

# ‘N REGSFILOSOFIESE SOEKE NA POLITIEKE GEOORLOOFDHEID: DIE SPANNING TUSSEN PROSEDURE EN SUBSTANSIE

deur Jan-Harm de Villiers\*

*Abstract: This article examines the conflict between procedure and substance. Substance should be favoured above procedure because where substance is at the heart of a legitimacy mechanism, collective decision-making can take place that makes a positive contribution and constructs an ethical society. Lawfulness and morality should be connected to give practical effect to such a model. Apartheid laws were collective decisions that were procedurally lawful, but were morally unsatisfactory. When a citizen faces a law that is immoral, and in terms of Aquinas irrational, it is not a law at all, and it should be resisted.*

## 1 Inleiding

Daar word elke dag politieke besluite geneem om gemeenskapsaksies te koördineer en hulpbronne asook sosiale konflik te hanteer. Soos wat duidelik geïllustreer kan word aan die hand van historiese gebeure, is hierdie besluite ‘n magtige reguleringsmeganisme wat verreikende gevolge inhou vir elkeen wat daardeur geraak word. Politieke besluite wat geneem is deur die Apartheidsregering het swart mense afgesonder en die mees fundamentele menseregte van hulle ontnem. Politieke besluite het 50 000 Rwandese Tutsi’s se dood veroorsaak<sup>1</sup> en 3.5 miljoen Jode na die gaskamer gestuur.<sup>2</sup>

Dekades na die wreedaardighede van die Hollocaust en Apartheid word ek steeds elke dag gekonfronteer met ‘n samelewing wat gestroop is van geregtigheid. As regsstudent sien ek hoe geregtigheid, as maatstaf vir etiese gedrag, vervang word deur blindelinge gehoorsaamheid aan regsbepalings, en hoe die reg verlaag word tot ‘n instrument waardeur immorele politieke ideale die samelewing binnedring en verweselik word. Die reg behoort in my opinie nie bloot ‘n prosedurele reguleringsmeganisme te wees wat ‘n sisteem van reëls daarstel nie. Die reg behoort ‘n aktiewe rol te speel in die konstruering van ‘n etiese samelewing waarin die opvatting van sosiale geregtigheid nie onetiese gedrag duld nie, selfs as daar ‘n prosedure of reël is wat sodanige optrede toelaat. Dit kan, in my opinie, slegs gebeur indien ons streef na ‘n opvatting van geregtigheid

\* BCom (Regte), finale jaar LLB student, Universiteit van Pretoria.

<sup>1</sup> B Barnett (2003) *Eyewitness to a Genocide: The United Nations and Rwanda*.

<sup>2</sup> B Lang (2001) *Act and Idea in the Nazi Genocide*.

soos die waarop Antigone aanspraak maak wanneer sy vir Polynices begrawe, en waarop Nelson Mandela steun wanneer hy die Apartheidswette teëstaan. Vervolgens argumenteer ek ten gunste van 'n substantiewe begrip van geoorlooftheid wat verder strek as 'n sosiologiese en positivistiese verstaan van politiek en die reg.

Een van die belangrikste en mees kontroversiële kwessies in politieke filosofie is die definiëring en vasstelling van die bronne van politieke regverdiging. Hierdie probleem beliggaam belangrike implikasies vir die regsfilosofie, ons begrip van die reg en die ontwerp van politieke instansies. Verantwoording vir politieke besluitneming behoort gefundeer te wees op 'n doelmatige regverdigingsteorie. Die gebrek aan 'n universeel aanvaarde standaard van wat reg en verkeerd is bemoeilik natuurlik die aanspraak op politieke geoorlooftheid. Verder sal daar as gevolg van politieke pluralisme nooit absolute eenstemmigheid wees in die soeke na die mees gepaste kollektiewe besluit nie.

Die kwessie van politieke geoorlooftheid staan in noue verband met ander probleemkwessies soos dié van politieke outoriteit, die rol van beredenering in politieke besluitneming en die beperkinge en tekortkominge van die demokratiese konsep. Dit is egter nie my doel om al hierdie kwessies aan te spreek nie. Vir die doeleindes van hierdie artikel fokus ek op wat, in my opinie, die kern van die legaliteitsprobleem uitmaak, naamlik die bestudering van politieke besluite in die lig van die spanning tussen die ideale van demokrasie en basiese (mense-) regte. Hierdie is slegs een perspektief op 'n multidimensionele probleem, en ek verbind dit met die spanning tussen twee patrone van politieke regverdiging, proseduralisme en substantivisme. Habermas<sup>3</sup> meen:

[t]he two sources of legitimation also compete with each other in the history of political philosophy. Liberalism and civic republicanism disagree on whether the 'liberty of the moderns' or the 'liberty of the ancients' should enjoy priority in the order of justification ... If the normative justification of constitutional democracy is to be consistent, then it seems one must rank the two principles, human rights and popular sovereignty. To be legitimate, laws, including basic rights, must either agree with human rights (however this in turn are legitimated) or issue from democratic will-formation. On the first alternative, the democratic lawgiver may decide in a sovereign manner only within the boundaries of human rights; on the second alternative, the democratic lawgiver can set up any constitution it wants, and, as the case may be, violate its own basic law, thus impairing the idea of the constitutional state.

Aangesien politieke besluite 'n kollektiewe reaksie tot 'n sosiale konflik of vraagstuk is, behoort dit gemaak te word vanuit 'n

<sup>3</sup> J Habermas 'Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principles?' (2001) 29 *Political Theory* 767.

invalshoek wat die openbare belang bevorder.<sup>4</sup> Die tipe optrede wat gesien word as ‘in die openbare belang’ en die inhoud van sodanige ‘openbare belang’ is die ontologiese vraagstukke wat aandag geniet wanneer die legaliteitsprobleem aangespreek word.

Drie fundamentele beginsels in verband met die geoorlooftheid van politieke besluite kan onderskei word. Eerstens is die gesagelement gemoeid met die vraag na wie politieke besluite moet neem. Tweedens kan ‘n prosedurele ondersoek na die wyse waarop politieke besluite geneem behoort te word identifiseer word (prosedurele element). Laastens hou die substansiële element verband met die inhoud van die politieke besluite. Terwyl al drie elemente ooglopend verwant en relevant is tot politieke regverdiging, word al drie elemente nie altyd aangespreek in die hantering van die geoorloofheidsvraagstuk nie. Talle regverdigingsteorieë het as uitgangspunt dat ‘n politieke besluit regverdig kan word deur een van die elemente aan te spreek en ‘n gevolg ten aansien van die ander elemente te veronderstel. Verder lei die ontwikkeling van ‘n regverdigingsteorie gegrond op een van die elemente dikwels daartoe dat kernkwessies van die ander elemente terselfdertyd (by implikasie) aangespreek word. Vir doeleindes van hierdie artikel sal ek nie argumenteer rondom die gesagelement nie en ‘n demokratiese konsep van gesag aanneem aangesien beide skole van grondwetlike liberalisme en demokrasie min of meer dieselfde standpunt ten opsigte van hierdie kwessie huldig. Gevolglik aanvaar ek dat die gesag om staatsmag uit te oefen voortspuit uit die kollektiewe besluite van die lede van ‘n gemeenskap.<sup>5</sup> Dit diskwalifiseer natuurlik nie my ondersteuning van ‘n teorie wat die populêre-soewereiniteitsbeginsel beperk nie. Om ‘n demokratiese konsep ten aansien van die gesagelement aan te neem impliseer bloot dat daar nie ‘n ander gesag as die gemeenskap (mense) self is nie. Ek voer geensins aan dat hierdie gesag nie vir substantiewe redes beperk moet word nie. Ek is egter van mening dat die vrae na hoe die gesag besluite moet neem (prosedurele element) en wat die inhoud van daardie besluite moet wees (substantiewe element) nie vrae is wat onafhanklik van mekaar bestudeer kan word nie aangesien afsonderlike implementering konflik veroorsaak. Hierdie konflik kan op drie maniere benader word:

- (1) Die bestaan van die konflik kan erken word, en ‘n posisie ten gunste van proseduralisme kan ingeneem word.

<sup>4</sup> Mármol J ‘The Sources of Legitimacy of Political Decisions: Between Procedure and Substance’ in LJ Wintgens (ed) *The Theory and Practice of Legislation* (2005) 260.

<sup>5</sup> ‘The fundamental idea of democratic legitimacy is that the authorization to exercise state power must arise from the collective decisions of the members of a society who are governed by that power.’ J Cohen ‘Procedure and substance in deliberative democracy’ in J Bonham & W Rehg (eds) *Deliberative democracy* (1997) 407.

(2) Die bestaan van die konflik kan erken word, en 'n posisie ten gunste van substantivisme kan ingeneem word.

(3) Die bestaan van die konflik kan ontken word, en beide ideale kan herinterpreteer word om beide ewe bestaanbaar te maak.

Gevolglik is die primêre doel van hierdie artikel om die spanning tussen die denkskole van proseduralisme en substantivisme te ondersoek. Nadat hierdie spanning ondersoek is, sal ek kommentaar lewer op argumente ten gunste van elk van die twee denkskole. Ek sal dan argumenteer ten gunste van 'n substantiewe benadering deur te steun op die praktiese implikasies van die navolging van 'n prosedurele regverdigingsmeganisme onder die segregasiebeleid van die Apartheidsregime. Ten slotte sal ek ondersoek instel na die persoonlike konflik wat 'n individu in die gesig staar wanneer sy konfronteer word met 'n ongeoorloofde wet, en wat haar te doen staan.

## 2 Proseduralisme versus substantivisme

Soos hierbo verduidelik, is proseduralisme gemoeid met die vraag na 'hoe' die gesag 'n besluit moet neem, terwyl substantivisme vra na 'wat' die gesag moet besluit. Hierdie is egter nie twee onafhanklike vrae nie. Indien dit die geval was, sou daar geen dilemma in die eerste plek gewees het nie: daar sou 'n reaksie tot die prosedurele vraag gewees het (byvoorbeeld, populêre soewereiniteit) en nog 'n reaksie op die substantiewe vraag (gebaseer op liberale regte). Indien beide ideale in praktyk implementeer word, ontstaan daar egter konflik. Daarom stel ek voor dat 'n tweede-orde benadering, wat beide vrae integreer, identifiseer word.

Ter bestudering van hierdie tweede-orde benadering kan 'n onderskeid getref word tussen radikale proseduralisme aan die een kant van die spektrum en radikale substantivisme aan die ander kant. Volgens 'n radikale proseduralis hang die geoorlooftheid van 'n politieke besluit uitsluitlik af van die prosedure ingevolge waarvan die besluit geneem is, aangesien daar geen universele standaard van reg en verkeerd bestaan wat toegepas kan word nie. Daarteenoor argumenteer 'n radikale substantivis dat, aangesien daar wel substantiewe standaarde van reg en verkeerd bestaan, 'n politieke besluit slegs geoorloof is indien sodanige standaarde bevredig word en dat die prosedure van besluitneming irrelevant is. Daar is natuurlik verskeie standpunte wat posvat tussen hierdie twee ekstreme, elk wat tot 'n mindere of meerdere mate die belang van die standpunt op die teenpool erken. Deur te verwys na die konsep van konstitusionele demokrasie en te steun op die werke van Habermas en Dworkin,

identifiseer Mármol<sup>6</sup> 'n posisie wat in die middel van die uiterste teenpole staan. Habermas stel dat:

[T]hese alternatives [to give priority to human rights or to give it to popular sovereignty] contradict a strong intuition. The idea of human rights that is spelled out on in basic rights may neither be imposed on the sovereign lawgiver as a limitation nor be merely instrumentalized as a functional requisite for legislative purposes. In a certain way, we consider both principles as equally original. One is not possible without the other, but neither sets limits on the other. The intuition of 'co-originality' can also be expressed thus: private and public autonomy require each other. The two concepts are interdependent; they are related to each other by material implication.<sup>7</sup>

Die kern van Habermas se posisie is derhalwe dat beide basiese regte en demokrasie, beide private en publieke outonomie, wedersyds afhanklik is. Die beskerming van basiese regte is 'n noodsaaklike voorwaarde om die ideaal van populêre soewereiniteit te verwesenlik, en die uitvoer van politieke regte in 'n demokratiese sisteem is 'n noodsaaklike voorwaarde vir die uitoefening van basiese regte. Ek is egter van mening dat daar nie werklik 'n konkrete middelgrond bestaan nie en dat 'n benadering gegrond op konstitusionele demokrasie eerder onder 'n substantiewe siening behoort te resorteer. Ek steun Dworkin se beskouing van grondwetlike demokrasie ten opsigte van sy argument dat regte, per definisie, demokrasie beperk. Dworkin meen dat grondwetlike demokrasie 'n radikale prosedurele verdediging van populêre soewereiniteit (wat steun op meerderheidsregering) verwerp. Hy voer aan:

[Constitutional democracy] denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational. It takes the defining aim of democracy to be a different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect ... Democracy means government subject to conditions – of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason.<sup>8</sup>

Beide Habermas en Dworkin meen egter dat grondwetlike demokrasie in essensie die spanning tussen regte en populêre soewereiniteit vermy, omdat hulle konseptueel interverwant is. Ek stem hiermee saam. Indien demokrasie gedefinieer word om regte te beliggaam, en ons sluit politieke deelname en publieke outonomie in die Handves van Regte in, bestaan daar in essensie geen spanning tussen

<sup>6</sup> Mármol (n 4 bo) 264.

<sup>7</sup> Habermas (n 3 bo) 767.

