

# Politokratiese kommunitarisme en publieke geregtigheid

Andries Raath

*Blur LLB MA DPhil*

*Navorsingsgenoot, Departemente Geskiedenis en Publiekreg, Universiteit van die Vrystaat<sup>1</sup>*

## SUMMARY

### Politocratic communitarianism and public justice

Politocratic communitarianism is based on Nisbet's, Sandel's and MacIntyre's interpretation of Aristotle's sociology and theory of justice. It fosters Aristotle's views on the growth manifested in the organismic state under which the whole of society is subsumed. The *physis* (growth) of the state is expressive of the whole of reality. In this sense, the city-state is by nature clearly prior to non-state entities and individual persons, since the state is of necessity prior to its parts. The Aristotelian organismic teleology is related to the doctrine of the great chain of being, which sees every element of society as an infinitesimal gradation of ascent to transcendental reality, and which informs the politocratic communitarian philosophy of community. Society as a whole, its structure and processes, is deemed to be representative of the organismic state; society and all its institutions, participates in the entire realm of organismic reality, an idea fundamental to politocratic communitarianism and National-Socialistic state and legal philosophy. The ideal forms of community and public justice are expressive of the biopolitical aims of the power-state: the plurality of non-state entities are subsumed under the universalistic state, the pluriformity of legal spheres in society are encapsulated within the organismic political society and the principles of liberty and equality in civil private law are negated to the point where material injustices are legitimised by state aims. The Aristotelian concept of the biopolitical state is, arguably, the highest barrier for politocratic communitarians and National-Socialists to overcome in their aspirations to meet the benchmarks of the law-state and to satisfy the requirements for ensuring public justice. This essay investigates the implications of politocratic communitarianism, its shared Aristotelian heritage with National-Socialism, and the law-state implications emanating from this tradition's organismic and biopolitical state and legal philosophy.

## 1 Inleiding

Die afgelope dekades het politokratiese kommunitarisme skerp kritiek teen liberale regstaatlikheid geopper<sup>2</sup> en die Aristoteliëse publieke

- 1 My dank aan Danie Strauss vir insiggewende kommentaar oor die wysgerige grondidees van eietydse komunitêre geregtigheidspadigmas.
- 2 Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (1983) 174 & 183; Knight 'Aristotelianism versus Communitarianism' 2005 *Analyse und Kritik* 259.

geregtigheidsideaal as regsosiosologiese alternatief op die voorgrond gestel.<sup>3</sup> Met verrekening van Nisbet,<sup>4</sup> Sandel<sup>5</sup> en MacIntyre<sup>6</sup> se kommunitêre regsosiosologie, formuleer politokratiese kommunitariërs staats en regsparadigmas wat tot 'n groot hoogte op die lees van Aristoteles se geregtigheidstandpunte geskoei is. Politokratiese kommunitarisme het ook vir die Suid-Afrikaanse politologie en staatsregtelike denke relevant geword. In die Suid-Afrikaanse literatuur is Malan<sup>7</sup> en Goosen<sup>8</sup> verteenwoordigend van dié herlewing van regsosiosologie regsparadigmas wat Aristoteles se geregtigheidsteorie as vertrekpunt neem. Malan se veroordeling van die 'territoriale staat' en die idee van individuele outonomie moet teen die agtergrond van dié regsteoretiese vertrekpunte beoordeel word: die reg is nie 'n objektiewe neutrale normkompleks nie; regsreëls is grondliggend onbepaald en beskik nie oor 'n vaste normatiewe inhoud nie; bygevolg beskik regsreëls vanweë die onbepaaldheid daarvan nie oor die vermoë om regsekerheid te bewerkstellig nie; die reg is bloot dit wat die hof en administrateurs wat die reg toepas 'van beslissing tot beslissing sê dit is';<sup>9</sup> die reg is nie 'n eiestandige werklikheidsgegewe nie maar is bloot 'n 'manifestasie van die politiek',<sup>10</sup> die politieke konteks waarin reg en geregtigheid funksioneer is 'n natuur-gegewene wat aan voortdurende organiese ontwikkeling onderhewig is. Dié implikasies vloei voort uit Malan se aanvaarding van die Aristoteliese *polis*-staat as normatief vir gemeenskap en dié se geregtigheidsteorie as normatiewe konteks vir die nastrewing van publieke geregtigheid.<sup>11</sup>

