloed. Ek is ook van mening dat regskultuur opsigself sekere aspekte van die regstruktuur omvat en *vica versa*. My benadering in hierdie verhandeling is om eerstens en grotendeels regskultuur te bespreek, vir sover as wat dit onderskeibaar is van die struktuur. In hoofstuk 4 sal ek terugkeer na die beperkings van die reg as 'n simboliese orde. Ek sal dan die vraag bespreek of 'n transformerende regskultuur die vermoë sal hê om ten spyte van die strukturele aard van die reg, as 'n tipe simboliese orde, tog transformasie in Suid-Afrika teweeg te bring.

Ek het reeds hierbo verduidelik dat ek in hierdie verhandeling verwys na regskultuur as die denkwyses van regsgeleerdes, hul formulering van argumente en die benadering wat hul het tot projekte wat tradisioneel nie deel uitmaak van 'n regsgeleerde se regswerk nie. 'n Regsgeleerde se verstaan en interpretasie van die *rule of law* beginsel, word grootliks bepaal deur regskultuur.

Ek wil vir 'n oomblik stilstaan by die idee van *rule of law*. Regter Froneman in sy toespraak aan die *South African Law Deans Association* op 7 Mei 2009, wys op 'n opmerking wat Regter Kriegler gemaak het toe hy die vraag moes beantwoord of daar nog elemente van die *rule of law* beginsel oorgebly het in post-koloniale Afrika.<sup>153</sup> Kriegler voer aan dat die *rule of law* beginsel nog regdeur post-koloniale Afrika erken word en universele erkenning geniet om as basis vir 'n deelnemende demokrasie te dien.<sup>154</sup> Hy voer verder aan dat hierdie erkenning egter hoofsaaklik lippediens is teenoor 'n werklike ondersteuning van die ideale wat die beginsel van *rule of law* verteenwoordig.<sup>155</sup>

Dit is in die eerste plek problematies dat daar lippediens gegee word aan die Westerse, koloniale verstaan van *rule of law*, maar andersyds, en eintlik meer problematies, is soos

---

<sup>153</sup>Froneman "A lawyer's response to the current travails of South African constitutionalism" (2009) 5 *Pulp Fictions – A space for dialogue* bl 3 – 4.

<sup>154</sup>Froneman (2009) *Pulp Fictions* bl 3.

<sup>155</sup>Froneman (2009) *Pulp Fictions* bl 4 – verwysing na Regter Kriegler se lesing tydens die *Second Annual International Rule of Law Lecture* gehou op 3 Desember 2008 te Grey's Inn Hall, London.

wat Froneman aandui, die feit dat ons, as Suid-Afrikaners, nog nie ons eie onmiskenbare verstaan van *rule of law* ontwikkel het nie.<sup>156</sup> Ons benodig 'n begrip van *rule of law* wat verder strek as ons koloniale geskiedenis en apartheid.<sup>157</sup>

Myns insiens is die rede vir ons onvermoë in hierdie opsig gedeeltelik die gevolg van die wyse waarop ons geforseer word om te dink oor *rule of law* onder die heersende regskultuur. 'n Persoon wat 'n sekere kultuur aanneem, ongeag watter persoon of kultuur ter sprake is, sal vanuit daardie kultuur beperk wees ten opsigte van die vrae wat hy kan vra en die probleme wat hy kan bespeur.<sup>158</sup> So 'n persoon volg die kultuur na en is geneig om die waarhede en wyses wat die kultuur voorhou, as algemeen en absoluut te beskou.<sup>159</sup> 'n Regsgeleerde onder 'n spesifieke regskultuur sal dus opgelei en onderrig word om spesifieke probleme te identifiseer en spesifieke oplossings vir hierdie probleme te vind. Dit sal vir die persoon moeilik of selfs onmoontlik wees om die kulturele aard van sy denkwyses te besef.<sup>160</sup>

'n Stelsel van betekenis word deur 'n regskultuur daargestel en die regsgeleerdes onder die regskultuur beleef die reg, regsobjekte en regsprobleme vanuit hierdie spesifieke konstruksie. Die ontstaan van so 'n betekenisstelsel is 'n onafwendbare gevolg van menslike interaksie.<sup>161</sup> As mens daarvoor besin, sal daar in enige geval 'n tipe kultuur ontstaan waar 'n groep mense gesitueer is in 'n spesifieke plek en tyd rondom 'n saak – nie noodwendig met die uitdruklike oogmerk om verdere toetreders tot die projek pertinent onderhewig te stel aan die betekenisstelsel of kulturele kode nie, maar tog om tot 'n mate 'n basis te skep waarop lede van hierdie kultuur te werk moet gaan. Met ander woorde, so 'n kulturele kode verskaf 'n aantal vaste betekenis aan die lede van die kultuur wat hul nie verder hoef te bevraagteken nie, om sodoende hul werk te vergemaklik.

Die kulturele kode of stelsel van betekenis wat ontstaan onder 'n regskultuur is ook 'n broodnodige gevolg en voorvereiste vir menslike interaksie. Derrida sal moontlik hierdie stelsel van betekenis beskou as 'n simboliese orde wat benodig word in ons samelewing om

---

<sup>156</sup>Froneman (2009) *Pulp Fictions* bl 4.

<sup>157</sup>Froneman (2009) *Pulp Fictions* bl 4.

<sup>158</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 168.

<sup>159</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 167.

<sup>160</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 167.

<sup>161</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 167.



totale chaos in ons samelewing (en in hierdie konteks, spesifiek in die regstelsel) te voorkom.<sup>162</sup>

Ek is dit eens dat dit nie net onmoontlik is om te verhoed dat hierdie kulturele kodes ontstaan nie, maar dat dit eintlik tot die probleem voorhande in hierdie verhandeling 'n oplossing kan bied indien dit reg benader word – ek bespreek hierdie aspek in meer detail in hieronder. Tog is dit duidelik dat die gevaarlike aspek rondom 'n kulturele kode daarin lê dat enige betekenis gevorm onder hierdie kulturele kode in die eerste plek absoluut gesitueer sal wees in die konteks waarin dit ontstaan het. Die gevolg hiervan is dat uitsluiting sal plaasvind. Boonop is die betekenis wat vasgelê word nie oop vir kritiese oorweging nie, juis omrede regs-kultuur nie hierdie kritiese ondermyning van reeds aanvaarde betekenis toelaat nie. Hierdie aspek beïnvloed die substantiewe ontwikkeling van die reg deurdat regsgeleerdes geïnhibeer word om vrae te vra en oplossings te verkry buite die bestaande orde – so word die magte van die regsprekende gesag aansienlik beperk.<sup>163</sup>

Klare is van mening dat die Suid-Afrikaanse regs-kultuur konserwatief is in vergelyking met die sienings van Amerikaanse regsgeleerdes in die sin dat Suid-Afrikaanse regsgeleerdes 'n baie versigtige benadering tot regsinterpretasie aanneem, ongeag van hul onderskeie politieke oortuigings.<sup>164</sup> Suid-Afrikaanse regsgeleerdes is ook geneig om in regsinterpretasie baie struktureel, tegnies, letterlik en reëlgebonde te werk te gaan, welke benadering in teenstelling is met die meer beleidsgeoriënteerde benadering van Amerikaanse regsgeleerdes.<sup>165</sup> As ek maar net dink aan die wyse wat ons as regstudente geleer is om op universiteit vraestelle te beantwoord, en selfs nou in die praktyk, kan ek aan enkele gevalle dink waar ons gemotiveer of toegelaat word om 'n mate van erkenning aan die politiese aspek van die relevante reg te gee.

Chanock se siening oor die rol wat die reg in die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse staat speel, bied insig in die ontstaan van hierdie konserwatisme of formalisme van Suid-Afrikaanse regs-kultuur en wat gelei het tot 'n spesifieke konsep van *rule of law*.<sup>166</sup> Chanock

<sup>162</sup>Sien Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

<sup>163</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 168.

<sup>164</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 168.

<sup>165</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 168.

<sup>166</sup>Chanock *The making of South African Legal culture 1902-1936. Fear, favour and prejudice* (2001) bl 511.

dui aan hoe die post-apartheid staat wat gedurende die afgelope 16 jaar geherkonstrueer word, dieselfde probleme oplewer as wat onder die vorige bestel ondervind is: Die kwessie van reg en geregtigheid is net soveel van 'n tameletjie as toe; die verhouding tussen inheemse reg en Westerse (wit) reg is nog nie uitgepluis nie en grondeienaarskap kwessies wek nou eintlik groter kommer.<sup>167</sup> Verder het die ontstaan van 'n nuwe globale grondwetlike staat die gevolg dat ons beperk word om in ons plaaslike konteks gepaste oplossings te vind ten aansien van die verhouding tussen die reg en die sosio-ekonomiese stand van ons samelewing.<sup>168</sup>

Chanock ondersoek die verhouding tussen die formalisme van die destydse hooggeregshoue, professionele regsïdeologie en regspraktyke en gesprekke gehou buite die raamwerk van die staatin die tyd van die skepping van die wit staat. Hy wys daarop dat regsformalisme daarin geslaag het om reg en politiek te skei, institusioneel en ook in regverdiging van regsbeslissings.<sup>169</sup> Die gevolg hiervan is dat regsgeleerdes in Suid-Afrika in die algemeen nie ag slaan op buiteregtelike bronne en gesprekke in hul formulering van regsargumente en oplossings nie.<sup>170</sup> Hierdie stand van sake is nie ideaal in 'n land waar ons poog om transformatiewe grondwetlikheid 'n werklikheid te maak nie. Soos ek reeds genoem het steun die idee van transformatiewe grondwetlikheid juis op die erkenning van die politieke aspek van die reg, die aanvaarding van sosio-politieke projekte deur regsgeleerdes en ook die oorweging van deliberasie ten aansien van regsprobleme en oplossings – alles aspekte ekstern tot die tradisionele struktuur van die reg.

Die kern van Chanock se argument is dat 'n tipe regskultuur geskep moet word wat sal bydra tot die ontwikkeling van 'n konsep van *rule of law* wat meer gepas is vir plaaslike konteks – hy sluit dus aan by die argument van Froneman, reeds vroeër genoem.<sup>171</sup> Suid-Afrikaanse regskultuur moet wegbeweeg van 'n regsformalistiese en Westerse geïnspireerde konsep van *rule of law* wat regsgeleerdes inhibeer om deur middel van hul regsinterpretasie die projek van transformatiewe grondwetlikheid te verwesenlik.

---

<sup>167</sup>Chanock (2001) bl 511.

<sup>168</sup>Chanock (2001) bl 511

<sup>169</sup>Chanock (2001) bl 511

<sup>170</sup>Chanock (2001) bl 512

<sup>171</sup>Froneman (2009) *Pulp Fictions* bl 3 en 4.

Froneman stel voor dat ons 'n unieke *rule of law* konsep kan skep deur lippediens te lewer aan ons grondwetlike storie, met ander woorde, ons moet in plaas daarvan om soos ander Afrika lande wat lippediens doen aan die Westerse konsep van *rule of law* (in Kriegler se opinie), eerder lippediens doen aan ons eie storie en konsep van grondwetlikheid, soos ontstaan het vanaf die inwerkingtreding van die Grondwet.<sup>172</sup> Dit is volgens Froneman nodig vir ons om lippediens te doen aan ons unieke grondwetlike storie aangesien die meeste Suid-Afrikaners nog nie hierdie storie aanvaar het as hul eie nie. Froneman wys ook daarop dat die meeste Suid-Afrikaners nog nie die tradisionele konsep van *rule of law* aanvaar nie, omrede dit vir hul 'n noue assosiasie het met apartheid en kolonialistiese regimes.<sup>173</sup> Nodeloos om te sê is en sal dit altyd van ongelooflike belang bly dat Suid-Afrikaners 'n vorm van die *rule of law* aanvaar en gehoorsaam aangesien dit 'n belangrike fondament is vir 'n legitieme grondwetlike staat.

Ek ondersteun Froneman se voorstel dat Suid-Afrikaners hul storie moet vertel en so hul eie konsep van *rule of law* moet ontwikkel. Ek dink egter nie blote lippediens deur regsgeleerdes gaan ons bring by 'n punt waar transformatiewe grondwetlikheid 'n permanente deel van regsgeleerdes se regspraak sal word nie. Blote lippediens sal ook nie regsgeleerdes in staat stel om die radikale en transendentale aard van demokrasie en menseregte, soos hierbo beskryf, te erken en aan uiting te gee nie, aangesien die doen van lippediens aan die grondwetlike storie nie noodwendig die kritiese oorweging van grondwetlikheid insluit nie.

Tog sien ek Froneman se voorstel vir lippediens as 'n positiewe wending om geneem te word deur Suid-Afrikaners in die algemeen, in die lig van die feit dat ons miskien nog nodig het om die aanvanklike suksesverhaal tuis te bring by 'n groot gedeelte van ons samelewing en ook om herinner te word aan ons vermoë om hierdie suksesverhaal te kon realiseer. Ek meen egter tog dat gewaak moet word om nie die grondwetlike storie as 'n monument te vier nie, vir die redes soos vroeër bespreek.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup>Froneman (2009) *Pulp Fictions* bl. 4 en 5.

<sup>173</sup>Froneman (2009) *Pulp Fictions* bl. 4 en 5.

<sup>174</sup>Hierdie tipe viering verwys na die onkritiese ophemeling teenoor 'n benadering wat herdenk, onthou en rou. Sien Van Marle (2004) 19 *SAPR/pl* bl 608.

Chanock verwys na die heersende retoriek gedurende die oorgangstydperk in Suid-Afrika wat beweer het dat politieke prosesse voortaan gereguleer sal word deur 'n nuwe vorm van legaliteit.<sup>175</sup> Dus was daar aspirasies om 'n nuwe grondwetlike storie te vertel of 'n nuwe konsep *virrule of law* daar te stel. Dit blyk egter of hierdie nuwe vorm van legaliteit bloot 'n nuwe vorm van kolonialisme vorendag gebring het in die gedaante van die grondwetlike staat.<sup>176</sup> Die mate waartoe ons instaat is om 'n nuwe konsep van *rule of law* te verkry word met ander woorde beperk, aangesien ons weereens onderhewig gestel word aan legaliteit wat eintlik nie gepas is vir ons konteks nie. Anders gestel, ons word verhinder om gepaste tentatiewe waarhede vir ons konteks raak te sien.

Chanock wys ook die pogings van die Grondwet uit om die onvoldoende *rule of law*-beginsel onder die vorige regime aan te pas vir die grondwetlike staat wat Suid-Afrika geword het, deur politieke liberalisme as die filosofie van die dag te bevestig te same met 'n vergrote rol vir die reg en politieke magte van regters.<sup>177</sup> Die vraag is nou of hierdie veranderinge wel veroorsaak het dat regs-kultuur *rule of law* anders beskou in ons post-apartheid konteks. As ons Froneman se argument aanneem dat ons tans nog slegs lippediens doen aan 'n Westerse konsep van *rule of law*, moet ons die vraag negatief beantwoord.

'n Belangrike punt wat Chanock maak is die feit dat regs-kultuur nie verstaan behoort te word slegs ten aansien van regters nie, aangesien daar verskeie vlakke is tot regs-kultuur.<sup>178</sup> Ek ontken nie die feit dat regters tot 'n mate regs-kultuur sal vorm nie. Regsgeleerdes word deur presedente geskep deur regters gelei in hul denke en argumentering aangesien die presedente tot 'n sekere mate 'n resep uiteensit wat gevolg moet word om 'n sekere uitkoms te verkry. Ek sal meer pertinent daarna verwys in hoofstuk 3, maar ek fokus nie noodwendig op die regsprekende vlak van regs-kultuur nie. Die fokus in hierdie verhandeling is op die fundamente van die regs-kultuur wat 'n spasie bied vir die oorlewering van reeds vasgestelde beginsels, as regs-kultuur, aan voornemende regsgeleerdes. Ek fokus dus op tersiêre instellings waar regstudente opgelei en onderrig word as regsgeleerdes, in 'n reeds gevestigde regs-kultuur. Myns insiens word regs-kultuur bevestig op tersiêre vlak, maar dit

---

<sup>175</sup>Chanock (2001) bl 513.

<sup>176</sup>Chanock (2001) bl 513.

<sup>177</sup>Chanock (2001) bl 513.

<sup>178</sup>Chanock (2001) bl 514.

word ook gevestig deurdat dit oorgedra word aan elke nuwe geslag regsgeleerdes. Tog is dit van belang vir hierdie verhandeling dat uitgewys word hoe regters in die totstandkoming van die staat bygedra het tot die ontwikkeling van regsformalisme in die regskultuur.

Chanock gee 'n uiteensetting van die ontstaan van die Suid-Afrikaanse staat vanaf 1902 na aanleiding van die ontwikkeling van die regskultuur. Die ontstaan en ontwikkeling van die staat het gepaard gegaan met die skeiding van die regsprekende gesag van die politieke.<sup>179</sup> Die wankelrige staat wat totstand gekom het te midde van politieke onrus en rasse ongelykheid, het genoodsaak dat die destydse regering alles in sy vermoë moes doen om sy teenstanders te onderdruk. Die hooggeregshof het vervolgens gereageer met die formalistiese toepassing van wetgewing deur middel van 'n baie letterlike vorm van interpretasie.<sup>180</sup> Die reg het 'n belangrike rol gespeel in die beheer van deliberasie ten opsigte van die politiese en rasse skeidings wat hierdie tydperk in ons geskiedenis gekenmerk het.<sup>181</sup> Baie belangrik in hierdie opsig was dat regters pertinent hul uitsprake moes skei van hul eie politieke sienings.<sup>182</sup> Die regsprekende gesag het tog 'n groot rol gespeel in die politieke aangeleenthede van die dag en het die uitvoerende gesag in 'n moeilike posisie geplaas met van die beslissings wat dit gelewer het. Soos wat die regsprekende gesag onbevredigende beslissings na die oordeel van die uitvoerende gesag gegee het, het die wetgewer al strenger wetgewing uitgevaardig om sodoende die howe se jurisdiksie uit te sluit ten aansien van netelige kwessies.<sup>183</sup>

Chanock wys daarop dat die bogenoemde struktuur in die tydperk tussen 1902 en 1948 die oorsprong was vir 'n konsep van *rule of law* wat toegelaat het dat die howe gebruik kon word om politieke kwessies aan te hoor, maar slegs binne die formele grense gestel deur wetgewing. Die formele aspekte van onderdrukkende wetgewing kon met ander woorde aangeval word, maar nie die inhoud nie. Regsformalisme sowel as die streng skeiding tussen die uitvoerende, regsprekende en wetgewende magte is op so wyse bevestig.<sup>184</sup> Hierdie regsformalisme het veroorsaak dat die regsprekende gesag 'n superieure posisie bo

---

<sup>179</sup>Chanock (2001) bl 514.

<sup>180</sup>Chanock (2001) bl 514.

<sup>181</sup>Chanock (2001) bl 515.

<sup>182</sup>Chanock (2001) bl 515.

<sup>183</sup>Chanock (2001) bl 516.

<sup>184</sup>Chanock (2001) bl 517.

politiek verkry het en 'n regs-kultuur het ontstaan wat nie krities kon wees teenoor die regsprekende gesag en regsbeslissings nie.<sup>185</sup>

Die verwydering van kleurlinge van die kieserslys na 1948 het 'n groot impak op die regsprofessie gehad. Die regsprekende gesag se mag is toenemend beperk en gereduseer tot die manipulasie van wetgewing deur middel van regsinterpretasie. Die regsprekende gesag het homself in 'n gekompliseerde posisie bevind: Daar het 'n oorheersende pro-regering mentaliteit onder die regters geheers, maar tog het die regsprekende gesag onafhanklik gefunksioneer in die vorm van regsformalisme.<sup>186</sup> Na 1950 het regters tot 'n mate wegbeweeg van regsformalisme met groter tegemoetkoming jeens die doelwitte van die apartheid wetgewers. Apartheid is toenemend uitgevoer deur middel van ondergeskikte wetgewing, welke wetgewing toenemend in elke aspek van daaglikse Suid-Afrikaanse samelewing ingemeng het.<sup>187</sup> Soos weerstand teen apartheid vererger het, kon regters nie meer skuil in hul skynbaar verwyderde posisie van die politiek van die dag nie en is hul toenemend beskou as blote instrumente van straftoediening—nie as die regsprekende gesag nie. Dit is ook op hierdie punt wat die skynbare legitimiteit van die reg meer eksplisiet bevraagteken is deur swartburgers.<sup>188</sup> Vir die apartheidsregime om effektief toegepas te kon word, moes swartburgers steeds die reg as regmatig ag om hulself daaraan gebonde te beskou. Die bevraagtekening van die legitimiteit van die reg het dus 'n groot probleem veroorsaak.

Hierdie kort opsomming van die geskiedenis van die ontstaan van die Suid-Afrikaanse staat, gee 'n aanduiding van die ontwikkeling van *rule of law* in Suid-Afrika en oorblyfsels van hierdie spesifieke konsep is vandag nog sigbaar in ons gemeenskap. Ek is van mening dat die legitimiteit van die reg vandag ook bevraagteken word, juis in die lig van die voortdurende ongeregtighede wat plaasvind in ons samelewing sonder die sinvolle toetreding of beroeping op die *rule of law*. Die bevraagtekening van die legitimiteit van die reg is ook nie meer net beperk tot swart burgers nie. Suid-Afrikaners in die algemeen bevraagteken tans die grondwetlike staat en die grondwetlik verskansde regte, grootliks omrede die beloftes hierin geleë nie realiseer nie. Intendeel, menseregtevergrype is aan die orde van

---

<sup>185</sup>Chanock (2001) bl 517.

<sup>186</sup>Chanock (2001) bl 518.

<sup>187</sup>Chanock (2001) bl 519.

<sup>188</sup>Chanock (2001) bl 519.

die dag. Hierdie vergrype tref alle Suid-Afrikaners op alle vlakke van die samelewing, maar tog is dit die weerbaarste gedeelte van ons samelewing wat die ergste geraak word.

As transformatiewe grondwetlikheid bepaal dat regsgeleerdes veronderstel is om sosio-ekonomiese projekte aan te pak in hul regsinterpretasie, wat behoort die benadering te wees tot die reg se plek in die samelewing? Ek keer terug na Van der Walt se vraag: Wat is ons benadering tot *the Law*?<sup>189</sup> Behoort hierdie vraag slegs te draai rondom regsgeleerdes en die regskultuur se siening van die rol van die reg in die samelewing, of behoort populêre mening ook insae in hierdie aangeleentheid te hê?

In hierdie verhandeling kyk ek spesifiek na Suid-Afrikaanse regsgeleerdes, onder die huidige dominante regskultuur, se siening van die reg se posisie in post-apartheid Suid-Afrika. Sodoende wil ek bepaal of transformatiewe grondwetlikheid verwesenlik kan word. Ook poog ek om aan te dui hoe 'n regsgeleerde die transformatiewe konsepte van menseregte en demokrasie behoort te benader om (tentatiewe) betekenis vas te lê vir die gegewe konteks waarin gewerk word. Ons moet wel ingedagte hou dat sou regsgeleerdes die reg ontwikkel bloot op grond van hul eie persepsie van die rol van die reg in die samelewing, sal die samelewing (wie hul inderwaarheid moet dien) se ervarings van die reg ontken word. Regsgeleerdes behoort vervolgens ontvanklik te wees vir diskoerse omtrent die reg en transformatiewe konsepte, ekstern tot die vaste raamwerk van die reg.

Gedurende die apartheidjare het die publiek die rol en die plek van die reg enersyds beskou as die bevestiging van die reg se liberale en neutrale aard, maar andersyds as die bewaarder van wit bevoordeling.<sup>190</sup> Die reg het om hierdie rede 'n tipe verhewe gestalte verkry, gepersonifiseer om regsgeleerdes van verantwoordelikheid vry te spreek. Hierdie tipe verhewe status, indien dit onkrities bevorder word, is onvanpas in ons huidige konteks waar ons 'n kultuur van regverdiging probeer kweek.<sup>191</sup>

Die reg het voorgegee om liberaal en neutraal te wees, maar het eintlik net die rassesseiding in Suid-Afrika bewerkstellig en bevestig. Die gevolg hiervan was dat marginale

---

<sup>189</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 5.

<sup>190</sup>Chanock (2001) bl 522.

<sup>191</sup>Ek verwys na die idee van 'n kultuur van regverdiging soos Etienne Mureinik ook daarna verwys. Sien Mureinik "A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights"(1994) 10 SAJHR 31, 32. Sien ook Klare (1998) SAJHR se bespreking bl 147.

groepe wat nie erken is deur die reg nie, hulself beroep het op populêre geregtigheid deur informele howe op te rig onder plaaslike militante.<sup>192</sup> Op hierdie manier het diskoerse aangaande die reg ontstaan wat strenggesproke nie deel gevorm het van die reg nie maar welke diskoerse net soveel moes bydra tot die skepping en ontwikkeling van die reg. Indien ons weereens nie bereid is om eksterne diskoerse te oorweeg in die interpretasie van die reg nie, bevind ons onself weer in 'n soortgelyk situasie as onder die vorige bestel.

In die lig van die aspekte rondom die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse staat soos Chanock dit uitwys, is dit belangrik om te vra of ons as regsgeleerdes kan voortgaan om die praktyke en metodes wat ontstaan het in 'n tydperk verwyder van dié waarin ons nou is, te gebruik om transformasie te bewerkstellig. Transformasie en transformatiewe grondwetlikheid verwerp juis die orde waaronder hierdie praktyke en metodes ontstaan het.<sup>193</sup> Indien ons aanvaar dat die reg ons beperk om die politiese en sosiale aspekte van ons samelewing in ag te neem in die interpretasie van die reg, kan die praktyke van die verlede ons nie meer van veel hulp wees nie. Verder moet die impak wat 'n globale grondwetlike staat het op ons ontwikkelende grondwetlike staat, oorweeg word aangesien dit verseker sal bepaal watter betekenis verleen word aan regs-konsepte om te verseker dat Suid-Afrika nie uitgesluit word uit internasionale handel en beleggings nie.<sup>194</sup> Van der Walt stel dit duidelik dat die kulturele kode wat hedendaagse regsgeleerdes se denke domineer, en dus regskultuur daarstel, gevorm is gedurende die apartheidsera en 'n beperking sal plaas op die bevordering van transformasie.<sup>195</sup>

'n Deel van die problematiek rondom regskultuur is kultuur se gebondenheid aan 'n spesifieke tyd en plek. Die gevolg is dat sentimente ten opsigte van die reg wat steeds deur middel van regskultuur bewerkstellig en bevestig word onder regsgeleerdes, as algemeen en universeel deur die lede van die regskultuur beskou word. Vervolgens is lede nie in staat om te beseef dat sentimente wat ontstaan het onder die vorige regime, nie geskik is vir die heersende konteks en behoeftes nie. So ook, selfs waar nuwer sentimente, of globaal erkende politieke korrekte sentimente geïnkorporeer word in 'n kultuur, is lede nie in staat om hierdie nuwer sentimente te bevraagteken nie. Weens die feit dat daar soveel diverse

---

<sup>192</sup>Chanock (2001) bl 522.

<sup>193</sup>Chanock (2001) bl 524.

<sup>194</sup>Chanock (2001) bl 524.

<sup>195</sup>Van der Walt (2006) *Fundamina* bl 19.



opinies bestaan, plaaslik en globaal, ten aansien van die betekenis van menseregte en demokrasie, kan lede van 'n regs-kultuur nie bekostig om dit wat aan hom voorgehou word bloot onkrities te aanvaar as absoluut en universeel nie.

Moontlik verkeer ons as regsgeleerdes onder die indruk dat ons strenggesproke nie meer die praktyke van die verlede beoefen nie. Ons werk dan met 'n grondwet en 'n handves van menseregte en politieke liberalisme word aanvaar as die filosofie van die dag? Hoe gaan ons te werk om hierdie kodifikasies van menseregte en grondwetlike waarborge te interpreteer? Ek glo nie ons regs-kultuur het al so ontwikkel dat ons toegelaat word om op ander wyses te werk te gaan met ons regs-werk nie.

Die punt wat ek wil maak deur op Chanock se argument hierbo te steun, is dat ons as regsgeleerdes moontlik nog gebruik maak van ou tradisionele metodes van regsinterpretasie wat min agting gee aan faktore ekstern tot teks en presedente. Dus raak ons nie betrokke in die politiek van die reg nie en is ons steeds vasgevang in die idee dat daar werklike universele betekenis aan 'n regs-konsep gegee kan word, ook aan menseregte en demokrasie.

Die ander moontlikheid is dat ons as regsgeleerdes nie werklik onself verantwoordelik ag om sosiale verandering te weeg te bring in ons samelewing nie en dus nie veel oorweging skenk aan die impak wat betekenis wat ons vaslê op transformasie en die samelewing sal hê nie. Alternatiewelik beskou ons onself nie by magte om hierdie veranderinge te maak nie. Ek beklemtoon weereens dat ek nie soseer op die regsprekende gesag as vormers van regs-kultuur fokus nie. Ek kontempleer regsgeleerdes se benadering tot regsinterpretasie en regs-werk vanuit my eie ervaring as regspraktisyn en onlangs nog, 'n regstudent en ek wonder of ons ooit die metodes wat ons gebruik om die reg te verstaan en toe te pas, krities evalueer, veral ten aansien van die oorsprong van hierdie metodes. Ek bevind dat die formele beperkinge van die reg slegs deur regsgeleerdes getoets word vir die doeleindes van 'n spesifieke kliënt, nie noodwendig in die soeke na geregtigheid nie. Die substantiewe beperkings van die reg word nie werklik bevraagteken nie – ons steun bloot op die presedentestelsel.

Hierdie benadering wat tans deur regsgeleerdes gevolg word verteenwoordig regs-kultuur. Regs-kultuur slaag daarin om terselfdertyd hierdie tradisionele benaderings onder

regseleerdes te vestig sowel as te bevestig en so die *status quo* gestand te doen. Soos ek reeds hierbo uitgewys het ten aansien van die konsep van menseregte en demokrasie en ook vanuit die blote aard van transformatiewe grondwetlikheid, is dit duidelik dat so 'n onkritiese kultuur nie langer 'n plek kan hê in ons huidige bestel nie.

Breyten Breytenbach maak interessante opmerkings in sy opstel *Making Being* waar hy Afrika se rol in die globale konteks bespreek ten aansien van kuns en kultuur en Westerse paternalisme.<sup>196</sup> Hy omskryf kultuur, in 'n wye sin, as

...the receptacle of the riches of received (or stolen) certainties. Certainty, as we know, easily slides into Orthodoxy (with a nudge or two from those with vested interests), and this Security is customarily hoisted on a pedestal as Truth. Truth, strangely enough, even when enshrining the expression of shared convictions...must be only and One to survive...Diversity is not Truth's favorite lover...It is very difficult for Truth's power to imagine being divided or shared. Hence the potential – indeed, the predisposition – for conflict and the glorification of the manly virtues of combativeness and possession...<sup>197</sup>

Breytenbach stel dit ook dat geargumenteer kan word dat kultuur as 'n vorm van (gedeelde) identiteit kan dien en so 'n waarborg kan verskaf dat ons almal eintlik dieselfde is en 'n oorsprong deel met mekaar.<sup>198</sup> Dit skep die illusie dat enige kwessies wat daar mag bestaan, reeds oordink en opgelos is en lede van die kultuur kan maar bloot voortgaan in die uitvoering van die bevestigde betekenis.<sup>199</sup> Op so wyse word 'n reeds bepaalde en onbuigbare vorm van demokrasie en menseregte op ons afgeforseer.<sup>200</sup> Aangesien 'n kultuur van aanvaarding en uitvoering, teenoor 'n kultuur van kritiese oorweging, tans heers, is ons nie instaat om hierdie konsepte aan te veg of ander tentatiewe betekenis daaraan te verleen nie.

Breytenbach se omskrywing van kultuur dui op 'n algemene konsep van kultuur met spesifieke verwysing na etniese verskille en kuns. Tog is hy myns insiens in die kol met sy

---

<sup>196</sup>Breytenbach *Notes from the Middle World* (2009) bl 7.

<sup>197</sup>Breytenbach (2009) bl 7.

<sup>198</sup>Breytenbach (2009) bl 7.

<sup>199</sup>Breytenbach (2009) bl 7.

<sup>200</sup>Breytenbach (2009) bl 9.

omskrywing van die kern problematiek geassosieer met 'n kultuur van enige aard, ook regskultuur. Uit sy omskrywing kom dit duidelik na vore hoe gevaarlik kultuur kan wees indien dit stagnant en onkrities voort ploeter en nie bewustheid toon van die impak wat sy aksies het op die samelewing nie. Uit hierdie opstel van Breytenbach, maak ek verder die afleiding dat hy van mening is dat kultuur, deurdat dit neerkom op die vestiging van een absolute waarheid, die oorsaak is van die verskeie krisisse waarin ons wêreld tans gedompel is. Die kultuur van demokratisering en menseregte en die kultuur van kapitalisering en liberalisering dien as absolute staving van 'n gedeelde waarheid of behoefte van mense. Lede onder hierdie kulture hoef minimale insette te lewer om die kitsresep aan die kook te kry en honger gaste het geen ander keuse as om dit wat voorgesit word te ontvang met opregte dankbaarheid nie.

Ek stel ter opsomming soos volg: Die ontstaan en ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse staat en die betrokkenheid van die reg en regsgeleerdes in hierdie proses het 'n produk geskep naamlik regskultuur. Hierdie kultuur het deur die jare regstradisie en regspraktyke ten aansien van regsinterpretasie, die beskouing van die rol van die reg en die verstaan van *rule of law* bevestig en gevestig onder regsgeleerdes, wie weer hierdie regskultuur verder laat voortleef het. In hierdie sikliese struktuur is betekenis vasgelê wat voortaan voorgehou is as verhewe waardes. Tipies het hierdie betekenis neergekom op die streng skeiding van reg en politiek en 'n liberale, neutrale kleur is aan die reg en die regsprekende gesag verleen, welke neutrale aard ooglopend 'n skyn was.

Met die koms van 'n nuwe orde in Suid-Afrika, het ons gepoog om die ongeregtighede van die verlede uit te wis en te voorkom deur menseregte en demokrasie in te stel, soos gekodifiseer in die Grondwet. Die Grondwet is 'n regsbron wat oop is vir regsinterpretasie deur regsgeleerdes, en soos genoem, beoefen regsgeleerdes regsinterpretasie onder die invloed van 'n regskultuur, welke regskultuur ontstaan het en 'n produk is van 'n vorige era. Transformatiewe grondwetlikheid kan dus nie realiseer nie, aangesien regsgeleerdes nie hul rol besef om deur middel van regsinterpretasie sosiale en politieke projekte aan te pak nie.

Verder word menseregte en demokrasie gestel as die nuwe orde. Die reg en die staat word onderhewig gestel aan hierdie nuwe orde maar nie op so wyse dat erkenning gegee word aan die transendentale, radikale en tentatiewe aard van die konsepte nie. As gevolg van die

feit dat regsgeleerdes nie transformatiewe grondwetlikheid kan realiseer nie, kan die tentatiewe betekenis van menseregte en demokrasie nie oop gehou word nie.

Kan hierdie situasie verbeter word? Ek is van mening dat daar wel hoop en potensiaal in regskultuur geleë is. Regskultuur kan op 'n manier benader word en gebruik word deur regsgeleerdes om die reg, grondwetlikheid, menseregte en demokrasie en uiteindelik regsinterpretasie te benader vanuit vele ander hoeke om so by te dra tot die projek van transformatiewe grondwetlikheid. Die motivering vir my voorstel vir 'n nuwe benadering vir regsgeleerdes is uiteindelik ook dat groter pogings aangewend word om regte te red van menseregte<sup>201</sup> deur meer tentatiewe betekenis daaraan te verleen. So ook het ons 'n plig om ander regs- en politiese konsepte in ons samelewing te red en sodoende die demokrasie wat moet kom, te kan inwag.

### **2.3.2 Potensiaal geleë in regskultuur en regsinterpretasie**

Ek het hierbo aangetoon dat die konsepte demokrasie en menseregte 'n opening bied wat ons as regsgeleerdes kan benut om die transendentale en radikale aard van hierdie konsepte te realiseer.

Ek het ook aangetoon dat die demokrasie (as 'n simboliese orde) se pogings om nuwe verrassende gebeure te verwerk, nooit heeltemal daarin sal slaag nie. Daar sal altyd 'n onvermoë wees om volkome die omvang van die gebeure vas te vang. Hierdie verlies bied die potensiaal vir tentatiewe betekenisvorming. Regsgeleerdes moet in staat wees om hierdie verlies te erken voordat hul die potensiaal sal kan raaksien. Met ander woorde, regskultuur moet regsgeleerdes in staat stel om hierdie geleentheid te kan benut. Vanuit die bespreking in hoofstuk 2.3.1, is dit duidelik dat daar tans nie 'n regskultuur onder regsgeleerdes is wat hierdie tipe erkenning aanmoedig nie.

Die potensiaal in menseregte lê in die instrumentaliteit daarvan, in die verskeie betekenis wat daaraan gekoppel kan word en ook in die menseregteretoriek wat daaromtrent ontstaan. Hierdie kenmerke van menseregte verskaf die geleentheid vir deliberasie en kritiese oordenking. Ons kan erken dat daar sekere strukturele beperkings in ons samelewing is, maar ons kan die inhoud in hierdie strukture anders benader om meer

---

<sup>201</sup>Sien Schroeder "Left Against Rights: A review of Douzinas 'Human Rights and Empire'" (2008) *Social Science Research Network* bl 2.

gepaste, maar tog tentatiewe oplossings te vind vir die probleme wat ons land in die gesig staar. Weereens is regsgeleerdes geneig om slegs een finale betekenis te verleen aan die konsep van menseregte en ons is ook nie werklik in staat om dan hierdie skynbare finaliteit te bevraagteken nie.

Ek plaas regdeur hierdie verhandeling 'n groot klem op die verkryging van *tentatiewe* betekenis en oplossings. Indien absolute betekenis en oplossings nagejaag word, welke kultuur myns insiens tans heers onder regsgeleerdes en ons samelewing in die geheel, word al die ander moontlike oplossings en betekenis dadelik van die tafel afgevee. Hierdie verwerping van alle ander moontlikhede hou 'n groot onreg in, veral in 'n samelewing waar gemarginaliseerde individue – of die ander – 'n al groter deel van ons samelewing uitmaak en al minder raakgesien word deur die orde van die dag. Verder is alle betekenis wat vasgelê word, tog maar tentatief, weens die feit dat dit sal verander afhangende van die konteks, tyd en plek.