<sup>8</sup> R Dworkin *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution* (1997) 17.

demokrasie en regte nie. Enige demokratiese besluit wat nie fundamentele regte respekteer nie, sal nie geag word 'n uitvoer van populêre soewereiniteit te wees nie, maar 'n misbruik daarvan. As die Grondwet wat fundamentele regte verskans nie demokratiese prosedures by die maak van politieke besluite voorskryf nie, behoort dit as ongeldig beskou te word.

### 3 Verwerping van radikale proseduralisme

My verwerping van radikale proseduralisme berus grotendeels op my siening dat erkenning van menseregte nooit buite rekening gelaat kan (of behoort te) word by enige kollektiewe besluit nie. Gestel dat 'n spesifieke prosedure van kollektiewe besluitneming aangeneem word, byvoorbeeld meerderheidsbesluitneming. Neem verder aan dat die prosedure nie aangeneem word vir arbitrêre redes nie maar dat die gemeenskap se ondersteuning van sodanige prosedure berus op geldige redes: Demokrasie word bo ander prosedures soos diktatorskap verkies omdat dit die mees gepaste prosedure in die lig van fundamentele waardes soos individuele outonomie, menswaardigheid en gelykheid is. Verder behoort meerderheidsbesluitneming, of enige ander prosedure, geïmplementeer te word aan die hand van die uitoefening van regte en verpligtinge, byvoorbeeld die reg tot politieke deelname<sup>9</sup> en die reg tot vryheid van spraak.<sup>10</sup> Al hierdie regte beklemtoon konstituerende reëls van die einste prosedure en gevolglik slaag 'n radikale proseduralis nie daarin om menseregte totaal en al buite rekening te laat nie – 'n mate van oorweging is onvermydelik.

As substantivis, volg ek derhalwe 'n menseregte-benadering en argumenteer ek dat slegs kollektiewe besluite wat basiese regte respekteer en beskerm, geoorloof kan wees. Mármol<sup>11</sup> kritiseer so 'n prosedure en identifiseer argumente ten gunste van 'n prosedurale geoorloofdheidsmodel, waarop ek vervolgens graag kommentaar lewer.

Eerstens argumenteer Mármol dat daar sekere politieke kwessies is wat nie (direk of indirek) gemoeid is met menseregte nie. Aangesien hulle nie verwant is aan substantiewe morele vraagstukke nie, behoort die besluite nie as geoorloof of ongeoorloof beskou te kan word nie. As voorbeeld, verwys Mármol na padverkeersreëls en meen dat 'n patroon van geoorloofdheid in so 'n geval ontbreek. Ek is egter van mening dat alle kollektiewe besluite, al is dit net indirek, in verband gebring kan word met individuele belange en gevolglik ook regte. Die primêre doel van padverkeersreëls is tog sekerlik om

<sup>9</sup> Art 19(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

<sup>10</sup> Art 16(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

<sup>11</sup> Mármol (n 4 bo) 265.

gemeenskapsaksies te koördineer sodat elke individu se veiligheid bevorder kan word.

Tweedens word aangevoer dat die onvermydelike bestaan van pluralisme en die uitdagings wat die identifisering van juiste substantiewe beginsels voortbring, die aanneem van 'n besluitnemingsprosedure noodsaak. Die prosedure ingevolge waarvan die politieke besluit geneem word is nie irrelevant nie aangesien 'n diktatoriale besluitnemingsproses, selfs al sou dit 'n regverdig uitkoms voortbring, sekere substantiewe beginsels skend. Hierdie argument hou in my opinie nie water nie. Die blote *neem* van 'n politieke besluit veronderstel dat so 'n besluit ingevolge een of ander prosedure daargestel is. Die aanwesigheid van 'n prosedure is derhalwe 'n voorvereiste. Die *geoorlooftheid* van die besluit kan egter steeds aan die hand van die substansie van die besluit beoordeel word. 'n (Diktatoriale) besluit wat nie 'n individu se reg tot politieke deelname respekteer nie, kan nie geoorloof wees nie. Ek argumenteer gevolglik dat die keuse van 'n spesifieke besluitnemingsprosedure neutraal is van substantiewe beginsels in soverre die inhoud van die besluit aan die hand van 'n substantiewe geoorlooftheidsteorie regverdig of verwerp kan word.

Laastens wys Mármol op Michelman<sup>12</sup> se argument dat 'n substantivus gewoonlik steun op onafhanklike standaarde van geoorlooftheid (wat in grondbeginsels uitgedruk word) wanneer politieke besluite beoordeel word. Die beginsels besit egter nie stabiele betekenis en waarde onafhanklik van hul interpretasie en toepassing in sake nie. 'n Besluit ten aansien van die interpretasie en toepassing van die beginsel moet gemaak word en die prosedure word daarom relevant. Weereens ontken ek nie die bestaan (of relevansie) van een of ander prosedure nie, maar die voor die hand liggende antwoord op hierdie argument is: die *effek* wat aan hierdie grondbeginsels gegee word sal bepaal of die besluit geoorloof is al dan nie. Die doel van die hele prosedure (interpretasie en toepassing van die grondbeginsels) is tog immers om tasbare gevolge daar te stel.

Alhoewel die drie moontlikhede vir die hantering van die konflik tussen prosedure en substansie wat hierbo genoem is steeds bly staan, bestaan daar goeie redes vir die verwerping van 'n radikale prosedurale regverdigingsmeganisme. Soos hierbo genoem, speel prosedure egter wel 'n onvermydelike rol en sal 'n radikale substantivistiese benadering gevolglik nie noodwendig die mees bevredigende resultate in praktyk oplewer nie. Die ideaal is 'n intermedieë posisie wat 'n balans handhaaf tussen prosedure en substansie, populêre soewereiniteit en basiese regte, terwyl voorkeur gegee word aan substansie.

<sup>12</sup> F Michelman 'Morality, identity and constitutional patriotism' (1999) 4 *Denver University Law Review* 1023.

## 4 Die voorstel van versagte substantivisme

Nadat ek beide ekstreme posisies verwerp het en aangevoer het dat 'n geoorloofde model benodig word wat beide prosedurale en substantiewe elemente kombineer, kan twee alternatiewe ondersoek word: Daar kan voorkeur gegee word aan substansie (versagte substantivisme) of daar kan voorkeur gegee word aan prosedure (versagte proseduralisme). Die afwesigheid van 'n suiwer prosedurale geregtigheidsmeganisme en volmaaktheid in politieke besluitneming, is nog 'n argument wat geopper kan word ten gunste van (versagte) substantivisme. Hierdie argument spruit voort uit die geloof dat daar onafhanklike standaarde van geoorloofde bestaan en dat ons nie staat maak op enige prosedure om resultate voort te bring wat hierdie standaarde bevredig nie. Politieke besluitneming is dus feilbaar en nie alle politieke besluite is geoorloof nie. Daarteenoor kan versagte proseduraliste ook glo in die bestaan van sodanige onafhanklike standaarde en die mees gepaste prosedure voorstel om hierdie standaarde te bevredig, of die blote bestaan van 'n onafhanklike standaard uitdaag. Die vraag na die bestaan en aard van 'n onafhanklike standaard van geoorloofde is 'n meta-etiese vraag wat volgens Mármol<sup>13</sup> relatief irrelevant is en gevolglik buite rekening gelaat kan word deur 'n versagte proseduralis. Die soeke na politieke geoorloofde sentreer egter in my opinie op die meta-etiese vraag en kan, soos wat ek sal poog om te bewys, nie buite rekening gelaat word nie.