Goosen neem die Aristoteliese idee van die *polis*-gemeenskap as vertrekpunt vir die ordening van die regs en politologiese werklikheid. In sy kritiek teen die modernisme, liberalisme, kapitaal en individuele regte,<sup>12</sup> bespeur Goosen die spanning tussen staat en individu en dié

- 
- 3 Sien b.v. Malan *Politokrasie. 'n Peiling van die dwanglogika van die territoriale staat en gedagtes vir 'n antwoord daarop* (2011); Goosen *Oor Gemeenskap en Plek. Anderkant die onbehae* (2015).
  - 4 Nisbet *Community and Power* (1962); Nisbet *Tradition and Revolt* (1968); Nisbet *History of the Idea of Progress* (1980).
  - 5 Sandel *Justice. What's the Right Thing to do?* (2009).
  - 6 MacIntyre *After Virtue* (1984); MacIntyre *Marxism and Christianity* (1995); MacIntyre *Ethics and Politics II* (2007).
  - 7 Sien Malan "n Kritiese evaluering van menseregte as eietydse globale politiek-juridiese verskynsel' 2003 *Tydskrif vir Geesteswetenskappe (TGW)* 94-111; Malan 'Die brose wisselwerking tussen die (reg op) eierigting en die (falende staat)' 2007 *TGW* 119-134.
  - 8 Goosen 'Demonisering en Demokrasie' 2007 *TGW* 142-154; Goosen 'Oor die Republikeinse Gedagte. 'n Oefening in Herinnering' 2010 *Historia* 182-203; Goosen 'Die Teoretiese Lewe. Perspektiewe vanuit die Tradisie' 2011 *TGW* 490-506; Goosen 'Oor die Geestelike' 2012 *TGW* 707-718; Goosen 'Politieke Denke en Praktyke; boekbespreking van Koos Malan, *Politokrasie (PULP)*' 2012 *TGW* 761-764; Goosen 'Monsters en Mense: Oor die geestelike en haar moderne afwesigheid' 2013 *TGW* 515-529; Goosen *Oor Gemeenskap en Plek* (2015).
  - 9 Malan *supra* n 3 op 169.
  - 10 *Ibid.*
  - 11 *Idem* 280 ev.
  - 12 Sien b.v. Goosen *supra* n 3 op 132, 227 & 317.

tussen gesag en instemming as uitvloeiels van die antitetiese spanning tussen die voorskriftelike staat en die beroep op individuele regte: hoe meer die staat sy gesag – onder meer by wyse van territoriale standaardisering – opeis, des te meer doen die individu 'n beroep op sy/haar regte. Laasgenoemde verkeer onder die indruk dat die beroep op regte 'n alternatief tot staatlike gesag verteenwoordig. In der waarheid verteenwoordig dit, volgens Goosen, slegs die teenkant van dieselfde modernistiese denkraamwerk: staatlike gesag en die liberale beroep op regte bevoordeel mekaar, hou mekaar in stand – die een roep die ander op.<sup>13</sup> Teenoor die 'territoriale staat' kies Goosen vir die Griekse *polis*-staat as vorm van 'n volwaardige gemeenskapslewe: die *polis* is ontologies die gemeenskap van gemeenskappe; deugde is deur die Griekse *polis* 'gekultiveer en oorgedra' en die 'Tradisie' manifesteer vanselfsprekend in die 'stad of *polis*'.<sup>14</sup>

Beide Malan en Goosen se politokratiese kommunitarismes is gemodelleer op die Aristoteliese politologiese en regsfilosofiese kommunitarismes van Nisbet, Sandel en MacIntyre<sup>15</sup> vir sover dié outeurs die biopolitieke onderbou van die Griekse stadstaat as grondslag vir die verwesenliking van die ideale gemeenskap en publieke geregtigheid beskou.<sup>16</sup> In navolging van die kommunitêre regsosiologie vertoon sowel Malan as Goosen se politokratiese kommunitarisme verskeie fasette van die Aristoteliese geregtighedsdenke – in die plek van die liberale geregtighedsdenke word Aristoteles se geregtighedsdeug as normatief vir eietydse geregtighedsuitdagings gestel: in plaas van die klem op die individu word die fokus na die transpersonale aard van die regs en politieke lewe verplaas;<sup>17</sup> 'n beroep word op die historiese opvatting van gemeenskap gedoen ingevolge waarvan gemeenskap as grondslag van die regs en politieke bestaan van die mens beskou word;<sup>18</sup> dit verwerp die liberaal-individuele opvatting van menseregte en gemeenskap word as voorwaarde vir die individuele bestaan van die mens en dié se regte beskou,<sup>19</sup> en gemeenskap pretendeer om betekenis