Ek het tot dusver geïmpliseer dat regskultuur bepaal hoe regsgeleerdes regsinterpretasie sal benader. My voorstel vir meer tentatiewe betekenisvaslegging is juis 'n voorstel ten opsigte van die wyse waarop regsgeleerdes regsinterpretasie behoort te benader. Ook Klare en Van Der Walt, soos ek hierbo na verwys het, bespreek regsinterpretasie aangesien transformatiewe grondwetlikheid vereis van regsgeleerdes om in hul regswerk sosiale en politieke projekte aan te pak en regswerk behels tot 'n groot mate regsinterpretasie.<sup>202</sup> Ek het ook hierbo 'n duidelike dekonstruktiewe toon gestel vir die argument wat ek voer in hierdie verhandeling en hierdie dekonstruktiewe toon vereis juis die tentatiewe betekenisvaslegging waarna ek tot dusver verwys. Volgens Goosen verstaan Derrida die idee van taal op 'n spesifieke wyse: Taal word tot 'n mate met 'n belofte vergelyk.<sup>203</sup> Die dekonstruksie sien taal nie as iets wat deur die subjek as objek toegeëien kan word nie – taal bepaal eerder wat die subjek self sal wees.<sup>204</sup> Met verwysing na die begrip *différance* wat dui op die gebeure van taal, wys Derrida daarop dat betekenis nie net altyd sal verskil nie maar ook altyd uitgestel sal word.<sup>205</sup> Taal as die gebeure en as *différance* ontwig altyd

---

<sup>202</sup>Klare (1998) *SAJHR* en Van der Walt (2006) *Fundamina*.

<sup>203</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl. 71.

<sup>204</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl. 71.

<sup>205</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 72. Sien ook Derrida "Differance" soos verskyn in Derrida *Margins of Philosophy* (1982) en Derrida "Plato's Pharmacy" in Derrida *Dissemination* (1981).

die simboliese orde, en soos Goosen ook uitwys, kan betekenis vervolgens nooit finaliteit bereik nie.<sup>206</sup> Die gevolg is met ander woorde dat die subjek uitgelewer word aan onvoltooidheid, onsekerheid en dubbelsinnigheid.<sup>207</sup> Hierdie spasie wat die uitstel van betekenis daarstel is egter 'n voorwaarde vir die toekoms wat nog moet kom – die unieke ander – en stel so 'n belofte daar.<sup>208</sup>

Regsinterpretasie as 'n oefening van betekenisvaslegging in taal, bied met ander woorde ingevolge die dekonstruksie 'n belofte van die demokrasie wat moet kom en soos ek ook genoem het in hoofstuk 2.1 is hierdie spasie van afwagting en uitstel van betekenis eintlik opsigself transformasie. Ek kom dus tot die slotsom op hierdie punt dat regsinterpretasie opsigself sekere potensiaal behou vir regsgeleerdes om werklik by te dra tot 'n projek soos transformatiewe grondwetlikheid.

Die algemene persepsie jeens die rol van die reg in die samelewing is sekerlik dat interpreteerders van regstradisies deur middel van regsbeslissings sekerheid in die samelewing moet bewerkstellig. Sekerheid kan bewerkstellig word deur te bevestig welke regstradisies en interpretasie van die reg die bindende en finale antwoord is op 'n regsprobleem. Dit moet dus gevra word of die struktuur van regsbesluitneming enigins oop is vir tentatiewe betekenisvaslegging. Verder is dit ook so dat 'n gegewe kultuur, soos regskultuur, gesitueer is in 'n spesifieke konteks, tyd en plek, soos ek reeds hierbo aangedui is. Dit mag moontlik werklik moeilik vir lede van so 'n kultuur wees om die nood vir tentatiewe betekenis te waardeer, bloot omrede hul nie die konteks, tyd en plek waarin hul hulself bevind as 'n veranderlike beskou nie.

Ek het reeds op 'n vroeër stadium aangetoon dat daar wel tot 'n mate onderskei kan word tussen die kulturele en strukturele aspekte van die reg en dat beide hierdie aspekte sekere beperkings sal stel op die buigzaamheid van die reg. Ek steun egter nie in hierdie verhandeling 'n streng en absolute onderskeid tussen die kulturele en strukturele aspekte van die reg nie. Ek het regskultuur hierbo afsonderlik bespreek van regstruktuur of regsvorm. Ek sal eers fokus op die inherente potensiaal wat daar mag lê in die kulturele

---

<sup>206</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 72.

<sup>207</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 72.

<sup>208</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 73.

aspek van die reg om tentatiewe betekenis aan te gryp en in hoofstuk 4 sal ek van nader die strukturele beperkings van die reg bespreek.

Nieteenstaande die feit dat die huidige Suid-Afrikaanse regs-kultuur moontlik te konserwatief is om hierdie tentatiewe benadering te volg aangesien 'n sterk klem op regsekerheid en die positivistiese aard van die reg geplaas word (en tentatiewe betekenis dus liefers vermy moet word), moet ons bepaal of enige kultuur, in die tradisionele sin van die woord, die vermoë sal hê om te vorm rondom enige iets minder as (skynbare) absolute onaantasbare waarhede. 'n Kultuur is tog 'n tipe gemeenskap wie se ontstaan gebaseer is op sekere waarhede. Die gemeenskap is ook gebaseer op 'n definitiewe onderskeid tussen diegene in die gemeenskap en diegene aan die ander kant van die redelike stagnante grens van die gemeenskap. So ook is daar duidelike grense tussen waardes van die kultuur en vreemde waardes van diegene wat uitgesluit word van hierdie gemeenskap.

Breytenbach beskou die ontstaan van enige kultuur in 'n negatiewe lig en sien dit bloot as 'n weg tot 'n voorafbepaalde bestemming, totaal afhanklik van 'n gegewe betekenis.<sup>209</sup> Hy stel voor dat die "kultivering" van waardes eerder bevorder moet word – kultuur moet nie die produk wees wat nagelaat word nie.<sup>210</sup>

Indien ons benadering tot regs-kultuur verander deurdat ons regs-kultuur as 'n spasie vir die kultivering, ontginning en bespreking van tentatiewe waardes beskou eerder as 'n produk van regstradisie wat waardes en betekenis voorskryf, kan die kulturele faset van die reg myns insiens die potensiaal inhou om by te dra tot transformatiewe grondwetlikheid. Hierdie spasie moet egter nie ontaard in 'n stagnante gemeenskap in die tradisionele sin van die woord nie, omrede hierdie konsep van gemeenskap gewoonlik streng insluitings- en uitsluitingsmeganismes behels. Hierdie spasie moet eerder beskou word as 'n "tentatiewe" samekoms van regsgeleerdes. Regswerk en regsinterpretasie kan dus beoefen word deur middel van 'n tentatiewe samekoms om tentatiewe betekenis te erken en die tentatiewe aard daarvan te aanvaar. Vir die leser vir wie hierdie oorbeklemtoning van die tentatiewe aard moontlik mag neerkom op 'n nihilistiese uitkyk en ondermyning van die reg se plek in die samelewing: Die struktuur van die reg sal altyd normalisering veroorsaak (en wegstroom van tentatiewe oplossings). Dit is belangrik om te besef dat hierdie struktuur wel nie solied

---

<sup>209</sup>Breytenbach (2009) bl 15.

<sup>210</sup>Breytenbach (2009) bl 15.

is nie; ons kan openinge vind wat ons geleentheid bied om deur middel van 'n meer tentatiewe benadering te hoop op iets beter aan die ander kant van die struktuur. Die struktuur sal egter altyd (moet) teenwoordig bly.

Hoofstuk 2 van hierdie verhandeling is 'n bespreking van die aard van die konsepte demokrasie, menseregte en regs kultuur. Die verhouding tussen hierdie drie konsepte behou die potensiaal om die geloof in demokrasie, menseregte en die reg te herstel (maar nie geloof in 'n onkritiese, naïewe sin nie). Die sukses al dan nie van transformatiewe grondwetlikheid is afhanklik van die verhouding tussen demokrasie, menseregte en regs kultuur. Suid-Afrika se toekoms lê in die verwesenliking van hierdie ideale.

Regsgeleerdes het 'n verantwoordelikheid om by te dra tot die verwesenliking van hierdie ideale in die sin dat hul verantwoordelik is vir die betekenisvaslegging van hierdie ideale deur middel van regsinterpretasie. Ons kan dus nie meer voortgaan om onkrities om te gaan met ons regs werk nie en ons moet agting gee aan die impak wat regsinterpretasie verleen het op die samelewing op 'n groter skaal. Ja, sekerlik kan geargumenteer word dat dit slegs die regsprekende gesag is wat werklik betekenis vaslê deur presedente te skep. Tog, as mens in ag neem dat regspraktisyns op 'n daaglikse basis regsopinies verskaf aan kliënte ten aansien van die interpretasie van die reg, word hierdie betekenis wat ons in die reg inlees, versprei in ons samelewing. Daar spruit nie noodwendig litigasie en hofuitsprake uit elke opinie wat verskaf word nie, maar mense reël hul lewens rondom hierdie betekenis, in die sakewêreld en ook in persoonlike areas. 'n Persepsie word dus geskep oor die reg en menseregte en demokrasie, en 'n nasie word gebou of afgebreek op hierdie grondslag.

Ek het hierbo verwys na die tentatiewe samekoms van regsgeleerdes rondom tentatiewe waardes en betekenis. In hoofstuk 3 bespreek ek hierdie samekoms en benadering wat regsgeleerdes moet kweek jeens hul regs werk, om sodoende in die eerste instansie 'n alternatiewe soort regs kultuur te kweek en tweedens by te dra tot transformatiewe grondwetlikheid in Suid-Afrika.



### 3 Gemeenskapsgeoriënteerde benadering en die tentatiewe gemeenskap

In hoofstuk 2 het ek aangevoer dat ons grondwetlike staat met demokrasie en menseregte as grondslag, op 'n nuwe of alternatiewe wyse benader sal moet word. Dit is myns insiens die enigste wyse hoe hierdie radikale konsepte se waarde tot 'n mate besef sal word in ons samelewing. Die geskiedenis van onderdrukking en opstand wat die realisering van hierdie konsepte genoodsaak het, versoek en verplig ons om op die uitkyk te bly vir beter maniere om uiting en betekenis aan die konsepte te verleen. Ons as regsgeleerdes moet met ander woorde 'n ander benadering verkry tot ons regswerk en regsinterpretasie.

Twee vrae spruit voort vanuit die bogenoemde submitisie: Eerstens, wat behoort hierdie nuwe, alternatiewe benadering te behels? Ek kan reeds nou noem dat hierdie nuwe benadering die problematiese aspekte wat ek bespreek het in hoofstuk 2 moet antisipeer. Hierdie nuwe benadering behels dus onder andere die kritiese evaluering van die inhoud van die reg. Hierdie kritiese evaluasie is bewus van die beperkings van die transformatiewe konsepte soos ondersoek in hoofstuk 2. Verder is die voorgestelde benadering 'n waardering vir die politieke aard van die reg en die unieke konteks waarin demokrasie en menseregte toegepas moet word.

Die voorgestelde benadering behels ook dat ons as regsgeleerdes, as gevolg van die beperkings van die transformatiewe konsepte in die sin wat die filosofie van die grens van Cornell dit omskryf, sal moet aanvaar dat enige betekenis wat ons aan 'n regs-konsep gee, bloot 'n tentatiewe betekenis is. Die idee agter die voorgestelde benadering is dat 'n waardering vir die tentatiewe aard van regsinterpretasie gekultiveer word. Soos ek hierbo uitgewys het, lê daar potensiaal in die tentatiewe aard van betekenis aangesien die betekenis juis dan uitgelê word om gepas te wees in die relevante konteks.

Tweedens sal ek vra: Wie is die "ons" waarna ek regdeur hierdie verhandeling verwys en wie hierdie benadering moet neem ten aansien van die Grondwet, demokrasie en menseregte? Ek het hoofstuk 2 afgesluit met verwysing na die potensiaal wat in regskultuur geleë is. Dus behoort die benadering wat ek voorstel vanselfsprekend deur regsgeleerdes in die uitvoering van hul regswerk toegepas te word. Soos ek ook op 'n vroeër stadium uitgewys het, sal regskultuur die wyse bepaal hoe regsgeleerdes optree in die uitvoering van hul regswerk. Die redenasie agter die voorgestelde benadering is dat hierdie benadering die

gevolg sal hê dat regs-kultuur tot 'n mate opsigself getransformeer word. Slegs indien die bestaande regs-kultuur opsigself anders deur regsgeleerdes benader word, kan 'n alternatiewe regs-kultuur gekweek word. Vanuit hoofstuk 2 is dit duidelik dat 'n alternatiewe idee van regs-kultuur genoodsaak word voordat regsgeleerdes in staat sal wees om demokrasie en menseregte beter te begryp. Die hoop is dat regsgeleerdes uiteindelik in staat sal wees om werklik by te dra tot transformasie in Suid-Afrika. Die identiteit en gevoel van samesyn wat die konsep “ons” kweek, kan egter problematies wees, veral in 'n konteks waar ons poog om erkenning te verleen aan die onbekende ander wat nie deur “ons” ingesluit kan word nie.

Tog is ek ook van mening dat 'n gemeenskap soos die Suid-Afrikaanse regs-kultuur, slegs getransformeer kan word indien die fundamente van so 'n gemeenskap tot 'n mate omvergewerp word. Die fundamente van enige instansie is van kardinale belang om die kontinuïteit en voortbestaan van so 'n entiteit te verseker. Vir die bevordering van transformasie kan hierdie fundamente egter nie verhewe wees bo kritiese evaluasie nie— die fundamente sal dan slegs dien as die bevestiging van die *status quo*. Soos ek reeds in hoofstuk 2 van hierdie verhandeling uitgewys het, is dit noodsaaklik dat ons altyd waak teen 'n stelsel of siklus wat die *status quo* in enige geval onkrities bevestig. Enige struktuur het egter 'n sikliese aard en die *status quo* word nie slegs by een geval bevestig nie, maar keer op keer.

Hierdie verskynsel kom myns insiens veral voor by tersiêre instansies waar regstudente onderrig word om regsgeleerdes te word. Dit is tydens hierdie fase van 'n regsgeleerde se loopbaan waar sy aanvanklike denke rondom die reg en ook menseregte en demokrasie gevorm word. Die heersende regs-kultuur, en die *status quo*, word tydens hierdie fase tuisgebring onder voornemende regsgeleerdes. Die oordra van die regsbeginsels en die heersende regs-kultuur se benadering daartoe, is nie soseer die probleem nie. Die probleem lê in die wyse waarop hierdie inligting oorgedra, ontvang en toegepas word. As ons die kenmerke van die heersende regs-kultuur, hierbo omskryf, in ag neem is dit vanselfsprekend dat daar nie juis tans onder regstudente 'n kritiese bewussyn gekweek word ten opsigte van regs-kultuur nie. Sonder hierdie kritiese bewussyn is regstudente nie daarop ingestel om die inligting wat hulle ontvang, krities te evalueer nie. Die gevolg van hierdie onvermoë is

verder problematies aangesien 'n onkritiese toepassing van regsbegrippe sal lei tot oplossings wat nie werklik gepas is vir die konteks van die probleem voor hande nie.

Myns insiens konstitueer die wisselwerking tussen regstudente en regsonderrig die fundamente van regskultuur. Ons moet hier begin indien ons die regskultuur wil transformeer en so regsgeleerdes in staat wil stel om effektiewelik by te dra tot transformasie in ons samelewing.

Vervolgens bespreek ek in hierdie hoofstuk my voorgestelde benadering wat gemik is op regstudente in die eerste instansie. Tweedens sal ek ook meer insig verleen tot die inhoud van hierdie benadering deur verwysing na 'n tentatiewe gemeenskap van regstudente. My mikpunt is om 'n tentatiewe gemeenskap van regstudente spesifiek, maar ook regsgeleerdes in die algemeen, te ontwikkel. Soos ek later sal uitwys, lê die uniekheid in hierdie gemeenskap daarin dat hier nie verwys word na 'n gemeenskap in die eng sin van die woord nie. Lede van hierdie gemeenskap het 'n waardering vir die tentatiewe aard van betekenis. Die gemeenskap is inderwaarheid die kultivering van sekere waardes eerder as die bevestiging van 'n stagnante regskultuur.

Dit is moontlik nodig om op hierdie punt uit te wys vanuit welke persoonlike konteks ek my argument in hierdie verhandeling formuleer. Die kwelpunte wat ek aanspreek in hierdie verhandeling spruit voort uit my eie ervaringe as regstudent aan die Universiteit van Pretoria tussen 2003 en 2007 en my daaropvolgende ervaring in die praktyk. My eerste ontmoeting was wel met die Ekonomiese en Bestuurswetenskappe fakulteit tydens my voltooiing van my B.Com graad, maar was dit my studies aan die regs fakulteit wat my van die begin af geïnteresseer het. Ek het na voltooiing van my LLB graad my klerkskap as kandidaat-prokureur gedien by die regs firma waar ek ook tans 'n praktiserende prokureur in kommersiële reg is.

My voorstel in hierdie verhandeling, wat 'n tentatiewe konseptualisering van regs konsepte aanhang, is opsigself tentatief, deurdat ek die voorstel aanmekaar weef maar weer ontrafel en in my denke voortdurend so daarmee omgaan. Tog is ek van mening dat iets konkreets

agtergelaat word.<sup>211</sup> Die oopspunt met die voorstel wat ek maak is om sekere beginsels te laat seëvier en so attent te wees op die potensiële konkrete aspekte wat nagelaat word.

Ek is van mening dat sedert ek my LLB graad behaal het, sekere departemente by UP se regs fakulteit wel pogings aangewend het om 'n meer kritiese uitgangspunt onder regstudente te vestig wat op so 'n wyse by kan dra tot transformasie van die regskultuur en ook op 'n groter skaal in die Suid-Afrikaanse samelewing. My ervaring was dat transformatiewe konsepte op 'n sistematiese wyse geïnkorporeer is in die sillabus om ons as regstudente se aandag daarop te vestig. Die inkorporasie was wel nie organies nie in die sin dat transformatiewe konsepte en die Grondwet afsonderlik beskou is van die restant van die reg wat aan ons voorgehou is.

Dit is belangrik vir my om uit te wys dat my doelwit in hierdie verhandeling nie is om die konkrete inhoud van die regsillabus by tersiêre instansies te evalueer nie. Natuurlik behoort aanpassings te volg na gelang van die suksesvolle toepassing van die benadering wat ek voorstel. My argument fokus op die mate wat regstudente onbewus is van regskultuur wat die wyse bepaal waarop hulle (en hul regs dosente) dink en argumenteer. Dit is belangrik om die heersende regskultuur te verstaan en krities daarvoor te kan nadink. Die begrip en bevordering van transformatiewe begrippe hang grootliks af van die regskultuur se benadering jeens dit.

My eindelike punt van kritiek is teen die algemene ongetransformeerde Suid-Afrikaanse regskultuur wat 'n onvermoë onder regsgeleerdes skep om transformasie te bevorder. Daarom fokus ek op tersiêre onderrig omrede dit vir my die plek is waar regskultuur in die eerste instansie bevestig word.

### **3.1 Regstudente: 'n keerpunt vir regskultuur**

As ons kortliks weer kyk na die probleme met ons heersende regskultuur soos uiteengesit in hoofstuk 2, kan ons die afleiding maak dat die volgende aspekte dringende aandag benodig: Die huidige Suid-Afrikaanse regskultuur is in die algemeen nog redelik konserwatief wat

---

<sup>211</sup>Dit is te danke aan Prof Karin van Marle wat my daarop uitgewys het dat my aanslag dui op die weef aksie van Penelope, soos geïnterpreteer deur Cavarero *In Spite of Plato: A feminist rewriting of Ancient Philosophy* (1995), wat weef om weer uit mekaar te trek as deel van haar aksie van *refusal* of weiering. So is my hele benadering eintlik 'n wyse waarop ek weiering uitoefen— die konsep soos ook deur Prof van Marle gebruik in haar artikel "Laughter, refusal, friendship: Thoughts on a 'Jurisprudence of Generosity'" (2001) 1 *STELL LR* bl 198.

beteken dat 'n streng liberale tradisie gevolg word jeens regsinterpretasie. Vervolgens word die politieke aard van die reg nie erken nie en regsgeleerdes word gemotiveer om 'n streng skeiding tussen reg en politiek te handhaaf. Bronne ekstern tot die beperkte erkende regsbronne, soos deliberasie en verskillende perspektiewe van die reg, word geensins oorweeg in regsinterpretasie nie. Weens die onkritiese aanhang van die presedentestelsel, erken regsgeleerdes nie die tentatiewe aard van betekenis wat verleen word aan regskonsepte in die oefening van regsinterpretasie nie. In hierdie sin erken regsgeleerdes ook nie hul aandeel in die bepaling van die betekenis van regskonsepte nie. Ons verkeer steeds onder die indruk dat regsinterpretasie bloot behels dat ons regsprobleme "invoer" in 'n stelsel en dan 'n oplossing of betekenis aan die ander kant ontvang. Ons glo ook dat die oplossings geensins ons persoonlike insette weerspieël nie. Waar regsgeleerdes erkenning gee vir die feit dat ons tog die betekenis kan manipuleer, gebruik regsgeleerdes bloot hierdie aspek van regsinterpretasie om die belange van kliënte op daardie oomblik te beskerm.

Nie dat dit opsigself problematies is nie. Dit is juis hierdie aspek wat sal verseker dat oplossings gepas vir die spesifieke konteks verkry word. Dit is ook te betwyfel of hierdie element van 'n regsgeleerde se taak ooit mee weggedoen sal kan word. Ek is van mening dat regsgeleerdes bewus moet wees van die mag en ook die verantwoordelikheid waarvoor hul beskik in hierdie opsig. Buiten hierdie probleme soos bespreek in hoofstuk 2, is 'n verdere noemenswaardige aspek wat regsgeleerdes beïnvloed in hul regswerk, die blote aard van hedendaagse besigheidskultuur. *Business as usual* behels tans die pragmatiese navolg van doelwitte sonder veel nabetrugting oor die waardes wat langs die pad opgeoffer word. Kitsoplossings is aan die orde van die dag, so ook wanneer regsprobleme opgelos moet word.

Ek het in hoofstuk 2 die radikale aard van menseregte uitgewys. Die konsep van menseregte behou die potensiaal om, indien ontgin, werklike transformasie teweeg te bring. Menseregte en demokrasie is werklike politieke en politiese konsepte. Die potensiaal geleë in hierdie konsepte gaan egter nooit kan realiseer indien regsgeleerdes 'n tegniese en konserwatiewe benadering het ten aansien van hierdie konsepte nie.

Indien ons spesifiek daarop uit is om regskultuur te transformeer, moet ons myns insiens bepaal waar die fundamente of beginpunt van hierdie regskultuur geleë is. Hoe ontstaan regskultuur? Hoe geskied die wisselwerking tussen regskultuur en die struktuur van die reg? Watter aspek kom eerste: Word regskultuur geskep rondom 'n reeds bestaande regstruktuur of is die regstruktuur gevestig deur regsgeleerdes onder 'n spesifieke regskultuur? Die ander belangrike vraag ten aansien van die probleem geïdentifiseer in hierdie verhandeling is: Tot op watter punt is die gebrek aan transformasie die gevolg van 'n ontoereikende regskultuur en waar behoort die struktuur van die reg die blaam te dra? Ek het reeds in hierdie verhandeling genoem dat ek nie 'n streng onderskeid tussen die kulturele en strukturele aspekte of beperkings van die reg ondersteun nie. Ek is van mening dat so 'n eng skeiding weereens op 'n oor-tegniese benadering sal neerkom wat nie daarin sal slaag om die werklike stand van sake te weerspieël nie. Ek erken wel dat daar 'n wisselwerking tussen hierdie twee elemente is en dat dit nie moontlik is om te bepaal presies waar die een stop en die ander weer begin nie.

Om weer terug te keer na die vraag waar regskultuur ontstaan of sy fundamente het: Ek beskou die beginpunt van 'n regsgeleerde se loopbaan as die plek waar hy sy regsonderrig ontvang – 'n tersiêre instansie. Dit is tog immers hier waar 'n regsgeleerde bekendgestel word aan die reg en waar sy denke rondom die reg gekweek word. Verder word metodes van argumentering en regsinterpretasie hier voorgelê aan en ingeoefen deur regstudente.

Ek ontken geensins dat 'n regsgeleerde se metodes en denkwyses verander en verder ontwikkel word wanneer hy die professie betree en in 'n praktiese konteks gebruik maak van die vaardighede wat hy op universiteit bemeester het nie. Verder moet tersiêre instansies, veral in die Suid-Afrikaanse konteks, ook tot 'n mate die gevolge van onvoldoende primêre en sekondêre onderrig oorkom, welke uitdaging 'n groot las plaas op die samestellers van kurrikulums. Wat ek wel aan die hand doen, is dat 'n sekere idee van die reg en hoe dit behoort te funksioneer, reeds op tersiêre vlak gevestig word onder regstudente. Hierdie idee van die reg en hoe dit behoort te funksioneer skep of bevestig op die ou einde regskultuur.

Om te beweer dat die beginsels van regskultuur ontstaan tydens regsonderrig op tersiêre vlak, is sekerlik nie heeltemal akkuraat nie. Regsgeskiedenis en die wisselwerking tussen die

kulturele en strukturele fasette van die reg, het sekerlik ook 'n aandeel in die skepping van regs-kultuur. Ek doen aan die hand dat wanneer 'n sekere interpretasie van die reg oorgedra word aan regstudente, regs-kultuur so onder nog 'n generasie regsgeleerdes gevestig word. So word regs-kultuur bevestig en die beginsels en werkwyses van die regs-kultuur word voortgesit.

Indien hierdie regs-kultuur herhaaldelik bevestig word, word die *status quo* keer op keer bevestig en na aanleiding van die bespreking oor die kenmerke van ons huidige regs-kultuur, is die *status quo* nie juis gunstig om transformasie te bewerkstellig nie. Om vas te kyk in die grense wat die *status quo* daarstel is 'n eenvoudige wyse om die potensiaal geleë in die regs-kultuur (en die konsepte van menseregte en demokrasie) wat moontlik transformasie teweeg kan bring, te ontken.

Hoe nou gemaak? Onderrig en opleiding is tog juis daarop gebaseer dat 'n mentor sekere inligting oordra aan die student. Die mentor sal ook die student bemagtig om sy werk as regsgeleerde uit te voer deur sekere tegnieke aan die student te leer. Dit sal sekerlik 'n mentor se werk om regstudente te onderrig bemoeilik indien 'n regstudent alles wat vir hom voorgehou word, bevraagteken, moontlik bloot net omdat hy die insig skort om die begrip werklik te verstaan.

Ek steun op werke van Duncan Kennedy as staving vir die argument dat daar voldoende geleentheid by 'n regs-onderriginstansie is om 'n stagnante regs-kultuur te kweek onder regstudente. Verder beywer sy argumente ook om 'n rede te verskaf waarom die situasie verander moet word.<sup>212</sup>

Kennedy, 'n voorstander van die *critical legal studies* beweging, is van mening dat regs-onderrig dien as bevestiging van die hiërargie van die regprofessie.<sup>213</sup> As 'n voorstander van kritiese regsdenke, is dit ook belangrik vir Kennedy om as regsgeleerde homself te beywer vir gelykheid in die samelewing. So ook wil hy die struktuur van die reg ontmasker en uitwys op die wyses waarop die reg ongelykheid in die samelewing veroorsaak. Hierdie

---

<sup>212</sup>Kennedy "Legal Education as Training for Hierarchy" soos verskyn het in Kairys (red) *The Politics of Law – A Progressive Critique* (1990) bl 38-58.

<sup>213</sup>Kennedy (1990) bl 54.

ongelykhede word veroorsaak deur inherente teenstrydighede in die reg.<sup>214</sup> Aanhangers van kritiese regsdenke gebruik dikwels tegnieke gekoppel aan dissiplines ekstern tot die reg om regstekste te interpreteer – sodoende word beter uiting gegee aan die denkskool se politieke ambisies.<sup>215</sup> Op so wyse kan regstekste krities benader en geïnterpreteer word. Hierdie metode van interpretasie sal nie noodwendig net weer die regskonsepte se legitimititeit en so ook die *status quo* bevestig nie.<sup>216</sup> Verder is dit ook ‘n belangrike aspek van kritiese denke dat die reg benader word deur te erken dat die reg inherent onseker en teenstrydig is.<sup>217</sup>

Kennedy se argument moet vanuit sy agtergrond as kritiese denker, soos hierbo uitgewys, beskou word. Hy wys daarop dat instansies waar regsonderrig plaasvind ‘n politieke aard het, ten spyte van die feit dat dit nie met eerste oogopslag juis so voorkom nie.<sup>218</sup> Ten spyte van hierdie politieke aard volg regstudente steeds slaafs die paadjies wat vir hul uitgelê word sonder veel teëspraak en vervul hul die ideale van die huidige sisteem (en ook kultuur).<sup>219</sup> Op hierdie punt moet ons sekerlik wel toegee dat tersiêre instansies, en regsonderrig spesifiek, tog daarop gemik sal wees om die relevante profesie te dien en tog maar gehoor te gee aan die voorskrifte van hierdie sisteem.

In sy artikel beskryf Kennedy die ervaring van ‘n regstudent vanaf sy eerstejaar. As ek terug dink aan my eerste jaar, herinner ek myself aan die algemene verwarring wat onder meeste van ons as eerstejaar regstudente geheers het. Skielik word verwysing gemaak na privaatreë en publiekreg en strafreg en deliktereg. Die elemente van ‘n delik en vereistes vir ‘n geldige kontrak word in ons ingedril en ons gee dit klakkeloos weer in eksamenvraestelle. lewers gedurende hierdie jaar begin die idee van die Grondwet en menseregte deursyfer, gewoonlik in die inleidende vakke, maar jou begrip van die omvang van hierdie regte is vaag. Menseregte word ook bloot geressorteer as ‘n verdere afdeling van regte.

---

<sup>214</sup>Le Roux en Van Marle “Critical Legal Studies” soos verskyn het in Van Blerk *Jurisprudence: An introduction* (1996)bl 248 – 250.

<sup>215</sup>Le Roux en Van Marle (1996) bl 250.

<sup>216</sup>Le Roux en Van Marle (1996) bl 250.

<sup>217</sup>Le Roux en Van Marle (1996) bl 250.

<sup>218</sup>Kennedy (1990) bl 54.

<sup>219</sup>Kennedy (1990) bl 54.



Enige eerstejaarstudent, in enige vakgebied, sal 'n aansienlike mate van onsekerheid beleef vir 'n periode van tyd. Die eerstejaarstudent behoort iewers sy voete te vind en sal hy stelselmatig tuis voel in sy nuwe tuiste vir die volgende drie jaar of so.

Kennedy verwys na die verskynsel *pseudoparticipation* wat mens sal vind in 'n lesingsaal waar regstudente onderrig word.<sup>220</sup> Klasdeelname word met ander woorde gemotiveer, maar nie in die ware sin van die woord nie – eerder op so 'n wyse dat kompetisie tussen regstudente gemotiveer word.<sup>221</sup> As regstudent is mens pynlik bewus van die ander studente en hul vordering. Daar is immers 'n redelike hoeveelheid studente wat jaarliks hul LLB grade verwerf en poste vir pas gegradueerde regstudente is skaars. Klasgesprekke word meestal oorheers deur dieselfde persone en die uitkoms van hierdie gesprekke is nie juis van veel waarde vir die res van die studente nie.

In 'n Suid-Afrikaanse konteks, meer spesifiek by die Universiteit van Pretoria waar ek gestudeer het, word regstudente verdeel in klasse ten opsigte van die taal waarin onderrig verskaf word. Hierdie verdeling skep die wanindruk onder studente dat regstudente 'n relatiewe homogene groep daarstel met 'n sekere benadering tot die reg en sekere menings ten aansien van die politieke aard van die reg. 'n Regstudent sal mettertyd wel beseef dat die regs fakulteit en studente nie so homogeen is soos wat moontlik voorgehou word nie.<sup>222</sup> Dit is dan ook so dat dosente wat 'n harder, minder beleidsgeoriënteerde benadering het tot regpleging, meestal as die meer populêre gardesal seëvier.<sup>223</sup> In hierdie opsig word 'n beleidsgeoriënteerde benadering teenoor 'n reëlgeoriënteerde benadering gestel en die eersgenoemde word met politiese interpretasie van die reg geassosieer. Klare verwys byvoorbeeld daarna dat Amerikaanse regsgeleerdes (op wie Kennedy se argument gemik is) in vergelyking met Suid-Afrikaanse regsgeleerdes makliker beleidsgeoriënteerd sal optree.<sup>224</sup> Die moontlikheid dat Suid-Afrikaanse regsdosente dus 'n meer reëlgeoriënteerde benadering sal volg, is baie waarskynlik.

Die eerste jaar van studies bring ook gewoonlik 'n tydperk van ontnugtering mee vir die regstudent wat 'n sekere idee gehad het van die rol van 'n regsgeleerde in die samelewing.

---

<sup>220</sup>Kennedy (1990) bl 56.

<sup>221</sup>Kennedy (1990) bl 56.

<sup>222</sup>Kennedy (1990) bl 56.

<sup>223</sup>Kennedy (1990) bl 57.

<sup>224</sup>Sien Klare "Legal Culture and Transformative Constitutionalism" (2008) *SAJHR*.

Nou blyk sy aanvanklike persepsie nie heeltemal korrek te wees nie. Hierdie ontnugtering word egter gou vervang met 'n nuwe idee van die reg.<sup>225</sup> As 'n poging om 'n sekere mate van sekerheid te kry jeens die loopbaan wat die regstudent vir hom of haarself gekies het, gryp hy of sy hierdie nuwe idee van die reg aan as 'n absolute waarheid. Verdere idees rondom die reg en die plek daarvan in die samelewing spruit voort vanuit die absolute waarheid en voor die regstudent hom of haarself weer kan kry is hy of sy deel van 'n regskultuur – sonder om noodwendig daarvan bewus te wees.

Ook die intellektuele faset van die regsonderrig ontwikkel in iets anders as wat ons aanvanklik geantisipeer. Talle regstudente word ontnugter deur die feit dat daar nie noodwendig ruimte in die struktuur van die reg (of regsonderrig) is vir radikale denke nie. Met 'n skok besef dié wat gehoop het om "'n verskil" te maak in die samelewing deur middel van regpleging, dat die reg geensins 'n progressiewe mag is nie.<sup>226</sup>

Kennedy wys daarop dat die heterogene aard van die regs fakulteit nie soseer regsgesindes teenoor linksgesindes plaas nie, maar eerder opvoedkundige konserwatisme teenoor gematigde, verbrokkelende liberalisme. Meeste lektors sal die politieke aard van die reg ontken. Regstudente ervaar die intellektuele inhoud van die reg as die blote leer en verstaan van reëls. Al hierdie fasette lei tot 'n passiewe klaskamer en 'n passiewe benadering tot die reg.<sup>227</sup> Indien hierdie passiewe benadering as regskultuur bevestig word onder regstudente, is daar nie veel hoop dat hierdie regstudente 'n kultuur in die regsprofessie gaan inbring wat transformasie gaan bevorder nie.

Dit is ook interessant om te let op Kennedy se opmerking dat regstudente meestal uit universiteit stap met die ingesteldheid dat hul eintlik niks op universiteit geleer het nie.<sup>228</sup> Vanuit my eie ervaring is hierdie een van die aspekte wat die praktyk duidelik vir enige voornemende regsgeleerde wil maak met sy intrapslag in die "regte lewe".

As ek Kennedy se argument reg begryp, is hy van mening dat die hele struktuur van regsonderrig die bogenoemde idee onder regstudente wil vestig. Hy wys die nuttige vaardighede uit wat regstudente in hul jare op universiteit bemeester, maar beklemtoon die

---

<sup>225</sup>Kennedy (1990) bl 57.

<sup>226</sup>Kennedy (1990) bl 57.

<sup>227</sup>Kennedy (1990) bl 57.

<sup>228</sup>Kennedy (1990) bl 58.

feit dat hierdie vaardighede in isolasie van die werklikheid inge oefen word.<sup>229</sup> Verder leer regstudente ook nie die nodige selfbewussyn aan om hierdie vaardighede te gebruik op 'n wyse gepas vir die konteks waarin hul hulself bevind nie. Kennedy is van mening dat die wyse waarop regstudente onderrig word, die reg tot 'n mate mistifiseer, en weereens die indruk skep dat jy eers deur die spieël in die raaisel sal kan sien onder die leiding van 'n bekwame en ervare regspraktisyn.<sup>230</sup> Op hierdie wyse word die hiërargie van die reg gevestig onder regstudente en betree hul die praktyk met hierdie ingesteldheid.<sup>231</sup>

Die verhouding tussen regsonderrig en regspraktyk is natuurlik 'n gekompliseerde wisselwerking welke wisselwerking op 'n groter skaal verteenwoordig word deur die verhouding van die universiteit tot die omliggende samelewing. Paul Goodman beskryf 'n universiteit as 'n gemeenskap van leerlinge (*scholars*) wat 'n selfonderhoudende gemeenskap daarstel en veronderstel is om in konflik te wees met die omliggende omgewing.<sup>232</sup> Tog het daar 'n administratiewe en normaliserende faktor by universiteite ingetree wat veroorsaak dat hierdie gemeenskap al meer konformeer met die omringende samelewing se riglyne – 'n aspek wat Goodman beskou as ongehoord.<sup>233</sup> Goodman dui ook daarop dat universiteite dien as die ruimte waar jong volwassenes in die samelewing aanvaar word – *the Act of Commencement*.<sup>234</sup> Deur hierdie fase te voltooi verkry 'n student 'n nuwe status en kan hy die wêreld betree as een van "ons". Wat Goodman egter ook onder ons aandag plaas, is dat die gemeenskap van leerlinge wat die universiteit daarstel, opsigself 'n tipe universele kultuur veronderstel welke kultuur afgesonder is van die omringende samelewing en eksklusief is tot leerlinge en leermeesters.<sup>235</sup>

---

<sup>229</sup>Kennedy (1990) bl 58. Kennedy verwys spesifiek na die vaardighede wat regstudente in die posisie plaas om te kan bepaal in watter plek sekere inligting gekry sal word en ook hoe om die kwelpunt in 'n feitestel te kan uitwys. Hy plaas ook klem op die feit dat regstudente leer om te argumenteer vir 'n balans tussen regsekerheid en buigbaarheid ten aansien van beleidsargumente in 'n liberale en kapitalistiese konteks.

<sup>230</sup>Kennedy (1990) bl 60.

<sup>231</sup>Kennedy (1990) bl 60.

<sup>232</sup>Goodman *Compulsory Mis-education and The Community of Scholars* (1964) bl 167.

<sup>233</sup>Goodman (1964) bl 172 en 173.

<sup>234</sup>Goodman (1964) bl 174 en 175 bl 189 verskaf Goodman 'n opsomming van sy analogie van 'n universiteit as 'n gemeenskap van leerlinge: "...It is anarchically self-regulating or at least self governed; animally and civilly unrestrained, yet itself an intramural city with an universal culture; walled from the world; yet active in the world; living in a characteristically planned neighbourhood according to principles of mutual aid; and with its members in oath bound fealty to one another as teachers and students. This community is the institution of the ritual of Commencement, the climax of growing up intellectually..."