### 4.1 Die relevansie van die meta-etiese vraag

Die vraag na die bestaan van 'n onafhanklike standaard van geoorloofde is 'n meta-etiese vraag in soverre hierdie standaard geag word 'n morele grondslag te hê. Soos reeds geargumenteer, slaag 'n radikale proseduralis nie daarin om alle substantiewe oorwegings buite rekening te laat nie. Een prosedure word verkies bo 'n ander op grond van een of ander substantiewe waarde, welke waarde proses-onafhanklik is. Dit beteken dat die politieke besluitnemingsproses begin moet word met 'n substantiewe en onafhanklike standaard, of altans dat sodanige standaard voorveronderstel moet word. Indien hierdie standaarde nie voorveronderstel word nie, wil dit vir my voorkom dat ons die moontlikheid van regverdige politieke besluite moet ontken en gevolglik ook die blote nosie van geoorloofde. Dit is derhalwe duidelik dat die meta-etiese vraag nie een is wat ooit buite rekening gelaat kan word nie aangesien ekstreme skeptisisme teenoor meta-

<sup>13</sup> Mármol (n 4 bo) 267.



etiesk verwerp moet word om politieke geoorlooftheid in die eerste plek moontlik te maak.

Die reg neem staanplek in tussen politiek en moraliteit. Die reg het spesifieke funksies met betrekking tot beide politiek en moraliteit: dit is 'n medium vir die bereiking van kollektiewe politieke doelwitte, maar het ook 'n rol te speel in die morele sosiale integrasie van die gemeenskap. Moderne reg is selfstandig maar behou steeds skakels met politiek en moraliteit. Wetgewing funksioneer as die kanaal waardeur politieke invloede die reg binnetree. Wat moraliteit aanbetref kan daar verwys word na wetgewing, wat gesien kan word as 'n direkte versterking van morele konsepte, byvoorbeeld in die veld van familiereg. In kontemporêre gemeenskappe word die wetgewer egter meestal gemotiveer deur politieke motiewe wat dikwels lei tot kollektiewe besluite wat nie morele standarde bevredig nie.

Indien die bestaan van politieke pluralisme erken word, is dit duidelik dat daar in praktyk verskeie onafhanklike morele waardes (of onafhanklike standarde van politieke geoorlooftheid) bestaan. Hierdie pluralisme impliseer sosiale konflik, wat 'n vereiste vir politieke besluitneming is. Vanuit hierdie perspektief beskou, is pluralisme nie moreel skadelik vir politieke besluitneming nie, maar as 't ware die *raison d'être*.

#### 4.2 Die bestaan van politieke pluralisme

Soos reeds hierbo genoem, word kontemporêre gemeenskappe gekarakteriseer deur 'n afwesigheid aan eenstemmigheid. Hierdie is een van die mees kenmerkende eienskappe van kontemporêre sosiale verhoudinge en een van die belangrikste uitdagings vir politieke filosofie. Mense verskil oor morele waardes, mense verskil oor die regte metodes om sodanige morele waardes vas te stel en selfs oor die blote bestaan van hierdie waardes. Verder verskil mense natuurlik ten aansien van konkrete politieke besluite en oor die gepaste middel waardeur politieke besluite geneem behoort te word. Dit beteken dat hierdie verskille, vir die doeleindes van my soeke na politieke geoorlooftheid, op drie vlakke relevant is:

- (1) Verskille oor die bestaan en inhoud van onafhanklike standarde van geoorlooftheid.
- (2) Verskille oor die beste (epistemologiese) prosedure om die inhoud van hierdie onafhanklike standarde van geoorlooftheid vas te stel (en derhalwe om die eerste vlak verskille op te los).
- (3) Verskille oor die beste prosedure om, in die lig van die verskille op die ander twee vlakke, politieke besluite te neem.

Hierdie drie vlakke van verskille is die gevolg van politieke pluralisme. Ek poog nie om politieke pluralisme hier voor te hou as 'n teorie wat die ontologiese pluraliteit en onmeetbaarheid van morele waardes

verduidelik nie, maar as 'n blote feit van ons sosiale realiteit wat, ten minste, die praktiese bestaan van onafhanklike morele waardes illustreer. Wanneer ons aandag skenk aan substantiewe patrone van geoorlooftheid benodig ons 'n goeie epistemologiese basis waarop rekenskap vir sodanige patrone basseer kan word. Met ander woorde, vir 'n ideale substantiewe beoordeling van geoorlooftheid behoort ons in staat te wees om 'n wyd aanvaarde manier te vind om die inhoud van sodanige substantiewe patrone vas te stel. Wat derhalwe benodig word is 'n patroon van geoorlooftheid wat erken kan word deur alle rasionele mense.

### 4.3 Politieke geoorlooftheid en moraliteit

'n Belangrike onderskeid kan getref word op hierdie stadium. Ek het reeds bepaal dat die bestaan van substantiewe patrone voorveronderstel moet word. Terselfdertyd het ek rekening gehou met die epistemologiese probleme wat voortspruit uit die vasstelling van die presiese inhoud van hierdie patrone. Drie elemente moet gevolglik met mekaar versoen word:

- (1) Die aanname dat daar iets soos (objektiewe) morele juistheid is;
- (2) Die epistemologiese vraagstuk, wat probleme oplewer wanneer daar gepoog word om die inhoud van morele juistheid te bepaal;
- (3) Die noodsaak om 'n wyd aanvaarde patroon van politieke geoorlooftheid te hê.

Hierdie drie elemente kan in my opinie versoen word deur te erken dat die konsepte van politieke geoorlooftheid en morele juistheid verwant is. Daar sal dan effek gegee kan word aan die ingewing dat 'n geoorloofde besluit moraliteit moet beliggaam. Die gevolge van politieke besluite wat imoreel is en nie erkennig verleen aan basiese menseregte nie, sal later in hierdie artikel illustreer word.

Die wette van 'n staat kan natuurlik beskryf word as die land se sisteem van geregtigheid, maar daar is niks ongewoon aan 'n burger wat besluit dat sekere wette van die land ongeoorloofd is nie. Soos Hart<sup>14</sup> verduidelik: '[W]e think and talk of "justice according to law" and yet also of the justice or injustice of laws'.

Benewens die feit dat mense verskil in hul individuele assessering van wette as geoorloof of ongeoorloof, tree 'n onderliggende onenigheid tussen 'n morele sisteem en 'n regsisteem na vore. Maar wat is 'n burger geregtig (of verplig) om te doen indien sy op grond van gepaste redes besluit het dat 'n wet ongeoorloofd is? Ek sal later terugkeer na hierdie vraag.