13 Hy doen 'n beroep op Knight ('n ondersteuner van MacIntyre): 'Liberal politics presupposes the authority of the state, and the first task of liberal political philosophy is, logically, that of justifying the state's claim to authority as *the* political actor' (Goosen *supra* n 3 op 317).

14 *Idem* 289. Soos Gadamer (*Wahrheit und Methode* (1975) 265) tereg aantoon is die betiteling van 'n enkele filosofiese stroming as die 'Tradisie' hoogs betwyfelbaar.

15 Sien Malan *supra* n 3 op 156; en Goosen *Die Nihilisme: notas oor ons tyd* (2007) 83, 203, 327, 435 & 437; Goosen *supra* n 3 op 42, 67-68, 112, 132, 203, 227, 309, 315, 317 & 420.

16 Nisbet *The Quest for Community* (1953) 175; Sandel *supra* n 2 op 173; Sandel *supra* n 5 op 9-12, 186-188 & 244-269; MacIntyre *Whose Justice? Which Rationality?* (2008) 31-32.

17 Transpersonale regs en staatsteorieë hou direk verband met die regsfilosofiese weerstand teen die individualisties-nominalistiese opvatting van menslike vryheid en individuele outonomie van die Verligtingsdenke.

18 Sien b.v. Goosen *supra* n 15 op 37 en Goosen *supra* n 3 op 34 & 37.

19 Goosen *supra* n 3 op 33.

aan die individu se lewe en die mens se rol in die sosiale lewe te gee.<sup>20</sup> Die gemeenskap waarbinne die strewe na gemeenskap vervul moet word, is 'n samelewingsorde sonder die staat as territoriale entiteit. Die *polis*-staat wat 'anderkant' die territoriale staat verrys is 'n politieke entiteit wat hiërargies-struktureel uit talle klein plaaslike gemeenskappe saamgestel is.<sup>21</sup> Die idee van die *polis*-staat as ideale mikro-gemeenskap vorm bygevolg die sluitsteen van politokraties-kommunitêre regs en staatsteorieë.<sup>22</sup>

Belangrike regsfilosofiese en politologiese vraagstukke word deur die politokratiese regsosiosologie en geregtighedsdenke na vore gebring. Vir doeleindes van hierdie opstel word die aandag slegs bepaal by die vraag tot welke mate die politokraties-Aristoteliese geregtighedsdenke as normatiewe raamwerk vir sosiale geregtighedsvraagstukke kan dien en aan die drempel van regstaatlikheid beantwoord. Voorts word kortliks aandag aan enkele implikasies van politokratiese geregtigheidstandpute gegee. Dié implikasies hou direk verband met Aristoteles se organismiese staatsteologie, sy biopolitiese siening van menslike waardigheid en die kollektivistiese inslag van sy publieke geregtighedsbenadering. Dit betrek aspekte van die staatlike versorging van die publieke belang (*salus publica*), die kompetensiebeperkings van die materiële staatlike regsterreine en die pluriformiteit van staatlike en nie-staatlike regscompetensies, sowel as die normatiewe eise van menslike waardigheid en die verrekening daarvan as rigtinggewende regsbeginsele. Vir doeleindes van hierdie bespreking word staatlike geregtigheid oorweeg as synde publieke verbandsgeregtigheid gerig op die regstaatlike versorging van die *salus publica*, met verrekening van die prinsipiële eise van materiële staatlike regsterreine en die eerbiediging van die pluriformiteit van nie-staatlike regscompetensies ter beskerming van menslike waardigheid as regulatiewe regsbeginsele.