<sup>235</sup>Goodman (1964) bl 173.

Goodman se argument dat die universiteit dien as die ruimte waar die *Act of Commencement* plaasvind bevestig die feit dat tersiêre onderrig ruimte bied vir 'n verskynsel soos regs-kultuur (asook die universele kultuur van 'n gemeenskap van leerlinge) se vestiging en bevestiging en behoort hierdie ruimte met ander woorde krities geëvalueer te word om die ware impak van hierdie bevestiging te bepaal.

Natuurlik, in die gees van *critical legal studies*, plaas Kennedy ook klem op die oorbeklemtoning in regs-onderrig van regsreëls ten koste van regsbeleid en beginsels. Die laasgenoemde grens aan polities-gemotiveerde beginsels en oortree met ander woorde die reg-politiek skeiding wat liefers behoue moet bly.<sup>236</sup> Kennedy is verder van mening dat indien regstudente beter vaardighede leer op universiteit, die hiërargie wat deur regs-onderrig gevestig moet word, omvergewerp sal word.<sup>237</sup> Hy insinueer eintlik dat regstudente miskien tog nie veel wys word deur tersiêre opvoeding nie.

Op hierdie punt is dit vir my belangrik om te noem dat ek nie noodwendig poog om in hierdie verhandeling 'n argument uit te maak dat tersiêre opvoeding van regstudente niks beteken nie. My doelwit is om aan te voer dat regs-kultuur, wat soos ek reeds telkemale in hierdie verhandeling aangetoon het 'n beduidende invloed en rigtingwyser vir regsgeleerdes is, gevestig word onder regstudente sonder dat hul bewus is van hierdie feit. Byvoorbeeld, soos Kennedy aantoon, word regstudente tot 'n sekere mate bloot geleer wat die enigste regte antwoord in 'n gegewe geval is en elkeen van hierdie oefenings word absoluut afsonderlik van alle ander gevalle geag. Verwysing word nie gemaak na die ander moontlike invalshoeke wat alternatiewe antwoorde vorendag sou bring nie. Indien slegs 'n punt of simbool aan 'n regstudent toegeken word vir die regte antwoord, sal 'n regstudent nie in staat wees om die reg effektief te ontleed nie.<sup>238</sup> Verder word 'n hiërargie geskep onder regstudente ingevolge die punte wat aan hul toegeken word.<sup>239</sup>

Ons kan die struktuur wat Kennedy bespreek ook hier in Suid-Afrika vind onder regstudente. Talle jongmense besluit om 'n loopbaan in regte te volg vanweë die tradisie van die regsberoep en status wat regsgeleerdes skynbaar in die gemeenskap bekleed. Dit is asof die

---

<sup>236</sup>Kennedy (1990) bl 60.

<sup>237</sup>Kennedy (1990) bl 63.

<sup>238</sup>Kennedy (1990) bl 63.

<sup>239</sup>Kennedy (1990) bl 63.

hiërargie wat regsonderrig skep tot 'n mate verwelkom word deur voornemende regsgeleerdes omrede dit aan hul die vooruitsig gee om deel te wees van 'n belangrike instansie – natuurlik op die voorwaarde dat hul die vele vlakke bemeester. Hier het ons te make met die *Act of Commencement* waarna Goodman verwys welke handeling 'n groot deel uitmaak van die rede vir 'n universiteit se bestaan.<sup>240</sup> Aan die ander kant is daar voornemende regsgeleerdes wat die instansie wat die reg in die gemeenskap beklee assosieer met regverdigheid en geregtigheid. Hulle betree die wêreld van die reg met opregte aspirasies om positiewe verandering te bring in hul onmiddellike samelewing. Daar is natuurlik ook 'n groep mense wat regte gaan studeer sonder enige beweegrede of bloot om pragmatiese redes – 'n graad in die regte bied moontlik 'n tussenstap na 'n ander beroep of 'n reeds gevestigde familiepraktyk.

Die groepe studente waarna hierbo verwys word, word egter ontnugter soos wat hul vordering maak in hul loopbaan. Om te kan oorleef te midde van die ontnugtering, volg hul meestal die paadjie wat vir hul uitgelê word deur die struktuur van regsonderrig. Sekerlik het elke studierigting en kurrikulum plan 'n struktuur met 'n einddoel nodig om dit 'n sinvolle onderrigprogram te maak. Regstudente moet wel die geleentheid gegun word om dit wat aan hul voorgehou word, te bevraagteken. Watter tipe student gaan egter dit wat aan hom voorgehou word, bevraagteken indien hyself nog te onseker is? Moontlik is dit juis die struktuur van regsonderrig wat hierdie onsekerheid tuisbring onder regstudente?

Kennedy plaas groot klem op die leemte in die vaardighede wat regstudente opdoen op universiteit, veral ten aansien van die praktiese elemente rondom die besigheidsaspekte van 'n regspraktyk.<sup>241</sup> Hierdie tekortkominge in die vaardighede van regstudente veroorsaak hiërargie in regsonderrig aangesien dit voorsorg maak vir vlakke wat bemeester moet word. Kennedy dui ook daarop dat die hiërargie behoue bly omrede dit 'n tipe legitimiteit aan die proses gee – as 'n regstudent op kan beweeg in die hiërargiese struktuur, kan sy die posisie waar sy haarself bevind regverdig.<sup>242</sup>

Ek blameer nie regsonderrig alleen vir die probleme wat ons in die gesig staar nie. Ek dink nie dit is sinvol nie en ek het begrip vir die praktiese komplikasies betrokke om 'n groot

---

<sup>240</sup>Goodman (1964) bl 174 en 175

<sup>241</sup>Kennedy (1990) bl 65.

<sup>242</sup>Kennedy (1990) bl 66.

hoeveelheid regstudente vertrouwd te maak met die inhoud van die reg. Bygesê – welke inhoud eintlik baie onseker en relatief is (al word dit nie sommer erken nie). ‘n Kurrikulum se struktuur sal ‘n groot impak hê in hierdie geval, maar daar moet ‘n tipe ingesteldheid vanaf die regstudent opsigself ook verkry word. Ek dink ook verder dat die Suid-Afrikaanse konteks moontlik tot ‘n mate verskil van die konteks wat Kennedy beskryf en dat ons tog in ‘n meer heterogene omgewing beweeg wat poog om weg te beweeg van hiërargiese strukture. Dat ‘n tipe hiërargie deur regsonderrig gevestig word onder regstudente asook ‘n idee van die reg en hoe dit behoort te werk, kan egter nie ontken word nie.

Soos wat regsrealisme regsgeleerdes attent probeer maak het op die feit dat geen regter ‘n werklik objektiewe beslissing sal kan lewer nie (sonder om onbewustelik uiting te gee aan sy eie subjektiewe mening nie),<sup>243</sup> is ek van mening dat regstudente ook attent gemaak moet word op die feit dat die dosente wat voor hul staan ook hul eie subjektiewe ervaring van die reg het – welke subjektiewe ervaring sal deursypel in metodes van regsonderrig. Verder moet regstudente ook beseft dat hulle as regstudente geregtig is om hul eie subjektiewe ervaring van die reg te erken en die denkwyses wat aan regstudente voorgehou word, te bevraagteken. Regstudente moet in staat wees om te kan vra: Hoe het hierdie denkwyses en metodiek ontstaan? Op hierdie wyse kan hulle erkenning gee aan die feit dat daar ‘n gemene bewussyn is onder regsgeleerdes wat eintlik regskultuur daarstel.

Ek is egter geïnteresseerd in sommige van die punte van kritiek wat Ralph Shain rig teen Kennedy in hierdie opsig.<sup>244</sup> Kennedy se argument dat regsonderrig gemik op die onderskeid tussen *legal reasoning* en die oorweging van politiese en etiese diskoers, eintlik *nonsense* is, is een van die punte waarop Shain kritiek lewer. Soos reeds vroeër genoem, wys Kennedy uit dat regstudente sekere regsreëls en metodes van regsargumentasie leer sonder enige selfbewussyn in hierdie opsig. Regstudente word dus nie die geleentheid gegun om hul subjektiewe ervaring van die reg te erken en te gebruik in hul begripvorming van die reg nie.

---

<sup>243</sup>Sien in hierdie verband Holmes “The path of the law” (1997) 110 *Harvard Law Review* bl 991; Singer “Legal realism now” (1988) 76 *California Law Review* bl 467; Llewellyn *Jurisprudence: realism in theory and practice* (2000); Cohen “Transcendental nonsense and the functional approach” (1935) 35 *Columbia Law Review* bl 809 en Cohen “The Problems of a Functional Jurisprudence” (1937) 1 *The Modern Law Review* bl 5.

<sup>244</sup>Shain “Legal Education and Hierarchy: A Reply to Duncan Kennedy” University of Florida soos gevind op <http://www.lsus.edu/la/journals/ideology/contents/shainarticle.htm>.

Shain is van mening dat indien 'n regstudent se mening oor die reg net so waardevol is soos dié van 'n gekwalifiseerde regsgeleerde (wat die gevolg sal wees sou regstudente erkenning gee aan hul eie subjektiewe ervaring van die reg), is die vlakke wat 'n regstudent moet bemeester voor hy tot die regsprofessie toegelaat word, bloot 'n skyn.<sup>245</sup> Met ander woorde, regsonderrig is bloot 'n winsgewende vorm van opleiding in mistifikasie.<sup>246</sup> In reaksie op hierdie kommentaar van Shain, voeg ek op hierdie punt by dat ek sekerlik nie die idee ondersteun dat afstand gedoen word van formele vereistes wat deur 'n regstudent vervul moet word om te kwalifiseer as regsgeleerde nie. My interpretasie van Kennedy dui ook nie in hierdie rigting nie. Myns insiens argumenteer Kennedy bloot dat die vervulling van hierdie vereistes gemik is op die instandhouding van hiërargie. Bemoeienis word nie soseer gemaak met die werklike bemeestering van die reg nie. Natuurlik, indien die enigste mikpunt is om op te beweeg in die hiërargie, sal die geleentheid vir enige kritiese oorweging van die hiërargie opsigself en ook die inhoud wat bemeester word deur die regstudente, verdwyn. Verder is Kennedy as *critical legal scholar* sekerlik gekant teen enige hiërargiese instellings, weens die feit dat dit teenstrydig is met die ideale van gelykheid in 'n samelewing wat kern is tot die ideale van *critical legal studies*.

Shain redeneer verder dat die werk van 'n regsgeleerde nie 'n intellektuele aard het nie, en dat dit eerder 'n praktiese tipe beroep is.<sup>247</sup> Hy wys daarop dat 'n regspraktisyn probleme van kliënte moet oplos – regsredenering of *legal reasoning* soos Kennedy daarna verwys is dus bloot gemik op 'n eindpunt en nie werklik 'n intellektuele voordeel vir regstudente nie.<sup>248</sup> 'n Regsgeleerde sit reeds met sy konklusie voordat hy sy proses van regsredenering begin het. Volgens Shain is Kennedy dus nie reg indien hy argumenteer dat *legal reasoning* of die bemeestering daarvan op 'n selfbewuste wyse, aan regstudente 'n intellektuele voorsprong verleen nie.<sup>249</sup> Hy is van mening dat alhoewel 'n regstudent sekere metodes en denkwyses aanleer, sal dit bloot wees omrede die regstudent moontlik vir die eerste keer 'n argument moet vorm of 'n teks van nader moet beskou. Die denkwyses en konsepte wat 'n regstudent aanleer is verder in Shain se opinie nie eie aan die reg nie: 'n Regstudent leer

---

<sup>245</sup>Shain bl 9.

<sup>246</sup>Shain bl 9.

<sup>247</sup>Shain bl 10.

<sup>248</sup>Shain bl 10.

<sup>249</sup>Shain bl 10.

bloot hoe hierdie metodes, oor die jare geneem vanuit ander velde, toegepas word in regsontleding.<sup>250</sup>

Indien ons verder argumenteer dat daar nie 'n verskil is tussen reg en beleid nie (Kennedy is van mening dat die onderskeid tussen reëls as reg in 'n tegniese sin en beleid 'n kunsmatige onderskeid is), begin die grense van die reg as 'n veld, vervaag. Die reg verloor dan sy outonome aard in die samelewing en vervolgens kan enige iemand as regsgeleerde optree.<sup>251</sup>

Shain se argumente hierbo is aanduidend van 'n alternatiewe benadering tot die reg se plek in die samelewing en ook die funksie wat regsgeleerdes moet vervul in hierdie opsig. Shain se siening dat "...Practicing law is a practical occupation, more like being an auto mechanic, than like being an intellectual..."<sup>252</sup> en ook die idee dat regstudente "...learn some new concepts and ways of thinking which lawyers have taken over from other fields...as they are deployed within legal analysis..." beteken dat Shain nie werklik sou erken dat regstudente gekonfronteer behoort te word met regskultuur en kritiese bevraagtekening van dit wat aan hul voorgehou word nie. Ek sou sê dat hierdie persepsie algemeen bestaan, en daarom dat ek verwysing maak na Shain se kritiek op Kennedy se werk rondom regsonderrig as opleiding vir hiërargie. Tog is dit my opinie dat dit moontlik juis weergawes van regskultuur is wat hierdie persepsies skep.

Die bespreking in hoofstuk 2 van die eienskappe van regskultuur en ook spesifiek van die Suid-Afrikaanse regskultuur oor die laaste eeu, is bewys van die beduidende invloed wat regskultuur op regsontwikkeling en regpleging sal hê.<sup>253</sup> As 'n regsgeleerde nie bewus is van hierdie radikale aspek van die reg en die impak wat hierdie aspek het op sy denkwyses en metodiek nie, sal die regsgeleerde ook nie instaat wees om verby die beperkings te kyk wat regskultuur daarstel nie, en sien die regsgeleerde moontlik die ideale oplossing vir die regsprobleem voor hom oor.

Waar lê die plig om regsgeleerdes, maar meer spesifiek regstudente, attent te maak op regskultuur? Ja, sekerlik kan en moet regskultuur nie aan regstudente voorgehou word om

---

<sup>250</sup>Shain bl 10.

<sup>251</sup>Shain bl 13.

<sup>252</sup>Shain bl 10.

<sup>253</sup>Sien Chanock *The making of South African Legal Culture 1902-1936. Fear, favour and prejudice* (2001).



bestudeer te word op 'n tegniese en kliniese wyse nie. Soos in enige ander geval waar gepoog word om 'n dinamiese konsep waar te neem sal mens nooit werklik instaat wees om die volle omvang van so 'n konsep te besef nie. In daardie oomblik wat die konsep onder die teleskoop besigtig word, reageer die konsep nie soos gewoonlik nie. Indien ons regs-kultuur probeer vasvang in 'n handleiding, gaan ons nie regs-kultuur verstaan nie en sal ons nie regs-kultuur kan transformeer nie. Daar moet vanuit 'n kurrikulum-oogpunt meer fokus wees op hierdie aspek. Natuurlik is 'n kurrikulum maar weereens 'n struktuur wat nooit ten volle hierdie konsep sal kan verwerk nie en verkeer ons ook in 'n samelewing wat nie noodwendig van ons verwag om iets soos regs-kultuur te bevraagteken nie. Inaggenome ons strewe na transformasie, sal ek sê tersiêre instansies behoort groter fokus hierop te plaas.

Ongeag die struikelblokke wat oorkom sal moet word om regstudente attent te maak op regs-kultuur, soos ek hierbo noem, is ek steeds van mening dat regstudente 'n keerpunt kan wees vir regs-kultuur.

Ek keer terug na die hoofpunt van hierdie verhandeling in die algemeen maar ook van hierdie hoofstuk spesifiek. Ons is opsoek na 'n wyse waarop transformasie bevorder kan word deur regsgeleerdes in hul alledaagse omgaan met die reg. Tot dusver kon ons bevestig dat regs-kultuur grootliks bepaal hoe 'n regsgeleerde omgaan met die reg en ook hoe 'n regsgeleerde sy denke vorm rondom die aard van regs-konsepte, spesifiek menseregte, demokrasie en die Grondwet.

Kennedy se argument dat hiërargie van regspraktyk onder regstudente bevestig word deur middel van regsonderrig, bevestig die idee dat regstudente blootgestel word aan 'n sekere kultuur terwyl hul kennis opdoen rondom die reg. Sy argument ondersteun verder die feit dat regstudente nie deur regsonderrig in staat gestel word om die kennis wat aan hul toevertrou word, te bevraagteken nie. Alhoewel die hiërargie wat onder regstudente bevestig word, 'n belangrike punt is om in ag te neem en ook van belang is in hierdie verhandeling, is Kennedy se argument in 'n ander opsig vir hierdie verhandeling van belang: Die feit dat regstudente nie selfbewus te werk gaan in hul studies nie, soos Kennedy uitwys, is 'n groot struikelblok wat ons sal moet oorkom. Regstudente sal nie kan bydra tot transformasie sonder 'n mate van selfbewustheid nie. Onkritiese regstudente word

onkritiese regsgeleerdes. So word 'n regskultuur bevestig en voortgesit en bly die regsprofessie stagnant in 'n veranderende samelewing.

Kennedy se argument ondersteun myns insiens ook die argument dat regskultuur tot 'n mate sy wortels het in regsonderrig aangesien regskultuur ten minste bevestig word op hierdie vlak.

Ek het tot sover in hierdie verhandeling uitgewys dat indien ons transformasie deur regswerk wil bevorder, moet die huidige regskultuur opsigself getransformeer word. Indien ons regskultuur wil transformeer, moet ons begin by regstudente. My vraag is nou: Wat staan ons te doen om hierdie transformasie (op beide vlakke) te bewerkstellig en ook, tot hoe 'n mate sal regskultuur opsigself werklik kan transformeer? Die tweede vraag sal ek in hoofstuk 4 van hierdie verhandeling bespreek. Hier onder bespreek ek die eerste vraag.

### **3.2 Regstudente as tentatiewe gemeenskap**

My aanvanklike denke betreffende regstudente se ingesteldheid teenoor 'n post liberale grondwet, soos Klare daarna verwys,<sup>254</sup> het gehandel met die idee dat regstudente hul denke meer moet rig teenoor die omliggende gemeenskap en sy behoeftes. Hierdie benadering veronderstel opsigself dat kontekstualiteit in aggeneem behoort te word in die bespreking van regsprobleme. Regstudente moet met ander woorde weg beweeg van die tradisionele liberale benadering tot interpretasie van konsepte soos menseregte en demokrasie wat universele oplossings en waarhede aanhang. Gepaste oplossings sal nie so vir ons plaaslike probleme gevind kan word nie. Transformasie sal nie plaasvind indien ons onself blind hou vir die werklike probleme wat ons samelewing in die gesig staar nie.

Die bogenoemde benadering veronderstel 'n beweging in die rigting van 'n republikeinse-burgerlike benadering tot regte en demokrasie. Ek sal hierdie idee ook bespreek hieronder om lig te werp op 'n meer relatiewe idee van regte gegewe die gemeenskap waarin dit toegepas word.

Tog is die konsep van gemeenskap nie sonder enige problematiek nie: Hoe word die gemeenskap wat gedien moet word gedefinieer en hoe kan die werklike behoeftes geïdentifiseer word? Wie word uitgesluit van die konsep van gemeenskap en waarom?

---

<sup>254</sup>Sien Klare (1998) *SAJHR* in die algemeen as ook my bespreking in hoofstuk 2.3.1.

Verder het ons hier te make met die konsep van gemeenskap op meer as een vlak: Soos ek reeds in hoofstuk 2 bespreek het, stel regs-kultuur 'n tipe gemeenskap van regsgeleerdes daar wat funksioneer binne sekere beperkende vooropgestelde idees. Ek het ook verwys na Goodman se argument dat 'n universiteit 'n gemeenskap van leerlinge verteenwoordig wat opsigself afgesonder is van die samelewing of gemeenskap daarbuite.<sup>255</sup> Die grense gestel vir die gemeenskap van leerlinge veroorsaak wrywing tussen die gemeenskap van leerlinge en die omliggende samelewing. Natuurlik stel die omliggende samelewing ook 'n gemeenskap daar wat insluit en uitsluit ingevolge sekere beginsels.

Ek wil nie afstand doen van die idee dat regstudente in hul regsinterpretasie meer op die gemeenskap moet fokus nie. Wat ek wel in hierdie verhandeling wil voorstel is dat die mate waartoe regstudente opsigself soos 'n gemeenskap kan funksioneer, ondersoek moet word. Ek is van mening dat hierdie samekoms iets kan bied wat eerstens die huidige regs-kultuur se herhaaldelike bevestiging onder regstudente kan verhoed. Tweedens kan hierdie samekoms ook benut word as geleentheid om menseregte en demokrasie (asook ander regskwessies) te oorweeg relatief tot die samekoms wat daargestel word.

So 'n samekoms sal nie net regstudente ondersteun om nuwe regs-konsepte te begryp nie, maar ook is dit 'n geleentheid vir regstudente om tot die besef te kom dat verskillende persone vanuit verskillende agtergronde moontlik verskillende ervarings het van die reg in die algemeen en sekere regs-konsepte in die besonder. Regstudente kan dan regsgeleerdes word wat gemaklik is om regs-beginsels en konsepte wat skynbaar verhewe is bo evaluasie, krities te benader en te bespreek – en so regs-kultuur te ondermyn. Dit is myns insiens die eerste stap in die rigting van transformasie van die regs-kultuur wat dan sal kan bydra tot transformasie in die groter samelewing.

My verwysing na 'n spasie vir regstudente om besprekings te voer ten aansien van die reg en die toepassing van regs-konsepte, moet glad nie met die *pseudparticipation* waarna Kennedy verwys, verwar word nie. Die spasie wat ek wil skep moet nie gebruik word om mededinging onder studente aan te vuur nie. Daar is genoeg ander fasette van regsonderrig wat hierdie rol kan en moet vervul. Ek beskou ook nie hierdie samekoms as 'n realiteit in tyd en plek nie. Die idee is eerder dat regstudente hul blote samesyn as regstudente as 'n

---

<sup>255</sup> Goodman (1964) bl 167 en 168.

samekoms kan erken.<sup>256</sup> Die samekoms het ook sekere gevolge vir die betekenis deur hul vasgelê in daardie konteks.

Soos duidelik sal blyk hieronder, bevorder ek nie hier 'n idee van gemeenskap in die tradisionele sin van die woord nie en verwys ek na gemeenskap in die sin dat daar gehoop word op ware gemeenskap wat eintlik onmoontlik is, of altyd moet kom. In hierdie opsig verwys ek na Derrida en Nancy se opvatting omtrent die idee van gemeenskap. Die klem is op die feit dat regsinterpretasie nie geïsoleer van ons omliggende omstandighede kan geskied nie en is 'n tipe samekoms van ons as interpreteerders nodig (en ook onvoorkombaar) in hierdie verband. Dit is ook belangrik dat gelet word op die problematiek rondom die idee van “ons” en bespreek ek Carol Clarkson se werk in hierdie opsig.

### **3.2.1 'n Oorweging van die tradisionele siening van “gemeenskap”**

Vanuit die verhandeling tot sover behoort dit redelik duidelik te wees dat my voorstel in hierdie verhandeling behels dat ons weg beweeg van 'n klassieke liberale benadering tot die reg, demokrasie en menseregte. Verder het ek ook reeds in hierdie hoofstuk verwysing gemaak na 'n tipe gemeenskap waarin regstudente veilig moet wees om krities om te gaan met die inhoud van die reg wat aan hul geleer word. Regstudente moet instaat gestel word om te kan besef dat hul opereer ingevolge die ongeskrewe reëls en gewoontes van 'n regskultuur. Geleentheid moet gegun word aan regstudente om hul ervarings van die reg deel te maak van regskultuur deur betrokke te raak by deliberasie oor die reg. As gevolg van die struktuur van ons reg is ons nie tans in staat om deliberasie oor die reg te ag as reg opsigself nie. Myns insiens kan hierdie siening tog verander word indien regstudente as deel van 'n tipe gemeenskap van die begin af gemaklik gestel word om te praat oor die reg en regte en wat dit vir hul beteken.

Ek wil eers 'n paar tree terug gaan, en dieper ondersoek instel na die rede waarom ons juis ten gunste is van iets soos 'n gemeenskap van interpretasie vir regsgeleerdes waarin hul kan funksioneer. Gemeenskap word met eerste oogopslag, as dit vergelyk word met 'n klassieke liberale siening waaraan ons tans blootgestel word, geassosieer met 'n republikeinse-

---

<sup>256</sup>Sien Young-Bruehl *Why Arendt Matters* (2006) se bespreking van Hannah Arendt se idee van 'n *imagined community*. Ek beoog om saam met Prof Karin van Marle in die toekoms verdere ondersoek in te stel in hierdie siening van gemeenskap.

burgerlike denkwys. Voor gemeenskap op 'n republikeinse-burgerlike wyse ondersteun word, is dit belangrik om eerstens vas te stel hoe 'n republikeinse-burgerlike benadering demokrasie en regte benader. Hierdie benadering behoort ook met die benadering van 'n klassieke liberale denker vergelyk te word om te sien hoe die benadering tot regte en demokrasie verskil onder liberale en republikeinse-burgerlike denkers. Die vergelyking bring ons immers terug by die aanvangspunt of vraag van hierdie verhandeling: Hoe moet menseregte en demokrasie benader word om die radikale potensiaal wat daarin geleë is, te ontgin?

Ek doen noureeds aan die hand dat ek nie van mening is dat 'n suiwer republikeinse-burgerlike konsep van gemeenskap gepas is vir die huidige Suid-Afrikaanse konteks nie. Ek dink wel dit is waardevol om die vergelyking tussen 'n klassieke liberale benadering en 'n republikeinse-burgerlike benadering te tref, spesifiek ten aansien van die twee denkskole se hantering van regte en demokrasie, maar ook as 'n beginpunt vir ons gesprek rondom 'n gemeenskap van regsinterpreteerders.

Die kwessie rondom 'n liberale benadering versus 'n kommunitêre of republikeinse-burgerlike benadering is al meermale bespreek spesifiek ten opsigte van regterlike hersiening.<sup>257</sup>

Botha bespreek beide hierdie benaderings ten aansien van grondwetlike hersiening.<sup>258</sup> Sy bespreking fokus spesifiek op die dilemma wat ontstaan wanneer die regsprekende gesag, wetgewing uitgevaardig deur die demokraties verkose wetgewende gesag, moet hersien (hierdie dilemma word algemeen na verwys as die *counter-majoritarian dilemma*) en so eintlik teen die wil van die meerderheid werk.<sup>259</sup> Hy poog verder om te bepaal welke benadering – liberale of republikeinse-burgerlike benadering – kan dien as die beste regverdiging vir regterlike grondwetlike hersiening.

Botha se bespreking is van belang vir hierdie verhandeling omrede die omvang en regverdiging van regterlike hersiening grootliks bepaal word deur die algemene siening en betekenis wat verleen word aan demokrasie en menseregte. Botha verleen in sy bespreking

---

<sup>257</sup>Sien onder andere Michelman "Law's Republic" (1988) *The Yale Law Journal* (1988) bl. 1493-1527 en Botha "Democracy and rights, Constitutional interpretation in a postrealist world" (2000) 63 *THRHR* bl 561 – 579

<sup>258</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 561.

<sup>259</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 561

van beide benaderings ook erkenning aan die siening van die Amerikaanse realiste dat regters nooit werklik objektief en geïsoleerd van hul eie persoonlike oortuigings kan funksioneer nie.<sup>260</sup> Ek is dit ook eens dat regsgeleerdes in hul interpretasie van die reg nooit werklik objektief sal kan terugstaan en die waarheid sal kan uitsoek in die regstekste voor hul nie. Ek dink egter, na aanleiding van Amerikaanse realisme, dat sou regters hierdie beperking erken, dit reeds 'n verskil sal maak in hul interpretasie van transformatiewe konsepte. Net so, indien regstudente kan besef dat hul die reg bestudeer ingevolge 'n regskultuur en ook hulle eie vooropgestelde idees, het ons reeds 'n stap geneem het in die regte rigting. Dis natuurlik die eerste stap na 'n regsgemeenskap wat hulself rig op die bevordering van transformasie in ons land.

Ingevolge 'n liberale benadering, beskou ons regte bloot as afwering teen staatsinmening in die private sfeer.<sup>261</sup> Dit veronderstel natuurlik dat daar 'n streng skeiding tussen die private en publieke sfeer sal moet wees. Verder impliseer dit ook dat regte pre-polities is en dus nie die gevolg is van deliberasie en politiek opsigself nie. 'n Absolute beskerming van die individu is die maatstaf waarvolgens regsinterpretasie sal geskied.<sup>262</sup>

Aangesien Botha se argument grootliks fokus op regterlike hersiening, noem ek net weer dat 'n *bottom-up* benadering in hierdie verhandeling gevolg word deur eerder te fokus op regstudente as 'n tipe wegspringplek vir regskultuur, as op regterlike hersiening (as vervolmaking van regskultuur). Dit is tog van belang vir hierdie verhandeling hoe regterlike hersiening opsigself deur beide die liberale en republikeinse benadering beskou word. Dit gee 'n aanduiding van die posisie en funksie van die reg ingevolge die spesifieke benadering. Die posisie van die reg in die samelewing sal bepaal tot hoe 'n mate regsgeleerdes geposisioneer is om werklik by te dra tot interpretasie van demokrasie en menseregte en op so wyse by te dra tot transformasie in ons land.

Botha wys daarop dat regters ingevolge 'n liberale benadering beskou word as verafgeleë, objektiewe entiteite, beperk deur regsreëls daargestel deur 'n demokraties verkose

---

<sup>260</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

<sup>261</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 562.

<sup>262</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564 - 567.

wetgewer.<sup>263</sup> Hul is ook (natuurlik) instaat om hulself te kan distansieer van hul eie politieke en morele oortuigings en om te kan bepaal wat werklik goed sal wees vir die samelewing.<sup>264</sup>

Alhoewel 'n liberale uitkyk geskoei is op die eng skeiding tussen die private en publieke sfeer (waar die private sfeer eintlik ongereguleer behoort te bly), het hierdie skeiding in praktyk al vervaag en soos wat Botha ook aandui, is daar deesdae nie eintlik meer 'n definitiewe sfeer wat nie gereguleer word op een of ander wyse nie.<sup>265</sup> Dit val dus binne die amp van die regter om te bepaal welke aspekte deur die staat gereguleer behoort te word, en welke kwessies deel bly van die privaatheid van elke individu. So 'n beoordeling moet gemaak word na aanleiding van hedendaagse beleidsoorwegings.<sup>266</sup>

Indien ons 'n liberale benadering wil vergelyk met 'n republikeinse-burgerlike benadering, is die volgende vrae relevant: Hoe word die reg se mag geregverdig, wat word as reg beskou en wie mag reg skep? Ingevolge 'n liberale uitkyk word reg geskep deur middel van wetgewing uitgevaardig deur die demokratiese verkose wetgewer.<sup>267</sup> Wetgewing verkry legitimititeit omrede dit kwansuis die subjektiewe voorkeur van die demokratiese meerderheid verteenwoordig en die demokratiese verkose wetgewer is bymagte om werklik reg te skep.<sup>268</sup>

Daar is teorieë wat die *counter-majoritarian dilemma* vanuit 'n liberale oogpunt probeer oplos. Botha verwys na een van hierdie argumente wat voorhou dat regters bloot legitimititeit uit 'n ander oord moet verkry om wel regterlike hersiening van wetgewing, nie in stryd met wetgewende mag nie, uit te voer.<sup>269</sup> Die argument verloop dan verder dat as dit aanvaar kan word dat regters objektiewe beginsels gebruik in regterlike, en spesifiek vir die doeleindes van Botha se artikel, grondwetlike hersiening sal regterlike hersiening sy

---

<sup>263</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

<sup>264</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

<sup>265</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

<sup>266</sup>Botha verwys na Regter Oliver Wendell Holmes se uitspraak in *Pennsylvania Coal Co v Mahon* 260 US 393 (1922) waarin beslis is dat daar geen skeidslyn is tussen die neem van eiendom en die beoefening van polisiëringsmagte is nie. Dit moet dus op 'n *ad hoc* basis vasgestel word of regulasie nie te ver gaan nie en sodoende ontneming daarstel. Sien Botha (2000) *THRHR* bl. 564.

<sup>267</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

<sup>268</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 565.

<sup>269</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

legitimiteit uit 'n ander bron verkry en dus nie instryd met die wetgewer se gesag optree nie.<sup>270</sup>

Botha opper twee probleme ten opsigte van die bogenoemde argument: Eerstens bevraagteken hy die feit dat slegs regterlike hersiening se legitimiteit en nie ook die legitimiteit van die wetgewende gesag bevraagteken word nie. Die hele idee dat demokrasie legitimiteit aan iets soos die wetgewende gesag verleen, hang grotendeels af van die spesifieke samelewing se verstaan van demokrasie. Soos Botha ook daarop wys, is die kieserskorps in 'n moderne samelewing redelik ver verwyder van die demokratiese verkose instansies en boonop speel vele ander faktore, as die kieser-meerderheid se wil, 'n onweglaatbare rol in die demokratiese proses. Al hierdie aspekte lei tot 'n verwaterde begrip van demokrasie.<sup>271</sup>

Hierdie faktore en verwaterde begrip van demokrasie is eintlik 'n opsomming van die probleem voorhande in hierdie verhandeling. Die doel met die voorstel wat ek in hierdie verhandeling maak, is om gesprek rondom ware demokrasie en menseregte te motiveer en op 'n manier hierdie gesprekke op 'n tentatiewe basis deel te maak van wat ons as reg beskou. As demokrasie en menseregte aan kiesers verkoop word as hul pre-politiese reg en die reg (*the law*) bepaal word deur 'n verkiesing van politieke partye wat beïnvloed word deur die faktore genoem deur Botha, trek kiesers definitief aan die kortste ent. Nie net word hul stemme herlei na iets wat een of ander party se magsbehepthed en party politieke hiërargie bevredig nie, maar 'n baie onbevredigende retoriek ontstaan omtrent wat demokrasie vir ons beteken. Demokrasie sal 'n eenvoudige konsep word wat bloot behels dat elke landburger 'n stem het in 'n verkiesing, en die gesprek stop dan daar. Soos ek al vroeër uitgewys het, is hierdie tipe retoriek 'n finale doodskoot vir ons pogings om transformasie in Suid-Afrika te bewerkstellig.

Botha identifiseer ook 'n tweede probleem met die argument dat die *counter majoritarian dilemma* opgelos kan word indien regterlike hersiening 'n alternatiewe bron van legitimiteit moet hê as die van wetgewende gesag. Volgens Botha wys die idee dat objektiewe

---

<sup>270</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

<sup>271</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 565 – faktore genoem deur Botha wat in 'n moderne samelewing 'n impak het op demokratiese stelsels, is onder andere partye politiek, burokratiese magte, groot besighede, privatisering van publieke funksies en natuurlik die onmisbare konneksie tussen ekonomiese en politieke mag.



beredenering en beginsels as bron van outoriteit vir regterlike hersiening kan dien, die tweeledigheid van liberale denke uit.<sup>272</sup> Aan die een kant is daar die veronderstelling dat dit die wetgewer se taak is om die subjektiewe wil van die kieserskorps te weerspieël in wetgewing en regterlike hersiening moet andersyds toesien tot die ontwikkeling en toepassing van objektiewe regstandaarde.<sup>273</sup> So moet regters eerstens bepaal welke kwessies val in die private sfeer en wat dus beskerming teen staatsinmening verdien; tweedens moet hierdie private belange beskerm word deur objektiewe universele beginsels teen subjektiewe wetgewing en derdens moet die publieke sfeer steeds sy legitimiteit behou.<sup>274</sup> Hier betree ons 'n verdere veronderstelling dat dit wel moontlik is om 'n onderskeid te tref tussen aspekte wat behoort tot die private sfeer en aspekte waarvoor inmenging deur wetgewing geregverdig is.<sup>275</sup>

Natuurlik sal die teorie hierbo omskryf ook verder deur enige aanhanger van realisme as denkskool gekritiseer word, soos Botha ook aandui.<sup>276</sup> Die kern tot hierdie denkskool se benadering is immers dat geen regter die regterbank kan betree as 'n absolute objektiewe persoon onaangeraak deur sy eie persoonlike oortuigings nie.<sup>277</sup>

Soos ek reeds vroeër genoem het, wys Botha uit dat daar in die moderne samelewing nie meer so 'n duidelike skeidslyn getrek kan word tussen privaat en publiek nie. Tog word hierdie skeiding deur 'n liberale samelewing aan die lewe gehou juis deur daarop aan te dring dat regters versoek word om nie nuwe beskermwaardige belange te skep nie, maar dit eerder oor te laat aan die demokraties verkose wetgewer.<sup>278</sup>

Waarom is die eng skeiding tussen private en publieke aangeleenthede moontlik 'n probleem? Die skeiding wat voorgehou word aan landburgers as in hul eie goeie belang, is in werklikheid 'n skyn aangesien daar, soos Botha ook uitwys, nie werklik meer 'n deel van ons daaglikse lewe is wat nie op 'n wyse gereguleer word nie.<sup>279</sup> Die feministiese kritiek wys ook daarop dat hierdie skyn die werklike stand van sake verbloem deurdit nie sigbaar is

---

<sup>272</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 565.

<sup>273</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 565.

<sup>274</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 566.

<sup>275</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 566.

<sup>276</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 566.

<sup>277</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 566. Sien ook Cohen "Transcendental nonsense and the functional approach" (1935) 35 *Columbia LR* bl 809.

<sup>278</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 567.

<sup>279</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 564.

tot hoe 'n mate die staat wel intree tot die private individu se, wat hy ag, private lewe nie.<sup>280</sup> Hierdie struktuur skep dan ook beginsels wat keer dat vrouens en ander gemarginaliseerde groepe nie die publieke sfeer kan toetree op dieselfde wyse as hul manlike eweknieë nie.<sup>281</sup>

Dit gaan vir my verder oor die onderliggende konteks en retoriek wat op hierdie manier op individue en hul denke afgeforseer word, maar sonder hul medewete. Vir ons om werklik 'n dieper en meer waardige konsep van demokrasie en menseregte te kan ondersteun, moet ons bewus wees van die politieke suggesties en ondertone waaraan ons daaglik blootgestel word en wat ons beïnvloed in ons siening van die wêreld om ons. Maar omrede die teenwoordigheid van hierdie aspekte nie erken word nie, word gesprek gesluit oor dinge wat van belang is vir ons welstand. Om hierdie ondertone te kan uitklaar, moet spasio gegun word vir deliberasie en interaksie. Hierdie behoefte lei noodwendig daartoe dat ons soek na 'n benadering tot die struktuur van ons samelewing wat erkenning aan iets soos 'n spasio vir deliberasie sal verleen – 'n struktuur wat ook moontlik ten gunste is van die ideaal van gemeenskap. Dus kan ons nie anders as om na 'n republikeinse-burgerlike denkwysie te keer nie aangesien hierdie denkwysie immers deliberasie verwelkom.