<sup>14</sup> HLA Hart *The concept of law* (1961) 7.

Uiteindelik moet ons, aangesien daar geen volmaakte betroubare prosedure is nie, die feilbaarheid van enige politieke besluitnemings-prosedure erken. As ons egter ons geloof in onafhanklike standarde handhaaf en politieke geoorlooftheid en morele juistheid verwant hou, behoort ons die politieke prosedure te kies wat die waarskynlikste morele juistheid sal bewerkstellig.

## 5 Regspleging tydens Apartheid: Kollektiewe besluitneming en die reg

Die twintigste eeu kan gekarakteriseer word as 'n eeu van positiewe reg, 'n era waarin die soewereine wetgewer seëvier. In die loop van hierdie era, veral tydens die ontwaking van die sosiale welvaartstaat, is daar toenemend gesteun op wetgewing in 'n bewuste poging om gemeenskapsaksies te koördineer – vanaf ekonomiese sisteme tot die sfeer van burgers se alledaagse lewens. Veral burokrate en politici het die reg gesien as 'n hulpmiddel tot sosiale konstruering. Die probleme wat voortgespruit het uit hierdie instrumentalisering van die reg het egter in die laaste dekades van die twintigste eeu meer ooglopend geword: die juridifikasie van sosiale verhoudinge; 'n afname in die kwaliteit van wetsontwerpe (en gevolglik die wetgewing self), en die ongeoorloofde gebruik van die reg om staatsingryping te bewerkstellig. Hierdie probleme hou primêr verband met die rasionaliteit van wetgewing.

In 'n demokratiese politieke bestel word wetgewende aktiwiteite nie gereserveer vir regslui nie, maar dit word uitgevoer deur politici. Dit word veral duidelik tydens die finale fases van die wetgewende proses wanneer die regering wetsontwerpe aan die parlement voorlê en die parlement, na deliberasie, besluit op die aanvaarding of verwerping van die wetsontwerp. Die debat wat hierdie besluite voorafgaan, in beide die amptelike liggame en die publieke sfeer, geskied deur politieke argumente en nie regsargumente nie.

Die gevaar wat politieke invloede inhou wanneer kollektiewe besluite nie substantief geoorloof is nie kan duidelik illustreer word aan die hand van die navolging van 'n prosedurele regverdigingsmeganisme onder die segregasiebeleid van die Apartheidsregime. Dit is in my opinie nie moontlik om 'n volle waardering van die *status quo ante* te kry voordat daar nie ondersoek ingestel word na die oorsprong van 'n (regs)agteruitgang wat uiteindelik daartoe sou lei dat Suid-Afrika gebrandmerk word as 'the most unjust society in the world'<sup>15</sup> nie.

<sup>15</sup> B Barry *Justice* (1979) 70.

Die verhaal van politieke onderdrukking kan begin word by Generaal J C Smuts se Rhodes Memorial Lectures wat hy in 1929 in Oxford gehou het. Tydens hierdie lesings het Smuts onder andere segregasie voorgehou as 'n oplossing vir die rasse-vraagstukke in Suid-Afrika. Stemme het reeds toe begin opgaan teen die konsep van segregasie, maar Smuts het op veilige grond beweeg aangesien segregasie 'n aanvaarde doktrine was. In Amerika is die 'separate but equal'-leerstuk reeds in regspraak<sup>16</sup> onderskryf. In 1934 het die Suid-Afrikaanse Appèlhof<sup>17</sup> die geldigheid gehandhaaf van regulasies ingevolge waarvan aparte toonbanke by poskantore daargestel is vir blank en swart op grond daarvan dat diskriminasie gekoppel aan gelyke fasiliteite nie onredelik is nie. Ons howe het hierdie presedent gehandhaaf en ondergeskikte wetgewing wat voorsiening gemaak het vir aparte maar ongelyke fasiliteite is by verskeie geleenthede ongeldig verklaar. Hierdie beslissings was egter nie aanvaarbaar vir die regering wat in daardie stadium reeds besig was om Apartheid oor 'n breë front by wyse van wetgewing te institusionaliseer nie. In die Wet op Aparte Geriewe<sup>18</sup> het die regering voorsiening gemaak vir die daarstelling van aparte maar ongelyke geriewe vir verskillende rassegroepe en verder die bevoegdheid van die howe om sodanige wetgewing ongeldig te verklaar, uitgesluit. Terselfdertyd het die verhoor van *Brown v Board of Education of Topeka*<sup>19</sup> in die Verenigde State begin, waarin die hof beslis het dat 'separate educational facilities are inherently unequal'. Ironies genoeg het Suid-Afrika, op min of meer dieselfde tydstip as wat Amerika die 'separate but equal'-leerstuk verwerp het, 'n 'separate but unequal'-leerstuk aanvaar.

In hierdie tyd is die struktuur van Apartheid opgebou en rigiede skeiding van rasse op elke gebied was die oogmerk. Erasmus<sup>20</sup> merk dat:

[B]evolgingsregistrasie moes sorg dat elke persoon netjies in sy kleurvakkie geklassifiseer word. Groepsgebiede het gesorg dat die verskillende rasse elkeen in sy eie woongebied 'n lêplekkie moet kry en 'n verskerpte Ontugwet het gesorg dat daar van saamlê geen sprake was nie.

Ontkenning van 'n groot deel van die bevolking se reg tot deelname aan die politieke proses en die institusionalisering van diskriminasie op 'n 'separate but unequal'-grondslag het aanleiding gegee tot verzet wat toenemend die vorm van boikot-aksies en geweld begin aanneem het. Weereens het die regering op hierdie teenkanting gereageer met wetgewing van toenemend drakoniese aard. Hierdie

<sup>16</sup> *Plessy v Ferguson* 163 US 537 (1896).

<sup>17</sup> *Minister of Posts & Telegraphs v Rassool* 1934 AA 167.

<sup>18</sup> Wet 49 van 1953.

<sup>19</sup> 347 US 483 (1954).

<sup>20</sup> Erasmus R (1987) 12 *Tydskrif vir Regswetenskap* 6.

wette is gekenmerk deur breë en vae misdaadsomskrywings en aanhoudings sonder verhoor en sonder toegang tot regshulp vir onbepaalde tydperke. Oor die magdom wette en regulasies waaraan swartes onderhewig was, is al baie geskryf.

In dié verband het Appèlregter Van Heerden<sup>21</sup> gesê:

[O]p sy sagste gestel, is 'n hele aantal van die bepalings, asook die samehang van die twee stelle regulasies en die vyftal wette waaronder hulle uitgevaardig is, moeilik verstaanbaar vir regsgeleerdes. 'n Mens kan dus aanvaar dat die regulasies nie glashelder is vir die beamptes wat hulle moet administreer of vir die aantal leke op wie hulle van toepassing is nie. Aangesien 'n administratiewe beslissing gegrond op 'n verkeerde vertolking van maatreëls wat onder andere arbeidsvryheid reguleer verreikende gevolge vir 'n individu kan hê, kan seker verwag word dat hulle met groot omsigtigheid geformuleer word.

