

Regswetenskap en regsfilosofie: 'n onontkombare vennootskap¹

P.J. van Niekerk
Dept. Publiekreg en Regsfilosofie
Potchefstroomse Universiteit vir CHO
POTCHEFSTROOM

Abstract

In this article the relationship between legal philosophy and legal science is compared with that of a partnership which implies that the partners have distinct reciprocal duties. In such a partnership a reformational approach in legal philosophy has the task of convincing other legal scientists that the former can make a meaningful contribution towards raising the level of legal research and education. This does not mean that legal scientists have to become legal philosophers; they do however, have the responsibility to take cognisance of important basic theoretical insights developed by a reformational legal philosophy. Such an approach could preclude them from attempts to reinvent the legal philosophical wheel, especially if they are prepared to stand on the shoulders of a long array of legal philosophical giants. The application of basic concepts of a reformational legal philosophy should, however, be done in a creative way in order to prevent them from becoming epigones. The danger of legal philosophical systematics becoming an intellectual straitjacket could only be avoided if it remains open (i) towards its own presuppositions, (ii) towards legal reality encompassing positive law and legal principles, (iii) towards other legal theories and (iv) towards other relevant disciplines. Furthermore, the possibility of a secularization of the contributions of a reformational legal philosophy is discussed. In conclusion the need for the acceptance of dynamic supra-arbitrary legal principles and possible contributions of a reformational legal philosophy accepting them, is underlined.

1. INLEIDING: 'N VENNOOTSKAP

In die titel word die relevansie van regswetenskap en regsfilosofie vir mekaar geïmpliseer. Die beeld van 'n vennootskap word gebruik omdat elke vennoot onder meer verplig is om 'n hydrae te maak, verplig is om te deel in verliese, verplig is om sorg te bestee en verplig² is om *uberrimae fides* (die hoogste goeie trou) aan die dag te lê. Du Plessis (1984:2) omskryf 'n vennootskap soos volg:

¹ Oorspronklik aangebied as intrecrede in die Departement Publiekreg en Regsfilosofie van die PU vir CHO.

² Vergelyk Bamford (1982:27 e.v.) oor die wedersydse verpligtinge van vennote.

... 'n vereniging van 2 of meer persone maar behoudens enkele uitsonderings, nie meer as twintig nie, wat kontraktueel teenoor mekaar gebonde is om 'n gesamentlike besigheid met winsbejag as hoofdoelstelling te dryf, die afgewerpte wins onder hulle almal te verdeel, terwyl elke vennoot ook geld, goedere of dienste in 'n gesamentlike vennootskapsvermoë moet inbring wat aldus tot die beskikking van en onderhewig aan die risiko van die mislukking van daardie onderneming gestel word.

By die mislukking van die onderneming en die eventuele ontbinding is elke vennoot *in solidum*, dit wil sê gesamentlik en afsonderlik, aanspreeklik.

Die vennootskap tussen regsfilosofie en regswetenskap impliseer die uitbou van alle dissiplines van die regswetenskap, terwyl die wins wat nagestreef word die verhoging van die peil in regswetenskaplike onderrig en navorsing is. Hierdie vennootskapsverhouding is onontkombaar omdat nie een van die vennote sonder die ander een sinvol kan funksioneer nie. Regsfilosofie sonder die wisselwerking met die ander regswetenskappe word 'n intellektuele geraamte terwyl die ander regswetenskappe sonder die teoretiese insette van die regsfilosofie ruggraatprobleme ontwikkel.

In onderskeiding van die filosofie wat die grondliggende samehange in die werklikheid naspur, is die regsfilosofie die juridiese vakfilosofie wat worstel met die grondslae en grondprobleme van die regswetenskappe, terwyl laasgenoemde die verskillende dissiplines wat aan regsfakulteite 'n plek verwerf het, insluit. Maar waarom is dit so dat 'n regsfilosofie wat sonder die verskillende dissiplines van die regswetenskap probeer funksioneer homself eintlik ondermyn? Die rede hiervoor is daarin geleë dat die regsfilosofie as vakfilosofie van die regswetenskappe net sinvol in wisselwerking met al die juridiese dissiplines kan voortbestaan. Dit gaan hier onder meer oor die toets van insigte, hipoteses, intuïesies, begrippe, teorieë ensovoorts, maar veral oor die bydrae wat die worsteling van die verskillende regswetenskaplike dissiplines met die nuutste regsontwikkelings, regspraak en wetgewing kan lewer om die regsfilosofie teoretiese opgeskerp te hou.

Die ander kant van die munt, naamlik die betekenis van die regsfilosofie vir die ander regswetenskappe, gaan nie net oor die vraag na die relevansie en dus die oorlewing van regsfilosofie aan ons regsfakulteite in die ander³ Suid-Afrika nie maar ook oor die *Selbstverständnis* van die vak, dit wil sê die wyse waarop regsfilosowe hul eie taak sien. Laasgenoemde het natuurlik alles te doen met relevansie, want hoe oortuig ek voorgraadse studente dat die vak 'n noodsaaklike plek in hul kurrikulum inneem, en indien

³ 'n Nuwe Suid-Afrika gaan dit nie wees nie want die armes en die magsdronkes sal nog steeds met ons wees.

ek hulle nie kan oortuig nie, hoe oortuig ek ten minste myself dat dit wel vir hulle eie beswil is.

'n Ander faset van die vennootskapsverhouding is die persepsies van die beoefenaars van ander regs wetenskappe rakende die regsfilosofie. Indien hulle oortuig is dat hulle sinvol sonder enige teoretiese insette van die regsfilosofie hulle wetenskaplike werk kan doen, is dit die taak van die regsfilosowe om met hulle in gesprek te tree. Hierdie oortuigingswerk moet bo alles gedoen word ter wille van die medeverantwoordelikheid van die regsfilosofie en sy intellektuele vennoot vir die wetenskaplike peil waarop hierdie wetenskappe beoefen word.

2. 'N EIETYDSE RELEVANSIESTRATEGIE VIR 'N REFORMATORIESE REGSFILOSOFIE⁴

Ek gebruik hier uitdruklik die byvoeglike naamwoord *reformatories* en die lidwoord 'n as alternatiewe vir *Christelik* en *die* om te beklemtoon dat daar meer Christelike en meer reformatoriese regsfilosofiese tradisies is as die een waarbinne ek my op akademiese gronde en uit geloofsoortuiging tuisvind. Laasgenoemde impliseer bewuste keuses met duidelike subjektiewe ondertone.

Natuurlik kan nie een van ons aan ons eie subjektiwiteit, individualiteit en ideale, gevorm deur onder andere geloofsoortuiging, universitêre opleiding asook die plek en tydsgewrig waarin ons leef, ontkom nie. Om jouself in jou eie konteks te plaas, lewer dalk weinig opwindende resultate, veral as jy 'n lid van 'n steeds bevoorregte groep is wat poog om in Afrika regsfilosofie te beoefen. Wanneer 'n mens in die lig hiervan onder die indruk kom van jou eie beperktheid en beperkinge, bevry dit jou nie van die akademiese vennootskapsverpligtinge wat 'n leeropdrag in regsfilosofie inhou nie.

'n Reformatoriese regsfilosofie wat aan die bogemelde oortuigingsgesprek met die ander regs wetenskappe wil deelneem, het dit miskien in sommige opsigte makliker en in ander moeiliker as 'n regsfilosofie wat nie openlik na sy eie voorteoretiese wortels en fundamente kyk nie.