Botha kom ook tot die slotsom dat liberalisme net teenstrydighede het om te bied. Hy is ook van mening dat nie geargumenteer kan word dat die *counter majoritarian dilemma* deur liberalisme opgelos kan word nie. Liberale teorieë lei tot 'n redelike oppervlakkige konsep van demokrasie ingevolge waarvan demokrasie bloot gelykgestel word aan die gesamentlike bevrediging van kiesers se belange.<sup>282</sup> Vervolgens kan verskille tussen die demokraties verteenwoordigde meerderheid en teenstemme nie by wyse van demokratiese gesprekke opgelos word nie tensy die meerderheid oortuig kan word dat hul verkeerd is ten opsigte van hul behoeftes.<sup>283</sup> 'n Verdere implikasie is dat regte bloot beskou word as grense waarvoor nie getrap mag word nie en wat voorkeur sal kry bo kollektiewe belange. Op so 'n wyse sal grondwetlike hersiening altyd as ondemokraties en *counter-majoritarian* beskou word.<sup>284</sup>

---

<sup>280</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 567.

<sup>281</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 567 – sien ook Young “Impartiality and the civic public” in Benhabib en Cornell (red) *Feminism as critique* (1987) bl 56 – soos Botha ook daarna verwys.

<sup>282</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 568.

<sup>283</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 568.

<sup>284</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 569.

Ons keer na 'n republikeinse-burgerlike denkwysie met die hoop om, soos Botha dit ook stel, nie noodwendig vooraf vaste betekenis aan regte en demokrasie te verleen nie – regte en demokrasie is met ander woorde nie pre-polities nie.<sup>285</sup> Ingevolge die republikeinse-burgerlike benadering wend ons onself eerder daartoe om betekenis te verleen aan regte en demokrasie deur middel van politieke dialoog.<sup>286</sup> Dit is verder ook belangrik dat erkenning gegee word aan die feit dat betekenis gekoppel aan regte en demokrasie verband hou met die gemeenskap van interpretasie. As ons betekenis verleen na gelang van die gemeenskap ter sprake, kan daar nie so 'n teenstrydigheid wees tussen die belange van die individu en dié van die gemeenskap nie omrede nie een van die twee voorkeur kry bo die ander nie.<sup>287</sup> Die beginsels onderliggend tot die gemeenskap word bepaal deur deliberasie tussen die verskillende belanghebbendes.<sup>288</sup>

Dit is sekerlik redelik duidelik waarom 'n republikeinse-burgerlike benadering tot grondwetlike hersiening, maar spesifiek tot regte en demokrasie, aanloklik is vir die argument voorhande. Soos Botha ook daarop wys, kry ons hier te doen met die potensiaal om 'n dieper konsep van demokrasie te bewerkstellig, en die betekenis van regte kan deurlopend aangepas word om die gegewe konteks te komplimenteer.<sup>289</sup> Ek het al talle male in hierdie verhandeling daarna verwys dat menseregte sy radikale aspek verloor indien ons die betekenis daarvan vasmaak en gemik hou op 'n enkele tyd en plek. Verder blyk dit ook dat 'n republikeinse-burgerlike siening die verhouding tussen demokrasie en regte op 'n konstitusionele wyse bevorder, teenoor 'n liberale benadering wat tot 'n mate demokrasie en regte teen mekaar stel.<sup>290</sup> Ingevolge 'n republikeinse-burgerlike benadering word regte ook meer gesien as 'n verhouding tussen subjekte, welke benadering tot regte sekerlik meer geleentheid skep vir kontekstueel gepaste betekenis.<sup>291</sup>

---

<sup>285</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 568.

<sup>286</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 568.

<sup>287</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 569.

<sup>288</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 569.

<sup>289</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 569.

<sup>290</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 569.

<sup>291</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 570 soos Botha ook na verwys, sien Michelman "Justification (and justifiability) of law in a contradictory world" in Pennock en Chapman (red) *Justification in law, ethics and politics* (1986), Nedelsky "Reconceiving rights as relationship" (1993) 1 *Rev of Constitutional Studies* bl 1; "Reconceiving autonomy: sources, thoughts and possibilities" (1989) 1 *Yale Journal of Law & Feminism* bl 7; Minow "Interpreting rights: an essay for Robert Cover" (1987) 96 *Yale LJ* bl 1860 – 1876.

Dit blyk ook dat republikeinse-burgerlike denke 'n meer grondige regverdiging vir grondwetlike hersiening kan bied as ander grondwetlike teorieë. Ingevolge sekere aanhangers van 'n republikeinse-burgerlike denkwys, kan ons gerus wees dat ten spyte van die feit dat regters beïnvloed word deur hul eie subjektiewe voorkeure (wat wel openlik erken word), 'n regter as deel van 'n gemeenskap van interpretasie beperk sal word in sy regterlike hersiening deur die onderliggende beginsels van die spesifieke gemeenskap van interpretasie.<sup>292</sup>

Vanuit 'n republikeinse-burgerlike oogpunt sal regstudente kan deel uitmaak van 'n gemeenskap van interpretasie. Hul behoort as gevolg van hul lidmaatskap van hierdie gemeenskap, nie te veel moeite te ondervind in regsinterpretasie nie, aangesien die konteks duidelik vir hul geskets word. Dit kan geargumenteer word dat hierdie konteks die nodige leiding kan gee aan regstudente, maar ook die nodige beperkings sal bied om te verseker dat hul nie hul interpretatiewe vryheid oorskry nie. Meer belangrik egter, is dat regstudente deel kan neem aan deliberasie rondom die betekenis van regte, aangesien betekenis nie reeds voor enige politiese proses bepaal is nie. Transformasie sal dus sekerlik volg aangesien die gemeenskap se behoeftes deur regstudente en regsgeleerdes maklik identifiseerbaar sal wees. Regsinterpretasie kan dan spesifiek daarop mik om plaaslike behoeftes te bevredig.

Dit kom net te eenvoudig voor om die finale antwoord op die vrae voorhande te wees. Die eerste ooglopende probleem vir my is hoe bepaal ons wie en wat die spesifieke gemeenskap van interpretasie daarstel? Dit is veral belangrik indien ons sê hierdie gemeenskap se beginsels sal regters en dan regstudente beperk in hoe hul omgaan met die reg. En verder, die problematiek rondom die simboliese orde, soos Derrida daarna verwys, laat my wonder of ons nie juis die probleem voorhande gaan ignoreer indien ons daarop gefokus is om die omvang van die gemeenskap van interpretasie te probeer bepaal nie. Dit is juis dan wanneer diegene op die marges en hul behoeftes ons gaan ontwyk. Ook gaan ons nie in staat wees om enige aspekte buite ons huidige verwysingsraamwerk raak te sien nie. Ons doel voor oë mag moontlik uitsluitlik behels dat ons hierdie gemeenskappie wat ons geïdentifiseer het, se behoeftes dien. Die demokrasie wat kom, gaan nooit op ons horison

---

<sup>292</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 570.

te bespeur wees nie. Ek sal hieronder verder aandag skenk rondom hierdie problematiek van gemeenskap.

Botha argumenteer ook dat die republikeinse-burgerlike teorie nie werklik die *counter majoritarian dilemma* oplos nie.<sup>293</sup> Hy wys daarop dat regte en demokrasie nie net bloot herlei kan word na mekaar nie – die spanning tussen regte en demokrasie sal staande bly.<sup>294</sup> Tog het hierdie spanning vir ons waarde weens die feit dat ons geleentheid gegun word om werklik te oorweeg wat die reg as politiek – as deliberasie – behels. Ons word ook die geleentheid gegun om die politieke kwessies van regsinterpretasie te weerstaan.<sup>295</sup> Vir die doeleindes van hierdie verhandeling, maak die republikeinse-burgerlike benadering ook die konsep van gemeenskap oop vir oorweging, welke oorweging sinvol is indien ons juis opsoek is na ‘n post-liberale benadering tot ons Grondwet en regskultuur.

Tog is die idee van ‘n gemeenskap in die eerste instansie juis aanloklik vir my omrede daar die veronderstelling is dat politieke deliberasie hoog op die prys gestel word. Ek verwys terug na hoofstuk 2 van hierdie verhandeling. Ek stel die kern van die probleem voorhande in hierdie verhandeling as die onvoldoende omgang met demokrasie en menseregte in ons post-apartheid samelewing. Retoriek word uitsluitlik geskep deur die media en politiese rolspelers – almal met ‘n bymotief om ‘n propaganda of ‘n storie te verkoop. Daar is nie werklik ‘n forum vir die gewone burger om deel te neem aan besprekings rondom hierdie konsepte nie. Soos ek ook al uitgewys het, hang die mate van ware transformasie in ons samelewing af van die betekenis wat aan hierdie konsepte verleen word en die idee van transformasie wat ek in hierdie verhandeling aanhang – dat die sisteem opsigself sy eie betekenis ondermyn – versoek dat kritiese kontemplasie gelyk loop met interpretasie. So, is die antwoord op ons probleem dat landburgers moet kan deelneem aan publieke deliberasie rondom menseregte en demokrasie?

As ons kyk na ons moderne samelewing, is dit moeilik om enigsins ‘n platform vir deliberasie raak te sien. Ek het ook reeds genoem dat ons nie werklik ‘n gemeenskap kan identifiseer waar hierdie deliberasie sal kan plaasvind nie. Dit wil voorkom of die wetgewer die enigste instansie is wat deelneem aan samesprekings rakende regte – demokrasie word maar eintlik

---

<sup>293</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 571.

<sup>294</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 571.

<sup>295</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 571.

aan hierdie oefening gelykgestel.<sup>296</sup> Soos Botha ook uitwys, kan aanhangers van 'n republikeinse-burgerlike benadering nie werklik argumente voer ter illustrasie van hedendaagse en moderne instansies wat werklik deliberasie in 'n republikeinse-burgerlike sin bevorder nie.<sup>297</sup> Republikeinse-burgerlike deliberasie veronderstel volgens Botha pluralisme, 'n radikale toegeneentheid en gereedheid om ortodokse idees uit te daag en finale besluitneming oor kontroversiële kwessies uit te stel om die regverdigste uitwerking vir die gemeenskap te hê.<sup>298</sup> Dit blyk baie moeilik te wees om hierdie siening te laat strook met die outoriteit van die reg, die finaliteit van regterlike hersiening en die ontoeganklikheid vir gewone landburgers tot besluitnemende instansies.<sup>299</sup>

Botha se omskrywing van deliberasie is min of meer die benadering wat ek voorhou regstudente moet aanneem. Tog is dit duidelik dat 'n republikeinse-burgerlike benadering nie noodwendig gaan sin maak in ons hedendaagse konteks nie. Die benadering wat ek in hierdie verhandeling voorstel behoort dus nie gelyk gestel te word aan 'n republikeinse-burgerlike benadering in sy suiwer vorm nie.

My vraag op hierdie punt is of die konsep van gemeenskap moeilik toepasbaar in ons konteks is bloot as gevolg van ons meer liberaal-gesentreerde instansies wat nie kapasiteit het vir hierdie radikale konsepte nie. Spesifiek ten opsigte van regterlike hersiening en ook regsinterpretasie deur regsgeleerdes en regstudente, moet 'n mens wonder of enige idee wat behels dat finale besluitneming uitgestel word werklik deur regsgeleerdes toegepas sal kan word. Dit is immers die werk van enige regsgeleerde om die probleem voorhande te neem, die gepaste reg te vind, te interpreteer toe te pas. So skep die regsgeleerde 'n oplossing vir die probleem voorhande. Die regsgeleerde neem in hierdie proses ook 'n baie definitiewe finale besluit. So word soveel ander moontlike interpretasies opsy geskuif in 'n enkele oomblik.

As republikeinse-burgerlike denker erken mens reeds die realistiese uitgangspunt dat regters (en regsgeleerdes) onderbewustelik erkenning verleen aan hul eie subjektiewe voorkeure wanneer hul finale besluite maak oor regsprobleme. Soos Botha ook uitwys, is

---

<sup>296</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 571.

<sup>297</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 572.

<sup>298</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 572.

<sup>299</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 572.

die blote erkenning moontlik voldoende vir regsgeleerdes, aangesien regskultuur ons almal beïnvloed sonder dat ons dit noodwendig besef. Tog verleen hierdie erkenning nie voldoende sekerheid vir diegene buite die regskultuur om te kan voorspel wat die uitkoms van 'n hofspraak moontlik kan wees nie of om 'n uitkoms te regverdig nie.<sup>300</sup> Die beperkings op regters en regsgeleerdes (as lede van 'n regskultuur) wat vir ons voor die handliggend is, is inderwaarheid nie so onskuldig en algemeen bekend vir nie-lede van die regskultuur nie.<sup>301</sup> Vanuit my besprekings ten opsigte van die aard van regskultuur, is dit duidelik dat regskultuur as onderbewussyn van regsgeleerdes polities gelaai is, sonder dat die regsgeleerde ter sprake dit eers sou besef.<sup>302</sup> Gevolglik kom hierdie politiese ondertone deur in die besluite van die regsgeleerde, en weerspieël dit meer as net die regsgeleerde se subjektiewe voorkeure.

Botha kom tot die gevolgtrekking dat nie liberalisme of republikeinse-burgerlike denke die *counter-majoritarian dilemma* regverdig nie.<sup>303</sup> Die gevolgtrekking wat ek maak is eerstens dat ons nie onkrities die konsep van gemeenskap kan toepas en verwag dat deliberasie daaruit sal voortspruit nie. Ek dink ook nie 'n blote erkenning van ons subjektiewe voorkeure is voldoende om ons regsinterpretasie en besluite te regverdig nie – veral inaggenome die feit dat hierdie besluite van ons traumaties is in die sin dat 'n magdom ander uitkomstes van die tafel afgeskuif word. Sou ons ook die tradisionele konsep van gemeenskap toepas op regskultuur, kan ons sê dat regsgeleerdes se subjektiewe voorkeure (tot 'n mate ten minste) aan bande gelê sal word deur die onderliggende beginsels van die gegewe gemeenskap? Tydens my bespreking van die kenmerke van die Suid-Afrikaanse regskultuur het ek daarop gewys dat ons regskultuur nie noodwendig tans in staat is om by te dra tot transformasie nie. So ook sal die beperkings wat geplaas word op die interpretatiewe vryheid van regsgeleerdes nie geregverdig kan word in die oë van die groter samelewing nie.

Daarom is ek van mening dat ons moet poog om die regskultuur as 'n gemeenskap waarin ons beweeg beter te verstaan. Maar ons moet ook meer krities omgaan met die reëls en ongeskrewe beperkings van hierdie gemeenskap. Ons sal dit eers kan doen indien ons nie

---

<sup>300</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 572.

<sup>301</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 572.

<sup>302</sup>Sien hoofstuk 2.3 in die algemeen in hierdie verband.

<sup>303</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 578.

regskultuur as ‘n gemeenskap in die tradisionele sin van die woord beskou nie. Ons benodig hier iets meer radikaal (en minder stagnant en eksklusief) as die tradisionele idee van ‘n gemeenskap.

Ek wil hier weer terug keer na die stelling wat ek in hoofstuk 2 gemaak het dat daar ‘n sekere potensiaal geleë is in die idee van ‘n regskultuur. Hier beskou ek regskultuur as die kulturele faset van die reg en laat ek vir eers die impak van die struktuur van die reg agterweë om op ‘n latere stadium te bespreek. Die mate waartoe die potensiaal ontgin sal word al dan nie, sal egter grootliks afhang van hoe regskultuur beskou word. Breytenbach se idee dat ‘n kultuur nie geskep moet word rondom ‘n reeks reeds bevestigde (en onaantasbare) waardes nie, is hier van toepassing.<sup>304</sup> Die klem moet eerder val op die kultivering van waardes, soos wat Breytenbach dit beskryf.

Myns insiens moet “kultivering” noodwendig ook deliberasie, in die sin soos Botha hierbo daarna verwys, insluit. Dit maak vir my sin veral in die lig van ‘n meer republikeinse-burgerlike siening dat waardes of regte die produk van politiese gesprekke en prosesse moet wees. Ek is verder ook van mening dat ons die republikeinse-burgerlike siening van regte vir hierdie doeleindes moet verkies bo ‘n liberale siening. As post-liberale grondwet, kan ons Grondwet nie regte bevat waarvoor betekenis vooraf bepaal is nie en bloot gebruik word as skanse teen staatsinmenging nie. Waardes en regte se omvang moet eerder bepaal word na aanleiding van die tersaaklike samelewing se veranderende behoeftes. Op hierdie wyse kom daar weer ‘n verhouding tussen regskultuur en regte ter sprake – regskultuur sal die kultivering van onderliggende waardes veroorsaak en hierdie deliberasie sal die inhoud van regte en demokrasie bepaal.

Omrede die klem op kultivering val, en nie die waardes opsigself nie, kan ons moontlik vermy dat waardes stagnant en irrelevant raak. Die kern van hierdie gemeenskap of kultuur is met ander woorde die oefening om waardes te bepaal. Dit is my argument dat indien die klem in ‘n regskultuur val op hierdie oefening, ons meer redelik betekenis sal kry wat gepas is vir die gegewe konteks, maar welbewus van die tentatiewe aard van hierdie betekenis. Regsinterpretasie sal op hierdie wyse nie bloot net neerkom op die herleiding van gebeure na die simboliese orde nie. ‘n Dinamiese regskultuur wat sensitief is vir die altyd-

---

<sup>304</sup>Breytenbach *Notes from the Middle World* (2009) bl 15.



veranderende samelewing waarin dit te werk gaan besef dat die waardes en regte wat gekultiveer word nooit onveranderd gelaat kan word nie, omrede dit ongeregtigheid sal inhou vir die samelewing wat die regsgeleerdes dien.

Ek kom vervolgens tot die konklusie dat daar tog ruimte is, en 'n mate van potensiaal geleë is, in die konsep van gemeenskap: Dit is 'n poging om meer as net geïsoleerde individue se belange te dien. Hierdie konsep moet egter met versigtigheid toegepas word, en die toepassing daarvan kan nie bloot gelykgestel word aan 'n republikeinse-burgerlike benadering nie. In hierdie opsig kort ons iets meer as 'n republikeinse-burgerlike benadering.

Ek bespreek hieronder 'n alternatiewe benadering tot die konsep gemeenskap en doen aan die hand dat hierdie alternatiewe benadering sinvol sal wees om die probleem voorhande in hierdie verhandeling aan te spreek.

### **3.2.2 'n Alternatiewe benadering tot gemeenskap: Die tentatiewe gemeenskap**

Ek het in hoofstuk 2 die wisselwerking tussen demokrasie, menseregte en die Suid-Afrikaanse regskultuur bespreek in die lig van die probleem voorhande in hierdie verhandeling: Dat transformasie in Suid-Afrika trefkrag verloor, omdat die wyse waarop ons omgaan met regte en demokrasie as radikale konsepte nie voldoende is nie. Ek het daarop gewys dat die *status quo* nie in staat is om die demokrasie wat moet kom, te antisipeer nie. Die afwagting van die demokrasie wat moet kom, is belangrik, omrede dit dui op 'n ingesteldheid wat oop is vir die onbekende teenoor 'n onkritiese bevestiging van die *status quo*. 'n Ingesteldheid wat oop is vir die onbekende is nodig omrede ons 'n verantwoordelikheid het teenoor die behoeftes van die onbekende. Die vraag bly egter of ons in staat sal wees om hierdie behoeftes te kan bepaal.

Verder het ek die besondere radikale aard en geskiedenis van menseregte hierbo bespreek. Ons is nie tans besig om hierdie aard en die potensiaal wat daarin geleë is, te ontgin nie. Ons is op die baie gevaarlike punt waar menseregte onkrities as instrument aangewend word om magsbestelle te regverdig. Verder het daar ook 'n retoriek ontstaan rondom menseregte wat gebaseer is op kortstondige en onvoldoende interpretasies van menseregte, bloot om 'n huidige en verganklike doel te dien.

My bespreking van regskultuur het daarop gedui dat regskultuur 'n aspek is wat 'n beduidende impak het op die wyse waarop regsgeleerdes regsinterpretasie beoefen. Die huidige Suid-Afrikaanse regskultuur is gelaai met politieke veronderstellings en aannames ten opsigte van die groter samelewing – aannames wat nooit alle groepe en individue –en definitief nie Derrida se onbekende ander – wil of kan erken nie. Dit blyk ook asof die huidige regskultuur tot 'n mate 'n oorblyfsel is van ons vorige politieke bestel, wat veroorsaak dat regsgeleerdes onder hierdie regskultuur nie gepaste interpretasie kan verleen aan regsprobleme voorhande nie.

Die gevaarlikste aspek van die huidige regskultuur blyk regsgeleerdes se onkunde jeens die impak wat hierdie regskultuur op hul werkwyse as regsgeleerdes het, te wees. Regsgeleerdes word ook nie werklik die geleentheid gegun om krities te wees omtrent hierdie kultuur waaronder hul bloot moet inval nie. Verder het ek hierbo daarop gewys dat die idee van regskultuur en die ontasbaarheid daarvan onder regstudente op tersiëre vlak bevestig word. Ek is juis om hierdie rede van mening dat daar geleentheid is in hierdie konstruksie om die situasie te verander.

Ek kom tot die gevolgtrekking dat regskultuur tot 'n mate funksioneer soos 'n gemeenskap. Ek gebruik die konsep gemeenskap hier in 'n minder positiewe sin en nie suiwer as 'n teenstelling tot die liberaal gesentreerde benadering van ons huidige regskultuur nie. Die gemeenskap wat 'n regskultuur vorm is eksklusief ten opsigte van wie dit inlaat. Die gemeenskap funksioneer volgens vooraf bepaalde reëls, welke reëls nie oop is vir bespreking nie. Verder glo die lede van die gemeenskap dat sekere beginsels absoluut en universeel geld. Inderwaarheid is daar die moontlikheid dat hierdie gemeenskap juis gevorm is as gevolg van die geloof in hierdie beginsels. Dit opsigself beteken nie dat die gemeenskap gefaal het vir die doeleindes van hierdie verhandeling nie. Vanuit die studie van ons regskultuur blyk dit egter dat hierdie gemeenskap redelik stagnant is en dat die spasie nie gegun word om nuwe benaderings tot die funderende beginsels te oorweeg nie.

Natuurlik, soos reeds genoem, kan ons nie vanuit so 'n stagnante gemeenskap regsinterpretasie beoefen nie – nie as transformasie in Suid-Afrika een van ons doelwitte is nie. Dit is belangrik dat ons in ons pogings om transformasie te bevorder, erkenning gee aan die tentatiewe aard van transformasie. Ek het reeds in hoofstuk 1 genoem dat

transformasie se betekenis nie vasgestel sal kan word op een enkele betekenis nie. Die vraag: “Wat behels transformasie?” sal met ander woorde op elke ander tydstip ‘n ander antwoord hê.<sup>305</sup> Maar ons huidige regs-kultuur (en moontlik regstruktuur, maar ek bespreek dit later) is nie in staat om die tentatiewe aard van hierdie oefening te begryp nie, juis omrede regsinterpretasie moet plaasvind vanuit die stagnante konstruksie wat regs-kultuur daarstel.

Soos in die geval van die konsep transformasie, kan betekenis wat aan menseregte en demokrasie verleen word, nie meer as ‘n tentatiewe betekenis hê nie – andersins word die radikale aard van hierdie konsepte verraai.

So wat is my voorstel ten opsigte van die gemeenskap van regstudente? Die samekoms van regstudente is reeds daar – die vraag is hoe ons hierdie gemeenskap benader. Vervolgens sal ek die kenmerke van die gemeenskap bespreek in twee fases: Eerstens sal ek fokus op aspekte waarna die gemeenskap moet streef. Tweedens sal ek kyk na wat ‘n gemeenskap en die idee van ‘n “ons”, inderwaarheid daar sal stel.

Ek verwys weereens na Breytenbach se idee van ‘n gemeenskap wat ontstaan rondom die kultivering van waardes en regte, as die eindproduk van deliberasie.<sup>306</sup> Dit sal egter geen verskil maak indien hierdie gemeenskap bloot menseregte, demokrasie en transformasie benader as ‘n nuwe tipe grondwetlike orde nie.<sup>307</sup> Ek stem in hierdie opsig saam met Van Marle dat die oor-idealitiese en onkritiese aanhang van menseregte definitief nie bydra tot sinvolle transformasie in ons samelewing nie.<sup>308</sup> Dit is myns insiens juis as gevolg van ‘n onkritiese oor-idealitiese benadering tot menseregte dat ons tans effe onaangeraak is as daar vir menseregte gepleit word. Ons samelewing is tans so as ‘n geheel. Ons leef dan in

---

<sup>305</sup>Ek wys wel reeds in hoofstuk 2 dat ek transformasie beskou as ‘n sisteem wat homself ondermyn en geleentheid skep vir nuwe interpretasies van die sisteem. Sien Cornell *Transformations: Recollective imagination and sexual difference* (1993) bl 2. Ek moet egter hier noem dat my eie herhaaldelike gebruik van die woord “transformasie” deurlopend in hierdie verhandeling, veroorsaak dat ek ‘n ander woord wil gebruik ter illustrasie van my bedoeling met transformasie. Die woord transformasie het opsigself so ‘n gelaaide maar terselfdertyd oppervlakkige konsep geraak in ons samelewing, dat dit tot ‘n mate sinneloos voel om eers hierdie konsep aan te spreek. Tog is hierdie gevoel net so van toepassing op die konsepte “menseregte” en “demokrasie” en dui dit eintlik maar op die probleem voorhande in hierdie verhandeling.

<sup>306</sup>Breytenbach (2009) bl 15.

<sup>307</sup>Sien in die algemeen Chanock (2001) bl 511 – 537 asook Fitzpatrick “The new constitutionalism: The global, the postcolonial and the constitution of nations” (2006) 10 *Law, Democracy and Development: Journal of the Faculty of Law at the University of the Western Cape*.

<sup>308</sup>Van Marle “Lives of Action, thinking and revolt – A feminist call for politics of becoming in post-apartheid South Africa” (2004) 19 *SAPR/pl* bl 606.

‘n grondwetlike orde, menseregte is voor die hand liggend, absoluut en alledaags – wat is daar om te bevraagteken of om te bepleit? Waar is plek vir beweging of aksie van enige aard?

Indien samekoms gevestig word as gevolg van die kultivering van waardes, soos wat Breytenbach voorstel, sal die lede van hierdie samekoms of gemeenskap ‘n heel ander benadering hê teenoor betekenisvaslegging en konsepte soos menseregte – juis omrede hierdie samekoms se bestaan opsigself nie gebaseer is op absolute betekenis en vooropgestelde idees nie. Om hierdie rede behoort so ‘n samekoms nie bloot die grondwetlike orde wat aan hom voorgehou word, te aanvaar nie – nie omdat ek noodwendig gekant is teen die idee van ‘n grondwetlike orde waar menseregte beskerm word in ‘n demokratiese konteks nie. Ek is eerder van mening dat onreg aan die hele idee agter die grondwetlike bestel gedoen word indien dit maar net bloot afgeforseer word soos vorige (onderdrukkende) bestelle.

Die gemeenskap moet ‘n reaksie wees op die spanning tussen wat die reg teoreties voorhou om te wees en sosiale transformasie of ervaring van die reg.<sup>309</sup> Van Marle is van mening dat die *jurisprudence of generosity* van Patricia Williams die idee inhou van die onverwagte wat die voorspelbaarheid van die reg breek.<sup>310</sup> Sy is ook van mening dat indien ons samelewing oorgeneem word deur regte en grondwetlike diskoers daar nie meer spasie is vir politieke aksie, oordenking en bevraagtekening nie.<sup>311</sup>

Waarom het ons as regsgeleerdes die verantwoordelikheid om meer van menseregte, demokrasie en transformasie te verwag? Hierdie is tog die beweegrede vir my om ondersoek in te stel tot ‘n moontlike wyse om hierdie konsepte se potensiaal te ontgin. Dit kom vir my (amper te eenvoudig) daarop neer dat, soos Van Marle wat Arendt se denke in

---

<sup>309</sup>Van Marle “Laughter, refusal, friendship: thoughts on a jurisprudence of generosity” (2001) 1 *STELL LR* bl 195 verwys na die idee van Williams *jurisprudence of generosity* soos sy dit ontwikkel in *The Alchemy of Race and Rights* (1991) bl 10. Van Marle gebruik onder andere ‘n *jurisprudence of generosity* asook die idee van opstand om patriargie teen te staan op ‘n deurlopende basis. Sien ook Kristeva *Hannah Arendt. Life is a Narrative* (2001), Kristeva *Revolt She Said* (2002) en Cornell “The Solace of Resonance” (2005) 20 *Hypatia* in hierdie verband.

<sup>310</sup>Van Marle (2001) *STELL LR* bl 195.

<sup>311</sup>Van Marle (2001) *STELL LR* bl 196.

hierdie opsig volg, elke menslike lewe uniek is en dat ons lewe en denke moet beskerm ten gunste van elkeen van hierdie individuele lewens.<sup>312</sup>

In reaksie op bogenoemde stelling kan ons wel noem dat die kern van demokrasie geleë is in die belange van die meerderheid. Verder is ek juis gekant teen 'n liberale benadering se absolute fokus op die regte van individue. Ek verstaan Arendt (en Van Marle) se verwysing na die uniekheid van elke lewe, as die verwysing na die onbekende ander, eerder as na die individu, beskerm in die private sfeer deur 'n liberale bestel. Hoewel alle individue kwansuis gelyk is in terme van 'n liberale bestel, is dit so dat sekere individue op die marges en buite die radar van ons liberale norms en waardes, nooit erken word deur 'n liberale bestel nie. Of dit die gevolg is van die ongelooflike unieke omstandighede van die genoemde individue, of onderliggende politieke propagandas – die feit bly staan dat hierdie individue se sogenaamde gelykheid nie veel vir hul beteken nie. Gelykheid moet op 'n meer relatiewe en tentatiewe mate bewerkstellig word. Om uniekheid te kan erken en te beskerm, of om die onbekende ander te kan beskerm, benodig ons 'n onderbreking in die normale loop van sake.

Hierdie onderbreking kan daargestel word deur 'n gemeenskap van interpretasie wat hul verantwoordelikheid teenoor die onbekende ander erken; wat gefokus is op die kultivering van waardes; wat die *status quo* bevraagteken – nie om moedswillig te wees nie, maar om eerder altyd op soek te wees na 'n beter weergawe van die hier en nou. Met ander woorde: 'n Regskultuur wat die demokrasie wat moet kom in wag en ingestel is op die betekenis wat verlore gaan elke keer as 'n interpretasie aan die reg gegee word om deel te vorm van 'n simboliese orde.

As ons vervolgens die kultivering van waardes ondersoek, is dit in die eerste opsig vir my belangrik dat die klem sal val op die samekoms van denke, maar nie denke geïsoleer van aksie en ondermyning nie.<sup>313</sup> Hierdie samekoms is opsigself 'n doel voor oë en is die samekoms nie gesentreer rondom voorafbepaalde beginsels nie. Die samekoms is ook, soos

---

<sup>312</sup>Van Marle (2001) *STELL LR* bl 196 verwys na Arendt *The Human Condition* (1959) bl 4.

<sup>313</sup>Van Marle (2001) *STELL LR* bl 196 verwys na Arendt se kritiek teenoor die bevoorregte posisie wat die intellektuele lewe in metafisiese tradisie het, welke intellektuele lewe afgesonder is van die aktiwiteite van die lewe, omrede hierdie aktiwiteite benede die intellektuele denker – gewoonlik geassosieer met die manlike – is. Van Marle verwys spesifiek na Arendt in hierdie opsig in haar soeke na wyses hoe patriargie in die samelewing sinvol teengestaan ondermyn kan word.

ek vantevore genoem het, gesetel in die konstante bepaling van waardes en die kontekstuele en tentatiewe betekenis daarvan. Anders as die tradisionele benadering tot gemeenskap, kan hierdie samekoms nie staat maak op sy eie absolute teenwoordigheid nie, maar is die samekoms juis voorwaardelik in die sin dat enige samekoms breekbaar en tydelik is.<sup>314</sup> Ek sal egter later die tydelike aard van die gemeenskap bespreek.

Ek wil verder voorstel dat regstudente gemotiveer moet word om regsinterpretasie te beoefen in 'n spasio van samekoms soos wat ek hierbo na verwys het. Samekoms in hierdie opsig verwys na die spanning tussen die bekende (verteenwoordig deur regskultuur?) en die onbekende (altyd buite ons bereik). Hierdie spanning moet aangewend word om betekenis en identiteit te verkry. Breytenbach beskryf in sy inleidingshoofstuk getitel *Making Being* hoe Europese kulture na afloop van kolonialisasie en uitbuiting van Afrika nou artefakte van die stukkende speelgoed (soos Breytenbach na post-kolonialisme Afrika verwys) versamel om die Afrika beter te “verstaan”.<sup>315</sup> Hy kritiseer natuurlik hierdie soeke na betekenis en identiteit omrede die denkwys hier gevolg die indruk skep dat Afrika as die ander, onaangeraak is deur tyd en altyd ondergeskik sal wees teenoor die Weste.<sup>316</sup> Hy wys op die belangrikheid van beweging in enige ondersoek na betekenis en begrip – beweging in die sin dat tye verander en Afrika verander

...And when one says *movement* one is talking rhythms and patterns, contrasts and contradictions and contestations, maybe conflict, hybridism and survival consciousness, the intensified interaction between the known and the unknown...<sup>317</sup>

Die huidige regskultuur se benadering tot regssubjekte, probleme en bronne is myns insiens vergelykbaar met die metodes wat gebruik word om Afrika beter te verstaan, soos Breytenbach dit beskryf en is hierdie benadering om dieselfde redes kommerwekkend. Beweging is broodnodig in die konteks van Suid-Afrikaanse regskultuur.

---

<sup>314</sup>Van Marle (2001) *STELL LR* bl 204 verwys na Auster se vertellinge wat ook gesentreer is rondom samesyn. Sien Auster *Brooklyn Follies* (2005) bl 276; Auster *Auggie Wren's Christmas Story* (2004) bl 303-304; Auster *Smoke and Blue in the Face: Two Films* (1995).

<sup>315</sup>Breytenbach (2009) bl 1.

<sup>316</sup>Breytenbach (2009) bl 1.

<sup>317</sup>Breytenbach (2009) bl 5 en 6.

Breytenbach is ook van mening dat beweging in hierdie sin denke moet vooruitgaan. Beweging moet met ander woorde denke vorm en nie anders om nie.<sup>318</sup> Waar denke beweging antisipeer, is beweging te beheers en meestal opsoek na vooraf gespesifiseerde oplossings – dit is ook hoe dogma, of in die konteks voorhande, kultuur, ontstaan.<sup>319</sup> In hierdie sin sluit ons weer aan by Arendt en Van Marle se voorkeur vir lewe en aksie gekoppel aan denke, eerder as ‘n verwaande siening dat denke opsigself voorkeur behoort te geniet.<sup>320</sup>

Soos vroeër genoem, is Breytenbach se vraag gesentreerd rondom die bepaling van die identiteit van Afrika. Die bepaling van identiteit kan in sy opinie deur middel van beweging, ‘n vektor wees vir interaksie en samekoms.<sup>321</sup> Identiteit gaan altyd onseker wees, en daarom kan die bepaling van identiteit gebruik word om samekoms te bewerkstellig.<sup>322</sup> Kultuur is volgens Breytenbach die element in hierdie scenario wat “seker” is en die (sogenaamde) waarheid bevat.<sup>323</sup> Kultuur behou skynbaar sekuriteit in hierdie opsig en verskaf die valse bevestiging van ‘n gedeelde waarheid en identiteit.<sup>324</sup> Soos Breytenbach ook duidelik aandui, sit die waarheid – gemanifesteer in kultuur – en diversiteit egter nie gemaklik om dieselfde kampvuur nie. Intendeel, diversiteit sal juis poog om waarheid omver te werp, want hierdie waarheid sal nie diversiteit tolereer nie.<sup>325</sup>

Kultuur is ook tot ‘n mate die einde van beweging – die nodige kontemplasie rondom identiteit en ander waardes is afgehandel. Enige beweging wat oor is, is bloot die beoefening van rituele – geen denke is betrokke nie.<sup>326</sup>

Dit is moontlik vir die leser op hierdie stadium moeilik om presies te verstaan wat hierdie alternatiewe benadering tot gemeenskap behels, omrede ek baie sê oor wat dit nie is nie, en minder eksplisiet aandui wat dit wel is. Tog is daar juis in my oorsig in hierdie opsig baie wat gesê word oor hierdie gemeenskap wat ek voorstel. Op een oomblik is ek begerig om die idee van gemeenskap heeltemal van die tafel af te vee as gevolg van die konnotasie met

---

<sup>318</sup>Breytenbach (2009) bl 5.

<sup>319</sup>Breytenbach (2009) bl 6.

<sup>320</sup>Van Marle (2001) *STELL LR* bl 196.

<sup>321</sup>Breytenbach (2009) bl 6.

<sup>322</sup>Breytenbach (2009) bl 6.

<sup>323</sup>Breytenbach (2009) bl 7.

<sup>324</sup>Breytenbach (2009) bl 7.

<sup>325</sup>Breytenbach (2009) bl 7.

<sup>326</sup>Breytenbach (2009) bl 7.

eksklusiwiteit en trauma wat veroorsaak word vir die ander. Terselfdertyd poog ek om gemeenskap op 'n ander manier in te dink: 'n Gemeenskap wat sy ontstaan het in iets anders en iets meer as gedeelde waardes, ras en kultuur.

Die aard van die gemeenskap wat ek ingedagte het, het eintlik meer te make met die idee van “transformasie” as wat dalk op eerste oogopslag moontlik geag word. Verder is dit ook een van die aannames waarop my hele argument in hierdie verhandeling geskoei is, dat transformasie nooit in twee afsonderlike plekke in tyd dieselfde doel voor oë kan hê nie. Die idee van transformasie moet met ander woorde opsigself konstant getransformeer word. Transformasie is met ander woorde 'n tipe oorgangstydperk, maar sonder 'n voorsiene sperdatum waarop 'n voorsiene doelwit bereik moet word. Transformasie word tans gederadikaliseer as gevolg van die deradikalisasie van menseregte en demokrasie. Opregte transformasie kan 'n wyse wees om die demokrasie wat moet kom in te wag.

Die samekoms of gemeenskap wat ek ingedagte het, moet met ander woorde 'n tipe oorgangs-samekoms wees, sonder om te mik op 'n permanente vestiging van die samekoms. Die fokus val op beweging en 'n tentatiewe aard van die samekoms.