Die sisteem van Apartheid het ook 'n onafwendbare stempel op ons regspraktyk afgedruk. Al hierdie wette moes natuurlik toegepas word – primêr deur die polisie en deur die howe, met die medewerking van die regspraktisyns wat in die hele proses 'n belangrike rol te speel gehad het. Regspraktisyns wat hulself gevind het binne die progressiewe beweging, beide binne en buite die landsgrense, is dikwels forseer om te reflekteer op hul ietwat teenstrydige posisie. Hulle het hoofsaaklik gewerk *via* die bestaande regsbestel, maar dit gedoen in 'n poging om die bestel te transformeer. Hierdie dilemma waarin progressiewe regspraktisyns hulself bevind het is natuurlik slegs een van talle negatiewe gevolge wat voortgespruit het uit die prosedurele regverdigingsmeganisme onder die segregasiebeleid van die Apartheidsregime. Dit is egter nie my doel om in hierdie artikel te fokus op die erfenis van Apartheid wat die polisie, die regspraktyk of die howe betref nie, maar om te argumenteer rondom die feit dat die Apartheidsregering op 'n prosedurele regverdigingsmeganisme gesteun het. Wetsontwerpe het deur die vereiste stadia, lesings en prosesse gegaan voordat dit deur die betrokke liggaam aanvaar en uitgevaardig is. Nadat die wetsontwerpe aangeneem is, is dit telkens deur die president onderteken en het dit die formele status van wetgewing gekry. Dit is egter baie duidelik dat géén prosedure ooit Apartheidswette kon regverdig nie.

Soos wat Regter Didcott<sup>22</sup> tereg gesê het:

[P]arliament had the power to pass the statutes it liked, and there was nothing the courts could do about it. The result was law. But that is not always the same as justice. The only way that Parliament can ever make legislation just is by making just legislation.

<sup>21</sup> *Oos-Randse Administrasieraad v Rikhoto* 1983 3 SA 595 (A).

<sup>22</sup> *S v Re Dube* 1979 3 SA 820 (N).

Ek dink dit is veilig om aan te neem dat die ‘just legislation’ waarna Regter Didcott verwys het wette is wat basiese menseregte erken en ‘n morele grondslag het.

‘n Kombinasie van faktore het uiteindelik bygedra tot die einde van Apartheid. Baie mense verwys na die einde van Apartheid as ‘n illustrasie van wat moontlik is wanneer mense van verskeie regerings en kulturele agtergronde saamkom om iets teë te staan, hetsy dit geïnstitusionaliseerde rassisme of oorlogvoering is. Ekonomiese en sosiale druk van binne en buite die landsgrense het opgeloopt en die herroeping van die (prosedureel geoorloofde) Apartheidswette het in 1990 begin.

Alles in ag genome, is daar baie stemme wat opgaan ten gunste van ‘n prosedurele regverdigingsmeganisme<sup>23</sup> en aangesien daar geen volmaakte betroubare prosedure is waarop staat gemaak kan word om ‘n juiste uitkoms voort te bring nie, moet ons die feilbaarheid van enige politieke besluitnemingsprosedure erken. Gevolglik sal daar in alle waarskynlikheid in die toekomst kollektiewe besluite geneem word wat ongeoorloof is. Dit bring my dan by vraagstukke wat ek vroeër aangeraak het: Is ‘n individuele burger geregtig om te besluit dat die reg van ‘n land ongeoorloof is? Indien wel, op watter gronde moet sy haar besluit baseer? Indien sy op grond van geldige redes besluit het dat die reg van haar land ongeoorloof is, wat is sy geregtig (of verplig) om te doen?

## 6 Die beoordeling en verwerping van ongeoorloofde reg

Daar sal altyd kontroversie wees rondom ‘n individu se reg om aksie te neem teen wette wat sy ongeoorloof ag of selfs ‘n uitspraak te maak oor die reg van ‘n land. ‘n Persoonlike oortuiging dat die reg waaronder jy gebuk gaan faal om sekere morele vereistes te bevredig, manifesteer dikwels in ‘n radikale negatiewe uitspraak en verwerping van sodanige reg. Hierdie verwerping van die reg soos wat dit is, is byna so oud soos die reg self. Plato<sup>24</sup> het reeds in 340 v.C. gesê:

[e]nactments, so far as they are not for the common interest of the whole community, are *no true laws*. Those who formulated wicked and unjust laws for nations, thereby breaking their promises and agreements, put into effect *anything but laws*.

Augustinus<sup>25</sup> se bekende uitdrukking ten aansien van die vryheid van keuse lui as volg:

<sup>23</sup> J Waldron *Law and disagreement* (1999).

<sup>24</sup> Plato *Nomoi* IV 715B.

<sup>25</sup> Augustinus *The problem of free choice* 5.11.

[A] soldier is even ordered by law to kill the enemy, and if he hangs back from the slaughter, he is punished by his commander. Shall we dare to say that those laws are unjust- or, rather, no laws at all? For *that which is not just does not seem to me to be a law.*

Dit wil derhalwe voorkom asof die beginsel om te kies wat juis en waar is, inherent is tot die blote definisie van die 'reg'. Vir die doeleindes van my bespreking keer ek graag na Aquinas se filosofie. Aquinas se benadering tot die reg sentreer op sy klassifikasie van die reg in vier kategorieë en sy interpretasie van die verhoudinge tussen die kategorieë:

Die 'ewige reg' is die fondasie van die ander drie tipes en kan gesien word as God se plan, God se intellek, of eenvoudig God (as heerser van die heelal) Homself. Die reëls van fisika en die beginsels van moraliteit word in geheel ingesluit binne die 'ewige reg'. Elke soort rasonale reg of beginsel spruit min of meer direk voort uit die 'ewige reg', hetsy dit erken te word die 'ewige reg' as oorsprong te hê of nie.

'Natuurreg' manifesteer slegs in mense, in die vorm van aangebore beginsels van rasonale aksie. Dit word verduidelik as 'n (baie beperkte) deelname aan die 'ewige reg', gepas vir 'n rasonale wese, aangesien 'it is itself a participant in providence, providing both for itself and for others'.<sup>26</sup>

'Mensgemaakte reg', eenvoudig gestel, is die wetgewing wat daargestel word deur mense vir die organisering en regulering van die gemeenskap.

'Geestelike reg' bestaan binne die morele- en regsinhoud van die heilige geskrif en die uitdruklike elemente van die 'ewige reg' wat daargestel is as riglyn ter bereiking van die uiterste, bo-natuurlike doel van menslike bestaan.

Vir die doeleindes van my bespreking sal ek voortaan fokus op 'natuurreg' en 'mensgemaakte reg'.