'n Reformatoriese regsfilosofie het dit moeiliker omdat naas die 'normale' vooroordele wat die filosofie teister, naamlik dat dit noodwendig abstrak en onnodig moeilik is,

⁴ Vir my eie regsfilosofiese insigte vind ek veral aansluiting by Dooyeweerd (1969, 1984); Van Eikema Hommes (1976, 1983 en 1986) en Koekkoek (1978).

begrippe en teorieë boonop nog in verband gebring moet word met voorteoretiese vooronderstellings. Laasgenoemde aspek kan die foutiewe indruk wek dat godsdienst en wetenskap vermeng word. Indien dit nie die geval is nie, en reformatoriese regsfilosofie meer inhou as die onwetenskaplike vroomdoenery van 'n uitgelese klein groepie wat oor spesiale filosofiese vermoëns beskik, bestaan daar nog steeds die gevaar van isolasie van ander kollegas en bly dit dalk 'n moeilik bereikbare ideaal wat in bepaalde vakgebiede meer moontlik is as in ander.

'n Reformatoriese regsfilosofie het dit makliker omdat daar in wisselwerking met die positiewe reg en ander regswetenskappe reeds veel insigte ontwikkel is waarvan met vrug gebruik gemaak kan word. Hierdie oortuigingstrategie sal dus moet kan aantoon dat deur gebruikmaking van hierdie insigte dit moontlik gemaak word om meer bestaande probleme op te los as wat nuwes geskep word.

'n Eietydse relevansiestrategie moet met ander woorde op hierdie reeds verkreë insigte konsentreer. Van die sentrale bydraes wat 'n reformatoriese regsfilosofie kan maak, is geleë in wetenskaplike antwoorde op die vrae na die aard van die reg, geregtigheid, onreg, regsverval, strukturele geweld, kontrolering en beperking van regsbesag ensovoorts. Hierdie antwoorde hang almal ten nouste saam met die belangrike onderskeiding wat deur verteenwoordigers van 'n reformatoriese regsfilosofie gemaak word tussen regsbeginsels en regsnorme.

3. DIE EIS AAN REGSWETENSKAPLIKES OM REGSFILOSOFIES TE BESIN

Dit kan moontlik gesien word as 'n misplaaste kategoriese imperatief (of onverbidde-like morele bevel) om van alle regswetenskaplikes te verwag om eers/ook regsfilosoof te word. Voordat die belangrike rol van bogemelde onderskeiding tussen regsbeginsels en regsnorme bespreek word, moet aan 'n ander vraag aandag gegee word, naamlik die vraag of dit nie 'n oneffektiewe tydsbenutting meebring wanneer van 'n regswetenskaplike verwag word om 'n hele regsfilosofiese stelsel onder die knie te kry om sy dissipline beter te kan beoefen nie. Trouens, is dit nie moeilik genoeg om in die drukgang van onderrig en navorsing net voor of by te bly ten opsigte van die nuutste ontwikkelinge op sy vakgebied nie? Is dit nie onbillik om van 'n regswetenskaplike te verwag om nog boonop 'n regsfilosoof te word nie?

Omdat hier van 'n vennootskap sprake is, moet regswetenskaplikes gelukkig nie eers regsfilosowe te word om vrugbaar van regsfilosofiese insigte gebruik te kan maak nie, net so min as wat regsfilosowe in elke ander regswetenskap die taak van die betrokke

regswetenskaplikes kan of hoef oor te neem. Vanweë hulle gesamentlike verantwoordelikheid vir die regswetenskap as geheel moet hulle wedersyds op mekaar se onderskeie bydraes kan vertrou en steun ter wille van die uitbou van hul onderskeie vakgebiede. Die gesamentlike verantwoordelikheid beteken dat hulle in wisselwerking met mekaar van mekaar se belangrikste insigte gebruik maak sonder dat die een die ander se taak oorneem. Imperialistiese neigings van die regsfilosofie is dus net so gevaarlik as ivoortoringirrelevansie.

Daar kan egter gevra word: hoeveel regsfilosofie moet 'n regswetenskaplike onder die knie kry om sy deel van die vennootskapsooreenkoms te kan nakom? Hierop kan geantwoord word dat hy eerstens sensitief moet wees vir die invloed van teoretiese raamwerke en tweedens van voorteoretiese vooronderstellings op sy vakgebied. So 'n benaderingswyse impliseer 'n besef dat die teoretiese begrippe wat hy gebruik 'n geskiedenis het, dus deel vorm van die historiese ontwikkeling in sy vak en daarom nie sonder meer as gegewe aanvaar kan word nie. Die aanvaarding van geykte, oorgelewerde, tradisionele en gangbare opvattinge wat juis geyk is omdat niemand of slegs weinig hulle bevraagteken of omdat hulle heersend is, kan 'n teken wees van intellektuele gemaksg.

In die lig van nuwere ontwikkelings op die terrein van die wetenskapsteorie⁵ is die aanvaarding van die bestaan en invloed van voorteoretiese vooronderstellings en die teoretiese raamwerke wat daarin veranker is, 'n bevestiging van die standpunt wat binne die breër raamwerk van die reformatoriese regsfilosofie ontwikkel is aangaande die religieuse bepaaldheid van die wetenskaplike denke. Op die aard en rol van religieuse vooronderstellings word hieronder dieper ingegaan.

Naas hierdie sensitiwiteit vir teoretiese raamwerke en voorteoretiese vooronderstellings is 'n basiese skoling in en die gebruik van grondliggende regsfilosofiese begrippe, insigte en onderskeidings onontbeerlik. Wanneer op dié manier aansluiting gevind word by 'n bepaalde regsfilosofiese tradisie is dit onmoontlik om al die sistematies-regsfilosofiese insigte van so 'n tradisie tegelyk te bevraagteken: dit sou neerkom op 'n futiele poging om die regsfilosofiese wiel te herontdek in plaas daarvan om die speke soos hulle verouder en onbruikbaar raak, te vervang.

⁵ Vergelyk Van Niekerk (1987a:56-62); Botha (1990:58-73).

4. OP DIE SKOUERS VAN REUSE EN NIE IN HUL SKADUWEE NIE

Die gevaar dat 'n regswetenskaplike homself tot 'n epigoon degradeer wanneer hy binne die raamwerk van 'n skool of tradisie werk en dus aansluit by belangrike wetenskaplike figure bestaan altyd. Hierdie gevaar kan vermy word wanneer 'n mens op die skouers van intellektuele reuse⁶ staan en nie in hul skaduwee nie. So 'n vertrekpunt is slegs moontlik as jou eie akademiese aktiwiteite nie steeds in die skaduwee van hierdie reuse plaasvind nie, maar in dieselfde lig wat hulle akademiese landskap verlig. Die uitdaging is met ander woorde om nie 'n slaafse volgelinge te word van Calvyn of Dooyeweerd, of wie ook al nie, maar om te kyk na die horisonne waarna hulle kyk. Die enigste manier om dit te doen, is om die intellektuele pad wat hulle geloop het, saam met hulle te loop en nie op te hou waar hulle ophou nie. Hierdie beeldspraak kan natuurlik verkeerd geïnterpreteer word aangesien dit verwaand kan klink om te beweer dat jy op die skouers van reuse staan: per implikasie kyk jy dan neer op intellektuele tuinkabouters. 'n Dergelike misverstand kan vermy word deur te beklemtoon dat die reuse waarvan hier sprake is, genade ontvang het, nie net ten opsigte van hulle intellektuele vermoëns nie maar ook genade om as gelowige Christene vanuit die Skrifwoord na die Skeppingswoord te kyk. In die lig hiervan moet hulle miskien eerder vergelyk word met die geloofshelde van Hebreërs 11 wat intellektuele berge versit het in 'n intellektuele landskap wat oor eeue gedomineer is deur denkers wat uitgegaan het van die magtige gepretendeerde outonomie van die menslike denke.