Op hierdie punt moet ons terugkeer na die tweede fase van my ontleding van die kenmerke van die gemeenskap van regstudente: Wat veronderstel die idee van “gemeenskap” en “ons” werklik? Dit is sinvol om op hierdie punt terug te keer na die denke van Derrida en die dekonstruksie waarna ek in hoofstuk 2 verwys het.<sup>327</sup>

Ek verwys terug na my bespreking van die simboliese orde. 'n Simboliese orde poog altyd om die gebeure te herlei na iets wat in die struktuur van die simboliese orde sal kan inpas. Die simboliese orde se onvermoë om die volle omvang van die gebeure te verwerk, veroorsaak dat daar altyd 'n iets agterweë gelaat sal word.

Hierdie onvermoë van enige struktuur om ten volle kwessies buite sy huidige verstaan te verwerk, is vir my aanduidend dat enige reaksie daarop vanuit 'n tentatiewe verwysingsraamwerk sal moet plaasvind en die tradisionele idee van gemeenskap is besmoontlik te stagnant in hierdie opsig. Die vergelyking wat Botha tref tussen 'n liberale benadering teenoor 'n republikeinse-burgerlike benadering tot regte en die gevolge vir

---

<sup>327</sup>Sien Goosen “Verlies, rou en afirmasie. Dek die gebeure” (1998) 1 *Fragmente*.



demokrasie, wys myns insiens tog daarop dat 'n meer gemeenskap-georiënteerde benadering ten minste tot 'n mate die potensiaal behou om te streef na 'n dieper en meer betekenisvolle weergawe van regte en demokrasie.<sup>328</sup> Die idee dat regte bepaal word vanuit 'n konteks en veranderbaar is om die konteks se veranderende behoeftes te ontmoet, kom vir my nader aan 'n afwagting van die demokrasie wat kom. Maar hierdie konteks, samekoms of gemeenskap en die beweegrede van die persone betrokke hierby, verskil aansienlik van die republikeinse-burgerlike gemeenskap en sy lede.

Die vraag is nou of die konsep gemeenskap heeltemal geskrap behoort te word vanweë sy noue assosiasie met eksklusiwiteit en tot 'n mate pre-ideologiese simplisiteit.<sup>329</sup> Is daar 'n wyse waarop die idee van 'n tentatiewe gemeenskap aan die lewe gehou kan word en vanuit hierdie gemeenskap betekenis aan menseregte (en op die ou einde demokrasie) kan verleen?

Ek het reeds hierbo 'n paar aspekte genoem rondom die wyse waarop gemeenskap tradisioneel in 'n burgerlike-republikeinse konteks gesien sal word. 'n Aansienlike hoeveelheid verwysings is ook al in hierdie verhandeling gemaak na die idee van regskultuur as 'n tipe gemeenskap. Die vraag wat myns insiens op hierdie stadium bespreking benodig, is wat die beweegrede vir samekoms is. Omrede demokrasie se noue verband met die Franse revolusie, is dit sinvol om 'n dekonstruktiewe ondersoek in te stel na die konsepte broederskap en vriendskap as beweegredes vir samekoms.

Ek verwys hier na Jaco Barnard-Naudé se bespreking van Derrida en Nancy se teenstrydige dekonstruktiewe benaderings tot die idee "broederskap".<sup>330</sup> Die idee van verbroedering of broederskap het natuurlik, behalwe vir verband met die Franse revolusie, ook konnotasies met apartheid, aangesien die politieke tot 'n groot mate gelykgestel is aan broederlike-

---

<sup>328</sup>Sien Botha (2000) *THRHR* bl 568 – 571.

<sup>329</sup>Ek verwys hier na die geskrifte van Homer in *Iliad* wat 'n gemeenskap uitbeeld as die samesyn van verskeie persone, in hul hoedanigheid as bepaalde funksionarisse. Die idee van watter optrede as goed beskou sal word en wat geregtigheid daar sal stel, word in hierdie idee van gemeenskap bepaal deur die funksie wat die lid verrig in die gemeenskap. Alhoewel die idee van kontekstualiteit moontlik hier ondersteun kan word, is die idee van voorafbepaalde funksies of destinasies nie gepas vir die omskrywing van 'n moderne of post-moderne samelewing nie. Sien MacIntyre *A Short History of Ethics* (1998) bl 3-13 in hierdie verband.

<sup>330</sup>Barnard-Naudé "Die politiek van broederskap: Jacques Derrida, Jean-Luc Nancy en Jane Alexander se *The Butcher Boys*" (2010) 7 (2) *LitNet Akademies* bl 23 – 42.

vriendskap – ek sê hieronder meer oor die verbroedering van vriendskap.<sup>331</sup> Barnard-Naude bespreek die idee van broederskap teenoor vriendskap na aanleiding van die beeldhouwerk van Jane Alexander byname *The Butcher Boys*. Hy kom tot die gevolgtrekking dat hierdie beeldhouwerk broederskap op 'n wyse uitbeeld wat gekant is teen politiek en vriendskap, welke weergawe van broederskap volgens Derrida nie behoue kan bly in die afwagting van die demokrasie wat moet kom nie. Hy volg Nancy se opinie wat erken dat die eersgenoemde weergawe van broederskap deurgehaal moet word soos Derrida ook bepaal. Maar Nancy bedink die herbepaling van die betekenis van die konsep broederskap wat 'n ander deelbaarheid voorstel as die eersgenoemde weergawe. Die beeldhouwerk as teken van broederskap kan dus ook dui op 'n tipe broederskap wat oop is vir iets meer as wat in die eerste plek raakgesien is.<sup>332</sup>

Eerstens gebruik ek die bogenoemde argument as staving vir die idee om gemeenskap soos tradisioneel verstaan, te skrap, maar om terselfdertyd die konsep op 'n nuwe wyse te bedink. In die tweede opsig is Derrida, Nancy en Barnard-Naude se sienings ten opsigte van broederskap en vriendskap belangrik in my argument voorhande aangesien broederskap en vriendskap verskillende uitgangspunte tot die idee van samekoms verteenwoordig. Alhoewel broederskap nie noodwendig 'n gemeenskap voorstel nie, is kontemplasie rondom broederskap en vriendskap belangrik indien ons 'n tipe samekoms van regstudente voorsien.

Barnard-Naudé verwys na Derrida se argument dat die vriend, weens die Westerse politieke filosofie, ooreenstem met die kenmerke van die broer en veroorsaak dit met ander woorde outomaties 'n familiare, fraternalistiese konfigurasie van politiek.<sup>333</sup> Derrida verwys spesifiek na Aristoteles wat die vriend as 'n broer beskou. Soos Barnard-Naudé ook noem, is hierdie broer 'n ander self en iemand met gedeelde enersheid of substansie as die eersgenoemde persoon. Die politieke sfeer wat vir Aristoteles ontstaan is dus tussen vriende-as-broers – daar word eers beweeg in die private sfeer wat bestaan uit die gesin en

---

<sup>331</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 31 – sien Barnard “Beyond the brother: Radical freedom” (2008) *Acta Juridica* bl. 273 – 297 asook Derrida, Brault en Naas (vert) *Rogues: Two essays on reason* (2005).

<sup>332</sup>Sien Barnard-Naudé(2010) *LitNet Akademies* in die algemeen.

<sup>333</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 26.

daarna word beweeg na die politieke sfeer van die vriend.<sup>334</sup> Die vriend verkry dus al die eienskappe van die broer.<sup>335</sup>

Dit behoort duidelik te wees dat 'n samekoms tussen "vriende" as 'n ander self nie sal bydra tot die argument in hierdie verhandeling nie. Ons verantwoordelikheid as regsgeleerdes teenoor die ander word verydel as interpretasie van regte en demokrasie plaasvind tussen vriende met 'n gedeelde enersheid. In hierdie konstruksie is die publieke sfeer niks meer as 'n duplisering van die private sfeer nie en word ware politiek gefrustreer. Meer as dit, hou die ander in hierdie konstruksie 'n politieke gevaar in vir die vriende. Barnard-Naudé dui aan dat die moderne republikeinse motto "vryheid, gelykheid, broederskap" inherent die gevaar van uitsluiting en konflik inhou.<sup>336</sup>

Barnard-Naudé verwys ook na Arendt se denke jeens broederlike vriendskap.<sup>337</sup> Hy wys daarop dat broederskap en vriendskap ingevolge Arendt nie gelykgestel moet word soos Derrida bepaal nie. Volgens Arendt behoort vriendskap die ware politieke band te wees, aangesien hierdie vriendskap die voorwaarde is vir menslike gesprek of deliberasie. Hierdie gesprekke is die enigste wyse waarop die wêreld, wat inherent onmenslik is, menslik gemaak kan word. Hierdie vriendskap is gebaseer op respek, eerder as intimiteit – respek vir die tussenruimte wat die wêreld tussen die "vriende" plaas. Die tussenruimte sien pluraliteit raak. Broederskap sien nie hierdie tussenruimte raak nie.<sup>338</sup>

In *Politics of Friendship* maak Derrida sy droom bekend van 'n weergawe van vriendskap wat verder gaan as die tweespel tussen broederskap en vriendskap.<sup>339</sup> Hierdie droom van Derrida noodsaak ook dat Derrida vra wat die politiek van die anderkant wel is en of die anderkant politiek genoem sal kan word – aangesien demokrasie as politieke orde net teenwoordig is as broederskap teenwoordig is (en in Derrida se weergawe van vriendskap is broederskap natuurlik nie teenwoordig nie).<sup>340</sup> Barnard-Naudé verwys na Caygill se stelling dat broederskap tradisioneel verbind word met die totstandkoming van 'n nasie, volk of ras

---

<sup>334</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 26.

<sup>335</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 26.

<sup>336</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 27.

<sup>337</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 27.

<sup>338</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 27. Sien ook Derrida en Collins (vert) *Politics of Friendship* (1997).

<sup>339</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 28 en Derrida en Collins (1997).

<sup>340</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 28.

en is dit ook van toepassing op die totstandkoming van 'n demokrasie.<sup>341</sup> Derrida is vervolgens van opinie dat die pluraliteit, wat die hedendaagse liberale demokrasie fundeer, altyd sigself sal moet deradikaliseer en reduceer na voorwaardes van die heersende bestel soos daargestel deur broederskap.<sup>342</sup> Demokrasie is met ander woorde 'n voorbeeld van 'n simboliese orde.

Indien ons dus sou aanvaar dat broederskap wel funderend is tot demokrasie, is dit 'n verdere rede om die konsep van broederskap krities te evalueer in die konteks van die argument voorhande in hierdie verhandeling.

Barnard-Naudé beskou die beeldhouwerk *The Butcher Boys* as kritiek op die bogenoemde politieke konsep van vriendskap-as-broederskap, maar doen hy ook aan die hand dat *The Butcher Boys* gelees kan word as 'n werk van transformasie wat die bevraagtekening van broederskap as politieke beginsel aanmoedig.<sup>343</sup> *The Butcher Boys* dui met ander woorde op die moderne uitsluitende idee van broederskap maar terselfdertyd ook op 'n nuwe transformatiewe broederskap wat Nancy as deel van sy konsep van vryheid beskou.<sup>344</sup>

Barnard-Naudé verwys na transformasie soos Cornell dit definieer (welke definisie ek ook in hierdie verhandeling ondersteun), en beskou hy transformasie in die radikale sin dat 'n sisteem sigself so kan verander dat dit nie sy eie identiteit bevestig nie, maar dit eerder bevraagteken en so nuwe betekenisse genereer wat verder geneem en bevoordeel kan word deur die politieke deelnemer in sy milieu.<sup>345</sup>

Die idee dat kritiek gelewer word op 'n konsep maar dat die konsep opsigself terselfdertyd ook 'n tipe transformasie bevorder – welke transformasie 'n nuwe weergawe van die konsep veronderstel – skep die ideale spasie vir die samekoms wat ek voorsien in hierdie verhandeling. Verder verskaf die weergawe van broederskap wat Barnard-Naudé voorhou ook die elemente wat 'n tipe samekoms sal kan moontlik maak.

---

<sup>341</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 28. Sien ook Caygill "Bearing witness to the infinite: Nancy and Levinas" (2005) 9 (4) *Journal for Cultural Research* bl 351 – 357.

<sup>342</sup>Barnard Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 28.Sien ook Derrida en Collins (1997).

<sup>343</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 28.

<sup>344</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 29.

<sup>345</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 28. Sien ook Cornell *Transformations: Recollective imagination and sexual difference* (1993) bl 2.

Soos reeds hierbo aangedui, argumenteer Derrida dat broederskap (soos gevind in die private sfeer) homself manifesteer in die publieke sfeer in die vorm van vriendskap. Die feit dat vriendskap behels dat 'n vriend vanuit vele moontlike vriende gekies word, is vir Derrida problematies.<sup>346</sup> Derrida verwys na 'n tipe tussenstem, of *aimance*, wat dui op die oomblik voor die keuse van 'n spesifieke vriend gemaak word. *Aimance* verwys met ander woorde na 'n tipe verhouding wat die vriend wat die ander kies, reeds voor hierdie kiesingsmoment het met vele ander vriende.<sup>347</sup> Barnard-Naudé verwys na Thomson se argument dat *aimance* 'n beroep is op die politiek anderkant die idee van vriendskap-as-broederskap.<sup>348</sup> Sodra 'n keuse gemaak word ten gunste van een spesifieke vriend, word hierdie beginsel van *aimance* verraai.<sup>349</sup> Die politiek van die anderkant sal ons dus weereens ontwyk.

In kort kom die keuse van een vriend daarop neer dat verantwoordelikheid teenoor die een vriend aanvaar word, maar enige verantwoordelikheid teenoor die ander moontlik vriende laat vaar word. Anders gestel, kan ek net teenoor die een verantwoordelikheid opneem indien ek my verantwoordelikheid teenoor alle ander laat gaan.<sup>350</sup> Barnard-Naudé verwys na Derrida se opinie dat hierdie komplikasie nodig is om 'n beter menslike toestand vorendag te bring en om die moontlikheid aan te gryp van 'n radikale pluraliteit in die publieke of dan politieke sfeer.<sup>351</sup>

Derrida beskou, in Clarke se opinie, vriendskap as 'n onderneming om geregtigheid aan die ander te laat geskied, sonder die verwagting van vriendskap inruil van hierdie onderneming.<sup>352</sup> Dit is egter nie moontlik om die ander as vriend te kies sonder om hom te verbroeder nie en is dit dus ook onvermydelik dat vriendskap sal veroorsaak dat die verantwoordelikheid teenoor al die ander verydel word.<sup>353</sup> Dit is in hierdie opsig belangrik dat ons herinner word aan die verantwoordelikheid wat die keuse van 'n vriend dra en ook aan die feit dat geregtigheid eintlik onmoontlik is – dit is ook waarna *aimance* verwys.<sup>354</sup>

<sup>346</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 29. Sien ook Derrida (1997) bl 8.

<sup>347</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 29.

<sup>348</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 30 – Thomson *Deconstruction and democracy: Derrida's Politics of friendship* (2005) bl 85 en 16.

<sup>349</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl. 30. Sien ook Thomson (2005).

<sup>350</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 30. Sien ook Derrida *The gift of death* (1995) bl 70.

<sup>351</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 30. Sien ook Derrida (1997) bl 199.

<sup>352</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl. 30. Sien ook Clark "Bereft: Derrida's memory and the spirit of friendship" (2007) 106 *South Atlantic Quarterly* bl 294.

<sup>353</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 30.

<sup>354</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 30.

Soos vroeër genoem, is broederskap tot 'n groot mate funderend tot heersende liberale demokrasieë. Met hierdie standpunt in die oog gehou, word dit duidelik hoe demokrasie ook onverantwoordelik optree teenoor die ander.<sup>355</sup>

Soos Barnard-Naudé aantoon, is Derrida van mening dat die politieke geskiedenis vriendskap-as-broederskap verkies en *aimance* onderdruk.<sup>356</sup> Broederskap, indien dit verstaan word op die wyse soos ek dit tot sover bespreek het, hou gevaar in vir die demokrasie wat moet kom en vernietig dus enige potensiaal vir 'n radikale demokrasie. 'n Samekoms wat die gevolg is van vriendskap-as-broederskap sal altyd pluraliteit onderdruk, aangesien dit gebaseer is op eendersheid en absolute waarhede. Dit is nie die tipe samekoms wat gevisualiseer word in hierdie verhandeling nie.

Jean-Luc Nancy het 'n ander siening jeens broederskap as dié van Derrida. Om Nancy se siening rondom broederskap te verstaan, moet ons eers let op sy verstaan van vryheid en gelykheid.<sup>357</sup> Vryheid is ingevolge Nancy die logika in 'n gedeelde bestaan-mededeelsaamheid.<sup>358</sup> Indien 'n deelsaamheid dus oop is vir elke singulariteit om deel te neem aan die ewige deelsaamheid, word vryheid daargestel, maar ook gelykheid. Soos Barnard-Naudé dit stel is gelykheid ingevolge Nancy "...die gelykheid van singulariteite in die onvergelykbaarheid wat vryheid is..."<sup>359</sup> Nancy dui ook op die uitsonderlikheid en oormatige aard van vryheid – oorskryding word dus as maatstaf gedeel deur die gemeenskap.<sup>360</sup> Vervolgens is broederskap vir Nancy dan die gelykheid in die deelsaamheid van die onvergelykbaarheid – met ander woorde die "mede-" in mededeelsaamheid, soos Barnard-Naudé aantoon.<sup>361</sup> Ons moet wel oplet dat hierdie gelykheid nie gevind word in eendersheid nie, maar juis in die gelykstelling van die uitsonderlikheid. Aangesien elke singulariteit in gelyke mate uitsonderlik is, is elke singulariteit volgens Nancy in gelyke mate geregtig opdeelname aan die uitsonderlikheid van vryheid.<sup>362</sup>

---

<sup>355</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 31.

<sup>356</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 31.

<sup>357</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 33. Sien ook Nancy *The experience of freedom* (1988) bl 71 en 72 soos Barnard-Naudé ook na verwys.

<sup>358</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 33 en Nancy (1988) bl 71.

<sup>359</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 33.

<sup>360</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 33.

<sup>361</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 33.

<sup>362</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 33.

Derrida is van mening dat die verantwoordelikheid van die een teenoor die onbekende ander nie uitgedruk kan word in broederskap nie en behoort die konsep broederskap geskrap te word en nie herformuleer word soos Nancy poog om te doen nie.<sup>363</sup> Barnard-Naudé verwys na Morin se argument dat Derrida gekant is teen Nancy se gebruik van broederskap omrede hy vashaak by die eerste fase van dekonstruksie, naamlik deurhaling van die konsep broederskap.<sup>364</sup> Tydens hierdie fase van dekonstruksie word gefokus op die onakkuraatheid van 'n konsep en daarom dat die konsep deurgehaal moet word om te verseker dat die metafisiese funksie ook geskrap word. In die deurhaling van die konsep, word die konsep egter steeds neergeskryf, en bestaan die gevaar dat die deurhaalde konsep steeds 'n metafisiese funksie sal kan beoefen.<sup>365</sup>

Nancy beweeg in die tweede fase van dekonstruksie deur die konsep nuut te skryf eerder as om dit bloot deur te haal.<sup>366</sup> Nancy se konsep van broederskap word nie geassosieer met die problematiese kenmerke van broederskap soos tradisioneel beskou nie, maar Derrida kan steeds nie ondersteuning bied vir die behoud van die konsep nie, omrede hy meen die risiko bestaan dat hierdie broederskap-sonder-broederskap sal draai teen die demokrasie wat moet kom.<sup>367</sup> Demokrasie wat moet kom staan in verhouding tot die onbekende ander. Broederskap voordat dit broederskap-sonder-broederskap word, veronderstel 'n uitsluitende politieke konsep. Derrida se bekommernis in hierdie opsig is dus te verstane want sou die broederskap-sonder-broederskap homself teen demokrasie wat moet kom draai, sal die onbekende ander nie erken word nie en dit is juis een van die doelwitte van die dekonstruksie.<sup>368</sup> Verder is die demokrasie wat moet kom altyd 'n uitgestelde konsep wat nie aandag sal geniet indien broederskap se voorkeur vir stabiliteit en vastigheid teenwoordig is nie.<sup>369</sup>

---

<sup>363</sup>Sien ook Derrida (2005)bl 58 – soos ook na verwys deur Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 35.

<sup>364</sup>Morin "Putting community under erasure: Derrida and Nancy on the Plurality of Singularities" (2006) 8 *Culture Machine* soos na verwys deur Barnard-Naudé op bl 35.

<sup>365</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 35.

<sup>366</sup>Sien Morin (2006) *Culture Machine* soos na verwys deur Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl. 36.

<sup>367</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 36.

<sup>368</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 36.

<sup>369</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 36.

Barnard-Naudé verwys na Nancy se antwoord in sy boek *Being singular plural* op Derrida se kwellinge jeens die behoud van die konsep broederskap.<sup>370</sup> Nancy is van mening dat singulariteit nie kan bestaan sonder pluraliteit nie en omgekeerd. Die oorsprong van die singulariteit en die pluraliteit is nie afsonderlik nie, maar is die oorsprong inderwaarheid die samesyn van alle oorspronge.<sup>371</sup> Nancy gee toe dat broederskap in liberale moderne politieke teorie aangewend word om 'n homogene identiteit daar te stel en op grond daarvan gelykheid te bewerkstellig. Tog beweer hy, soos Barnard-Naudé ook uitwys, dat broederskap juis, ontologies gesproke, hierdie homogene oorsprong skort en is die mensdom dus broers slegs vanweë hul deelsaamheid in die afwesigheid van hierdie homogene oorsprong.<sup>372</sup>

Die beeldhouwerk *The Butcher Boys* bestaan uit drie figure wat langs mekaar op 'n bankie sit. Die kop en gesigte skep 'n dierlike en wrede indruk, maar die monde is verewig gesnoer vir enige kommunikasie. Die drie beelde deel wel sekere ooreenkomste in hul voorkoms. Verder kyk al drie figure in verskillende rigtings en is daar geen aanduiding aan hul lyftaal dat hul in gesprek of beraadslag met mekaar is nie, of ooit sal wees nie. Barnard-Naudé meen tog dat 'n tipe samesyn bewerkstellig word op die houtbankie. Hy argumenteer dat die beeldhouwerk in die eerste instansie broederskap daarstel, of ingevolge Derrida, vriendskap wat bloot 'n manifestasie is in die publieke sfeer van broederskap in die private sfeer.<sup>373</sup> Arendt sou redeneer dat slegs broederskap teenwoordig is, aangesien dit baie duidelik is dat diskoers nie teenwoordig is tussen die drie figure nie (omrede hul in verskillende rigtings in staar en hul monde gesnoer is).<sup>374</sup> Barnard-Naudé argumenteer dat die gedeelde stilte tussen die drie broers juis dui op 'n gedeelde afwesigheid wat korreleer met sy verstaan van broederskap. Broederskap is dus wel hier teenwoordig, maar soos Barnard-Naudé dit stel, is dit nie broederskap as vyand van Arendt se konsep van vriendskap

---

<sup>370</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 36. Sien ook Nancy *Being singular plural* (2000) in hierdie verband.

<sup>371</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 37.

<sup>372</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 37.

<sup>373</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 37.

<sup>374</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 37. Sien ook Arendt *The origins of totalitarianism* (1994) bl 24.



nie.<sup>375</sup> Hierdie broederskap verteenwoordig ingevolge Nancy die onvoltooidheid van 'n gemeenskap as 'n dialoog wat nooit tot 'n einde kom nie.<sup>376</sup>

Barnard-Naudé wys verder daarop dat *The Butcher Boys* in hul samesyn op die bankie met die eerste oogopslag 'n gemeenskap in die tradisionele sin daarstel, maar indien van nader beskou, sien mens dat sekere algemene kenmerke van 'n gemeenskap in die tradisionele sin wel skort.<sup>377</sup> Dit is vervolgens onmoontlik om ooit vas te stel of hierdie drie figure wel moontlik broers kan wees. Barnard-Naudé is van mening dat die beeldhouwerk van Alexander op hierdie wyse 'n dubbele stelling oor broederskap maak: Die identiteit word daargestel maar terselfdertyd ondermyn.<sup>378</sup> Barnard-Naudé dui daarop dat die beeldhouwerk op hierdie wyse waarsku teen en kritiek lewer oor broederskap in die tradisionele sin. Terselfdertyd word die moontlikheid daargestel dat daar 'n positiewe aspek is rondom 'n transformatiewe verstaan van broederskap, deurdat broederskap ook 'n deelsaamheid in die onvoltooide kan wees.<sup>379</sup> Broederskap word vervolgens deur die werk van dekonstruksie deurgehaal maar ook herbedink.

Hierbo het Barnard-Naudé reeds verwys na Nancy se idees rondom singulariteit en pluraliteit welke idees ook die kern is tot wat ek as 'n tentatiewe gemeenskap beskou. In hierdie opsig verwys ek na Andrew Norris se interpretasie van Nancy se idees rondom gemeenskap.<sup>380</sup> Norris het hierdie idees ondersoek in sy bespreking ten opsigte van die vraag: Hoe moet ons vandag 'n politieke gemeenskap verstaan in sy verhouding tot sy politieke beoordeling?<sup>381</sup> Hy oorweeg die argument dat gemeenskappe die konteks daarstel waarbinne bepaal kan word of beoordeling redelik of onredelik is.<sup>382</sup> Tog, soos hy ook opmerk, word gemeenskappe opsigself daargestel deur sekere beoordelinge of beslissings. Hy noem ook dat indien die publieke sfeer moet dien as 'n liberale mark waar individuele belange moet kompeteer vir erkenning, sal die gemeenskap self in staat moet wees om

---

<sup>375</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 38.

<sup>376</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 38. Sien ook Nancy *The Inoperative Community* (1991).

<sup>377</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 38.

<sup>378</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 38.

<sup>379</sup> Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 39.

<sup>380</sup> Norris "Jean-Luc Nancy and the Myth of the Common" (2000) 7 *Constellations* bl 272 – 295.

<sup>381</sup> Norris (2000) *Constellations* bl 272.

<sup>382</sup> Norris (2000) *Constellations* bl 272.

<sup>382</sup> Norris (2000) *Constellations* bl 272.

homself te definieer in terme van stelle gedeelde beoordelinge en praktyke wat die gedeelde redelikheid daar sal stel.<sup>383</sup>

Nancy is egter van mening dat politiek nie op so 'n wyse verstaan kan word om identiteit te bepaal nie aangesien gemeenskap ons *native state* of natuurlike staat is.<sup>384</sup> Indien ons dus 'n individu gesentreerde politiese filosofie volg, word hierdie beginsel van Nancy geskend.<sup>385</sup> Ons menswees is afleibaar en afhanklik van gemeenskap – vir Nancy is menswees om saam met ander deelbaar te wees of *being-in-common* en ontstaan 'n gemeenskap met ander woorde nie vanuit 'n veelvoud van voorheen onafhanklike en self onderhoudende wesens nie.<sup>386</sup> Norris wys uit dat Nancy daarteen waak om die konsep gemeenskap te probeer begryp aangesien ons nie gemeenskap bloot kan verstaan as identies tot die individu nie. Sou ons op hierdie wyse te werk gaan sal die gevolg wees 'n politiek van identiteit wat bloot verskillende identiteite en belange teenoor mekaar opstel.<sup>387</sup> Sodra 'n groep beskou word as 'n individu sal die groep of die samekoms 'n spieëlbeeld verlang waarteenoor die samekoms geposisioneer kan word.<sup>388</sup> Vir Nancy sal die geval waar 'n gemeenskap as 'n identiteit opsigself beskou word deurdat 'n klomp individuele identiteite saamkom rondom 'n gedeelde waarde, veroorsaak dat die gemeenskap sal moet verseker dat die elemente wat teenstrydig tot die gedeelde waarde is, geëlimineer word.<sup>389</sup> Hierdie siening van gemeenskap veroorsaak ook dat ons die idee van *being-in-common* vervang met die essensie van gemeenskap, welke konsep ingevolge Nancy sal lei tot die sluiting van enige politieke aksie.<sup>390</sup> *Being-in-common*, gesien as teenstelling tot die essensie van gemeenskap, behels die afwesigheid van enige plek en identiteit vir die gemeenskap en

<sup>383</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 272.

<sup>384</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 273 – sien ook Nancy *The experience of Freedom* (1988).

<sup>385</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 273.

<sup>386</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 274.

<sup>387</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 275.

<sup>388</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 275. Norris verwys na die voorbeeld waar 'n klomp state saam staan as 'n gemeenskap om oorlog te voer teen 'n gemeenskaplike vyand.

<sup>389</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 275.

<sup>390</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 277. Sien ook bl 276 waar Norris Nancy se idee vergelyk met Arendt in *The Origins of Totalitarianism* (1994) se idee dat politieke teorieë gesentreerd rondom die beskerming van menseregte sal veroorsaak dat hierdie regte ondermyn word. Arendt is 'n voorstander daarvan dat die fundamente van menseregte, met ander woorde die reg om regte te hê, eerder beskermingswaardig behoort te wees deur middel van politieke aksie. Sy wys ook daarop dat menseregte inherent burgerlike regte is wat gebaseer is op vorms van menslike aksies – nie 'n stel morele waardes wat vanaf 'n hoër outoriteit verkry word nie.

verwys eerder na die deelsaamheid in die tekort aan identiteit.<sup>391</sup> In hierdie opsig is ons weer terug by Barnard-Naudé se idee van gemeenskap rondom die afwesigheid van gemeenskap soos wat in sy opinie uitgebeeld word deur die beeldhouwerk *The Butcher Boys*. Norris verduidelik vervolgens dat ons juis deel in ons verskille en nie iets in gemeen het nie en omrede ons hierdie verskil deel is ons in verhouding tot mekaar as ‘n gemeenskap.<sup>392</sup> *Being-in-common* of my Afrikaanse interpretasie “in gemeensaamheid” of “om saam met ander in gemeen te wees” verleen nie identiteit in die “in gemeen” of in die “wees” nie, maar wel eerder in die idee “saam met ander”.<sup>393</sup> Dit is hierdie idee van gemeenskap waarna Nancy ook verwys as die *inoperative community* of soos ek dit in Afrikaans beskou: die tentatiewe gemeenskap.<sup>394</sup>

In die lig van die bogenoemde bespreking doen ek aan die hand dat die samekoms van regstudente en uiteindelik ook regsgeleerdes, onvermydelik ‘n gemeenskap of broederskap in die tradisionele sin van die woord daar stel. Hierdie samekoms kan regskultuur genoem word vir die doeleindes van hierdie verhandeling, alhoewel ek nie hier probeer om die komplekse samestelling en oorsprong van regskultuur te reduceer na ‘n blote samekoms nie. Ek doen wel aan die hand dat regskultuur kenmerke het van ‘n tradisionele gemeenskap-en broederskap konsep. Die fokus is op ‘n gedeelde verskil – nie soseer net tussen regsgeleerdes nie, maar ook in die benadering van regsprobleme.

Tog sal hierdie samekoms nie kan vermy om in ‘n onvoltooidheid te deel nie – vanweë die tentatiewe aard van die konsepte soos menseregte waarmee gewerk word en ook die verlies aan ware gemeenskap. Vir my dui dit op ‘n oopheid wat hierdie gemeenskap kan hê ten opsigte van ‘n betekenis anderkant die bekende; ‘n soeke na antwoorde op regsvrae wat nie net die huidige stand van sake sal probeer behou nie; ‘n afwagting op die demokrasie wat kom. As gevolg van hierdie oopheid, is daar myns insiens groter geleentheid vir ware deliberasie, omdat afstand gedoen word van die vooropgestelde idee van ‘n gedeelde identiteit.

---

<sup>391</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 277.

<sup>392</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 277.

<sup>393</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 277. Sien ook Nancy *The Inoperative Community* (1991).

<sup>394</sup>Norris (2000) *Constellations* bl 278.

Vervolgens doen ek aan die hand dat ons die tradisionele konsep van gemeenskap en broederskap as wyses om uitsluiting te bewerkstelling en mag te behou moet deurhaal op die wyse waarop Derrida doen. Ek ondersteun wel Nancy se argument dat gemeenskap en broederskap behoue kan bly in die sin dat dit verwys na 'n deelsaamheid in die onvoltooide – 'n *inoperative* of tentatiewe gemeenskap.<sup>395</sup> Natuurlik verwys die idee van 'n tentatiewe gemeenskap na 'n pluraliteit van samekomste wat kan ontstaan, en nie na een absolute gedefinieerde gemeenskap nie. Vervolgens kan regskultuur nie meer as 'n singulariteit beskou word nie, maar eerder 'n versameling van byeenskomste wat vergunning maak vir deliberasie. Wat regskultuur behels sal met ander woorde bepaalbaar wees in elke konteks voorhande.

In hierdie opsig is Clarkson se kommentaar ten opsigte van die idee van “ons” of *we* ook van belang aangesien sy die blote aard van 'n woord soos “ons” opsigself as tentatief beskou.<sup>396</sup> Clarkson wys uit dat woorde soos “ons”, “ek”, “jy”, “hier” en “nou” taalkundige verskuiwers of *linguistic shifters* is aangesien die omvang van hierdie woorde bepaal word deur konteks.<sup>397</sup> Sy merk Schalkwyk se voorstel dat tekste in 'n wye sin van die woord van hierdie verskuiwers gebruik kan maak in die plek van definitiewe name as gevolg van 'n aanvanklike gebondenheid van so 'n verskuiwer tot 'n spesifiek tyd, plek, gebeurtenis en sosiale konteks.<sup>398</sup> Vervolgens meen Schalkwyk dat in gevalle waar hierdie verskuiwers gebruik word sonder enige poging tot verdere verduideliking, dit geskied op 'n sekere aanname van gedeelde kennis en geskiedenis.<sup>399</sup> Clarkson se studie handel met die alledaagse verskynsel in post-apartheid Suid-Afrika van gedisintegreerde gemeenskappe en vrae na identiteit. Sy kontempleer spesifiek die gebruik van 'n verskuiwer soos “ons” in 'n verskeidenheid Suid-Afrikaanse romans en kom tot die gevolgtrekking dat hierde verskuiwers aanduidend is van 'n verlies van gemeenskap of herformulering van 'n nuwe gemeenskap.<sup>400</sup>

---

<sup>395</sup>Sien Nancy *The Inoperative Community* (1991).

<sup>396</sup>Clarkson “Who are ‘we’? Don’t make me laugh” (2007) 18 *Law and Critique* en “Locating Identity in Phaswane Mpe’s *Welcome to Hillbrow*” (2005) 3 *Third World Quarterly* bl 451 – 459.

<sup>397</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 361.

<sup>398</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 362. Clarkson verwys na Schalkwyk “Speech and Performance in Shakespeare’s Sonnets and Plays” (2002) bl 24.

<sup>399</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 362.

<sup>400</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 362.

In 'n verwante werk van Clarkson, bespreek sy die roman *Welcome to Hillbrow* van Phaswane Mpe en die uitdagings wat hierdie roman stel vir die idee van gemeenskap.<sup>401</sup> Hierdie roman handel oor 'n jong man se aankoms in Hillbrow en sy verwagting van gemeenskap in hierdie nuwe tuiste van hom maar Hillbrow ontaard eerder in 'n *place of non-belonging* vir die protagonis.<sup>402</sup> In die lig van die plaaslike aard van die narratief in *Welcome to Hillbrow* verwys Clarkson ook na die tradisionele Afrika begrip van “ek” en “ons” wat inhou dat die identiteit van die “ek” nie verstaan sal kan word in isolasie van die identiteit van die “ons” nie.<sup>403</sup> Die kommunitariese begrip van die “ek” word tot 'n groot mate gesien as 'n faktor wat kulturele kontinuïteit bring in hierdie Afrika tradisie, vir sover die vele weergawes van Afrika tradisie veralgemeen kan word.<sup>404</sup>

Tog vertel *Welcome to Hillbrow* 'n verhaal van, soos daarna verwys, radikale diskontinuiteit en disintegrasie van kommunitariese waardes in die protagonis se nuwe tuiste en ook sy plek van oorsprong.<sup>405</sup> Clarkson vra vervolgens wat die implikasie vir die individu se persepsie van sy eie identiteit is indien die gemeenskap waarbinne sy identiteit bepaal moet word, disintegreer.<sup>406</sup> Volgens MacIntyre, soos Clarkson herhaal, word daar 'n residu van die gedeelde waardes van die gedisintegreerde gemeenskap agtergelaat en veroorsaak hierdie residu 'n spanning met die disintegreerende gemeenskap se tradisionele waardes welke spanning vrae ontlok van persoonlike identiteit en aanspreeklikheid.<sup>407</sup> Die disintegrasie van gemeenskap veroorsaak nie die totale ontheffing van verantwoordelikheid ingevolge die gemeenskap se waardes nie – die idee van “ons” bly voortbestaan en moet na 'n mate van “in gemeen” wees verwys.<sup>408</sup> In hierdie opsig wek “ons” die hoop op gemeenskap wat wel nooit werklik tot stand kom nie.<sup>409</sup>

---

<sup>401</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 451 – 459.

<sup>402</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl. 452.

<sup>403</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 452 verwys na Okot p'Bitek in hierdie opsig wie uitwys dat die “ek” opsigself ook nie net een betekenis kan hê nie omrede die verskeie verhoudings waarin die “ek” staan met sy gade, sy kinders ens.

<sup>404</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 453.

<sup>405</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 454.

<sup>406</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 454.

<sup>407</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 455. Sien ook MacIntyre *Three Rival Versions of Moral Equity* (1990) bl 200.

<sup>408</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 455.

<sup>409</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 455.

Dit is verder ook belangrik om te let, soos Clarkson ook uitwys, na die wyse waarop Mpe in *Welcome to Hillbrow* die konsepte “ons” en “jy” gebruik. Die verteller maak melding van “jy” wat op eerste oogopslag verwys na die protagonis in die verhaal – die persoon wat in Hillbrow verwelkom word.<sup>410</sup> Op ‘n ander vlak kan “jy” egter ook na die leser verwys en op hierdie wyse word die leser betrek sonder sy aktiewe deelname en wek so ‘n etiese verantwoordelikheid ook van die leser.<sup>411</sup> Net so kan die verwysing na “ons” enersyds die leser uitsluit maar andersyds ook betrek deurdat die “ons” nie net verwys na “ek” en “hulle” nie, maar ook na “ek” en “jy” – in hierdie geval die leser.<sup>412</sup> Die gevolgtrekking ten opsigte van die gebruik van verskuiwers soos “ons” is dat dit destabilisering van die posisie van, in *Welcome to Hillbrow* se geval die leser maar in die algemeen die subjek tot gevolg het.<sup>413</sup> Indien ons hoop op gemeenskap sodat duidelikheid bekom kan word oor wie deel is (en wie nie deel is nie) sal die idee van “ons” altyd destabilisering veroorsaak in plaas van die sekerheid wat immers aanvanklik verlang word.