## 6.1 Aquinas se konsep van natuurreg

Ons almal herken neigings (in onself) wat ons in gemeen het met ander mense. Omdat hierdie neigings natuurlik voorkom erken ons die objek daarvan as goed en die ontneming daarvan as ongeoorloof. Dit kan gesien word as die fundamentele direktief van menslike gedrag, wat direk fundeer is op die beginsels van praktiese beredenering. Aquinas<sup>27</sup> verduidelik die basis van hierdie beginsels as volg:

<sup>26</sup> Aquinas *Summa Theologica*, Iallae 91 2.

<sup>27</sup> Aquinas (n 26 bo) 94 2.

[T]he first thing that comes to the attention of the practical reason, which is orientated toward action, is what is good; for every agent acts for an end which has the nature of good. And so the first principle in practical reason is the one that is founded on the nature of good: The good is what all things seek. Therefore, the first precept of law is this: *What is good is to be done and pursued, what is bad is to be avoided.* All the other precepts of natural law are founded on this, so that *all* the things that practical reason naturally recognises as human goods pertain to precepts of natural law as things to be done or to be avoided.

Ons erkenning van die wreedaardighede van die Nazi regime, die Rwandese volksmoorde en die Apartheidswette kan derhalwe verduidelik word aan die hand van ons natuurlike verbondenheid aan die beginsels van die natuurreg wat inherent is tot elkeen se menswees.

Aangesien my bespreking afstuur op 'n oorweging van kwessies rakende 'n individu se assessering van haar gemeenskap se wette en ek, net soos Aquinas, dink dat die assessering (ten minste aanvanklik) plaasvind in die individu se gewete, is dit belangrik om op hierdie stadium te let op die konneksie tussen natuurreg en Aquinas se siening van die gewete:

[C]onscience is called the law of our intellect insofar as it is a dispositional state containing the precepts of natural law, which are the first principles of human actions.<sup>28</sup>

Assessering van die reg behoort fundeer te wees op 'n veronderstelde volledige lys van insluitingsvoorwaardes vir die reg. Aquinas het so 'n lys ontwikkel in sy *Treatise on Law*.

## 6.2 Insluitingsvoorwaardes vir die reg

Nadat Aquinas ondersoek ingestel het na die essensie van die reg definieër hy die reg as 'nothing other than an ordinance of reason directed toward the common good, promulgated by one who has responsibility for the community'. Uit hierdie definisie kan die volgende insluitingsvoorwaardes identifiseer word:

- (a) 'n Direktief of rede,
- (b) gemik op die openbare belang,
- (c) gepromulgeer deur die regering,
- (d) wat betrekking het op 'n volledige gemeenskap.<sup>29</sup>

Aquinas identifiseer ook twee ander voorwaardes wat nie ingesluit is in sy definiering van die reg nie:

- (e) om mense te lei tot (of te weerhou van) sekere optrede,

<sup>28</sup> Aquinas (n 26 bo) 94 1.

<sup>29</sup> N Kretzmann 'Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience' (1988) 33 *American Journal of Jurisprudence* 111.



(f) as gesagsfiguur.

'n Sewende voorwaarde word later deur Aquinas gebruik en moet volgens Kretzmann<sup>30</sup> gevoeg word tot die lys:

(g) wat daargestel is om gehoorsaam te word.

(G) is duidelik naby verwant aan (F), maar blyk duidelik onderskeibaar te wees van (F) aangesien 'n wet (G) kan bevredig, sonder om (F) te bevredig. Daarteenoor blyk dit asof (F) nie bevredig kan word sonder dat (G) bevredig word nie.

## 7 Evaluerende en nie-evaluerende voorwaardes

Kretzmann<sup>31</sup> wys daarop dat voorwaardes (A) en (B) fundamenteel verskil van voorwaardes (C) - (G), alhoewel Aquinas se aanvanklike voorstelling van hierdie voorwaardes die verskil verbloem. (A) en (B) is evaluerende (morele) insluitingsvoorwaardes van toepassing op bestaande reg, terwyl (C) - (G) nie-evaluerende voorwaardes daarstel wat bevredig moet word deur enigiets wat daarop aanspraak maak om as reg erken te word. So kan die hoof van 'n huishouding reëls maak wat voorwaardes (A) - (C) en (E) - (G) bevredig, maar omdat 'n huishouding nie 'n volledige gemeenskap ('n politieke eenheid met 'n mate van soewereiniteit) is nie, word voorwaarde (D) nie bevredig nie. Aangesien 'n formele voorwaarde nie bevredig word nie, kan die huishoudelike reëls nie eers tegnies as 'die reg' gesien word nie.

Dit blyk duidelik dat voorwaardes (A) en (B) slegs ter sprake kom in gevalle waar voorwaardes (C) - (G) bevredig word, wanneer Aquinas sê:

[T]he derivability of a human law from a precept of natural law (or at least its compatibility with those precepts) becomes crucial to its status provided that the other conditions that pertain to the essence of law have been met.

Op grond van (A) en (B) kan verwag word dat Aquinas irrasionele wette of reg wat *contra bonos mores* is sal verwerp. Juistheid as 'n morele voorwaarde vir die reg word impliseer in die voorwaarde van rasionaliteit, maar Aquinas se assessering van sekere bestaande wette as ongeoorloof word nie altyd bloot impliseer nie. Hy sê:

[A] tyrannical law, since it is not in accord with reason {dws slaag nie daarin om voorwaarde (A) te bevredig nie} is not *unconditionally* a law but is, rather, a *perversion* of law. And yet, insofar as it does have something of the nature of law, it aims at the citizens' being good. For it has the nature of law only in the sense that it is a dictate of someone who presides over subjects {voorwaarde (C)} and that it aims at the subjects' being properly obedient to the law {voorwaarde (G)}. Their

<sup>30</sup> n 23 bo.

<sup>31</sup> N Kretzmann (n 29 bo) 114.

being properly obedient is their being good – not unconditionally, but in relation to such a government.

Ek kan derhalwe nou met oortuiging argumenteer dat Aquinas in effek sê ‘irrasionele reg, is nie reg nie’.

Teen hierdie agtergrond kan ons nou sy antwoorde tot die vrae waarmee ek hierdie bespreking begin het, verstaan en evalueer. Eerstens: Is ‘n individuele burger geregtig om te besluit dat die reg van ‘n land ongeoorloof is? Tweedens: Indien wel, op watter gronde moet sy haar besluit baseer? Derdens: Indien sy op grond van geldige redes besluit het dat die reg van haar land ongeoorloof is, wat is sy geregtig (of verplig) om te doen? Kretzmann<sup>32</sup> identifiseer wat hy as die belangrikste bron van Aquinas se antwoord tot die vraag ‘Does human law impose necessity on a person in the court of conscience?’ ag:

[L]aws laid down by human beings are either just or unjust. If they are just, they do of course have the force of obligating a person in the court of conscience, from the eternal law, from which they derive. Now laws are said to be just [1] on the basis of their end; [2] on the basis of their source of authority and [3] on the basis of their form ... Laws of that sort, which impose burdens proportionally, are just, they do obligate a person in the court of conscience and they are legal laws. On the other hand, laws are unjust in two ways. In the first way, by being contrary to human good because of opposition to the conditions mentioned above. Either with reference to the end – e.g. when someone in authority imposes on people subject to his authority burdensome laws that pertain not to the common good but rather to his own greed or glorification; or with reference to the form – e.g. when burdens are unequally distributed in the community, even if they are directed toward the common good. Laws can be unjust in a second way by being contrary to divine good. Such laws must not be observed in any way.