5. IS 'N REGSFILOSOFIESE STELSEL NOODWENDIG 'N INTELLEKTUELE DWANGBUIS?

Tydens 'n besprekingsessie oor die rol van teoretiese raamwerke in die wetenskap het 'n jong dosent 'n paar maande gelede die stelling gemaak dat alle stelsels of sisteme en dus ook intellektuele stelsels noodwendig fascisties is aangesien dit eerder onvry as vry maak. Hierdie uitspraak is 'n goeie voorbeeld van die slegste vorm van alle oordele, naamlik vooroordele. Wanneer ek gebruik maak van die sistematiese insigte van 'n bepaalde regsfilosofiese tradisie, lewer ek myself slegs uit aan 'n intellektuele dwangbuis indien ek nie op 'n kreatiewe wyse daarmee omgaan nie. Hierdie gevaar wat sekerlik nie denkbeeldig is nie, kan vermy word deur hierdie sistematiek as oop en dinamies te ervaar en te hanteer.

⁶ Figure uit die geskiedenis en voorgeskiedenis van die reformatoriese regsfilosofie waaraan hier gedink word, sluit onder meer die volgende in: Augustinus, Calvyn, Groen van Prinsterer, Kuiper, Dooyeweerd, Van Eikema Hommes, L.J. du Plessis en Stoker.

'n Waarlik reformatoriese regsfilosofie moet in vier rigtings oop wees vir tweerigting-verkeer:

- * *Eerstens* moet daar openheid wees ten opsigte van eie grondaannames of voorteoretiese oortuigings wat die volgende insluit: In Christus is alles geskape in onselfgenoegsame heenwysing na die ware Oorsprong. In Hom hou alle dinge na die sondeval stand en in Hom is verlossing moontlik. Skepping dui op die ordelikeheid, dit wil sê die eie-aard, verskeidenheid en onselfgenoegsaamheid van verskynsels, natuurwette en normatiewe raamwerke in die regswerklikheid wat in gevolge die instandhoudende genade nie verlore gaan nie, maar dit vir alle mense, ook ongelowiges, moontlik maak om regskeppend op te tree en selfs regverdigde regsreëls te positiver. Die sondeval bied 'n verklaring vir die oorsprong van die kwaad in juridiese sin, naamlik alle vorme van onreg. Vir die gelowige beteken verlossing die openbaring van die dieper sin van geregtigheid in Christus as vleesgeworde Woord. Uit hierdie voorteoretiese grondaannames spruit die aanvaarding van die onselfgenoegsaamheid en sondegebrokenheid van alle skeppingsverskynsels, ook die wetenskaplike denke wat altyd slegs voorlopige resultate lewer, dus relatief is en daarom altyd gereformeer moet word. Wanneer 'n reformatoriese regsfilosofie die dinamiese wisselwerking met voorteoretiese oortuigings ignoreer, ontstaan die gevaar dat dit die huidige stand van regsfilosofiese sistematiek tot intellektuele kanon verhef. As wetenskaplike dwangbuis maak dit dan nie net die aanhangers van 'n regsfilosofiese sistematiek onvry nie, maar dit lei ook tot onverdraagsaamheid teenoor diegene wat nie hierdie uitgangspunte deel nie. Ook andersdenkende geesgenote word met hierdie gekanoniseerde regsfilosofiese knuppel geboelie.
- * *Tweedens* moet daar openheid bestaan ten opsigte van die geskape regswerklikheid wat die positiewe reg sowel as regsbeginsels omvat. Die positiewe reg moet steeds ernstig geneem word: geen regsteoretiese poging om teorieë te ontwikkel, mag aan die positiewe reg verbygaan nie. Die positiewe reg is vir die teoretiese ontdekking of blootlegging van regsbeginsels van groot belang, omdat hierdie beginsels in die norme of reëls van die positiewe reg gepositiver word.
- * *Derdens* is openheid ten opsigte van die regswetenskappe en alle juridiese teorieë wat enigsins 'n bydrae kan lewer noodsaaklik. Dit is hoogs interessant en relevant dat in die kontemporêre internasionale regsfilosofiese diskussie⁷ die aanvaarding

⁷ Vergelyk Van Niekerk (1991a) vir 'n bespreking van Dworkin (1978) en Alexy (1985) se bydraes in hierdie verband.

van die bestaan van regsbeginsels juis beskou word as die enigste manier om aan die valse dilemma van 'n keuse tussen regspositivisme en natuureg te ontkom.

- *Vierdens* moet daar openheid ten opsigte van alle relevante nie-juridiese vakwetenskappe wees. 'n Regsfilosofiese sistematiek wat byvoorbeeld nie van die nuutste ontwikkelings binne die sosiologie en taalkunde kennis neem nie, sal wat die regsosiologie en regshermeneutiek betref, beslis nie kan tred hou nie.

'n Reformatoriese regsfilosofiese sistematiek wat in hierdie vier opsigte oop bly en dinamies sy eie insigte, begrippe en teorieë toets en dus reformeer, sal sy medeverantwoordelikheid ten opsigte van die juridiese wetenskappe kreatief nakom.

Openheid ten opsigte van al vier windrigtings bly dus lewensnoodsaaklik. Dat die voorteoretiese aannames die religieuse slagaar van 'n reformatoriese regsfilosofie is, beteken egter nie dat die ander drie verwaarloos mag word nie. Tog kan die vermoede ontstaan dat onverdraagsaamheid teenoor diegene wat nie hierdie uitgangspunte deel nie onontkombaar is. Die vraag ontstaan of andersdenkendes nie noodwendig uitgesluit word van die worsteling met hierdie religieuse vertrekpunte nie. Is dit nie wetenskaplik onverantwoord om enigiemand van enige wetenskaplike diskoers op religieuse gronde uit te sluit nie? Beteken dit voorts dat diegene wat nie geesgenote is nie, ook nie van die resultate van 'n reformatoriese regsfilosofie gebruik mag maak of daarmee in diskussie mag tree nie? Is die hooggeroemde openheid waarvan hierbo sprake is dan niks meer as 'n rookskerm waargter die onverdraagsaamheid van eenrigtingverkeer verberg word nie? Is dit met ander woorde 'n outoritêre eenrigtinggesprek met andersgeoriënteerdes wat nie kan of mag terugpraat nie?

In die volgende afdeling word hierdie kwelvrae in oënskou geneem.