Clarkson beklemtoon die feit dat die idee van “ons” in plaas van bevestigend te wees eerder vra met wie het ons hier te make.<sup>414</sup> Veral in post-apartheid Suid-Afrika is die verwysing na “ons” gevaarlik juis omrede die noue verband met kultuur, geskiedenis en waardes “in gemeen” en veronderstel “ons” ook op die eerste oogopslag geweld teenoor die ander wat nie deel van die “ons” uitmaak nie.<sup>415</sup> Clarkson verwys ook na Nancy se siening van gemeenskap as *being-as-relation* of *being-in-common* en dat die singuliere slegs tot stand kom sodra erken word in sover die singuliere ontbloot is tot die ander.<sup>416</sup> Soos reeds hierbo genoem stem hierdie beginsel ooreen met die Afrika-beskouing van die individu, maar kontrasteer Mpe se beklemtoning van radikale diskontinuiteit die Afrika-idee van kontinuïteit wat deur middel van gemeenskap bevestig moet word.<sup>417</sup> In die scenario waar gemeenskappe waarbinne individuele identiteit bepaal word, disintegreer, verwys “ons” tot ‘n mate na onteiening van oorsprong en vestig Clarkson aandag op die feit dat Hillbrow in *Welcome to our Hillbrow* nie ‘n plek is waar mense behoort nie, maar eerder ‘n plek van

<sup>410</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 455.

<sup>411</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 455.

<sup>412</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 455.

<sup>413</sup>Clarkson (2005) *Third World Quarterly* bl 455.

<sup>414</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 365.

<sup>415</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 364.

<sup>416</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 367.

<sup>417</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 367.

*non-belonging*.<sup>418</sup> Verder het die disintegrasië van die gemeenskap die gevolg dat ons moet vra: “Wie is ‘ons’?”.

Volgens Clarkson, sou ons die “ek” (in Engels word verwys na *self*) beskou as singulier in pluraliteit, word die verskuiwers soos “ek”, “jy” en “ons” geforseer om aannames rondom sosiale en etiese verhoudings uit te daag. Die klem in die vraag “Wie is ‘ons’?” verskuif dan weg van die vraag met welke subjekte ons hier werk, en fokus ons eerder op die vraag watter verhoudings word gestel waarop ons reaksie moet lewer.<sup>419</sup> So ook vra ek in hierdie konstruksie waar is my perke ten opsigte van my blootstelling tot die ander en veronderstel elke gebruik van “ons” met ander woorde ‘n radikale bevraagtekening van my – die “ek”-perke en verantwoordelikheid teenoor die ander.<sup>420</sup>

Clarkson bespreek verder die moontlikheid van die potensiaal van geweld in die idee van “ons”, welke aspek nie aangespreek word in Afrika kommunitariese denke nie.<sup>421</sup> Sy wys daarop dat Nancy se beskouing van gemeenskap ook nie primêr gefokus is op die potensieël geweld nie omrede Nancy se idee van gemeenskap nie bloot gelykgestel kan word aan “ons” in die konvensionele sin van die woord nie.<sup>422</sup> Gemeenskap in *The Inoperative Community* verwys na ‘n gemeenskap van andere, nie die samesyn van verskeie identiteite wat geforseer word in een oppermagtige identiteit nie.<sup>423</sup> Vir Nancy betrek gemeenskap ‘n enkele plek en neem gemeenskap die onmoontlikheid van sy eie inwoning aan – op hierdie wyse erken en bevestig gemeenskap self die onmoontlikheid van gemeenskap.<sup>424</sup>

Clarkson verwys ook na Benveniste wie van oordeel is dat die “ek” altyd die “ons” vooraf sal gaan in tyd en vervolgens word “ons” gedomineer deur die “ek”.<sup>425</sup> Die “ek” verteenwoordig vervolgens die “nie-ek” wat saam deel uitmaak van die “ons”, maar die “nie-ek” hoef eintlik nie eers teenwoordig te wees om deel te neem aan die gesprek nie.<sup>426</sup> Tog is die “ons” nie bloot die veelvoud van “ek” nie – daar is met ander woorde nie ‘n eerste

<sup>418</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 368.

<sup>419</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 369.

<sup>420</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 369.

<sup>421</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 369.

<sup>422</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 369.

<sup>423</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 369 – sy verwys na Nancy *The Inoperative Community* (1991).

<sup>424</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl. 370.

<sup>425</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl. 370. Clarkson verwys hier na Benveniste *Problems in General Linguistics* (1971) bl 202.

<sup>426</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 370.



veelvoudige spreker nie. So verteenwoordig “ons” die posisie van die spreker maar terselfdertyd ook die afwesigheid van dié wat deur die “ons” betrek word.<sup>427</sup> Clarkson is van opinie dat die gevolg van die verteenwoordiging van die “nie-ek” ’n impak op politiek het: Hoe sal die geadresseerde die verskille tussen die “ek” wat namens die “ons” praat, en die afwesige “nie-ek” kan identifiseer? Hoe moet verantwoordelikheid in die “ons” geallokeer word?<sup>428</sup> Clarkson kom tot die gevolgtrekking dat daar potensiaal is vir kulturele hernuwing in die self-bevraagtekening van die perke van “ons” en verwys sy spesifiek na sekere post-apartheid romans wat hierdie bevraagtekening aanmoedig.<sup>429</sup> Vir haar stel die blote oefening om ’n teks te lees reeds hierdie potensiaal daar omrede hierdie oefening ’n gemeenskap van lesers antisipeer en inwy. So word die perke van “ons” aanhoudend verskuif en word ons aannames rondom die lokaliteit en identiteit van die “ons” voortdurend bevraagteken.<sup>430</sup>

In die werk van Stewart Motha, getitel “The Failure of ‘Postcolonial’ Sovereignty in Australië” volg Motha ook die denke van Nancy ten opsigte van die oorsprong van singulariteit teenoor pluraliteit.<sup>431</sup> Hy bespreek die erkenning van ’n enkele soewereiniteit of enkele weergawe van die reg in ’n post-koloniale Australiese konteks. Hy voer hierdie ondersoek ten aansien van die erkenning van die pluraliteit van reg en kulture van inboorling-gemeenskappe in Australië. Die uitspraak van die Australiese Hoë Hof in *Mabo v Queensland (No.2)*<sup>432</sup> stel sekere maatstawwe om te bepaal of hierdie inboorling-gemeenskappe erken sal word deur die Australiese reg met die doel om ’n oorhoofse, soewereine post-koloniale reg daar te stel.<sup>433</sup>

Motha verwys na Nancy se argument dat die afsondering van ’n singulariteit vanuit alles anders reeds veronderstel dat daar pluraliteit teenwoordig is. Vervolgens is absolute singulariteit of absolute voorwaardes vanuit die staanspoor ’n onmoontlikheid en redeneer Motha dat die soewereiniteit wat gevestig word in die *Mabo*-saak nie moontlik is nie

---

<sup>427</sup> Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 370.

<sup>428</sup> Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 371.

<sup>429</sup> Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 371 – buiten *Welcome to Hillbrow*, verwys Clarkson ook na die volgende romans: Vladislavic I *The Restless Supermarket*, Van Niekerk M *Triomf* en Coetzee JM *Disgrace*.

<sup>430</sup> Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 373.

<sup>431</sup> Motha “The Failure of ‘Postcolonial’ Sovereignty in Australia” (2005) 22 *Australian Feminist Law Journal* (eletroniese weergawe) bl 107 – 125.

<sup>432</sup> (1992) 175 CLR 1.

<sup>433</sup> Motha (2005) *Australian Feminist Law Journal* bl 2 en 3.



omrede die blote voorhou van 'n soewereine (singuliere) reg reeds pluraliteit veronderstel.<sup>434</sup>

Vir die doeleindes van die argument voorhande is dit belangrik om te let op Motha se interpretasie van Nancy se idee van pluraliteit. Motha wys daarop dat pluraliteit in hierdie opsig nie verwys na die erkenning van verskille, of die insluiting van voorheen uitgeslote persone nie. Pluraliteit in hierdie opsig het nie te make met veelvoudigheid of voorwaardes vir erkenning nie. Pluraliteit verwys eerder na 'n ontologie wat weier om erkenning te verleen aan die begrensde of definitiewe singulariteit met definitiewe grense wat dit absoluut skei.<sup>435</sup> Die mislukte begrensing, of die oortreding van hierdie begrensing wat veronderstel is om die singulariteit af te sonder, is wat gemeenskap daarstel.<sup>436</sup> Hierdie stelling stem saam met Clarkson se persepsie dat die singuliere in veelvoud juis aanduidend is van die onmoontlikheid van gemeenskap.<sup>437</sup> Soos wat Motha aandui, is die radikaliteit van hierdie siening die feit dat dit nou onmoontlik is om 'n absolute voorvereiste daar te stel vir die totstandkoming van 'n gemeenskap.<sup>438</sup>

Anja Streiter stel ook ondersoek in na die verband tussen Nancy se vraag na gemeenskap en die rolprente van Claire Denis wat met dieselfde vraag handel en in dieselfde gees die vraag beantwoord.<sup>439</sup> Beide Nancy en Denis het die val van kommunisme en gemeenskap in Europa waargeneem en vra juis daarom wat dit is wat ons saambind en wat ons afsonder.<sup>440</sup> Volgens Streiter konfronteer beide Nancy en Denis se vrae ten aansien van gemeenskap ook die sterflike liggaam. Nancy trek tot 'n sekere mate 'n parallel tussen die sterflike gemeenskap en die sterflike liggam.<sup>441</sup> Streiter wys hoe beide Nancy en Denis 'n parallel vir hul konsep van gemeenskap vind in die konsep van 'n gemeenskap van kuns met die beweging van 'n film of 'n teks.<sup>442</sup>

---

<sup>434</sup>Motha (2005) *Australian Feminist Law Journal* bl 18 en 19.

<sup>435</sup>Motha (2005) *Australian Feminist Law Journal* bl 19.

<sup>436</sup>Motha (2005) *Australian Feminist Law Journal* bl 19.

<sup>437</sup>Sien Clarkson (2007) *Law Critique* bl 367.

<sup>438</sup>Motha (2005) *Australian Feminist Law Journal* bl 19.

<sup>439</sup>Streiter "The Community according to Jean-Luc Nancy and Claire Denis" (2008)12(1) *Film-Philosophy* bl 49-62. Denis het die werk van Nancy *L'Intrus*, wat handel oor Nancy se hartoorplanting (en dus die verganklikheid van die menslike liggaam), verwerk en verfilm. Nancy en Denis is sedertdien in konstante dialoog en het Nancy al vele essays oor Denis se rolprente gelewer.

<sup>440</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 50.

<sup>441</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 50.

<sup>442</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 50.

Die aspek van Streiter se studie wat vir hierdie verhandeling van belang is, is haar bespreking van Nancy se idees rondom gemeenskap, spesifiek sy idee van 'n gemeenskap in *The Inoperative Community*, maar kan die idee van gemeenskap nie geïsoleer van die parallel wat dit het met die sterflike liggaam, verstaan word nie.<sup>443</sup>

Die verband tussen die sterflikheid van die menslike liggaam en die sterflikheid van die gemeenskap, is natuurlik die onvermygbare beperking wat dit plaas op ons ervaringe.<sup>444</sup> Nancy sien dit nie so dat gemeenskap (of die liggaam) sin of troos verskaf ten opsigte van ons bekommernisse oor ons eie verganklikheid nie. Eerder beskou Nancy, ingevolge Streiter se interpretasie, die gemeenskap as 'n onderbreking in die sin van die lewe.<sup>445</sup> Hierdie breekpunt verskaf geleentheid vir ons om die een ding wat ons wel "in gemeen" het, te ervaar: Ons afgesonderheid en ons sterflikheid.<sup>446</sup> Gemeenskap in hierdie sin is dus 'n konfrontasie met die sterflikheid van alles. Soos Nancy ook in *The Inoperative Community* noem, stel 'n ware gemeenskap van sterflinge, of die dood van die gemeenskap, eintlik 'n onmoontlike samesyn daar.<sup>447</sup> Die konsep van gemeenskap dien as 'n voorstelling van wat skort, maar kan ook as bewys beskou word van die gemeenskap wat nog kom.<sup>448</sup>

Ingevolge Streiter het beide Nancy en Denis se werke die vermoë om aan die leser of kyker sekere pyne en werklikhede van die lewe uit te wys, soos die verbreking van gemeenskap op verskeie vlakke van die samelewing. Hul werke poog egter nie om hierdie werklikhede te verlig of op te los nie en het meestal nie 'n gevolgtrekking of finale oplossing wat gebied word nie. Die idee wat gekommunikeer word, is eerder die idee van beweging as lewe.<sup>449</sup>

Die verwagting van gemeenskap stel met ander woorde opsigself gemeenskap of *being-in-common* daar en selfs al het ons nie meer te make met gemeenskap in die konvensionele of tradisionele sin van die woord nie, kan ons nooit onself totaal distansieer van die residu van gedeelde waardes van die gemeenskap nie. Gemeenskap is met ander woorde onafwendbaar maar terselfdertyd ook onmoontlik, maar ons benadering daartoe in die besef dat "ons" in 'n gegewe punt in tyd nie ook "ons" in 'n ander konteks is nie, kan

<sup>443</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 50. Sien ook Nancy *The Inoperative Community* (1991).

<sup>444</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 52.

<sup>445</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 52.

<sup>446</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 52

<sup>447</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 52

<sup>448</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 53

<sup>449</sup>Streiter (2008) *Film-Philosophy* bl 54.

moontlik plek maak vir herbesinning oor ons verantwoordelikheid as singuliere in veelvoud of pluraliteit. Soos ek ook reeds genoem het, beskou ek met ander woorde gemeenskap tentatief van aard in die sin dat ons dit afwag en daarop hoop en daar tot 'n mate iets agterbly van die gemeenskap wat kon gewees het. Die samekoms rondom hierdie ideaal bly egter moontlik, maar sal tydelik of tentatief wees. Soos wat Clarkson egter ook uitwys, kan die blote lees en interpretasie van tekste die afwagting van gemeenskap daarstel en so samekoms bewerkstellig. Regsinterpretasie is in my opinie dus 'n oefening wat kan poog om die potensiaal vir hernuwing van kultuur, of kultivering van waardes soos Breytenbach daarna verwys, aan te moedig.

Van Marle maak melding van die kortverhaal van Paul Auster betitel *Auggie Wren's Christmas Story* asook die rolprent *Smoke* wat gebaseer is op hierdie kortverhaal van Auster, welke verhale 'n tipe gemeenskap impliseer tussen 'n groep mense wat bymekaar kom om te rook.<sup>450</sup> Die aktiwiteit om saam te rook getuig van 'n tipe *being-in-common* of samesyn, wat weliswaar tydelik is (die samesyn verdwyn sodra die laaste persoon sy sigaret dood druk), maar die samesyn kan nie ontken word nie. Van Marle verwys ook na Hanafin wat ons herinner aan Auster se poëtiese reaksie op die kragonderbrekings in New York in 2003.<sup>451</sup> Die kragonderbrekings het 'n besondere reaksie ontlok uit die inwoners van New York welke reaksie Auster omskryf as "...a temporary coming together, a provisional friendship created in times of adversity...an inoperative community in an inoperative city..."<sup>452</sup>

Net so stel die jaarlikse toetreding en afstudering van regstudente aan 'n regs fakulteit van 'n universiteit 'n samekoms (of ten minste 'n verwagting van 'n samekoms) daar op 'n redelike konkrete vlak. Buiten die akademiese toelatingsvereistes en die universele begeerte onder regstudente om in die regte onderrig te word, kan daar nie werklik absolute waardes en beginsels neergelê word vir hierdie samekoms en sy werkinge nie.<sup>453</sup> Die samekoms van

<sup>450</sup>Van Marle "Laughter, refusal, friendship: Thoughts on a 'Jurisprudence of Generosity'" (2007) 1 *STELL LR* bl 204.

<sup>451</sup>Van Marle (2001) *STELL LR* bl 204.

<sup>452</sup>Van Marle(2001) *STELL LR* bl 204 – Van Marle verwys na Patrick Hanafin wat op sy beurt herinner aan Auster se reaksie op New York kragonderbrekings in 2003 en beskryf vervolgens die inwoners van New York se reaksie in hierdie verband. Sien Hanafin "The Writer's Refusal and the Law's Malady" (2004) *Journal of Law and Society* bl 14.

<sup>453</sup>Vir die argument voorhande word gedragkodes van 'n universiteit en fakulteit uitgelaat as absolute voorwaardes vir die funksionering van die gemeenskap van regstudente, omrede ek nie hierdie aspekte

regstudente aan die fakulteit bestaan verder ook uit 'n klomp kleiner byeenkomste: akademiese jaar groepe, klasse, regsvalke en groepstake. Regstudente, met die oog op graduering, bemoei hulself met die bestudering van regstekste en informele gesprekke oor die betekenis van regstekste. Omrede regstudente ook nie direk gekonfronteer word met werklike praktiese regsprobleme van werklike kliënte nie, is daar myns insiens soveel meer geleentheid om die verskeie betekenis wat 'n teks mag inhou met erns, krities te oorweeg. Sal regstudente ooit kan sê “ons as regstudente” sonder om weereens geweld te pleeg teen opinies wat nie ingereken kan word nie? Nee, maar op hierdie wyse bevestig die poging tot samekoms die beperkings wat in die gesig gestaar word in hierdie opsig.

Soos ek aan die begin van hierdie hoofstuk ook genoem het, het my denke rondom regstudente as fondament van regskultuur, aanvanklik gehandel met die idee dat regstudente spesifiek hul regsinterpretasie moet oriënteer teenoor die gemeenskap wat hulle dien. Die problematisering van die konsep gemeenskap en ook die feit dat regskultuur as 'n tipe gemeenskap om presies dieselfde redes geproblematiseer kan word, het my oorgehaal om eerder in die eerste instansie te fokus op die samekoms van regstudente, as grondslag van 'n regskultuur. Ek het reeds hierbo getoon dat die samekoms opsigself potensiaal inhou: Die bevraagtekening van regskultuur in die lig daarvan dat regskultuur as gemeenskap veranderlik is, ongeag die regsgeleerdes se siening daarvan, verskaf 'n opening vir gesprek. Indien die regskultuur en sy vooropgestelde idees bevraagteken kan word, kan ons moontlik ook 'n gemeenskap van regstudente en regsgeleerdes koester wat hierdie insig kan toepas op interpretasie van menseregte en demokrasie. Ek verwys ook na die problematiek rondom gemeenskap omrede die werk wat 'n gemeenskap van regsgeleerdes verrig juis gemik is daarop om die probleme van die omliggende samelewing aan te spreek. In hierdie opsig wys die argumente van Nancy soos geïnterpreteer deur Barnard-Naudé, Clarkson, Norris, Streiter en Motha hoe ons as regsgeleerdes attent moet wees op die tentatiewe aard van die gemeenskap wat ons dien en dat dit altyd 'n oorweging moet wees in die betekenis wat ons vaslê.

Die idee van regsgeleerdes as 'n tentatiewe gemeenskap het dus 'n radikale potensiaal om juis uit te wys wat kort, waarop ons moet inwag en wat die ander se weergawe van ons

---

oorweeg in die raamwerk van regskultuur nie. Hierdie aspekte sal egter natuurlik 'n impak hê in die sin dat die samekoms tot 'n mate gereguleer sal word.

daaglikse werklikheid is. Myns insiens kan transformasie, menseregte en demokrasie – al drie konsepte wat hulself verleen tot tentatiewe betekenis – slegs in die ware sin nagestreef word indien interpretasie daarvan geskied vanuit hierdie tipe samekoms.

### **3.2.3 Post-liberale benadering vanuit ‘n tentatiewe gemeenskap – waardering vir konteks en die demokrasie wat moet kom**

Hoofstuk 3 het tot sover gehandel met die idee dat regstudente moontlik die keerpunt vir ‘n stagnante regskultuur kan wees en in werklikheid regskultuur kan transformeer deur die reg te benader vanuit ‘n tentatiewe gemeenskap wat gebaseer is op Nancy se idee van ‘n *Inoperative Community of being-in-common*. Die idee met ‘n tentatiewe samekoms is onder andere om ag te slaan op die konteks waarin die regstudent hom of haarself bevind en inderwaarheid tentatiewe betekenis aan die konsepte waarmee hy of sy werk, te verleen wat gepas is vir die konteks. Hiermee bedoel ek dat ‘n onkritiese aanhang van regsbeginsels, vasgestel in ‘n ander milieu en politieke bestel, onreg doen aan die ander. Die reedsbevestigde regsbeginsels is nie gefokus op die belange en behoeftes van die ander nie en sal ook nie die regstudent in staat stel om die behoeftes van die ander te identifiseer nie. ‘n Samekoms as tentatiewe gemeenskap is met ander woorde ‘n poging om ons verantwoordelikheid teenoor die ander te realiseer, indien enigsins moontlik. Indien die tentatiewe gemeenskap juis dui op dit wat kort en so ‘n deelsaamheid in die onmeetbare en onvoltooide is, is ek van mening dat die ander moontlik makliker identifiseerbaar sal wees vir die lede van so ‘n gemeenskap. Ek het verder ook aangedui dat gemeenskap eintlik onmoontlik is en dat dit waarmee ons agtergelaat word ‘n tentatiewe gemeenskap is. Ek sal in hoofstuk 4 meer uitbrei oor die moontlikheid vir regsgeleerdes om werklik hul verantwoordelikheid teenoor die ander te realiseer.

Regstudente, soos ek ook vroeër aangedui het, bied die keerpunt vir regskultuur omrede regskultuur herhaaldelik bevestig word soos wat dit oorgelewer word aan voornemende regsgeleerdes. Soos wat die ontstaan van regskultuur onvermybaar is, is die oorlewering van regskultuur opsigself sekerlik ook onvermybaar. Dit is egter die wyse waarop dit geskied wat die probleem veroorsaak. In hoofstuk 2 het ek bespreek hoe regstudente in die eerste plek nie noodwendig bewus is van die feit dat hul eintlik blootgestel word aan ‘n regskultuur nie. Verder word hul nie in die posisie gestel om dit wat aan hul voorgehou

word, krities te evalueer nie. Die huidige regs-kultuur verwag ook dat die reg geag moet word as 'n objektiewe, onaantasbare en verwyderde onderwerp. Dit is nie hier noodwendig van belang om ondersoek in te stel na die oorsprong van die gesag van die reg as sodanig nie, maar noem ek tog dat ek wel bewus is van die feit dat die reg 'n sekere verhewe status en strukturele identiteit moet behou om inderdaad reg daar te stel. Tog is ek van mening dat dit nie regstudente moet verhinder om steeds die idee van reg (en die verhewe status daarvan) te bevraagteken nie, omrede hierdie tipe bevraagtekening sal lei tot 'n beter begrip van en meer gepaste interpretasies van die reg.

Hoofstuk 3 is getiteld "Gemeenskapsgeoriënteerde benadering en die tentatiewe gemeenskap". Die verwysing na 'n gemeenskapsgeoriënteerde benadering wys eerstens op die regstudent se ingesteldheid op die konteks waarin sy te werk moet gaan – met ander woorde die groter gemeenskap of samelewing waarin sy haarself bevind. Die gemeenskapsgeoriënteerde benadering verwys ook na die regstudent se oriëntasie teenoor die tentatiewe gemeenskap opsigself en dit wat die tentatiewe gemeenskap (nie) aan die regstudent uitwys (nie). Die idee met 'n tentatiewe gemeenskap is juis om die regstudent in staat te stel om die konteks van 'n regsprobleem te waardeer omdat dit 'n tipe onderbreking in die gewone loop van sake daarstel. Dit dien as herinnering aan die onmoontlike, maar nie op 'n ontmoedigende wyse nie – eerder op so wyse om potensiaal uit te wys.

Om te verseker dat daar wel daadwerklik 'n breuk met die huidige weergawe van regs-kultuur plaasvind, is ek van mening dat dit belangrik is om regstudente attent te maak op die besondere konteks waarin hul hulself bevind. Amper twee dekades na die eerste demokratiese verkiesings gehou in 1994, wil dit voorkom of die *Madiba Magic* waaraan die oorgangstydperk geken is, afgeweer het. Ons as Suid-Afrikaners word op 'n daaglikse basis gekonfronteer met 'n harde werklikheid: Die realiteit dat transformasie nie oornag gaan gebeur nie. Ons is ook ontnugter dat menseregte en demokrasie toe nie instaat was om al ons probleme op te los nie – of nie die weergawe van menseregte en demokrasie wat tans aangehang word nie. Die groot gaping tussen ryk en arm en rassekwessies wat nie krities aangespreek word nie, skep die geleentheid vir konflik en haat. Die ander word geensins erken in hierdie konstruksie nie. Menseregte word gebruik as 'n wyse om sekere dinge vir

die self toe te eien sonder die kritiese kontemplasie van die verantwoordelikheid wat daarmee gepaard gaan en die relasionele verband waarin hierdie regte betekenis verkry.

Die prentjie wat geskets is hierbo is egter nie sonder liggunte en hoop nie. Ons as regstudente en regsgeleerdes moet wel meer ingestel wees om hierdie hoop te kan waardeer en te kan gebruik.

Myns insiens kan die huidige konteks waarin ons regstudente en ook ons regsgeleerdes onself in bevind, tot 'n mate bepaal word vanuit die studie wat ek reeds in hierdie verhandeling uiteengesit het. In die eerste hoofstukke van hierdie verhandeling het ek uitgewys welke radikale aard demokrasie en menseregte kan hê indien die interpreteerders daarvan hierdie potensiaal kan besef. Ek het ook aangedui dat die Grondwet tot 'n groot mate beskou word as 'n kodifikasie van demokrasie en menseregte en is dit sekerlik die eerste bron waaraan 'n regstudent bekendgestel sal word in die studie van menseregte en demokrasie. Dit is vervolgens van belang om te bepaal spesifiek hoe regstudente deur middel van 'n gemeenskapsgeoriënteerde benadering moet poog om te werk te gaan tydens grondwetlike interpretasie.

Ek het reeds op 'n vroeëre stadium in hierdie verhandeling genoem dat die Grondwet 'n post-liberale benadering vereis.<sup>454</sup> Die radikale aard van die Handves van Menseregte sal met ander woorde verfyndel word indien menseregte bloot vanuit 'n liberale oogpunt benader word. In die lig hiervan het ek ook met verwysing na Botha aangedui dat 'n republikeinse-burgerlike benadering tot menseregte moontlik menseregte in 'n meer relasionele verband kan verduidelik, eerder as die liberale siening dat menseregte bloot pre-politiese regte is wat stagnant in betekenis is en ook doof en blind is vir kontekstuele behoeftes.<sup>455</sup> Myns insiens kan ons nie anders as om menseregte in 'n relasionele verband te verstaan nie. Daar kan nie iets soos 'n absolute betekenis aan menseregte gegee word nie – dit sal die einde van menseregte beteken.

---

<sup>454</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 153.

<sup>455</sup>Botha (2000) *THRHR* bl 570 soos Botha ook na verwys, sien Michelman "Justification (and justifiability) of law in a contradictory world" in Pennock en Chapman (red) *Justification in law, ethics and politics* (1986), Nedelsky "Reconceiving rights as relationship" (1993) 1 *Rev of Constitutional Studies* bl 1; "Reconceiving autonomy: sources, thoughts and possibilities" in Hutchinson and Green (red) *Law and community* (1989) bl 219; Minow "Interpreting rights: an essay for Robert Cover" (1987) 96 *Yale LJ* bl 1860 – 1876.

Wat behels 'n post-liberale benadering dan? As wegspringpunt vir die verduideliking wat ek beskou as 'n post-liberale benadering, het ek reeds hierbo verwys na 'n tentatiewe gemeenskap van regstudente wat gefokus moet wees op kontekstuele aspekte en die relasionele aard van regte. Dit veronderstel opsigself dat ons nie meer absolute betekenis aanhang, gesentreer rondom individue nie, maar eerder die individu in sy verhouding tot sy gemeenskap probeer verstaan. Die dekonstruksie het ook sekere sienings rondom die individu se verhouding met die gemeenskap en dit is nodig om te let op hierdie sienings aangesien ek in die algemeen 'n dekonstruktiewe benadering in hierdie verhandeling volg.

Cornell verwys daarna dat die twintigste eeu se politiese en filosofiese hoogtepunte omsigtigheid teenoor die idee van gemeenskap veroorsaak het in reaksie op die totalitêre regimes wat gemeenskap tot gevolg gehad het.<sup>456</sup> So is Derrida van mening dat gemeenskap geweld pleeg teenoor verskil en partikulariteit.<sup>457</sup> Verskil en partikulariteit van die individu word wel nie deur dekonstruksie beskerm op so 'n wyse dat die *status quo* gestand gedoen word nie, maar eerder om uit te wys op die ontkenning van partikulariteit en verskil deur die huidige sisteem of simboliese orde, wat noodwendig geweld pleeg teenoor die ander.

Cornell poog om aan te dui dat Derrida nie die aspirasie of ideaal van gemeenskap opsigself verwerp nie.<sup>458</sup> Die spasie wat Derrida oop laat vir verskil en partikulariteit sal opsigself soos Cornell aandui nie sin maak indien daar nie 'n tipe sensitiwiteit bestaan vir die ideaal van gemeenskap nie.<sup>459</sup> Cornell stel ondersoek in na Derrida se denke rondom die werke van Levinas en kom sy tot die slotsom dat Derrida nie bloot die historiese idee van gemeenskap verwerp nie; hy bevoordeel ook nie die oomblik van oorskryding as die grense van gemeenskap toegee nie.<sup>460</sup> Derrida waarsku wel teen die geweld wat die gemeenskap daarstel indien dit as 'n self-onderhoudende wese bestaan en die ander in 'n ondergeskikte posisie plaas deur verskil en in-gemeen-wees te ontken. Dekonstruksie bemoei sigself immers met die onderbreking van gewelddadige hiërargie van binêre teenstellings in die

---

<sup>456</sup>Cornell *The Philosophy of the limit* (1992) bl 40.

<sup>457</sup>Cornell (1992) bl 40. Cornell bespreek onderskeidelik Derrida en Theodore Adorno se kritiek teen Georg Wilhelm Hegel se begrip van die individu en gemeenskap. Ek fokus egter net op Cornell se omgang met die idees van Derrida aangesien ek spesifiek sy dekonstruktiewe denke volg in hierdie verhandeling.

<sup>458</sup>Cornell (1992) bl 40.

<sup>459</sup>Cornell (1992) bl 40.

<sup>460</sup>Cornell (1992) bl 40.



samelewing.<sup>461</sup> Cornell wys vervolgens op Derrida se onderbreking van Hegel se idee om gemeenskap as 'n geslote sisteem in die samelewing te beskou. Hierdie onderbreking plaas klem op die onafwendbare en dat daar 'n eksterne konstruktiewe is tot die skynbare geslote sisteem van Hegel se gemeenskap of burgerlike orde.<sup>462</sup> Ingevolge Hegel word hierdie geslote sisteem verhef tot 'n tipe goddelikheid wat verskil en partikularisme weereens ontken.<sup>463</sup> Die wyse waarop Derrida Hegel se idee van gemeenskap kritiseer wys ingevolge Cornell tog 'n affiniteit by Derrida vir liberalisme.<sup>464</sup>

Derrida is verder ook van mening dat Rousseau se droom om idees van gemeenskap te versoen met demokrasie – welke idee meer demokraties as dié van Hegel is – ook die individu en sy uniekheid en partikulariteit verydel.<sup>465</sup> Rousseau se idee behels dat gemeenskap tot stand kom deur die byeenkoms van gelykes, welke individue elkeen ten volle teenwoordig is by hierdie ooreenkoms.<sup>466</sup> Hierdie byeenkoms is ook die oorspronklike samekoms van individue – daar is geen voorafgaande byeenkomste nie; dit is dus nie 'n gewelddadige beginpunt vir etiek nie. Individue gebruik spraak as voertuig om aangesig tot aangesig te kommunikeer, sonder enige tussengangers.<sup>467</sup> Derrida wys daarop dat Rousseau se idee neerkom op die replisering van gewelddadige hiërargie inherent tot die beginsel van identiteit.<sup>468</sup> Die gebruik van taal en gesprek as kommunikasie tussen die individue veronderstel dat daar reeds 'n betekenisstelsel in plek is, welke betekenisstelsel identiteit bepaal en vervolgens reeds gewelddadige hiërargie inhou.<sup>469</sup> Hierdie betekenisstelsel soos spraak en geskrewe woord, is vorms van verteenwoordigende sisteme en die gebruik van 'n verteenwoordigende sisteem veronderstel die afwesigheid van die ander, al word die ander deur die sisteem verteenwoordig.<sup>470</sup> Rousseau se idee van gemeenskap erken met ander woorde nie die geweld wat gepleeg word in hierdie opsig nie. Ons het hier te make met 'n soortgelyke argument as die van Clarkson wat lui dat die “ons” wat verteenwoordig word deur die “ek” noodwendig die afwesigheid van die “nie-ek”

---

<sup>461</sup>Cornell (1992) bl 40.

<sup>462</sup>Cornell (1992) bl 40.

<sup>463</sup>Cornell (1992) bl 44.

<sup>464</sup>Cornell (1992) bl 46.

<sup>465</sup>Cornell (1992) bl 50.

<sup>466</sup>Cornell (1992) bl 50.

<sup>467</sup>Cornell (1992) bl 50.

<sup>468</sup>Cornell (1992) bl 50.

<sup>469</sup>Cornell (1992) bl 51.

<sup>470</sup>Cornell (1992) bl 51.

impliseer.<sup>471</sup> Derrida wys verder daarop dat daar nie sprake van ware etiek kan wees indien die ander nie teenwoordig is nie.<sup>472</sup>

Dit is op hierdie punt wat Derrida ook ondersoek instel na Levinas se pogings om 'n verduideliking te bied vir aangesig-tot-aangesig verhouding tussen die "ek" en die "nie-ek" voor dat daar enige sprake van 'n gemeenskap is.<sup>473</sup> Vir Levinas is hierdie ontmoeting onmiddellik en word die moontlikheid van 'n derde stem tot die ontmoeting gereduseer na 'n mediator. Levinas dui daarop dat die ander nie herlei kan word tot 'n verhouding met die "ek" nie en moet die ander in haar andersheid van die "ek" geopenbaar word.<sup>474</sup> Die ander word met ander woorde in 'n asimmetriese verhouding tot die "ek" veronderstel en beklee sy die posisie as beoordelaar van die "ek" in sy verantwoordelikheid teenoor die ander.<sup>475</sup> Levinas se verhouding is nie in afwagting op wederkerigheid nie en is daarom asimmetries.<sup>476</sup> Derrida wys op die gevaar van Levinas se siening om die ander as die absolute ander te beskou: Indien daar nie 'n oomblik is om die idee dat die ander ook net 'n "ek" is te kontempler nie, kan die ander 'n gemistifiseerde entiteit word wat weereens lei tot uitsluiting. Derrida wys daarop dat die ander deur die "ek" beskou moet word as verskillend maar ook dieselfde as die "ek".<sup>477</sup>

Cornell vra vervolgens waar Derrida se kritiek soos hierbo na verwys ons laat ten opsigte van die idee van gemeenskap.<sup>478</sup> Dit is baie duidelik dat Derrida poog om individualiteit en partikulariteit ten gunste van die ander te beskerm en daarom sy skeptiese aanslag teenoor gemeenskap – spesifiek die sisteem wat Hegel voorstel wat veroorsaak dat die individu bloot geassimileer word deur gemeenskap. Tog wys Cornell daarop dat die hoop of die ideaal van gemeenskap steeds 'n opsie bly vir Derrida. Ten spyte van die moontlike affiniteit wat Derrida het vir liberalisme, soos Cornell ook uitwys, begryp hy die individu in sy verhouding met die ander.<sup>479</sup> Myns insiens dui hierdie begrip daarop dat die dekonstruksie nie 'n individu absoluut probeer voorstel en beskerm teen die publieke sfeer in 'n streng

---

<sup>471</sup>Clarkson (2007) *Law and Critique* bl 371.

<sup>472</sup>Cornell (1992) bl 51.

<sup>473</sup>Cornell (1992) bl 53.

<sup>474</sup>Cornell (1992) bl 53.

<sup>475</sup>Cornell (1992) bl 53.

<sup>476</sup>Cornell (1992) bl 53.

<sup>477</sup>Cornell (1992) bl 55.

<sup>478</sup>Cornell (1992) bl 56.

<sup>479</sup>Cornell (1992) bl 59.

liberale wyse nie. Cornell verwys ook na Levin wat van mening is dat Derrida se denke net-net nie kommunalisme daarstel nie juis as gevolg van Derrida se kritiek teenoor Hegel se idee om gemeenskap te vervang met 'n stelsel wederkerige daargestelde subjekte.<sup>480</sup> Cornell is van mening dat dekonstruksie of die filosofie van die grens soos sy dekonstruksie herdoop het, moontlik juis die gevare van gemeenskap kan uitstel deurdat dit vir ons 'n alternatiewe wyse van bymekaar wees uitwys.<sup>481</sup> Gemeenskap (Cornell verwys na *communalism*) as 'n ideaal erken dit wat elkeen van ons in gemeen het – dit wat elkeen van ons as 'n individu merk en ons dus verskillend maar ook dieselfde maak sonder die oproeping van 'n universele oorkoepelende gees wat ons met mekaar verbind.<sup>482</sup>

Met die bogenoemde opmerkings van Cornell ten opsigte van dekonstruksie of die filosofie van die grens se sieninge rondom die individu en gemeenskap in gedagte, kan ons myns insiens nie met 'n suiwer liberale uitkyk ons werk as regsgeleerdes aanpak nie, maar behoort ons as 'n gemeenskap van regsgeleerdes altyd waaksaam te wees vir die geweld wat gemeenskap daar kan stel. Juis om hierdie rede dink ek die konsep “post-liberaal” is gepas vir eerstens ons benadering tot die Grondwet soos Klare voorstel, maar ook teenoor ons regswerk in die algemeen.<sup>483</sup> Ons beweeg nie terug na die konvensionele posisie wat die individu in 'n gemeenskap beklee het nie – geskiedenis het ongelukkig soos Cornell ook uitwys vir ons bewys dat hierdie idee van gemeenskap ongeregthede tot gevolg het. Die Grondwet en ook die ander verwag iets meer as net 'n klassieke liberale beskerming van individuele belange teen inmenging gebaseer op skynbare universele waardes.

Omrede die Grondwet poog om sover moontlik menseregte universeel te maak en so te beskerm, maar terselfdertyd ook as post-liberale dokument beskou word, is dit baie belangrik om omsigtig te wees in ons benadering tot die Grondwet.<sup>484</sup> Van Marle verwys na die drie verskillende beelde wat Du Plessis gebruik om die aard van die Grondwet te beskryf – die Grondwet as belofte, as monument en as gedenkteken.<sup>485</sup> Du Plessis beskou die

---

<sup>480</sup>Cornell (1992) bl 59. Sien Levin “La Greffe de ‘Zèle’”: Derrida and the Cupidity of the Text” in Fekete (red) *The Structural Allegory: Reconstructive Encounters with the New French Thought* (1984) bl 224.

<sup>481</sup>Cornell (1992) bl 60.