Aquinas se repliek beantwoord al drie my vrae, maar soos wat Kretzmann tereg argumenteer, moet dit verstaan en interpreteer word in die lig van die vraag wat dit uitdruklik beantwoord. Die feit dat die vraag gaan oor die effek van ‘mensgemaakte reg’ ‘in the court of conscience’, wys dat die primêre fokus nie is wat die gemeenskap moet doen ten aansien van wette wat behoort tot ‘n sekere klas nie, maar wat die individu oor die reg moet dink. Tweedens handel die vraag dan natuurlik ook met die manier waarop die individu sodanige gedagtes hanteer. Verder, aangesien die vraag is of die reg gebiedende noodsaaklikheid in die ‘court of conscience’ oplê, is die primêre belang nie of daar regtens erkende verpligtinge opgelê word nie, maar of hulle morele verpligtinge oplê.

Elke individu is ‘n rasonale wese, elke individu het ‘n gewete en elke gewete is ingerig met die voorskrif van natuurlike reg waarteen

<sup>32</sup> N Kretzmann (n 29 bo) 116.

elke mens meetbaar is. Erkenning van hierdie observasies beantwoord reeds die eerste vraag. Elke individu is ten minste geregtig om in die 'court of conscience' te besluit of die wette van 'n staat geoorloof is.

Kretzmann<sup>33</sup> wys daarop dat, aangesien Aquinas se kriteria vir die geoorlooftheid van 'n wet afsonderlik noodsaaklik is, 'n onvermoë om enige van die kriteria te bevredig die wet ongeoorloof sal maak. Die maklikste beslissing om te maak is dié van ongeoorlooftheid waar die beslissing basseer word op die reg se onvermoë om verenig te word met 'n stelreël van die 'geestelike reg'. Hierdie stelreëls kan natuurlik gevind word in die heilige geskrif en elke Christen is daaraan gebonde om hierdie stelreëls toe te pas as kriteria waarteen mensgemaakte reg evalueer word. Dit beantwoord dan die tweede vraag na die gronde waarop die besluit van ongeoorlooftheid basseer behoort te word. Verder is die antwoord tot die derde vraag ook voor die hand liggend. Indien 'n Christen op grond van die objektief toeganklike gronde besluit het dat 'n wet ongeoorloof is, is sy verplig om dit nie te gehoorsaam nie. Hierdie verwysing na 'geestelike reg', eerder as natuurlike reg, beteken natuurlik glad nie dat slegs 'n Christen se gewete so 'n beslissing kan oplewer nie. 'n Sekulêre weergawe van ongeoorlooftheid is sekerlik ook beskikbaar vir enige rasonale gewete wat gekonfronteer word met 'n wet wat duidelik ongeoorloof is.

Die uitspraak van ongeoorlooftheid is nie moeilik om te verstaan nie, veral nie as Aquinas se kriteria toegepas word nie. Dit is egter Aquinas se antwoord op die derde vraag wat in my opinie elke individu se benadering tot die reg moet onderskryf. Hy voer aan:

... such unjust laws do not obligate a person in the court of conscience. If an individual has decided on appropriate grounds that a law of the state is unjust, he or she has a moral right and duty not to obey that law.<sup>34</sup>

So rus daar 'n plig op elke individu om, wanneer sy gekonfronteer word met 'n wet wat immoreel is, die moraliteit wat sy as rasonel-denkende mens besit as riglyn te gebruik in haar benadering tot die wet.

## 8 Samevatting

Deur 'n behoefte aan substantiewe regverdiging te openbaar, is hierdie artikel dus 'n oproep na 'n (substantiewe) begrip van geoorlooftheid wat verder strek as 'n sosiologiese en positivistiese interpretasie van politiek en die reg. 'n Oproep om aktief die skeiding van die reg en morele geoorlooftheid teë te staan.

<sup>33</sup> N Kretzmann (n 29 bo) 118.

<sup>34</sup> Aquinas (n 26 bo).

Ek het begin deur te argumenteer ten gunste van 'n regverdigingsmeganisme wat voorkeur verleen aan substansie bó prosedure aangesien so 'n benadering in my opinie die beste (indien nie die enigste) manier is om kollektiewe besluite te neem wat 'n positiewe bydra lewer tot die konstruering van 'n etiese samelewing. Ek het verder argumenteer dat die konsepte van politieke geoorlooftheid en morele juistheid verbind moet word om praktiese uiting aan hierdie model te gee en verwys na die Apartheidswette as voorbeeld van kollektiewe besluite wat, ondanks nakoming van prosedurele vereistes, geen morele bevrediging bied nie. Ten slotte het ek teruggekeer na die werke van die middeleeuse natuurregdenkers om my vraag na wat 'n landsburger te doen staan indien sy gekonfronteer word met immorele reg, te beantwoord. Na bestudering van Aquinas se filosofie het ek tot die gevolgtrekking gekom dat, aangesien irrasionele reg géén reg is nie, daar 'n plig op elke individu rus om die moraliteit wat sy as rasioneel-denkende mens besit as riglyn te gebruik en die ongeoorloofde wet teë te staan.

Ek sluit vervolgens graag af met 'n uittreksel uit Nelson Mandela<sup>35</sup> se toespraak wat hy gegee het tydens sy verhoor in die ou Sinagoge Hof in Pretoria in 1962:

Your Worship, I would say that the whole life of any thinking African in this country drives him continuously to a conflict between his conscience on the one hand and the law on the other. This is not a conflict peculiar to this country. The conflict arises for men of conscience, for men who think and who feel deeply in every country. Recently in Britain, a peer of the realm, Earl Russell, probably the most respected philosopher of the Western world, was sentenced, convicted for precisely the type of activities for which I stand before you today, for following his conscience in defiance of the law, as a protest against a nuclear weapons policy being followed by his own government. For him, his duty to the public, his belief in the morality of the essential rightness of the cause for which he stood, rose superior to this high respect for the law. He could not do other than to oppose the law and to suffer the consequences for it. Nor can I. Nor can many Africans in this country. The law as it is applied, the law as it has been developed over a long period of history, and especially the law as it is written and designed by the Nationalist government, is a law which, in our view, is immoral, unjust, and intolerable. Our consciences dictate that we must protest against it, that we must oppose it, and that we must attempt to alter it.

<sup>35</sup> N Mandela *The struggle is my life* (1990) 148.