6. IS DIE SEKULARISASIE VAN DIE SISTEMATIESE INSIGTE VAN 'N REFORMATORIESE REGSFILOSOFIE MOONTLIK?

Kan die resultate van 'n reformatoriese regsfilosofie losgemaak word van die voorteoretiese wortels daarvan? In sy huldiging van H.J. van Eikema Hommes in die 1985 *Jaarboek* van die Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen meen Van Haersolte (1986:XXI-XXII) dat dit wel moontlik is. Hy vergelyk die wysgerige hoofwerk van Dooyeweerd, *De Wijsbegeerte der Wetsidee*, wat in 1935-1936 verskyn het en *Der Aufbau der Realen Welt* van Nicolai Hartmann wat 'n paar jaar later verskyn het. Op grond daarvan kom hy tot die gevolgtrekking dat 'n reformatoriese regsfiloso-

fie soos dié van Dooyeweerd, waarin die eie-aard en samehang van werklikheidsverksynsels beklemtoon word en dus enige verabsoluttering en -ismevorming afgewys word, nie ekslusief Christelik hoof te wees nie. Hy sien die koppeling van sistematiese regs-filosofiese insigte en religieuse uitgangspunte as die hoofrede vir die isolasie van Dooyeweerd se filosofie in Nederland. Met sekularisasie bedoel Van Haersolte klaarblyklik die losmaak van die teoretiese standpunte en resultate van die reformatoriese filosofie van Dooyeweerd van sy eie voorteoretiese religieuse wortels.

Paul Cliteur, wat een van Van Eikema Hommes se assistente aan die Vrije Universiteit was, poog om hierdie sekularisasie deur te voer. Hy aarsel nie om homself 'n humanis te noem nie, en volgens hom wil hy 'n posthume gesprek met Dooyeweerd oor die humanisme voer (Cliteur, 1989:xii). Van Eikema Hommes het Cliteur beïnvloed in die keuse van die tema van sy proefskrif waarin die vermyding van die teenstelling van natuurreg en regspositivisme deur middel van 'n sintese 'n sentrale rol speel. Hoewel hy dit as 'n probleem ervaar dat hy nie Calvinisties of gereformeerd is nie, gee hy nogtans sy waardering van die reformatoriese tradisie "vanuit een humanistiese of wereldlijke hoek" (Cliteur, 1989:xi) te kenne. Sy kritiek op Dooyeweerd en Van Eikema Hommes staan dan ook direk hiermee in verband. Hul beroep op struktuurtipes vir hul regstaatbeskouing noem hy 'n illusie wat neerkom op 'n beroep op "platoniesch aandoende schimmige voorstellingen" (Cliteur, 1989:343). Hy het veral probleme met Van Eikema Hommes se begroning van regsbeginsele in God se skepperswil aangesien dit vir 'n humanis onaanvaarbaar is en nie in die wetenskaplike forum aanvaarbaar gemaak kan word nie.

Cliteur bevestig nie net dat vooronderstellings 'n deurslaggewende rol in die wetenskap speel nie, maar ook dat hierdie vooronderstellings nie in die wetenskaplike forum aanneemlik gemaak kan word nie. Die vraag waarom dit hier gaan, is deur Habermas (1973:381; 1981:48, 62, 70) treffend geformuleer as die vraag na die dwanglose dwang van die beste argument.⁸ Volgens hom is die enigste dwang wat in wetenskaplike gesprekke en diskussies toelaatbaar is, indien 'n mens rasioneel en wetenskaplik wil bly, die dwang van die beste argument. Hierdie benadering gaan uit van die gepreterende outonomie of selfgenoegsaamheid van die menslike rede wat self 'n voorwetenskaplike vooronderstelling is wat nie met wetenskaplike argumente reg of verkeerd bewys kan word nie.

Sonder om as apologet vir Dooyeweerd of Van Eikema Hommes op te tree, kan gestel word dat hulle die eerste was wat sou erken het dat hierdie dwang, juis vanweë die

⁸ Vergelyk in hierdie verband Van Niekerk (1982:68-82).

religieuse bepaaldheid van die wetenskaplike denke, nie kan geld ten opsigte van die religieuse vooronderstellings nie. Hulle sou die laaste gewees het om van Cliteur, Van Haersolte of wie ook al te verwag om op wetenskaplike gronde te aanvaar dat die oorsprong van bo-willekeurige regsbeginsele in God se skepperswil geleë is. Religieuse vooronderstellings kan immers nie met wetenskaplike argumente of metodes reg of verkeerd bewys word nie, juis vanweë die voor- of nie-wetenskaplike aard daarvan. Aristoteles en Thomas van Aquino se godsbewyse is klassieke voorbeelde van sirkelredenasies wat eintlik niks meer bewys as die bestaan van hierdie denkers se religieuse vooronderstellings nie. Van Haersolte en Cliteur se argument dat die voorwetenskaplike religieuse vooronderstellings van die reformatoriese tradisie nie in die wetenskaplike forum aanneemlik gemaak kan word nie, kan dus nie 'n legitieme verwyting wees nie, maar hoogstens 'n aanduiding van die aard van hierdie vooronderstellings. Cliteur (1989:409, 410, 423, 534) se eie vooronderstellings kan net so min in die wetenskaplike forum aanneemlik gemaak word. Hy tipeer sy eie mens- en vryheidsopvatting as humanisties. Hieruit vloei sy begroning van bo-willekeurige regsbeginsele voort, wat deel vorm van 'n konserwatiewe kultuurreg wat die produk van 'n ontwikkeling binne 'n kultuur is.

Dat die sogenaamde dwang van die beste argument nie ten opsigte van religieuse vooronderstellings geld nie, beteken egter nie dat daar in ander opsigte slegs van 'n eenrigtinggesprek met nie-Christene sprake is nie. Hoewel ons dieselfde regswerklikheid vanuit ons verskillende religieuse vooronderstellings verskillend interpreteer, is 'n sinvolle gesprek moontlik oor stande van sake of, soos die Duitsers dit noem, oor die *Natur der Sache*.

7. DIE BESTAAN EN KENBAARHEID VAN REGSBEGINSELS: 'N VOORWAARDE VIR 'N REFORMATORIESE REGSFILOSOFIE?

In teenstelling met Cliteur wat nie die vooronderstellings van die reformatoriese standpunt deel nie maar tog die bestaan van bo-willekeurige regsbeginsele aanvaar, ontken L.M. du Plessis dat regsbeginsele kenbaar is (en vermoed hy moontlik dat hulle nie bestaan nie) hoewel hy die vooronderstellings van die reformatoriese tradisie deel. Hoewel hy sy eie benadering tipeer "... as that of a Christian with Calvinist leanings" (Du Plessis, 1992:101) reageer Du Plessis (1992:95, 101) teen 'n model van Christelike politiek wat 'n aanspraak maak op ewigdurende bestendigheid. Die relevansie van 'n Christelike benadering is vir Du Plessis eerder 'n eksistensiële as 'n 'strukturele' aangeleentheid. In die Christelike tradisie vind die voorkeur vir reëlmatigheid in die

organisering van sosiale verhoudinge volgens hom uitdrukking deur God se skeppingsorde in verband te bring met die basiese strukture van (of wette vir) die samelewing en sosiale instellings. Hy betwyfel dit dat die menslike verstand oor die vermoë beskik om van God se skepping die gesaghebbende plan of ontwerp, waarvolgens God die skepping geskape het en in stand hou, te abstraher. Hy haal vervolgens Prediker 3:11 aan, waarin duidelik gestel word dat die werk van God van die die begin tot einde nie deel van hierdie werklikheid is nie en dat die menslike rede dit nie kan peil nie. Du Plessis lê klem op die dinamiek van die geskiedenis en God se werksaamheid daarin. God openbaar hom eerder hierin as in 'skeppingstrukture' wat statiese abstraksies van die menslike rede is. Du Plessis staan krities teenoor sulke konstante strukture omdat die resultaat van die vertroude daarop hoogstens oeroptimisme, en op sy slegste, utopisme is. Hierdie strukture maak die vergelyking van verskillende sosiale reëlings in verskillende plekke en op verskillende tye moontlik, wat tot die gevolgtrekking lei dat die eie reëling superieur is ten opsigte van andere omdat dit die meeste ooreenstem met die wette van die skepping. Hierdie konstante strukture is volgens hom die onontkombare resultaat van Dooyeweerd se siening van die rol van die geskiedenis as 'n leidende funksie in die proses van ontsluiting of verdieping en dus die beskaafmaking van sosiale instellings met die verloop van tyd.