<sup>482</sup>Cornell (1992) bl 60.

<sup>483</sup>Klare “Legal Culture and Transformative Constitutionalism” (1998) 14 *SAJHR* bl 153.

<sup>484</sup>Klare (1998) *SAJHR* bl 153.

<sup>485</sup>Van Marle “Lives of action, thinking and revolt – A feminist call for politics and becoming in post-apartheid South Africa” (2004) 19 *SAPR/pj* bl 608. Van Marle bespreek onder andere ook Du Plessis se artikel “The South

Grondwet as 'n narratief sowel as 'n outeur van die Suid-Afrikaanse nasie se geskiedenis en bevind dat die Grondwet instaat is om die politiek van herinnering sowel as die politiek van die dag te vorm.<sup>486</sup> Hy gee egter toe dat die Grondwet nie alleen verantwoordelik is vir die skryf van die nasie se geskiedenis of vir die bepaling van die nasie se toekoms is nie, maar dat die Grondwet wel een van vele bepalende faktore uitmaak in hierdie verband.<sup>487</sup> Du Plessis is verder van mening dat die realisasie van die belofte geleë in die Grondwet afhang van die wyse waarop die Grondwet met herinnering (en die herdenking daarvan) te werk gaan.<sup>488</sup>

Van Marle verduidelik dat die Grondwet as monument en as gedenkteken beide met herinnering handel, maar op verskillende wyses.<sup>489</sup> 'n Monument is 'n teken van die viering van een of ander gebeurtenis terwyl 'n gedenkteken die herinnering van 'n gebeurtenis oproep. Die tipe herdenking wat die gedenkteken vergesel waarna Van Marle en Du Plessis verwys is ook gemik op die impak wat die herdenking op die pad vorentoe sal hê, waar 'n monument tot 'n mate die viering van die einde van 'n pad uit die verlede bewerkstellig. Du Plessis volg die werke van Snyman en stel voor dat die Grondwet gelyktydig 'n monument en herdenking of gedenkteken verteenwoordig.<sup>490</sup> Van Marle verwys verder na Du Plessis se uitgangspunt dat vele momente in Suid-Afrika se oorgang vanaf apartheid na 'n nuwe bedeling tot 'n mate beskou word as monumente. Alhoewel Du Plessis nie aanmoedig dat ons sinies raak oor hierdie hoogtepunte in ons geskiedenis nie, hou hy voor dat die beperkings van die Grondwet ook besef moet word. Hierdie beperkings herinner ons dat die Grondwet alleen nie geregtigheid kan laat seëvier nie, maar dat ons 'n verantwoordelikheid het om hierdie geregtigheid na te jaag.<sup>491</sup> In hierdie opsig funksioneer die Grondwet wel as 'n gedenkteken, maar maak Du Plessis ook staat op *the open*

---

African constitution as memory and promise" soos gepubliseer in Villa-Vicencio (red) *Transcending a century of injustice* (2000) 63.

<sup>486</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 608.

<sup>487</sup>Van Marle (2004) *SAPR/p* lbl 608.

<sup>488</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 608.

<sup>489</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 608.

<sup>490</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 608. Sien ook Snyman "Interpretation and the politics of memory" (1998) *Acta Juridica* bl 312.

<sup>491</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 609.

*community of interpreters* om deel te neem aan die vervulling van die Grondwet as belofte, wat net so afhanklik is van die Grondwet as gedenkteken as die Grondwet as monument.<sup>492</sup>

Van Marle verwys verder na die analogie tussen die Grondwet en 'n argief.<sup>493</sup> Vir haar is die argief 'n plek waar gebeurtenisse hul oorsprong het, waar struktuur en orde gegee word en waar herinnering vasgevang word.<sup>494</sup> Soos 'n argief kan die Grondwet net sekere aspekte van die verlede stoor. Verder is die herinneringe gestoor in die Grondwet as argief nie die juiste weergawe van wat werklik gebeur het nie, maar is dit bloot interpretasies van die gebeurtenisse. Soos wat die Grondwet as argief probeer onthou, vergeet dit ook.<sup>495</sup> Op so 'n wyse werk die Grondwet tot 'n mate teen homself, maar is dit soos Van Marle ook aandui, nie noodwendig 'n mislukking nie.<sup>496</sup> Van Marle verwys na Derrida se sieninge rondom die argief.<sup>497</sup> Derrida wys daarop dat die argief nooit gesluit kan word nie en altyd oop sal wees vir nuwe interpretasies en teenstand.<sup>498</sup> Dus, vir sover soos wat die Grondwet as argief sal probeer vergeet, sal dit onsuksesvol wees in hierdie poging want daar is geen maatstaf wat kan bepaal of iets werklik vergeet is nie.<sup>499</sup> Van Marle argumenteer vervolgens dat hierdie opening van die Grondwet (en menseregte) as argief die moontlikheid kan verseker vir nuwe interpretasies. Sy doen ook aan die hand dat hierdie moontlikheid slegs sal bestaan indien die Grondwet benader word as gedenkteken en nie as monument nie.<sup>500</sup>

Die idee van die Grondwet en menseregte as gedenkteken en argief sal keer dat die betekenis vasgevang word in 'n vorige milieu. Dit strook myns insiens ook meer met die idee dat betekenis tentatief is en ingevolge dekonstruksie uitgestel moet word. Dekonstruksie as die filosofie van die grens sal ook uitwys dat ons beperk is in ons betekenisvaslegging-proses. Vervolgens kan ons die opening wat die Grondwet as argief ons bied, gebruik om nuwe en relevante interpretasies te verkry. So ook sal

---

<sup>492</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 609.

<sup>493</sup>Van Marle "Constitution as archive" (2007) *Law and the Politics of Reconciliation* bl 215

<sup>494</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 609.

<sup>495</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 609.

<sup>496</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 609.

<sup>497</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 610. Van Marle verwys ook na Derrida *Archive Fever* (1996); Derrida *On cosmopolitanism and forgiveness* (2001) en Derrida "Archive fever in South Africa" in Hamilton et al (red) *Refiguring the archive* (2002).

<sup>498</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 612.

<sup>499</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 612.

<sup>500</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 612.

interpreteerders, en dus regstudente, geforseer word konsepte te herdink en krities te evalueer. Op so 'n wyse kan 'n tentatiewe gemeenskap van regstudente poog om die radikale potensiaal van menseregte en demokrasie te ontgin en dus die demokrasie wat moet kom inwag.

Ek het hierbo die argument gestel dat regstudente, as fondament vir 'n regskultuur, die geleentheid bied om as 'n tentatiewe gemeenskap 'n post-liberale benadering tot die Grondwet en ook hul regswork in die algemeen te beoefen, welke idee nie net die potensiaal bied om transformasie te bevorder nie, maar noodsaaklik is om transformasie enigens moontlik te maak. My argument veronderstel nie 'n onkritiese terugkeer na gemeenskap nie, maar ook nie 'n voortdurende ondersteuning van 'n klassieke liberale siening van die individu, as uiteindelijke reghebbende ten opsigte van menseregte. Die klem val op die tentatiewe aard van beide die samekoms van interpreteerders asook van die betekenis wat hul vaslê. As gevolg van ons verantwoordelikheid teenoor die ander is die erkenning van die samekoms belangrik omrede dit ook die verhouding tot die ander bevestig.

Die vraag is nou of regskultuur opsigself transformasie kan bevorder.

#### 4 Beperkings van die reg as 'n simboliese orde

Die probleem wat ek bespreek in hierdie verhandeling is die onvoldoende benadering tot menseregte en demokrasie wat regsgeleerdes volg en wat veroorsaak dat ware transformasie altyd agterweë bly. Vanweë die komplekse en veelvoudige aard van beide die konsepte menseregte en demokrasie, is dit maklik vir mags – en politieke instansies om hierdie konsepte te gebruik vir kortsigtige doelwitte gemik op eie gewin en politieke populariteit.

Ek wys in hoofstuk 2 wel dat juis vanweë die veelvoudige, komplekse aard van beide die konsepte menseregte en demokrasie (vanuit hul oorsprong maar ook vanuit dekonstruksie) die radikale potensiaal het om 'n beter weergawe van alledaagse realiteit, in te wag. Hierdie afwagting is myns insiens die enigste wyse waarop transformasie sal kan geskied sonder om geanker te wees in stagnante waardes wat gemik is daarop om kortsigtige doelwitte te dien.

Ten opsigte spesifiek van regsgeleerdes se omgang met menseregte en demokrasie, het ek in hoofstuk 2 aangedui hoe die huidige regskultuur tot 'n groot mate regsgeleerdes inhibeer om die tentatiewe aard van menseregte en demokrasie, maar ook die reg in die algemeen, te begryp of te besef. Om die radikale potensiaal wat in hierdie konsepte opgesluit is, te realiseer moet die tentatiewe aard daarvan ook besef word. Ek het ook verwys na watter eise transformatiewe grondwetlikheid stel en hoe ons nie tans die ideale verwesenlik nie. Die huidige regskultuur opsigself is ten gunste van die behoud van die *status quo* waarteenoor transformasie, menseregte en demokrasie juis die *status quo* wil ondermyn om voortdurend nuwe en beter weergawes van die alledaagse realiteit te soek.

In hoofstuk 3 het ek my voorstel om die probleem aan te spreek voorgelê. Ek argumenteer dat regskultuur gevestig en bevestig word waar regstudente opgelei en onderrig word – dus by tersiêre instansies. Regstudente vorm 'n keerpunt in die siklus van bevestiging van regskultuur. As ons voorhou dat die huidige regskultuur regsgeleerdes inhibeer om transformasie te bevorder, behoort hierdie regskultuur opsigself getransformeer te word en die keerpunt bied die ideale geleentheid juis daarvoor.

Regstudente, as 'n keerpunt vir regskultuur, moet 'n tentatiewe samekoms daarstel rondom die interpretasie van menseregte en demokrasie en vanuit hierdie tentatiewe samekoms

moet tentatiewe interpretasies gevind word wat gepas is vir die gemeenskap wat deur die regstudente bedien word. Die tentatiewe samekoms van regstudente moet 'n skeuring van regskultuur bewerkstellig en so geleentheid bied vir die afwagting van die demokrasie wat moet kom.

Ek het reeds tydens die bespreking van regskultuur verwys na die feit dat regskultuur nie die enigste beperking is wat regsgeleerdes tref tydens regsinterpretasie nie. Die strukturele aard van die reg plaas 'n vraagteken na die standpunt dat daar potensiaal geleë is in regsinterpretasie om werklike sosiale transformasie teweeg te bring.

Om lojaal te bly teenoor die dekonstruktiewe en kritiese benadering wat ek juis in hierdie verhandeling voorstel, moet ek self die voorstel wat ek maak krities evalueer en ontrafel. In hierdie hoofstuk pas ek hierdie kritiese evaluasie toe spesifiek in die lig van die beperkings van die reg wat ek tot sover vir argument se onthalwe nie bespreek het nie – welwetende dat hierdie aspek veel meer bespreking verg waarvoor hierdie verhandeling nie kan voorsiening maak kan nie.

#### **4.1 Beperkings van die reg**

Die vraag op hierdie punt is of sosiale en politieke transformasie 'n projek is wat suksesvol deur die reg en die werk van regsgeleerdes aangepak kan word.<sup>501</sup> Is dit moontlik vir ons as regsgeleerdes om ons verantwoordelikheid teenoor die onbekende ander gestand te doen?

Op 'n vroeër stadium het ek reeds genoem dat 'n onderskeid getref moet word tussen die kulturele en strukturele fasette van die reg. Die reg kan dus op 'n elementêre vlak beskou word as 'n wisselwerking tussen die kulturele en strukturele fasette wat dit daarstel. Die fokus in hierdie verhandeling val grotendeels op die kulturele faset van die reg en die regsgeleerdes opsigself se rol in die bevordering van transformatiewe doelwitte. Ek het ook reeds op die beperkings gewys wat regskultuur op ons plaas in hierdie opsig. Ek is egter van mening dat daar potensiaal geleë is in die idee van regskultuur – daarom dan dat ek die tentatiewe samekoms van studente voorstel.

---

<sup>501</sup>Van Marle "Haunting (In)Equalities" in *Hunter (red) Rethinking equality projects in law: Feminist perspectives* (2008) bl 125– in hierdie artikel bespreek Van Marle gelykheid maar in die konteks van die reg se beperkinge en inherente neiging om uit te sluit en te reduseer. Sien ook Klare "Legal Culture and Transformative Constitutionalism" (1998) 14SAJHR bl 150 se bespreking oor die moontlikheid of transformatiewe grondwetlikheid 'n haalbare einddoel is.



Ons kan egter nie die kulturele element van die reg aanspreek en volstrek die strukturele element ignoreer nie. Die struktuur van die reg wat gefokus is daarop om regsekerheid en dus ook die *status quo* te bevestig het moontlik 'n beperkende effek op die tentatiewe samekoms se projekte.

Ons moet bepaal of die struktuur van die reg transformasie sal kan inkorporeer, voordat ons kan sê dat die reg transformasie sal kan bevorder. Om hierdie rede is dit belangrik om te bepaal wat ek bedoel met sosiale en politieke transformasie sodat ons kan bepaal wat presies ons van die reg in hierdie opsig verwag.

Ek het Klare se weergawe van transformatiewe grondwetlikheid oorweeg om betekenis te verleen aan die idee van transformasie, deur middel van regspraak, in post-apartheid Suid-Afrika. Klare plaas transformatiewe grondwetlikheid grotendeels in die konteks van die Grondwet met verwysing na die pligte daarin opgelê en ook die regte wat daarin verskans is. Die idee met transformatiewe grondwetlikheid is dat regsgeleerdes die Grondwet (en sekerlik ook ander wetgewing en regsbeginsels wat onderhewig aan die Grondwet is) interpreteer op so 'n wyse dat sosiale en politieke transformasie bevorder word. Die geskiedkundige konteks waarin die regsbeginsel toegepas word, moet inaggeneem word deur die regsgeleerde. Verder beskou Klare ook die Grondwet as 'n post-liberale dokument wat in konflik is met die algemene siening dat die Grondwet bloot 'n liberale benadering verg om uiting aan die ideale daarin vervat te verleen. Klare bevraagteken ook die huidige stand van regskultuur in Suid-Afrika se vermoë om 'n projek soos transformatiewe grondwetlikheid aan te pak. Hy mik sy gesprek ook merendeels teenoor die regsprekende gesag.<sup>502</sup>

In hoofstuk 2 het ek reeds genoem dat ek nie fokus op die regsprekende gesag se benadering tot die projek transformatiewe grondwetlikheid nie. Die idee met 'n tentatiewe samekoms wat ek in hoofstuk 3 voorstel, is juis dat wegbeweeg word van 'n absolute afhanklikheid van die institusionele aard van die reg. Sodoende word erkenning gegee aan die bydraes wat gesprekke en tentatiewe betekenis kan lewer tot die ontwikkeling van die reg – in lyn met, maar ook ter bevordering van sosiale en politieke transformasie. In die argument voorhande wil ek juis groter erkenning verleen aan die bydraes wat gesprekke en

---

<sup>502</sup>Sien bespreking van Klare (1998) *SAJHR* in hoofstuk 2.3.1.

tentatiewe betekenis gelewer deur 'n tentatiewe gemeenskap van regstudente kan inhou. Ook volg ek 'n *bottom-up* benadering teenoor 'n *top-down* benadering deur te fokus op die fundamente van regskultuur, eerder as die uiteindelijke regsprekende gesag.

Dit is nodig om die idee van transformatiewe grondwetlikheid te verstaan in samehang met die idee van transformasie wat ek ondersteun in hierdie verhandeling omrede ek spesifiek in hierdie hoofstuk fokus op die strukturele element van die reg. Ek steun Cornell se idee van transformasie, soos uitgewys deur Barnard-Naudé: Dat 'n sisteem homself kan verander sodat die sisteem nie meer sy eie identiteit probeer bevestig nie. Die sisteem poog nou eerder om sy eie identiteit omver te werp en skep so nuwe betekenis wat verder nagevolg en verryk kan word.<sup>503</sup> Van Marle wys daarop dat transformasie vir Cornell ook beteken dat die subjekte van die sisteem opsigself moet verander en nie net die sisteem nie.<sup>504</sup> Ek doen verder aan die hand dat transformasie soos Cornell dit beskryf ook sal beteken dat die sisteem opsoek sal wees na die onbekende ander en haar behoeftes. Van Marle is van mening dat die reg nie die kapasiteit het om reflektief te reageer teenoor sy subjekte nie en sal die reg met ander woorde nie die radikale transformasie van sy subjekte kan bewerkstellig nie.<sup>505</sup>

Vanuit die bogenoemde kom die onderskeid tussen die strukturele en kulturele sterk na vore: Transformasie behels 'n verandering in die sisteem opsigself maar die sisteem moet ook die transformasie van sy subjekte, wat verteenwoordig word deur kultuur, bewerkstellig. Die vraag wat ek eintlik in hierdie verhandeling vra is juis of die subjekte van die reg, deur middel van 'n tentatiewe samekoms soos hierbo omskryf, die sisteem kan transformeer (nadat die subjekte self verander is) soos Cornell daarna verwys. As ons Cornell se idee van transformasie van die sisteem ingedagte hou, sal die reg, wat as 'n wisselwerking tussen sy kulturele en strukturele fasette beskou word soos ek hierbo uitgewys het, ooit sy eie identiteit kan omverwerp en so nuwe betekenis kan voortbring wat verdere gesprekke motiveer? Sal die strukturele faset van die reg nie te beperkend wees om hierdie tipe transformasie te bewerkstellig nie?

---

<sup>503</sup>Barnard-Naudé (2010) *LitNet Akademies* bl 28. Sien ook Cornell *Transformations: Recollective imagination and sexual difference* (1993) bl 2.

<sup>504</sup>Van Marle (2008) bl 128.

<sup>505</sup>Van Marle (2008) bl 128.

Die strukturele faset van die reg beskou ek as die onafwendbare simboliese orde wat die reg daarstel. Die simboliese orde is soos Derrida daarna verwys en ek het reeds in hoofstuk 2.1 hierdie konsep bespreek.<sup>506</sup> Dit kom neer op 'n stelsel wat gebeure of eksterne faktore verwerk en noodwendig reduceer na 'n werkbare vorm om netjies in te pas in die struktuur van die reg. Hierdie kenmerk van die reg beskryf tot 'n mate die funksie van die reg en dra ook by daartoe dat (die skyn van) regsekerheid bewerkstellig word.

Emilios Christodoulides se argument, soos na verwys deur Van Marle, ten aansien van die beperkinge van die reg is hier relevant.<sup>507</sup> Christodoulides mik sy argument spesifiek op die republikeinse-burgerlike benadering tot die reg wat behels dat die reg en ook 'n grondwet politiek inhou en ook gemeenskap daarstel.<sup>508</sup> Onderliggend tot die republikeinse-burgerlike argument dat die reg beide politiek en gemeenskap daarstel, is die idee van die onbepaalbaarheid van die reg wat ondersteun word deur die *critical legal scholars*.<sup>509</sup> Ek het vroeër die republikeinse-burgerlike benadering tot regte bespreek.<sup>510</sup> Ek het ook aangedui dat die relatiewe wyse waarop regte verstaan word vanuit 'n republikeinse-burgerlike benadering, moontlik meer gepas is vir die post-apartheid konteks. Christodoulides se kommentaar is dus relevant in die kwessie voorhande.

Ingevolge Christodoulides moet twee vereistes nagekom word vir die republikeinse-burgerlike argument om gestand gedoen te word: Die reg sal in die eerste opsig in staat moet wees om die verskillende stemme te kan hoor – sonder uitsluiting van enige enkele stem. Tweedens – sou die reg hierdie stemme waarneem, moet die stemme nie herlei word na iets anders nie. Die antwoord op die vraag of die reg al die verskillende stemme kan waarneem is volgens 'n republikeinse-burgerlike denker: Ja, want deliberasie word aangemoedig in 'n republikeinse-burgerlike konteks wat behels dat al die verskillende stemme deelneem aan die gesprekke. Christodoulides is van mening dat die tweede vereiste net daargestel kan word indien individue werklik kan beweer dat hul self-bepalend

---

<sup>506</sup>Goosen "Verlies, rou en afirmasie. Dekonstruksie en die gebeure" (1998) 1 *Fragmente* bl 56.

<sup>507</sup>Van Marle (2008) bl 131 – verwys na Christodoulides *Law and Reflexive Politics* (1998).

<sup>508</sup>Van Marle (2008) bl 131.

<sup>509</sup>Van Marle (2008) bl 131.

<sup>510</sup>Sien Botha "Democracy and rights, Constitutional interpretation in a postrealist world" (2000) 63 *THRHR* bl 568 – 570 soos bespreek onder hoofstuk 3.1.

lewe en dus self die terme en voorwaardes van wat hul as gemeenskaplike lewe beskou kan hersien en verander.<sup>511</sup>

‘n Verdere vereiste moet aan voldoen word indien die reg voorsiening maak vir die self-hersiening van gemeenskap: Die reg sal opsigself oop moet wees vir verandering. Dit is juis om hierdie rede volgens Christodoulides dat republikeinse-burgerlike denkers steun op die onbepaalbaarheid-van-die-reg argument van die *critical legal scholars*. Vir die reg om werklik oop te wees vir alle stemme en nie die stemme te verdraai nie, moet die reg reflektief en buigsaam reageer teenoor sy subjekte.<sup>512</sup>

Volgens Van Marle is dit juis die bogenoemde scenario waarop Klare sy weergawe van transformatiewe grondwetlikheid baseer. Christodoulides stem egter nie saam dat daar ‘n verband is tussen die reg, politiek en gemeenskap nie. Hy is ook gekant teen die poging van *critical legal scholars* soos Klare om die inherente aard van die reg om gebeure te reduseer en te rasionaliseer te ignoreer deur die inherente teenstrydighede van die reg te sien as geleenthede vir gemeenskap en politiek.<sup>513</sup>

Dit word aan die hand gedoen dat Christodoulides se argument spesifiek verwys na die strukturele faset van die reg vir sover die strukturele en kulturele fasette van mekaar geskei kan word.

Waarop Christodoulides se argument vervolgens afstuur is tot watter mate die traagheid van die struktuur van die reg om te reageer op gebeure, verander kan word en ‘n meer reaktiewe karakter aan die reg kan bring. In hierdie opsig differensieer Christodoulides twee tipes traagheid van ‘n sisteem soos die reg: gewone of eenvoudige traagheid en strukturele traagheid. Christodoulides hou voor dat alhoewel eenvoudige traagheid nog teëgewerk kan word, strukturele traagheid so diep gesetel is in die struktuur dat dit feitlik onmoontlik is om transformasie daarvan te bewerkstellig.<sup>514</sup> As gevolg van die strukturele traagheid van die reg sal die reg slegs in staat wees om op probleme te reageer deur terug

---

<sup>511</sup>Van Marle (2008) bl 131.

<sup>512</sup>Van Marle (2008) bl 132.

<sup>513</sup>Van Marle (2008) bl 132.

<sup>514</sup>Van Marle (2008) bl 132.

te val op reeds aanvaarde betekenis in die duidelik geformuleerde raamwerk van die reg.<sup>515</sup>

Dit is ook ietwat ontnugterend om te beseft dat ingevolge Christodoulides selfs die onbepaalbaarheid (*indeterminacy* ingevolge die *critical legal scholars*) van die reg redelik bepaalbaar is in die struktuur wat die reg daarstel.<sup>516</sup> Soos ek al vroeër aangedui het, is die onbepaalbaarheid van die reg juis die element wat geleentheid behoort te verskaf vir tentatiewe interpretasies van die reg.

In die lig van die genoemde argument van Christodoulides vra Van Marle vervolgens of ons nie te veel van die reg vra deur transformatiewe grondwetlikheid aan te hang nie. Is transformatiewe grondwetlikheid nie net nog 'n monument wat ons oprig om die Grondwet en sy moontlikhede te vier nie?<sup>517</sup>

Verder behels die struktuur van die reg ook dat om reg te laat geskied, onreg sekerlik daarmee gepaard gaan. Hierdie konsep is al vroeër in hierdie verhandeling aangeraak – die idee dat die keuse van 'n antwoord op 'n regsprobleem altyd 'n moontlike ander antwoord agterweë laat en so onreg aan die onbekende sal doen.

Ek het vroeër verwys na Van Marle se idee van *jurisprudence of generosity*. Van Marle verwys onder andere na die uitspraak van Albie Sachs in *Dikoko v Mokhatla* as 'n voorbeeld van hoe ons hoewe moontlik poog om meer as net die tradisionele benadering tot die reg te volg, meer in die rigting van 'n *jurisprudence of generosity*.<sup>518</sup> In hierdie uitspraak het regter Sachs geargumenteer dat die toestaan van skadevergoeding in 'n eis van lastering nie gepas is om skade wat werklik berokken is in die geval voor hande, reg te stel nie.<sup>519</sup> Op hierdie wyse verleen hy erkenning aan die besonderse aard van die goedere wat beskadig is, naamlik menswaardigheid en dat 'n gepaste remedie vir hierdie skade meer gefokus moet wees op verskoning en herstel as op monetêre vergoeding.<sup>520</sup> Hy verwys ook na die

---

<sup>515</sup>Van Marle (2008) bl 132.

<sup>516</sup>Van Marle (2008) bl 132.

<sup>517</sup>Van Marle (2008) bl 133.

<sup>518</sup>Van Marle "Laughter, refusal, friendship: thoughts on a jurisprudence of generosity" (2007) 1 *STELL LR* bl 205.

<sup>519</sup>Van Marle (2007) *STELL LR* bl 205.

<sup>520</sup>Van Marle (2007) *STELL LR* bl 205.

grondwetlike waarde van *ubuntu* wat spesifiek ingestel is op herstel, rekonsiliasie en herintegrasie as wyses om dispute te besleg.<sup>521</sup>

Van Marle dui aan dat na aanleiding van die onmoontlikheid van die reg om werklik sy verantwoordelikheid teenoor die onbekende ander te erken, asook die reduktiewe geweld van die reg, regter Sachs moontlik oor-optimisties is ten opsigte van die reg se kapasiteit om werklik sosiale gelykheid te bewerkstellig.<sup>522</sup>

Op dieselfde noot kan ons ook skepties wees oor die reg en ons as regsgeleerdes se vermoë om werklik ons verantwoordelikheid teenoor die onbekende ander gestand te doen. Die vreemdsortigheid van die onbekende ander vereis 'n sekere reaktiwiteit van die reg wat besmoontlik nie moontlik is nie as gevolg van die strukturele traagheid inherent tot die reg. Die onbekende sal net deur die reg geprosesseer kan word indien dit herlei word na iets bekends. So sal die onbekende onbekend bly.

Ek keer nou terug na die Cornell se definisie van transformasie: 'n Sisteem wat ophou om sy eie identiteit te bevestig, maar eerder sy eie identiteit bevraagteken en deur middel van hierdie bevraagtekening gesprekke skep wat die pad kan vind na nuwe betekenis. Die rede waarom ek hierdie definisie aanhang is omrede dit 'n diepliggende strukturele transformasie veronderstel – so diepliggend dat die struktuur sy eie identiteit bevraagteken. Deurdat die sisteem sy eie identiteit bevraagteken, word die moontlikheid geskep vir akkommodasie van die onbekende. Aangesien die struktuur opsigself sy legitimiteit verloor het, sal die onbekende nie meer in die struktuur geforseer word nie. Deurlopende gesprekke rondom nuwe identiteit en betekenis is ingestel op die onbekende om hopelik iets van hierdie onbekende te verstaan en te akkommodeer.

Christodoulides se kritiek op die kapasiteit van die reg plaas die bogenoemde scenario in 'n ander lig. Die verantwoordelikheid teenoor die ander om transformasie te bevorder blyk onmoontlik te wees, aangesien die reg bloot nie in staat is om hierdie aspekte eers te erken vir wat dit is nie.

Die antwoord wat in hierdie verhandeling voorgehou word op die vraag van transformatiewe grondwetlikheid is die samekoms van 'n tentatiewe gemeenskap van

---

<sup>521</sup>Van Marle (2007) *STELL LR* bl 205.

<sup>522</sup>Van Marle (2007) *STELL LR* bl 205.

regstudente en uiteindelik regsgeleerdes. Waar laat die argumente van Christodoulides en Van Marle hierdie voorstel van 'n tentatiewe gemeenskap van regstudente wat juis gefokus is daarop om die verskuilde potensiaal in die reg te gebruik om transformasie te bevorder? Dit wil voorkom of die inherente strukturele beperkings van die reg sodanig is dat ons benadering tot die reg nie 'n verskil gaan maak aan die uitkomst wat ons op regsprobleme kry nie. Die rede hiervoor blyk te wees dat die moontlike gapings wat ons in die reg wil optimiseer, eintlik reeds vooraf gekonstrueer is na aanleiding van die struktuur van die reg soos Christodoulides uitwys. Dit beteken met ander woorde dat die tentatiewe aard van betekenis van regsbegrippe moontlik nie so tentatief sal wees nie omrede hierdie begrippe steeds inherent deur 'n heersende beginsel in die reg gekonstrueer sal word.

Tot hoe 'n mate lê ons hoop dan nog in die idee van die demokrasie wat moet kom?

#### **4.2 Demokrasie wat moet kom...**

In hierdie verhandeling poeg ek om die wisselwerking tussen regskultuur en demokrasie en menseregte te begryp op 'n wyse wat transformasie bevorder. Die begrip rondom hierdie wisselwerking word gevorm ooreenkomstig veronderstelling dat die reg kan bydra tot transformasie in ons post-apartheid samelewing. Dit blyk egter hierbo dat die reg, weens sy strukturele aard, nie eers transformasie sal kan inkorporeer nie. Die bevordering van transformasie deur middel van die reg blyk dus 'n oor-optimistiese ideaal te wees.

Die kern tot die tentatiewe samekoms van regstudente, en uiteindelik ook regsgeleerdes, is dat die samekoms, vanuit die konteks van die huidige demokrasie, ook die demokrasie wat moet kom, sal inwag. Die wisselwerking tussen die regskultuur en demokrasie moet met ander woorde sodanig wees dat regsgeleerdes moet poog om verby die huidige strukturele beperkings van die demokrasie te kan sien. Deur die demokrasie wat moet kom in te wag, sal die lede van die tentatiewe samekoms die geleentheid verkry om nader aan die onbekende ander te kom. Soos reeds vroeër ook gestel, behels transformasie juis dat die sisteem ter sprake opsoek is na die onbekende ander en haar behoeftes. Transformasie kan met ander woorde tot 'n mate gelyk gestel word aan die realisering van ons verantwoordelikheid teenoor die onbekende ander, juis omrede konstante transformasie nodig is om deurgaans die behoeftes van die onbekende ander gestand te doen. Net so is die afwagting van die demokrasie wat moet kom nodig om transformasie te bewerkstellig.

Die vraag op hierdie punt is dus of die afwagting van die demokrasie wat moet kom die strukturele beperkings van die reg sal kan teëwerk.

Van Marle wys daarop dat volgens Derrida verantwoordelikheid en oordeel (en ingevolge my interpretasie ook geregtigheid) eers kan geskied indien ons verby die voorspelbare uitkomst van 'n spesifieke stel reëls kan kom.<sup>523</sup> Enige iets wat steeds in die raamwerk van die spesifieke stel reëls val, is dan onverantwoordelik. Myns insiens stel die strukturele aard van die reg vervolgens die spesifieke stel reëls daar en tree regsgeleerdes met ander woorde onverantwoordelik op deur nie te poog om verder as hierdie te reëls te kyk nie.

Van Marle verwys in hierdie opsig na broederskap wat die totstandkoming van onverantwoordelike vriendskap daarstel omrede dit gekonstitueer is in terme van spesifieke reëls.<sup>524</sup> In hoofstuk 3.2 het ek reeds die kwessie rondom broederskap en vriendskap bespreek vanuit 'n dekonstruktiewe benadering. Ek het ook reeds verwys na die *aimance* soos Derrida daarna verwys, wat dui op die oomblik voor 'n vriend gekies word bo moontlike ander vriende.<sup>525</sup> Sodra die een vriend gekies word, gaan hierdie opening van moontlikheid, of *aimance* tot niet en word 'n tipe ongeregtheid gepleeg. Die afleiding wat ek hier maak is dat indien regstudente poog om verantwoordelik op te tree, hierdie *aimance* oop gehou moet word deur nie die verwagte uitkomst van die spesifieke stel reëls te bevestig nie. Ek hou steeds voor dat 'n tentatiewe samekoms hier van nut sal wees. Die tentatiewe samekoms se vriendskap of verhouding met die toekoms, as wyse om *aimance* oop te hou, moet egter krities beskou word.

Vanuit Derrida se soeke na 'n ander tipe vriendskap het sy idee van die demokrasie wat moet kom voortgespruit. Voor die aard van die demokrasie wat moet kom omskryf word, moet ek sekere aspekte van dekonstruksie weer kortliks bespreek. Goosen beskryf die dekonstruksie as 'n voortdurende gesprek met die dialektiese tradisie.<sup>526</sup> Die dialektiese tradisie en die dekonstruksie reageer verskillend teenoor die gebeure. Die gebeure, soos ook reeds in hoofstuk 2 aangedui, is die traumatiese en onverwagte gebeure wat ons oorval vanuit die toekoms. Die dialektiese tradisie sal poog om die radikale aard van die gebeure

<sup>523</sup>Van Marle (2008) bl 134. Sien ook Derrida *The Politics of Friendship* (1997).

<sup>524</sup>Van Marle (2008) bl 134.

<sup>525</sup>Van Marle (2008) bl 135.

<sup>526</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 60 – Hier word verwys na die Hegeliaanse dialektiese tradisie en sy pogings om die traumatiese toevale vanuit die toekoms te verwerk.



te neutraliseer waar die dekonstruksie juis gasvryheid aan die gebeure en die radikale aard daarvan wil bied.<sup>527</sup> Die dialektiese tradisie sal deur die negativering van die negatiewe gebeurtenis poog om dit te omskep in iets positiefs.<sup>528</sup>

Soos ek in hoofstuk 2 aangedui het, herdoop Cornell dekonstruksie as die filosofie van die grens in haar poging om dekonstruksie se toepaslikheid in die reg duideliker ten toon te stel.<sup>529</sup> In hierdie opsig beskou Cornell die filosofie van die grens as die beklemtoning van die kwasi-transendentale voorwaardes wat 'n sisteem bevestig.<sup>530</sup> Die doelwit van die filosofie van die grens is nie om filosofie te reduceer tot iets wat geensins herkonstrueerbaar is en so ook enige algemene reëls vir morele optrede absoluut te ondermyn nie. Verder handel dekonstruksie ook met die idee van *secondness*: Dit wat oorbly na die poging om iets te konseptualiseer; dit wat weerstand bied teen die finale vasstelling van betekenis. Dit hou ook natuurlik verband met die verhouding met die ander.<sup>531</sup> Cornell poog verder om te wys dat die gedurige beklemtoning van die kwasi-transendentale beperkings belangrik is vir geregtigheid in die sin dat regstransformasie nie net toegelaat word nie, maar inteendeel transformasie bevorder.<sup>532</sup> Volgens Cornell is die basiese verskil tussen liberale analitiese jurisprudence en dekonstruksie die teenoorgestelde wyses waarop hierdie denkskole die nood en moontlikheid van sosiale en regstransformasie beskou. Sy wys in hierdie opsig na die dekonstruksie se onweglaatbare oomblik van Utopia waar liberale denkers geneig is om meer sinies jeens hierdie utopiese ideale op te tree.<sup>533</sup>

Die demokrasie wat moet kom, as 'n tipe utopiese ideaal, bied weerstand teen die dialektiese tradisie se herleiding van die gebeure soos ek hierbo na verwys het. Goosen wys daarop dat die demokrasie wat moet kom, met haar koms, nie deur die dialektiese tradisie tuisgemaak sal kan word en geïnkorporeer sal kan word in die *status quo* nie.<sup>534</sup> Die demokrasie wat moet kom wys uit hoe die huidige demokrasie deur sigself te orden, die belofte wat daar in demokrasie geleë was, verloor. Die demokrasie wat moet kom, sal weer en weer 'n opwagting moet maak om die grense van die bestaande demokrasie te

<sup>527</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 60.

<sup>528</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 60.

<sup>529</sup>Cornell *The Philosophy of the Limit* (1992) bl 1.

<sup>530</sup>Cornell (1992) bl 1.

<sup>531</sup>Cornell (1992) bl 1.

<sup>532</sup>Cornell (1992) bl 8.

<sup>533</sup>Cornell (1992) bl 8.

<sup>534</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 61. Sien ook Thomson *Deconstruction and Democracy* (2005).

dekonstrueer.<sup>535</sup> Ingevolge die dekonstruksie is geregtigheid, soos ek hierbo genoem het, nie geleë in die toepassing van reëls nie maar in die hoop dat ons anderkant die reëls die unieke, of onbekende ander, sal kan waarneem.<sup>536</sup>

Inaggenome die beperkings wat die struktuur van die reg op regsgeleerdes plaas, bied die afwagting op die demokrasie wat moet kom moontlik nog die geleentheid vir die tentatiewe samekoms van regstudente om hul verantwoordelikheid te verwesenlik? Verder, soos Goosen ook vra, hoe voorkom die dekonstruksie (en ook die idee van die demokrasie wat moet kom) dat dit nie self net nog 'n gebeurtenis word wat deur die dialektiese tradisie, of die simboliese orde, verwerk word nie?<sup>537</sup> Die dekonstruksie bied 'n antwoord in hierdie opsig: Waar die dialektiese tradisie die traumatiese gebeurtenis probeer negatiewer om 'n positiewe uitkoms te verkry, sal die dekonstruksie eerder die negatiewe aard van die gebeurtenis bevestig, of dan die gebeurtenis denegatiewer. Deur middel van denegering wil dekonstruksie 'n ruimte skep vir die gebeurtenis sonder om die gebeurtenis te forseer om in die ordes in te pas.<sup>538</sup>

Die dekonstruksie hou verder voor dat betekenis altyd uitgestel sal word omrede betekenis nooit finaliteit kan bereik nie. Op hierdie wyse word 'n ruimte geskep wat die belofte wat betekenis kan inhou, oophou. So ook word 'n voorwaarde vir die onverwagte toeval van die gebeure geskep.<sup>539</sup> Die voorwaarde is nodig om die gebeure in te laat en toe te laat in die simboliese orde.

Tog het Derrida ook self sy idee van die demokrasie wat moet kom geproblematiseer, soos Van Marle ook uitwys.<sup>540</sup> Demokratiese selfmoord (*democratic suicide*) kan die hoop wat daar geleë is in die verhouding tussen die demokrasie en die demokrasie wat moet kom, minimaliseer of heeltemal uitwis. In die eerste instansie is demokrasie tot 'n groot mate uitgelewer aan die moontlikheid van 'n ondemokratiese party wat aan bewind kom – ten spyte van die feit dat so 'n party verkies is deur middel van demokratiese prosesse en demokrasie dus 'n voorvereiste is vir die regering deur die ondemokratiese party.

<sup>535</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

<sup>536</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 59.

<sup>537</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 61.

<sup>538</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 63.

<sup>539</sup>Goosen (1998) *Fragmente* bl 74.

<sup>540</sup>Van Marle "Haunting (In)Equalities" (2008) bl 135. Sien Thomson (2005) en Thomson "What is to become of 'Democracy to come'?" (2005) 15 *Postmodern Culture* bl 1.

Tweedens kan demokrasie op homself inkeer, homself van binne af aanval en so uitwis – dit raak met ander woorde onduidelik waarteen demokrasie beskerm en wat beskerm moet word.<sup>541</sup> So verduidelik Derrida dat wanneer demokrasie (soos vriendskap) daargestel word, dit outomaties moet uitsluit en sodoende ondemokraties optree wat die essensie van demokrasie met ander woorde vernietig.<sup>542</sup>

Van Marle bespreek die selfvernietigende aard van demokrasie in die lig van substantiewe beskerming en bevordering van gelykheid in ons reg.<sup>543</sup> Vervolgens vergelyk Van Marle die selfvernietigende kenmerke van demokrasie met dieselfde neiging van die konsepte gemeenskap en gelykheid. Soos Thomson, is Van Marle van mening dat die voortbestaan van 'n gemeenskap gebaseer is op die selfvernietigende neiging om uit te sluit.<sup>544</sup> Net so waar regsbeskerming verleen word aan die beginsel van gelykheid, sal daar elke keer waar gelykheid bewerkstellig word ook ongelykheid, en met ander woorde ook onreg, geskied. Omrede die reg deur middel van beskermingsmeganismes poog om gelykheid te beskerm, sal gelykheid noodwendig gemeet word aan 'n standaard wat daarvoor gestel word. Omrede die ander vir ons onbekend is, sal die ander nooit die standaard ontmoet nie en sal ongelykheid keer op keer geskied.<sup>545</sup> Ongeregtigheid teenoor die onbekende ander sal met ander woorde ook keer op keer geskied. Transformasie soos voorgehou in hierdie verhandeling kan vervolgens ook nie plaasvind nie omrede die sisteem deur die stel van die standaard vir gelykheid of demokrasie bloot sy eie identiteit bevestig.

Van Marle gaan verder deur aan te voer dat gelykheid as ideaal met ander woorde nie net gaan faal as gevolg van die strukturele beperkings van die reg nie, maar inderwaarheid ook as gevolg van gelykheid se inherente neiging tot selfvernietiging.<sup>546</sup>

My afleiding vanuit Van Marle se werk soos hierbo aangehaal is die volgende: Demokrasie, asook transformatiewe konsepte soos gelykheid en menseregte wat deur demokrasie beskerm word, sal as voorwaarde vir sy eie voortbestaan, altyd neig tot selfvernietiging. Die selfvernietiging van demokrasie sluit noodwendig die ruimte van uitgestelde betekenis uit

---

<sup>541</sup>Van Marle (2008) bl 135.

<sup>542</sup>Van Marle (2008) bl 135.

<sup>543</sup>Van Marle (2008) bl 135.

<sup>544</sup>Thomson (2005) en Thomson (2005) *Postmodern Culture* bl 1 soos Van Marle na verwys op (2008) bl 135.

<sup>545</sup>Van Marle (2008) bl 136.

<sup>546</sup>Van Marle (2008) bl 136.

welke ruimte 'n voorwaarde is vir die gebeure wat kom, en ook die demokrasie wat moet kom.

Thomson, soos na verwys deur Van Marle, wys daarop dat Derrida deur die problematisering van die demokrasie wat moet kom nie afstand doen van sy hoop op die demokrasie wat moet kom nie, maar moet die demokrasie wat moet kom aangegryp word met versigtigheid en 'n bewussyn van die gevare wat daar bestaan vir demokrasie.<sup>547</sup>

Die inherente onstabiele aard van 'n konsep soos demokrasie veroorsaak 'n onstabiele platform waaruit die verhouding met die demokrasie wat moet kom moet funksioneer. Die onstabiele aard van demokrasie veroorsaak dat die voorwaarde wat nodig is vir die koms van gebeure (en ook die demokrasie wat moet kom) – die oophou van die *aimance* – in gedrang kan kom. Met ander woorde, regstudente wat vanuit hierdie konstruksie die reg moet interpreteer in die hoop om transformasie te bevorder, sal beperkings ervaar om betekenis te verkry buite die raamwerk van die spesifieke stel algemeen aanvaarde reëls en voorafbepaalde betekenis. Is dit nie egter juis dit wat die filosofie van grens of die dekonstruksie aan ons probeer uitwys nie?

Patrick Lenta bespreek die toepaslikheid van dekonstruksie of postmodernisme in 'n post-apartheid konteks.<sup>548</sup> Die kritiek teen die gebruik van dekonstruksie in 'n samelewing wat die littekens dra van die ongeregtighede van die verlede, is soos Lenta daarop wys die feit dat ons in ons samelewing eerder fokus op rekonstruksie.<sup>549</sup> Hy is van mening dat postmodernisme juis poog om voorwaardes te stel vir die moontlikheid van rede, etiek en die reg opsigself na afloop van die diskreditering van die betekenis wat modernisme aan hierdie konsepte verleen het.<sup>550</sup> Hy verwys na Foucault se mening dat die Verligting (wat tot 'n mate gelykgestel kan word aan modernisme in die sin dat Lenta 'n kronologiese verloop vanaf modernisme na postmodernisme aanhang) nie daarin geslaag het om voldoende betekenis te verleen aan die reg tot menswaardigheid, privaatheid en selfverwesening nie omrede die primêre bemoeienis nie met individuele vryheid was nie, maar wel met sosiale

<sup>547</sup> Van Marle (2008) bl 137. Sien ook Thomson (2005) bl 12 – soos Van Marle daarna verwys.

<sup>548</sup> Lenta "Just Gaming? The case for postmodernism in South African legal theory" (2001) 17 *SAJHR* bl 173 - 209. Lenta stel tot 'n groot mate postmodernisme en dekonstruksie gelyk.

<sup>549</sup> Lenta (2001) *SAJHR* bl 174.

<sup>550</sup> Lenta (2001) *SAJHR* bl 187.

beheer.<sup>551</sup> So kan enige diskoers van regte beheer word deur die staat en dien as ‘n skans vir onderdrukking.<sup>552</sup> Dit is dus nodig om op ‘n manier hierdie vergrypinge van mag te ontbloot en erkenning aan die altyd ontwykende ander te verleen.<sup>553</sup>

Soos ek ook al reeds in hierdie verhandeling genoem het, beskou Derrida ware geregtigheid as iets wat buite die bereik is van die hier en nou. Lenta stel dit dat geregtigheid ‘n etiese verhouding met die ander is op die ander se terme en daarom nie nou gekonseptualiseer kan word nie.<sup>554</sup> Ons word dus beperk deur die struktuur van die reg en alledaagse samelewing in ons pogings om transformasie te bewerkstellig. Lenta beskou steeds die filosofie van die grens as ‘n wyse om die ondenkbare of demokrasie aan die ander kant van ons werklikheid oop te hou juis in die naam van geregtigheid.<sup>555</sup> Die feit dat die filosofie van die grens ons herinner aan onoorkombare beperkings is ook ingevolge Lenta juis gepas in ons post-apartheid konteks omrede die uitwys van beperkings saamloop met die oordenking van transformasie.<sup>556</sup>

Postmodernisme of dekonstruksie is vervolgens in Lenta se opinie relevant vir Suid-Afrikaanse regsteorie vir die volgende redes: Dit wys die reg se aandeel tot ongeregtighede in ‘n liberale grondwetlike bestel uit; dit bied ‘n weergawe van substantiewe geregtigheid; dit dui op die *mystical foundations* van die gesag van die reg en die gewelddadige aard van regsbesluitneming maar dit fokus ons aandag op ons verantwoordelikheid in regsinterpretasie tot die oneindigende eise van geregtigheid; dit verskaf wyses om regstekste te onderbreek en geskiedkundige analise van konsepte en praktyke uit te voer; en dit bied ‘n wyse waarop grondwetlike interpretasie uitgevoer kan word om die potensiaal van transformasie te ontgin.<sup>557</sup>

Die beperkings van die reg as struktuur veroorsaak soos Christodoulides dit stel, dat gapings nie juis benut kan word om potensiaal te ontgin nie omrede hierdie ruimtes reeds

---

<sup>551</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl 187.

<sup>552</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl 188.

<sup>553</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl 193.

<sup>554</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl 196.

<sup>555</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl 200.

<sup>556</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl 200.

<sup>557</sup>Lenta (2001) *SAJHR* bl206 – 208. Sien ook in die algemeen Derrida “Force of Law: ‘The Mystical Foundation of Authority’” (1990) 11 *Cardoza Law Review*.

gekonstrueer is en dus nie onseker is nie.<sup>558</sup> Verder verduidelik die proponent van dekonstruksie en demokrasie wat moet kom ook dat demokrasie opsigself sekere gevare inhou.<sup>559</sup> Tog doen Derrida nie afstand van sy hoop op die demokrasie wat moet kom nie en sou ek sê dat dekonstruksie in besonder uitwys dat daar altyd 'n oortolligheid sal wees wat nie verwerk sal kan word deur die simboliese orde nie. Selfs indien die ruimtes waarna Christodoulides verwys reeds gekonstrueer is, is die dekonstruksie van die ruimtes steeds tot ons beskikking.

Die dekonstruksie of die filosofie van die grens plaas klem op beperkings wat ons ervaar in ons soeke na geregtigheid. Ons kan weens die beperkings nie anders as om betekenis uit te stel nie en daarom is enige betekenis vervolgens tentatief. Dit is daarom soveel meer van belang dat regstudente as lede van 'n tentatiewe gemeenskap bewus moet wees van die komplekse verhouding wat die reg en die interpretasies daarvan het met tydsverloop. Dit is voor die hand liggend dat hierdie waardering vir tydsverloop teenwoordig moet wees in 'n samekoms wat juis poog om nie tydsgebonde te wees nie, maar steeds regsinterpretasie bevorder wat huidige kwessies aanspreek – immers verwys ek na 'n tentatiewe samekoms van regstudente. Ek doen aan die hand dat die enigste hoop om die beperkings wat regsgeleerdes in hierdie konteks in die gesig staar, tot 'n mate te vermy, geleë is in die tentatiewe aard van die samekoms van regstudente rondom regsinterpretasie.

### 4.3 ...En die tentatiewe gemeenskap

Dit mag moontlik die leser opval dat ek op meer as een geleentheid in hierdie verhandeling verwys na “ons as regsgeleerdes” of “ons as regstudente” ongeag die feit dat ek ook uitwys hoe “ons” as taalkundige verskuiwer eintlik gemanipuleer kan word soos wat dit die argument pas.<sup>560</sup> Verder dui die idee van “ons as regsgeleerdes” op 'n ietwat eksklusiewe aard wat 'n verhewe status teenoor leke veronderstel asook 'n tipe insig tot kwessies rondom menseregte en transformasie. Die beperkings van die reg om werklik by te dra tot sosiale transformasie soos ek tot sover in hierdie hoofstuk bespreek, plaas natuurlik 'n vraagteken op ons (ja – daar gebeur dit weer) insig in kwessies wat handel met sosiale

<sup>558</sup> Van Marle (2008) bl 131 – 133.

<sup>559</sup> Van Marle (2008) bl 135.

<sup>560</sup> Clarkson (2005) *Third World Quarterly* en Clarkson (2007) *Law and Critique*.

transformasie. Die vraagteken kan egter beskou word as transformasie opsigself as ons die bevestigende karaktereenskappe van regs kultuur oorweeg, soos ek in hoofstuk 2.3 bespreek het. Verder is my verwysing na “ons as regsgeleerdes” eerder ‘n oproeping van die ideaal van gemeenskap en ook herinnering van die onmoontlikheid daarvan. Ek beskou die tentatiewe gemeenskap van regstudente ook as ‘n beweging wat wel die skuiwersaard van hul samekoms as ‘n “ons” besef en sodoende ook die konsepte waarmee hul te doen het.

Dit word algemeen aanvaar dat interpretasie van die reg tradisioneel plaasvind om gehoor te gee aan reeds bestaande presedente – soms vanuit kontekste wat ver verwyder is van die situasie en regsprobleem ter sprake. Soos ek ook regdeur hierdie verhandeling gepoog het om uit te wys, is ‘n groot funksie van regsinterpretasie, of eintlik toepassing van die reg, om die *status quo* te handhaaf. Verder het ek ook regdeur die verhandeling uitgewys dat die bevestiging van die *status quo* nooit transformasie en transformatiewe konsepte soos menseregte en demokrasie inkorporeer of bevorder nie. Dit is egter nou wel nie te sê dat die bevestiging van die *status quo* vermy kan word nie. Ons behoort egter ten minste ‘n poging aan te wend om die effek van hierdie bevestiging te versag.

Die interpretasie van die reg in lyn met beginsels uit die verlede, maar die afwagting van die demokrasie wat moet kom en realisering van ons verantwoordelikheid teenoor die onbekende ander, is aanduidend van die wisselwerking wat die verlede en toekoms met mekaar het in die konteks van regsinterpretasie. Die aard van die simboliese orde wat die reg tot ‘n mate daarstel sal wel verseker dat die *status quo*, wat die huidige verteenwoordig, bevestig word.

Van Marle in haar werk wat die idee van *slowness* in regsinterpretasie ondersoek, verwys na die feit dat dekonstruksie die kronologiese en liniêre verloop van tyd onderbreek.<sup>561</sup> Sy wys daarop dat haar poging met die toepassing van dekonstruksie nie is om die beperkings en reduktiewe aard van die reg te ontken nie, maar eerder om juis die geweld wat gepaard gaan met die regsgesentreerde en geïntitutionaliseerde benaderings uit te wys.<sup>562</sup> Die Waarheids-en-Versoeningskommissie se werkswyse is vir Van Marle, ook na aanleiding van

---

<sup>561</sup>Van Marle “Law’s time, particularity and slowness” bl. 24 in Van Marle en Le Roux (red) *Law, Memory and the Legacy of Apartheid – Ten years after AZAPO v President of South Africa* (2007).

<sup>562</sup>Van Marle (2007) bl. 25.

die kommentaar van Antjie Krog en Christodoulides, verdere bewys van die reg se onvermoë om werklik, in hierdie geval, versoening te weeg te bring en kapasiteit te bied vir die politieke, etiese en ware geregtigheid.<sup>563</sup>

Die voorstel van Van Marle om *slowness* toe te pas in regsinterpretasie behels 'n ingesteldheid van die interpreteerder wat ingestel is op die partikulariteit en besondere konteks van die probleem voor hande. Dit behels ook 'n meer tydsame proses van interpretasie wat tot 'n mate beslissing uitstel en erkenning gee aan die verskeie betekenis wat verleen kan word. Op hierdie wyse word die liniêre verloop van tyd onderbreek.<sup>564</sup>

Transformasie opsigself vra natuurlik baie van die reg in sy verhouding met die verlede. Soos vroeër aangedui, beskou ek transformasie as die ontkenning van identiteit en die soeke na die behoeftes van die ander of die poging om ons verantwoordelikheid teenoor die onbekende ander te realiseer. Ek het vroeër verwys na die onderskeid tussen herinnering as monument en herinnering as gedenkteken.<sup>565</sup> Indien herinneringe as monument benader word, kom ons op 'n eindpunt van die gesprek in hierdie verband aangesien die herinnering nou bloot gevier word. Herinnering as gedenkteken skep egter geleentheid vir gesprekke en kritiese evaluering. 'n Gedenkteken in hierdie opsig het groter potensiaal om 'n skakeling te bied tussen die verlede en die toekoms. 'n Gedenkteken plaas myns insiens ook die hede in 'n posisie waar verantwoording gegee moet word aan die verlede deur toepassing in die hede, en in die toekoms.

Ek het reeds vroeër genoem dat die tentatiewe gemeenskap van regstudente nie 'n benadering tot die verlede, die Grondwet of die reg sal kan hê wat hierdie konsepte aanhang as monumente nie. Die spasie wat geskep word vir tentatiewe betekenis sal nie 'n werklikheid word indien dit die geval is nie. Wat egter verder belangrik is op hierdie punt, is die feit dat transformasie opsigself eintlik 'n gedenkteken van die verlede daar behoort te stel. Hierdie gedenkteken kan nie sy verbindingsfunksie verrig indien 'n liniêre verloop van tyd gehandhaaf moet word in regsinterpretasie nie. Ek keer hier weer terug na die idee van

---

<sup>563</sup>Van Marle (2007) bl 16 en 17. Sien Krog *Country of my Skull* (1998) en Christodoulides "Law's Immemorial" in Christodoulides en Veitch (red) *Lethe's Law* (2001).

<sup>564</sup>Van Marle (2007) bl 20.

<sup>565</sup>Van Marle (2004) *SAPR/pl* bl 608.



Van Marle dat 'n dekonstruktiewe benadering tot die interpretasie van regstekste hierdie liniêre verloop van tyd kan breek.

Van Marle verwys na Ijsseling se stelling dat dekonstruksie aandag vestig op die oop spasies en ook dit wat ongesê bly.<sup>566</sup> Verder veroorsaak dekonstruksie die problematisering van konteks in die sin dat konteks nooit werklik begryp kan word of afgesonder kan word om betekenis aan te verleen nie.<sup>567</sup>

Die idee van konteks vorm ook die kern van idee van 'n tentatiewe gemeenskap. Indien regstudente tentatiewe betekenis moet vind wat besmoontlik sal neerkom op die uitstel van die finale betekenis, moet die konteks voorhande steeds gedien word deur die toepassing van interpretasies gepas vir die relevante konteks. Tot 'n mate sal die tentatiewe samekoms eintlik die konteks daarstel, altyd op die voorwaarde dat betekenis en die onbekende ander net-net buite die bereik van ons begrip sal wees, maar tog met 'n ingesteldheid op hierdie onmoontlikheid. Op hierdie wyse sal die stelsel van die reg in die klein sy identiteit begin bevraagteken en ondermyn en kan die moontlikheid van transformasie ten minste reeds bedink word.

Na aanleiding van hierdie bespreking ten aansien van die strukturele beperkings van die reg en die inherente selfvernietigende aard van demokrasie, kom ek steeds tot die slotsom dat die potensiaal vir transformasie in 'n post-apartheid konteks in Suid-Afrika geleë is in die tentatiewe gemeenskap van regstudente. Die blote feit dat die tentatiewe gemeenskap gekonstitueer word deur regstudente en nie noodwendig reeds gevestigde regsgeleerdes nie, plaas vir my 'n verdere klem op die noodsaak van tentatiewe betekenis en daarvolgens verandering, of dan wel transformasie. Ek ontken nie dat die tentatiewe gemeenskap van regstudente wel nie antwoorde kan bied op die probleme wat die struktuur van die reg en konsepte soos demokrasie daarstel nie, maar is ek bereid om te sê dat die fokus nie soseer op antwoorde in hierdie opsig moet wees wat weereens betekenis en gesprek sluit en stuit nie. Die fokus moet verskuif na openinge wat geskep word in hierdie opsig vir dit wat ons nooit sou kon verwag nie.

---

<sup>566</sup>Van Marle (2007) bl 25 verwys na Ijsseling "Jacques Derrida: Een strategie van de vertraging" in Widdershoven en De Boer (red) *Hermeneutiek in discussie* (1990).

<sup>567</sup>Van Marle (2007) bl 25 verwys Ijsseling (1990).

Moontlik is die kern van die voorstel wat ek in hierdie verhandeling maak bloot die volgende: Regstudente as voornemende regsgeleerdes moet die geleentheid gegun word om te erken dat daar nie definitiewe uitsluitings is oor sake nie. Die onafwendbare struktuur van die reg sal altyd sorg vir definitiewe uitsluitings – ons as regsgeleerdes moet net beseft dat die uitsluitings nie werklik finaliteit beteken nie. Ek stel nie voor dat ons verval in nihilistiese denke nie. Hierdie onmoontlikheid en onsekerheid moet inderwaarheid aanvaar word as ‘n voorwaarde vir die werk wat ons as regsgeleerdes doen. Regstudente en regsgeleerdes as nomadiese lede van ‘n onvoltooide gemeenskap wat deurlopend gefokus is op beweging en transformasie moet hierdie onsekerheid ontgin om werklik transformasie en transformatiewe ideale soos die behoud van menseregte en demokrasie te bevorder:

...Uncertainty is written on the horizon of the nomad. The sky with its lines of invisible stitching to nothingness becomes a familiar companion – always respected, sometimes feared...<sup>568</sup>

---

<sup>568</sup>Breytenbach (2009) bl 6.

## 5 Samevatting

In hierdie verhandeling bespreek ek die moontlikheid van 'n verhouding tussen demokrasie en die demokrasie wat moet kom vanuit 'n tentatiewe gemeenskap van regstudente, in 'n poging om transformasie van die huidige regskultuur maar ook die breër samelewing te bevorder.

My ondersoek en argument behels dat ek eerstens die konsepte demokrasie en menseregte, as konsepte wat nodig was in Suid-Afrika om geleentheid vir transformasie daar te stel, ontleed deur die radikale aard daarvan uit te wys. Hierdie aard hou enersyds die gevaar in dat die konsepte misbruik kan word omrede dit oop is vir verskeie interpretasies, maar hou andersyds potensiaal in, juis om dieselfde rede. Ek dui op die verhouding wat die huidige demokrasie het met die demokrasie wat moet kom en ook dat hierdie verhouding opsigself transformasie daarstel.

Regsgeleerdes bemoei hulself met regsinterpretasie van menseregte en demokrasie asook die Grondwet in sy geheel (wat tot 'n mate 'n kodifikasie van menseregte en demokrasie daarstel) juis omrede ander wetgewing en gemenerereg beginsels onderhewig is aan die Grondwet. Omrede menseregte, demokrasie en ook die Grondwet tog as beginpunt vir transformasie gesien word – spesifiek vanuit 'n regstegniese oogpunt – bevind regsgeleerdes hulself in 'n verantwoordende posisie as dit kom by regsinterpretasie. Ek dui egter wel aan dat ek transformasie op 'n dieper vlak verstaan deurdat dit eintlik te make het met die ondermyning van gevestigde betekenis en oopstelling vir nuwe weergawes daarvan. Vervolgens fokus ek op regsinterpretasie aangesien dit met menseregte en die Grondwet te make het, maar ook omdat regsinterpretasie betekenis in 'n beperkende struktuur bevestig.

Vir regsgeleerdes is die beperkende struktuur die struktuur van die reg opsigself, maar ook kulturele beperkings wat op hulle geplaas word. Ek fokus vervolgens op hierdie kulturele beperkings in die vorm van regskultuur en ek wys daarop dat die konserwatiewe aard van Suid-Afrikaanse regskultuur eerstens 'n liberale benadering tot regsinterpretasie volg en dus tegniese en positivistiese regsinterpretasie, en ook die Grondwet op hierdie manier benader. Hierdie benadering doen skade aan ons ideale van transformasie.

Vervolgens stel ek voor dat die huidige regskultuur eerstens sal moet transformeer voor regsgeleerdes in staat sal wees om deur middel van regsinterpretasie transformasie te kan

bevorder. My voorstel in hierdie opsig is tweeledig: Eerstens dui ek aan hoe regstudente by 'n tersiêre instansie die fundamente van regskultuur daarstel en sodoende potensiaal bied vir die transformasie van regskultuur. Regskultuur bepaal hoe regsgeleerdes dink en argumenteer en word bevestig onder regstudente sonder hulle kennisname daarvan. Hulle aanvaar dus blote beginsels en denkwyses as algemeen en sien nie die geleenthede om transformasie te bevorder deur die ander te dien raak nie.

Regskultuur funksioneer ook soos 'n gemeenskap en hierdie gemeenskap moet die behoeftes van die groter gemeenskap dien. Regstudente en regsgeleerdes moet met ander woorde kontekstuele betekenis aan regskonsepte gee om georiënteerd teenoor die gemeenskap op te tree. Ons moet vra: Wie word ingesluit by hierdie gemeenskap en wie nie? Dit is van toepassing op die vlak van regskultuur maar ook op die gemeenskap wat deur regskultuur gedien moet word.

Op die bogenoemde vraag stel ek voor dat die samekoms van regstudente beskou moet word as 'n tentatiewe gemeenskap – tentatief in die sin dat regstudente kom en gaan, maar ook tentatief op 'n abstrakte vlak omrede 'n ware gemeenskap nooit tot stand kan kom nie. Ons word gelaat met 'n tipe samekoms wat hoop op gemeenskap.

Myns insiens sal lede van so 'n samekoms bewus wees, nie net van die tentatiewe aard van hul eie samekoms nie, maar sal hul hopelik ook 'n ander uitgangspunt hê teenoor die vaslegging van betekenis. Op so 'n wyse kan betekenis wat nie deur die struktuur van die reg raakgesien word nie ook bevorder wordom sodoende transformasie te bevorder. Dit kom dus daarop neer dat die tentatiewe gemeenskap in afwagting van die demokrasie wat moet kom sal wees. Die tentatiewe gemeenskap kan vanuit 'n dekonstruktiewe benadering die beperkings wat hul in die gesig staar om die ander te ontmoet, besef, maar ook hoop op iets beter aan die ander kant van die struktuur voorhande.

My benadering tot betekenisvaslegging wat ek hier voorstel, verg egter ook van my dat ek my eie voorstel in hierdie verhandeling krities moet ontleed en eintlik ontklaar moet maak. Ek plaas vervolgens klem op die inherente beperkings van die reg om werklik by te dra tot sosiale transformasie en ook demokrasie se neiging om van binne sigself te vernietig. Verder behou die idee van “ons as regsgeleerdes” gewelddadige uitsluiting en eksklusiwiteit. Ek kom wel tot die gevolgtrekking dat die mate van onsekerheid en die

tentatiewe aard van regsinterpretasie, alhoewel beperkend enersyds, andersyds geleentheid skep vir ware transformasie.

## 6 Bibliografie

### 6.1 Boeke

Arendt H en Canovan M *The Human Condition* (1959) New York: Doubleday

Arendt H *The origins of totalitarianism* (1994) New York: Harcourt

Auster P *Auggie Wren's Christmas Story* (2004) New York: Henry Holt and Company, LLC

Auster P *Brooklyn Follies* (2005) New York: Henry Holt and Company, LLC

Auster P *Smoke and Blue in the Face: Two Films* (1995) London: Faber & Faber Ltd

Benhabib S en Cornell D (red) *Feminism as critique: On the Politics of Gender* (1987)  
Cambridge en Oxford: Polity Press in assosiasie met Blackwell Publishers

Benveniste E en Meek ME (vert) *Problems in General Linguistics* (1971) Florida: University of  
Miami Press

Breytenbach B *Notes from the Middle World* (2009) Chicago: Haymarket

Cavarero A *In Spite of Plato: A feminist rewriting of Ancient Philosophy* (1995) New York:  
Routledge

Chanock M *The making of South African legal culture 1902-1936. Fear, favour and prejudice*  
(2001) Cambridge: Cambridge University Press

Christodoulides E "Law's Immemorial" in Christodoulides E en Veitch S (red) *Lethe's Law*  
(2001) Oxford en Portland Oregon: Hart Publishing

Christodoulides E *Law and Reflexive Politics* (1998) Dordrecht: Kluwer

Cornell D *The Philosophy of the Limit* (1992) New York en London: Routledge

Cornell D *Transformations: Recollective imagination and sexual difference* (1993) New York:  
Routledge

Currie I en De Waal J *Bill of Rights Handbook* (2005) Wetton: Juta and Company Bpk

Davis D en Le Roux M *Precedent & possibility: the (ab)use of law in South Africa*(2009)  
Johannesburg en Kaapstad: Double Storey Books

Derrida J "'The Laws of Reflection': Nelson Mandela in Admiration" in Derrida J en Tlili M  
(red) *For Nelson Mandela* (1987) New York: Seaver Books

Derrida J “Differance” soos verskyn in *Margins of Philosophy* (1982) Chicago: University of Chicago Press

Derrida J “Plato’s Pharmacy” in Derrida *Dissemination* (1981) Chicago: University of Chicago Press

Derrida J *Archive Fever: A Freudian Impression* (1996) Chicago: University of Chicago Press

Derrida J en Collins G (vert) *Politics of friendship* (1997) London: Verso Books

Derrida J en Rottenberg E (red, vert) *Negotiations: Interventions and Interviews 1971 – 2001* (2002) Stanford: Stanford University Press

Derrida J en Spivak GC (vertaal en van voorwoord voorsien) *Of Grammatology* (1976) Baltimore: Johns Hopkins University Press

Derrida J en Wills D (vert) *The gift of death* (1996) Chicago: University of Chicago Press

Derrida J *On cosmopolitanism and forgiveness* (2001) London en New York: Routledge

Derrida J, Brault P-A en Naas M (vert) *Rogues: Two essays on reason* (2005) Stanford: Stanford University Press

Derrida J “Archive fever in South Africa” in Hamilton C et al (red) *Refiguring the archive* (2002) Cape Town: David Publishers – New Africa Books (Edms) Bpk

Douzinas C *Human Rights and Empire: The political Philosophy of Cosmopolitanism* (2007) Cavendish: Routledge

Douzinas C *The End of Human Rights* (2000) Oxford: Hart

Douzinas C, Warrington R en McVeigh S *Postmodern Jurisprudence: The Law of the Text in the Text of the Law* (1991) London: Routledge

Du Plessis L “The South African constitution as memory and promise” in Villa-Vicencio C (red) *Transcending a century of injustice* (2000) Cape Town: Institute for Justice and Reconciliation

Foucault M *The Archaeology of Knowledge* (1972) New York: Pantheon

Foucault M *The Will to Knowledge: The History of Sexuality* vol 1 (1990) London: Penguin

Goodman P *Compulsory Mis-education and The Community of Scholars* (1964) New York: Horizon Press

Heyns C “A struggle approach to human rights” soos verskyn in Soeteman A (red) *Pluralism and law* (2001) Springer

Ijsseling S “Jacques Derrida: Een strategie van de vertraging” in Widdershoven GAM en De Boer TH (red) *Hermeneutiek in discussie* (1990) Delft: Eburon

Kennedy D “Legal Education as Training for Hierarchy” in Kairys D (red) *The Politics of Law – A Progressive Critique* (1990) New York: Pantheon Books

Kennedy D *A Critique of Adjudication: {fin de siècle}* (1998) Harvard: Harvard University Press

Kristeva J *Hannah Arendt. Life is a Narrative* (2001) Columbia: Columbia University Press

Kristeva J *Revolt She Said* (2002) Los Angeles en New York: Semiotext(e)

Krog A *Country of my skull* (1998) Three Rivers Press

Levin C “La Greffe de ‘Zèle’”: Derrida and the Cupidity of the Text” in Fekete J (red) *The Structural Allegory: Reconstructive Encounters with the New French Thought* (1984) Minneapolis: University of Minnesota Press

Llewellyn KN *Jurisprudence: Realism in theory and practice* (2000) New Jersey: Lawbook Exchange

MacIntyre A *A Short History of Ethics* (1998) London en New York: Routledge

MacIntyre A *Three Rival Versions of Moral Equity* (1990) Notre Dame: University of Notre Dame Press

Michelman “Justification (and justifiability) of law in a contradictory world” in Pennock en Chapman (red) *Justification in law, ethics and politics* (1986) New York: New York University Press

Nancy J-L en Connor P *The Inoperative Community* (1991) Minneapolis: University of Minnesota Press

Nancy J-L en Macdonald B (vert) *The experience of freedom* (1993) Stanford: Stanford University Press

Nancy J-L en RD Richardson en AE O’Byrne (verts) *Being singular plural* (2000) Stanford: Stanford University Press

Roux T “Democracy” in Woolman S (red) *Constitutional Law of South Africa* (2006) Cape Town: Juta



Schalkwyk D *Speech and Performance in Shakespeare's Sonnets and Plays* (2002) Cambridge: Cambridge University Press

Thomson AJP *Deconstruction and Democracy* (2005) London: Continuum

Van Blerk A *Jurisprudence: An introduction* (1996) Durban: Butterworths

Van Marle K "Haunting (In)Equalities" in Hunter R (red) *Rethinking equality projects in law: Feminist perspectives* (2008) London: Hart

Van Marle K "Law's time, particularity and slowness" in Le Roux W en Van Marle K (red) *Law, Memory and the Legacy of Apartheid – ten years after Azapo v President of South Africa* (2007) Pretoria: PULP

Williams P *The Alchemy of Race and Rights* (1991) Harvard: Harvard University Press

Young-Bruehl E *Why Arendt Matters* (2006) Yale: Yale University Press

## 6.2 Tydskrifartikels

Albertyn C en Goldblatt B "Facing the challenge of transformation: Difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality" (1998) 14 *South African Journal of Human Rights* bl 248

Balkin JM "Deconstructive Practice and Legal Theory" (1987) 96 *Yale Law Journal* bl 743

Barnard AJ "Beyond the brother: Radical freedom" (2008) *Acta Juridica* bl 273

Barnard-Naude J "Die politiek van broederskap: Jacques Derrida, Jean-Luc Nancy en Jane Alexander se *The Butcher Boys*" (2010) 7 (2) *LitNet Akademies* bl 23

Botha H "Democracy and rights, Constitutional interpretation in a postrealist world" (2000) 63 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg* bl 561

Briggs R "Just Tradition? Deconstruction, Critical Legal Studies, and Analytical Jurisprudence" (2001) 1 *Social Semiotics* bl 1

Caygill H "Bearing witness to the infinite: Nancy and Levinas" (2005) 9 *Journal for Cultural Research* bl 351

Clark D "Bereft: Derrida's memory and the spirit of friendship" (2007) 106 *South Atlantic Quarterly* bl 291

Clarkson C "Locating Identity in Phaswane Mpe's *Welcome to Hillbrow*" (2005) 26 *Third World Quarterly* bl 451

- Clarkson C “Who are ‘we’? Don’t make me laugh” (2007) 18 *Law Critique* bl 361
- Cohen F “The Problems of a Functional Jurisprudence” (1937) 1 *The Modern Law Review* bl 5
- Cohen F “Transcendental nonsense and the functional approach” (1935) 35 *Columbia Law Review* bl 809
- Cornell D “The Solace of Resonance” (2005) 20 *Hypatia* bl 215
- Davis D en Klare K “Transformative constitutionalism and the common and customary law” (2010) *SABINET*
- Derrida J “Force of Law: ‘The Mystical Foundation of Authority’” (1990) 11 *Cardoza Law Review* bl 921
- Fitzpatrick P “‘The new constitutionalism’: The global, the postcolonial and the constitution of nations” (2006) 10 *Law, Democracy and Development: Journal of the Faculty of Law at the University of the Western Cape* bl 1
- Froneman J “A lawyer’s response to the current travails of South African constitutionalism” (2009) 5 *Pulp Fictions – A space for dialogue* bl 3
- Goosen D “Verlies, rou en afirmasie. Dekonstruksie en die gebeure” (1998) 1 *Fragmente* bl 54
- Hanafin P “The Writer’s Refusal and the Law’s Malady” (2004) *Journal of Law and Society* bl 3
- Holmes OW “The path of the law” (1997) 110 *Harvard Law Review* bl 991
- Kennedy D “Strategizing Strategic behaviour in Legal Interpretation” (1996) *Utah Law Review* bl 785
- Klare K “Legal Culture and Transformative Constitutionalism” (1998) 14 *South African Journal on Human Rights* bl 146
- Langa P “Transformative Constitutionalism” (2006) 3 *Stellenbosch Law Review* bl 351
- Lenta P “Just Gaming? The Case for Postmodernism in South African Legal Theory” (2001) 17 *South African Journal of Human Rights* bl 173
- Michelman F “Law’s Republic” (1988) 97 *The Yale Law Journal* bl 1493
- Minow M “Interpreting rights: an essay for Robert Cover” (1987) 96 *The Yale Law Journal* bl 1860

Morin M E “Putting community under erasure: Derrida and Nancy on the Plurality of Singularities” (2004) 8 *Culture Machine*

Morss J “Saving Human Rights from its Friends: A Critique of the Imaginary Justice of Costaz Douzinas” (2003) 27 *Melbourne University Law Review* bl 890

Mosekene D “Transformative Adjudication” – The Fourth Bram Fischer Memorial Lecture (2002) 18 *South African Journal of Human Rights* bl 309

Motha S “The Failure of ‘Postcolonial’ Sovereignty in Australia” (2005) 22 *Australian Feminist Law Journal* (elektroniese weergawe) bl 1

Motha S en Zartadoulides T “Law, Ethics and the Utopian End of Human Rights” (2003) 12 *Social Legal Studies* bl 243

Mureinik “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights” (2004) 10 *South African Journal of Human Rights* bl 31

Nedelsky J “Reconceiving autonomy: sources, thoughts and possibilities” (1989) 1 *Yale Journal of Law & Feminism* bl 7

Nedelsky J “Reconceiving rights as relationship” (1993) 1 *Review of Constitutional Studies* bl 1

Norris A “Jean-Luc Nancy and the Myth of the Common” (2000) 7 *Constellations* bl 272

Singer JW “Legal realism now” (1988) 76 *California Law Review* bl 465

Snyman J “Interpretation and the politics of memory” (1998) *Acta Juridica* bl 312

Streiter A “The Community according to Jean-Luc Nancy and Claire Denis” (2008) 12 *Film-Philosophy* bl 49

Thomson AJP “What is to become of ‘Democracy to come’?” (2005) 15 *Postmodern Culture* bl 1

Van der Walt AJ “Legal History, Legal Culture and Transformation in a Constitutional Democracy” (2006) 12-1 *Fundamina* bl 1

Van Marle “Constitution as archive” (2007) *Law and the Politics of Reconciliation* bl 215

Van Marle K “Laughter, refusal, friendship: thoughts on a jurisprudence of generosity” (2001) 1 *Stellenbosch Law Review* bl 194

Van Marle K “Lives of Action, thinking and revolt – A feminist call for politics and becoming in post-apartheid South Africa” (2004) 19 *Suid-Afrikaanse Publikereg / South African Public Lawbl* 605

### 6.3 Internet artikels

Schroeder J L “Left Against Rights: A Review of Douzinas, Human Rights and Empire” (2008) *Cardozo Legal Studies Research Paper* No. 225. Toegang SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1104773> – besoek op 24 November 2011

Shain R “Legal Education and Hierarchy: A Reply to Duncan Kennedy” University of Florida <http://www.lsus.edu/la/journals/ideology/contents/shainarticle.htm> – besoek op 16 Augustus 2010

### 6.4 Regspraak

*Dikoko v Mokhatla* CC 2006 (6) SA 235 (CC)

*Mabo v Queensland (No.2)*(1992) 175 CLR 1

*Pennsylvania Coal Co v Mahon* 260 US 393 (1922)

### 6.5 Wetgewing

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996