Du Plessis gaan daarvan uit dat alle soeke na en ontdekking van bo-willekeurige regsbeginne die genoemde resultate, wat deur hom as verwerplik beskou word, moet hê.

Die kritiek van Du Plessis moet met erns bejeen word, nie net omdat hy 'n geesgenoot is nie, maar omdat hy inderdaad op slaggate wys waarin 'n reformatoriese regsteorie mag val indien dit nie dinamies oop bly na sy eie voorteoretiese uitgangspunte, na die regswerklikheid (positiewe reg en regsbeginne), asook na alle teorieë wat 'n bydrae kan lewer nie. My eie verstaan van 'n reformatoriese regsfilosofie en die betekenis en rol van regsbeginne daarin verskil egter in belangrike opsigte van dié van Du Plessis. Enersyds weerspreek hy homself in meer as een opsig. Andersyds gee hy 'n interpretasie van die sienings van hierdie skool wat hoogstens toegeskryf kan word aan onder meer apologete van apartheid wat bepaalde insigte van die reformatoriese regsfilosofie van Dooyeweerd gebruik het om hul eie politieke siening te ondersteun.

Du Plessis se sienings is in bepaalde opsigte in stryd met sy eie uitgangspunte. Du Plessis (1992:94; 1987:100-122) verwys na die positiewe bydrae wat die Calvinistiese teorie van soewereiniteit in eie kring lewer om owerheidsgesag te kontroleer en vryheid van assosiasie en individuele vryheid te waarborg. Hy maak self gebruik van begrippe soos sosiale strukture, state, regering, menseregte en kontrolering van

owerheidsgesag (Du Plessis, 1992:99-103). Ten spyte hiervan is daar volgens hom óf geensins sprake van bo-willekeurige beginsels en/of strukture waaraan die reg en sosiale en politieke strukture van die samelewing gebonde is en wat grense en take stel vir owerheidsgesag nie, óf indien hierdie beginsels en strukture wel bestaan, is hulle nie kenbaar nie.

Waarna verwys die begrippe wat Du Plessis gebruik of gaan hy nominalisties te werk? Is die begrippe wat gebruik word, slegs name wat ons uit gewoonte aan 'n bepaalde groep verskynsels gee? Du Plessis sal sekerlik nie ontken dat die begrippe 'dier' en 'plant' verwys na dinge in die natuurwerklikheid wat juis diere of plante genoem word omdat hulle die struktuur vertoon, dit wil sê die eienskappe vertoon van diere en plante en gebonde is aan natuurwette wat kenbaar is nie. Wat die regsworklikheid betref, impliseer sy standpunt dat regsorgane (howe, parlememente, regerings, ensovoorts), indien hulle bestaan, wel te danke is aan raamwerke wat êrens iets met die onkenbare werk van God te doen het. Ook impliseer sy standpunt dat ons slegs die naam 'regsorgaan' aan hierdie versameling verskynsels gee omdat ons uit ons ervaring leer dat hulle regsorgane is. Teoreties kan ons dan verder niks hieroor sê nie.

Deur sy ontkenning van die kenbaarheid van regsbeginnels en -strukture verloor Du Plessis die belangrikste teoreties-prinsipiële argument van die reformatoriese tradisie ten gunste van gekontroleerde regering en teen staatsabsolutisme. Omdat hy nie van hierdie insig gebruik maak nie, is hy aangewese op die liberaal-Westerse verworwenhede, aangevul deur die sosiale etos van Afrika met sy kommunalisme, in soverre dit nie in stryd is met bepaalde Christelike oortuigings nie.

Een van die belangrikste vrae aan Du Plessis is die vraag na die oorsprong van die sosiale en politieke strukture (waaronder die staat) wat hy as 'n werklikheid aanvaar, indien hy nie die bestaan van bo-willekeurige beginsels en strukture aanvaar nie? Waar kom hierdie strukture volgens hom vandaan? Is die sosiale strukture, asook die regsreëls in 'n samelewing, bloot die produk van sosiale evolusie wat deur die mens alleen daargestel is? Is die staat, soos Hobbes, Locke en Rousseau beweer het, die produk van 'n sosiale verdrag en is die enigste maatstaf vir die inhoud van wetgewing 'n formalistiese meerderheidstem (soos deur Rousseau voorgestaan) waarvolgens die minderheid die minderheid kan dwing om vry te wees? Die belangrikste teenspraak in Du Plessis se denke is dat hy dus enersyds die werklikheid van die skepping erken, maar op die vlak van teorievorming die betekenis daarvan vir mensgemaakte reëls en sosiale instellings ontken. Watter alternatief bied Du Plessis se standpunt vir die nominalistiese verdragskonstruksie en die Rousseauiaanse meerderheidstirannie?

Indien Du Plessis die bestaan van hierdie normatiewe raamwerke aanvaar - raamwerke wat deel vorm van God se werk, maar dit vir hom hoofsaaklik gaan oor die kenbaarheid daarvan deur die menslike rede, kan gevra word of hy nie die rol van openbaring aan en bekering van die menslike denkaktiwiteit onderbeklemtoon nie. Die gepretendeerde selfgenoegsaamheid van die menslike rede wat reeds sedert die ou Griekse denkers in die Westerse wêreld aanvaar word, word deur die breë reformatoriese tradisie afgewys, omdat dit juis ontken dat die denke van die mens ook deur die sondeval getref is en daarom in Christus kan deel aan die verlossing. Die betekenis van die onderskeiding van Skrifwoord en Skeppingswoord vir 'n reformatoriese regsfilosofie en regswetenskap kan in hierdie konteks nie onderskat word nie. Juis omdat aan ons as gelowiges in die Skrifwoord geopenbaar word dat dit God is wat in Christus geskape het, kan ons met die bril van die geopenbaarde Skrifwoord kyk na die Skeppingswoord waardeur God in Christus die skepping in stand hou. Daar moet onmiddellik beklemtoon word dat ons, ten spyte van hierdie tweërlei openbaring, in die gebrokenheid van die teenswoordige skepping, ten dele sien en ten dele ken en daarom steeds die gebrokenheid, voorlopigheid en relatiewiteit van ons teorieë en denke moet bely en beleef. Dit bly vir gelowiges die enigste middel teen die oeroptimisme en utopisme waarteen Du Plessis tereg waarsku. Hierdie duidelike waarskuwing van Du Plessis hoef egter nie te lei tot die ontkenning van die moontlikheid om teoreties insig te verkry in die normatiewe beginselraamwerke waaraan die mens en sy kultuuraktiwiteite gebonde is nie.

Met sy ontkenning van die kenbaarheid van regsbeginnels ontnem Du Plessis homself voorts die enigste sinvolle alternatief vir regspositiwisme. Ten spyte van die groot verskeidenheid variasies op die regspositiwistiese tema is daar veral een eienskap wat hulle in gemeen het: 'n ontkenning van die juridiese en bo-willekeurige materiële inhoud⁹ van regsnorme. Hierdie inhoud word volgens die tradisionele regspositiwisme bepaal deur die veranderlike heersende morele, politieke en ideologiese opvattinge in 'n samelewing. Dit kan lei tot die formele aanvaarding van onregverdige regsnorme. Hoewel die aanvaarding van die bestaan en kenbaarheid van bo-willekeurige regsbeginnels sekerlik nie as noodsaaklike voorwaarde vir alle variante van 'n reformatoriese regsfilosofie beskou kan word nie, lewer die ontkenning daarvan tog bepaalde probleme. 'n Regsfilosofiese benadering wat die kenbaarheid en/of bestaan van bo-willekeurige regsbeginnels ontken, word tog in meer as een opsig weerloos gelaat.

Hoewel ek dus van Du Plessis verskil, bejeën ek sy kritiek op die skeeftrekkings en dus perversering van die reformatoriese tradisie met groot erns en waardering.

⁹ Dit wil sê die beginselinhoud of -bepaaldheid van regsnorme deur bo-willekeurige regsbeginnels.

8. DIE DINAMIESE KARAKTER VAN RELATIEF KONSTANTE BO-WILLEKEURIGE REGSBEGINSELS ¹⁰

God se wet wat natuurwette en bo-willekeurige regsbeginsele omvat, vorm die grens tussen Skepper en skepping waardeur God in Christus die skepping op dinamiese wyse in stand hou. Die dinamiese karakter van regsbeginsele hang juis ten nouste daarmee saam in dié opsig dat hulle nie soos natuurwette (of soos deur die tradisionele natuurreg beweer is) te alle tye op alle plekke vir alle mense geld nie. Dit beteken egter nie dat 'n mens regsbeginsele kan ignoreer nie. Terwyl die gevolge van die verontagsaming van natuurwette onmiddelik intree, moet regsbeginsele deur mense in regsnorme opgeneem, en dus gepositiveer word voordat daar van gelding, oortreding en sanksies of maatreëls teen die oortreders sprake kan wees. Die dinamiese karakter van regsbeginsele kom daarin na vore dat nie alle regsbeginsele in alle samelewings gepositiveer word nie. Wanneer daar in 'n samelewing nog nie sprake is van 'n relatief gedifferensieerde regsorde, waarin 'n publiekregsfere en siviele privaatregsfere naas mekaar in die positiewe reg erken word nie, kan regsbeginsele wat tipies aan hierdie sfere is, dit wil sê net in onderskeie publieke en private regsfere voorkom, nie gepositiveer word nie. Op die dinamiese karakter van regsbeginsele word hieronder by die bespreking van die verskille tussen skynreg of non-reg en onreg ingegaan.

9. MOONTLIKE POSITIEWE BYDRAES VAN 'N REFORMATORIESE REGSFILOSOFIE

Die moontlikheid dat 'n reformatoriese regsfilosofie 'n positiewe bydrae kan lewer, word gekoppel aan die aanvaarding van die bestaan en kenbaarheid van die bo-willekeurige regsbeginsele. Hierdie aanvaarding kan verseker dat die volgende probleme sinvol opgelos word.

- *Die probleem van 'n tertium comparationis vir die regsvergelyking word ondervang.* In die lig van kritiek op die funksionele skool, asook pogings om die stelsel- of sisteemteorie vir die regsvergelyking vrugbaar te maak, blyk dat regsvergelyking sonder die implisiete of eksplisiete hantering van 'n *tertium comparationis* as vergelykingsmaatstaf vir twee of meer regstelsels of regsverskynsels binne dieselfde regstelsel, nie moontlik is nie. In die basiese aanname, waarvan alle regsverge-

¹⁰ Vergelyk Van Niekerk (1987b:56-59) vir die onderskeid tussen regsbeginsele en regsnorme en Van Niekerk (1991b:163-166) vir voorbeelde van verskillende regsbeginsele.

lykers implisiet of eksplisiet uitgaan, naamlik dat die vergelykende materiaal vergelykbaar is, skuil daar voorts die vooronderstelling dat daar iets is wat dit vergelykbaar maak. 'n Reformatoriese regsfilosofie wat in sy sistematiek die bo-willekeurige regsbeginsele blootlê wat aan alle positiewe reg ten grondslag lê, bied 'n sinvolle *tertium comparationis* vir regsvergelykende ondersoek.¹¹

- * *Die onderskeiding tussen reg en skynreg of non-reg word moontlik gemaak.* Skynreg dui op regreëls of regsnorme wat deur regsorgane uitgevaardig word maar wat nie as reg beskou kan word nie. Dergelike 'regsnorme' ignoreer die konstitutiewe regsbeginsele en is niks anders as skynreg of non-reg nie. Hulle kan ook konstitutief beginselstrydig genoem word. Hierdie regreëls of regsnorme word met ander woorde nie deur kompetente regsorgane daargestel nie, het nie regskrag nie, vertoon geen juridiese proporsionaliteit nie, ensovoorts.
- * *'n Sinvolle manier om tussen regverdige en onregverdige reg te onderskei, word moontlik.* Regsnorme waarin slegs die konstitutiewe regsbeginsele gepositiveer is, is regulatief beginselstrydig, dit wil sê hulle is onregverdige regsnorme. Binne regulatief beginselstrydige of onregverdige regsordes kan feitelike menslike handelinge in stryd of in ooreenstemming wees met bepaalde regsnorme, dit wil sê normstrydig of normkonform. Wanneer slawerny deel van die positiewe reg uitmaak in so 'n regstelsel, tree die slawebesitter konstitutief beginselkonform en normkonform op. Dit bly egter regulatief beginselstrydig, omdat dit onder meer in stryd is met die algemene regulatiewe beginsel van menswaardigheid.
- * *Die aanvaarding van bo-willekeurige, relatief konstante, dinamiese regsbeginsele is 'n teoreties-steekhoudende alternatief vir die valse dilemma van 'n keuse tussen regspositivisme en natuurreg.* Een van die vrae wat teruggaan na sommige van die eerste denkers in die Westerse denke oor die reg, is die vraag of daar geregtighedsmaatstawwe is waaraan die positiewe reg in 'n samelewing gemeet kan word. Op hierdie vraag is reeds sedert die Griekse denke in hoofsaak twee antwoorde gegee. Eerstens is daar die regspositiwistiese benadering wat die vraag ontken-nend beantwoord, aangesien die positiewe reg die enigste geldende reg sou wees. Omdat daar volgens hierdie benadering geen bo-positiewe geregtighedsmaatstawwe is nie, is die positiewe reg dit wat byvoorbeeld die wetgewer sê dit is. Die persoon of groep wat dus beheer oor die wetgewende *mag* in 'n samelewing uit-oefen, bepaal dus wat die *reg* in daardie samelewing is - vandaar die stelling: *mag* is *reg*. Die tweede benadering is dié van die tradisionele natuurreg wat daarvan

¹¹ Vergelyk Kockkock (1978:493-539), Van Reenen (1990) en Van Niekerk (1991a).

uitgaan dat daar regsreëls is wat vir alle plekke, tye en mense geld en waaraan die geregtigheidsinhoud van die positiewe reg in 'n spesifieke samelewing getoets kan word. Hierdie regsreëls geld *per se*, dit wil sê *as sodanig*, net soos natuurwette sonder dat menslike vormgewende aktiwiteit enige rol speel. Albei hierdie benaderings is egter problematies: regspositiwisme, omdat die 'brutaalste onreg' in die positiewe reg vergestalt kan word sonder dat daar die moontlikheid bestaan om dit juridies te veroordeel; natuurreg, omdat dit innerlik teenstrydig is - indien sowel die positiewe reg as die natuurreg geld. En wanneer die positiewe reg in stryd met die natuurreg is, kan gevra word watter een van die twee die voorrang het. Indien die positiewe reg die voorrang het, beteken dit dat die natuurreg nie *as sodanig* geld nie. As die natuurreg die voorrang het, moet dit die positiewe reg wat daarmee in stryd is, breek, dit wil sê veroorsaak dat dit nie geld nie. Maar wie dwing die natuurreg af? Indien elke onderdaan self sou besluit watter positiefregtelike reëls in stryd met die natuurreg is, sou dit chaos veroorsaak, aangesien daar geen regsekerheid sou wees nie. Indien die wetgewer hieroor sou besluit, beteken dit dat die gelding van die natuurreg tog afhanklik is van menslike aktiwiteit en nie soos natuurwette *per se* geld nie. 'n Keuse tussen hierdie twee benaderings is dus 'n valse keuse.

- Met behulp van hierdie onderskeiding tussen konstitutiewe en regulatiewe regsbeginnels kan aan twee sake 'n duideliker omlýning gegee word, naamlik *regsontwikkeling (of -regressie) en strukturele geweld*. Hoekom is daar sprake van regsontwikkeling wanneer in die Romeinse reg die *ius gentium* tot stand kom of in die Engelse reg die *equity courts* ontstaan? Hoe word die belang van die resepsie van die Romeinse reg vir die regsontwikkeling in Wes-Europa verklaar? Op watter gronde kan die moderne barbaarsheid wat na 1933 in Duitsland intree of die konsekwente invoer van apartheid na 1948 in Suid-Afrika as regsverval beskou word? Om die val van die Berlynse muur en die voorafgaande verkrummeling van 'n verroeste ystergordyn te verklaar as Gods hand of sy dinamiese werking in die geskiedenis sluit nie uit dat hierdie hand dieselfde hand is wat die skepping in stand hou en skeppingsheining vir die mens daarstel waarteen hy hom vasloop en waardeur hy gestuit word nie. Regsontwikkeling vind plaas wanneer die regulatiewe regsbeginnels in 'n samelewing gepositiveer word en sodoende die konstitutiewe regsbeginnels (wat in alle regsordes aanwesig is) ontsluit en verfynd word in die rigting van groter geregtigheid. Strukturele geweld kan gesien word as die ongeregtheid wat voortspruit uit onder meer regsregressie asook regstagnasie. Dit beteken dat regulatiewe regsbeginnels wat in die eerste geval reeds gepositiveer is, opgekort word, en in die tweede geval dat die positivering daarvan weens stagnasie in die regsontwikkeling teruggehou word. Strukturele geweld kan dus

nie as minder erg as sogenaamde fisiese geweld beskou word nie, aangesien die ongeregtigheid wat positiewe regsnorme inhou, fisiese geweld tot gevolg kan hê wanneer hiervolgens gestraf word.

- * *Eurosentrisme kan vermy word.* Wanneer die bestaan en/of kenbaarheid van regs-beginsels ontken word, kan die relevansie van positiefregtelike norme en regs-figure uit Europa en Noord-Amerika vir die Derde Wêreld moeilik verklaar word. Indien hierdie *Errungenschaften* of verworwenhede van die positiewe reg van Europa en Noord-Amerika nie gesien word as die positivering van regsbeginsels, wat die raamwerk vorm vir alle regsordes nie, is dit juis Eurosentristies om enigsins te beweer dat byvoorbeeld fundamentele regte of regstaatlikheid vir Afrika relevant is. Een van die probleme met Du Plessis se benadering is die moontlikheid dat hy teen sy eie bedoeling in van Eurosentrisme verdink kan word. Wanneer hy beweer dat Afrika "is crying out for a rights culture" (Du Plessis, 1992:103) impliseer hy dat menseregte 'n moet is vir ons kontinent. Waarom moet Afrika hierdie Westerse manier van die kontrolering van owerheidsgesag en die opleë van take aan die owerheid van die Westerse lande oorneem. Moet Afrika nie sy eie oplossings soek nie? Is daar nie in die onkenbare werk van God 'n eie unieke gesaghebbende plan of ontwerp vir Afrika nie? Die vraag na die belang al dan nie van fundamentele regte vir Afrika kan sinvol beantwoord word deur verwysing na die normatiewe beginselraamwerke waaraan alle regs- en staatsvorming onwillekeurig gebonde bly. Met sy aanname insake die onkenbaarheid van hierdie raamwerke het Du Plessis homself hierdie moontlikheid ontnem.
- * *'n Sinvolle verklaring kan gegee word vir die materiële gelding van regsnorme.* Kelsen se *Grundnorm* as hipotetiese vooronderstelling of fiksie gee slegs 'n verklaring vir die formele gelding van regsnorme. Volgens hom (Kelsen, 1949 en 1960) kan die geldigheid van 'n regsnorm (wet) nie bevraagteken word op grond daarvan dat dit in stryd met een of ander morele of fisiese waarde is, nie aangesien 'n regsnorm geldig is op grond van die feit dat dit geskep is volgens 'n definitiewe regsreël. Hy gaan uit van 'n hiërargie van verskillende vlakke van regsnorme en regsreëls sodat 'n norm met objektiewe gelding berus op 'n vorige norm wat weer op sy beurt op 'n vorige norm berus totdat by 'n basisnorm of *Grundnorm* uitgekome word. 'n Regter se bevoegdheid om in 'n bepaalde geval reg te spreek, berus volgens hom op 'n wet van die parlement wat weer op die grondwet van die staat berus. Laasgenoemde berus weer op 'n vorige grondwet en sy voorgangers, totdat by die histories-eerste grondwet uitgekome word. Die histories-eerste grondwet is nie self die basisnorm nie, maar berus op die basisnorm wat soos volg lui: handel volgens die voorskrifte

van die histories-eerste grondwet. Hierdie basisnorm was aanvanklik volgens Kelsen van hipotetiese aard, aangesien dit noodwendig logies veronderstel moes word om sodoende die gelding van die wette in 'n bepaalde regsorde in stand te hou. Later is Kelsen die mening toegedaan dat die basisnorm 'n totale fiksie¹² is, dat dit glad nie bestaan nie. Die magtiging van die parlement om wette te maak, kom dus van 'n hoër gesag wat as fiksie veronderstel word.

Indien Kelsen se *Grundnorm* inderdaad 'n fiksie is, ontstaan die vraag na die materiële inhoud van die regsnorme van byvoorbeeld 'n grondwet. Wanneer 'n grondwetgewende vergadering 'n grondwet opstel, berus die materiële gelding van die regsnorme wat in daardie grondwet gepositieer word op materiële bo-willekeurige regsbeginne. Indien dit nie die geval is nie, bestaan daar geen bo-positiewe materiële grondslae vir die positiewe reg nie, en is die oorsprong van die grondwet slegs in hierdie regsorgaan geleë, dit wil sê in die mense wat die grondwet opstel. Indien dit die geval sou wees, sou die nominalistiese kontrakteoretici nie ver verkeerd wees nie.

10. SLOTBESKOUING

In hierdie artikel is die verhouding tussen regswetenskap en regsfilosofie aan die hand van die beeld van 'n onontkombare vennootskap omskryf en moontlike bydraes van 'n reformatoriese regsfilosofie beklemtoon. Die sewe voorbeelde wat in die vorige afdeling ter illustrasie kortliks bespreek is, is egter slegs 'n paar van die bydraes wat gemaak kan word. Ten slotte kan na sewe ander probleme verwys word wat ewe belangrik is maar vanweë die beperkte omvang van 'n artikel hier slegs genoem kan word: (i) die siening dat die sogenaamde formele reg (proses- en bewysreg) slegs adjektiewe formele aanhangsels van die materiële of substantiewe reg is; (ii) die opvatting dat die onderskeid tussen publiekreg en privaatreë geen teoreties-prinsipiële of wesenonderskeid is nie maar slegs 'n doelmatigheidsverdeling; (iii) die strydvraag oor die moontlike toekenning van regsobjektiwiteit aan diere om hulle sodoende beter regsbeskerming te kan gee; (iv) die ontkenning van die bestaan van publieke subjektiewe regte vir die staat as publieke regspersoon; (v) die problematiese gebruiklike indeling in die Suid-Afrikaanse reg van die regsbelange wat by persoonlikheids-goedere betrokke is by die subjektiewe regte;¹³ (vi) die aanname dat regspersone nie die ekwivalent van die sogenaamde persoonlikheidsregte het nie; (vii) die

¹² Vergelyk van Eikema Hommes (1981:210).

¹³ Vergelyk Van Niekerk (1990a).

onderskeiding van kategorieë fundamentele regte wat naas die onderskeiding van die sogenaamde generasies fundamentele regte vir die regs wetenskap en regspraktyk van belang is.¹⁴

Ook hierdie sewe verdere probleme wat slegs in die vennootskapsverhouding tussen regs wetenskap en regsfilosofie 'n sinvolle oplossing kan vind, put nie die vervlegting en raakvlakke tussen asook samewerkingsterreine van hierdie dissiplines uit nie. Hierdie onontkombaarheid van die vennootskap tussen regs wetenskap en regsfilosofie beklemtoon die gesamentlike en afsonderlike verantwoordelikheid van hierdie vennote vir die verhoging van die peil van regs wetenskaplike onderrig en navorsing.

11. BIBLIOGRAFIE

- ALEXY, R. 1985. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a/M : Suhrkamp.
- BAMFORD, B. 1982. *Bamford on the Law of Partnership and Voluntary Association in South Africa*. Kaapstad : Juta.
- BOTHA, M.E. 1990. *Metateoretiese perspektiewe op die sosiale wetenskappe*. Potchefstroom : PU vir CHO.
- CLITEUR, P.B. 1989. *Conservatisme en cultuurrecht. Over de fundering van recht in rechtbeginselen*. Amsterdam : Drukkerij Cliteur.
- DOOYEWEERD, H. 1969. *Encyclopaedie der rechtswetenschap*. 6 Volumes. Amsterdam : HJ Paris.
- DOOYEWEERD, H. 1984. *A New Critique of Theoretical Thought*. 4 Volumes. Ontario : Paideia Press.
- DU PLESSIS, L.M. 1987. *Vryheid in gesagsverskeidenheid*. *De Jure*, 20(1):100-122.
- DU PLESSIS, L.M. 1992. *The Value of a Christian Approach in Politics (In Christian Education in the African Context. Proceedings of the African Regional Conference of the International Association for the Promotion of Christian Higher Education, 4-9 March 1991, Harare, Zimbabwe. Grand Rapids : IAPCHE and Potchefstroom : PU for CHE. p. 89-104.)*
- DU PLESSIS, P.A. 1984. *Vennootskap as ondernemingsvorm (In Van Jaarsveld, S.R. red. Suid-Afrikaanse Handelsreg. Volume III. 2de uitgawe. Johannesburg : Lex Patria. p. 1-59.)*
- DWORKIN, R. 1978. *Taking Rights Seriously*. London : Duckworth.
- HABERMAS, J. 1973. *Kultur und Kritik. Verstreute Aufsätze*. Frankfurt a/M : Suhrkamp.
- HABERMAS, J. 1981. *Theorie des kommunikativen Handelns Band I*. Frankfurt a/M : Suhrkamp.
- KELSEN, H. 1949. *General Theory of Law and State*. Cambridge Mass. : Harvard Univ. Press.
- KELSEN, H. 1960. *Reine Rechtslehre*. Wenen : Deuticke.
- KOEKKOEK, A.K. 1978. *Partijleiders en kabinetsformatie. Een rechtsvergelijkende studie over de rol van partijleiders bij de kabinetsformatie in Engeland, West-Duitsland, België en Nederland*. Deventer : Kluwer.
- VAN EIKEMA HOMMES, H.J. 1976. *De samengestelde grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische metodologie*. Zwolle : WEJ Tjeenk Willink.
- VAN EIKEMA HOMMES, H.J. 1981. *Hoofdlijnen van de geschiedenis de rechtsfilosofie*. Kluwer : Deventer.

¹⁴ Vergelyk Van Niekerk (1990b en 1991a:163-168).

- VAN EIKEMA HOMMES, H.J. 1983. De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie. Deventer : Kluwer.
- VAN EIKEMA HOMMES, H.J. 1986. De wijsgerige grondslagen van de rechtssociologie. Deventer : Kluwer en Zwolle : WEJ Tjeenk Willink.
- VAN HAERSOLTE, R.A.V. 1986. Levensbericht van Hendrik Jan van Eikema Hommes. (Oordruk uit die 1985-Jaarboek van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen. In Van Eikema Hommes, H.J. De wijsgerige grondslagen van de rechtssociologie. Deventer : Kluwer en Zwolle : WEJ Tjeenk Willink. p. XXI-XXVI.)
- VAN NIEKERK, P.J. 1982. Demokratie und Mündigkeit - eine kritische Auseinandersetzung mit der politischen Philosophie von Jürgen Habermas. (Ongepubliseerde proefskrif - J.W. Goethe Universität, Frankfurt a/M.)
- VAN NIEKERK, P.J. 1987a. Paradigmaverskuiwing in Afrikanerdenke? *Politikon*, 14(1):54-71.
- VAN NIEKERK, P.J. 1987b. Waardes as norme en as metanorme/beginsels. *Koers*, 52(2):48-73.
- VAN NIEKERK, P.J. 1990a. Is persoonlikheidsregte subjektiewe regte? *Tydskrif vir Regswetenskap*, 15(2):28-45.
- VAN NIEKERK, P.J. 1990b. Categories of Fundamental Rights and Constitutional Reform in South Africa. *Suid-Afrikaanse Publikereg*, 5(1):80-90.
- VAN NIEKERK, P.J. 1991a. A Critical Analysis of Robert Alexy's Distinction between Legal Principles and Rules and its Relevance for his Theory of Fundamental Rights. *Philosophia Reformata*, 56:158-170.
- VAN NIEKERK, P.J. 1991b. Metodologicse probleme van die regswetenskap as grondvrae vir regsvergelyking. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg*, 54:458-474.
- VAN REENEN, T.P. 1990. Paradigms in Comparative Law: A Critique. (In Mouton, J. en Joubert, D. eds. Knowledge and Method in the Human Sciences. Pretoria : HSRC. p. 444-459.)