## 2 Die Aristoteliese Geregtighedsbegrip en die Publieke Belang

### 2.1 Regsosiologiese Vertrekpunte en die Staat as Publieke Regsverband

Politokratiese kommunitariërs volg 'n benadering van historistiese identifisering van die Aristoteliese gemeenskap, wat uitdrukking aan die ideaal van deugdelikheid gegee het. Historistiese staatsteorieë neig tot

20 Sien Goosen *supra* n 15 op 42 & 64. Die gemeenskapsomsluitende effek van die historiese gemeenskapsidee word soos volg verwoord: 'Vroeër het gemeenskappe my nie net besit nie. Hulle het my ook in staat gestel om hoegenaamd enige keuse – ook oor wat ek kan besit – uit te oefen'.

21 Malan *supra* n 3 op 126, 228, 276-278 & 280.

22 *Idem* 276: 'Die begrip politokrasie is ontleen aan die Klassieke Griekse begrip *polis* – die stadstaat'. Dit neem kennis van die denke van die Klassieke Griekse politiek en heg 'besondere waarde aan die aspekte van veral Aristoteles se denke'.

verselfstandiging van staatsvorme ten koste van die tipies bowe-historiese staatlike struktuurelemente en beperk die regs-sosiologiese horison van menslike ervaring tot 'n bepaalde manifestasie van samelewingstipes. Dit kom daarop neer dat die maatskaplike feite as synde volkome veranderlik, vloeiend en veranderlik beskou word, sonder om daarin 'n vaste a-historiese struktuur te bespeur wat self nie aan verandering onderhewig is nie. Onderskeid behoort dus gemaak te word tussen die konstante strukture, wat aan menslike samelewingsverhoudinge te grondslag lê aan die een kant, én die veranderlike, wisselende vorme, wat hierdie verhoudinge in die historiese ontwikkelingsproses aanneem aan die ander kant.<sup>23</sup> Die staat neem in sy historiese ontwikkeling allerlei vorme (of gestaltes) aan wat, hoewel verskillend, nie van die struktuurtipiese aard van die staat as sodanig losgemaak kan word nie. Staatsvorme bly in hul historiese verskeidenheid steeds *vorme* van die staat. Die struktuurtipiese aard van die staat is die relatief konstante draer van die historiese ontwikkelingsproses waarin 'n staat allerlei veranderderlike vorme kan aanneem. Die historistiese verheffing van staatsvorme tot ideale struktuurtypes is vorme van funksionalisme, omdat dit slegs die historiese funksie van die samelewing ondersoek en die res buite beskouing laat; dit verteenwoordig wat J. Zwart noem 'een reductionistiese versimpeling' van die komplekse struktuuraspekte waaraan die staat deel het.<sup>24</sup> Historistiese staatsteorieë verhef dus vloeiende en veranderlike staatsvorme tot supra-tydelike strukture van menslike samelewingsverhoudinge. Historiese ontwikkeling van staatsvorme veronderstel struktuurtipiese elemente wat ten spyte van veranderlike vorme steeds die konstante draers van staatlike ontwikkelingsprosesse is. A. Fives reageer soos volg op die relativistiese onderbou van politokratiese teorieë in dié verband: '... MacIntyre is left with the familiar problem of relativism or perspectivism: that is, if reason discovers first principles only within traditions, then there can be no way to determine what is to count as a good reason to choose one tradition over the other'.<sup>25</sup> Politokratiese kommunitarisme behoef dus 'n normatiewe regs-sosiologiese samelewingsvisie wat dié relativistiese implikasie kan ondervang.

Tereg toon Schuyt aan dat die regs-sosiologie géén hulpwetenskap van die regswetenskap is nie, maar tot die terrein van die algemene sosiologie behoort en op eiesoortige wyse reg en maatskaplike verskynsels ondersoek.<sup>26</sup> Die analise van die onderskeie regsterreine van die menslike samelewing behoort te geskied aan die hand van 'n wysgerig-sosiologiese ondersoek na die aard van die verskeidenheid

23 Zwart 'Over waardevrije sociologie, normatiewe sociologie en hulpbehoevende rechtsfilosofie' 1987 *Philosophia Reformata (Phil Ref)* 71.

24 *Idem* 70.

25 Fives 'Aristotle's ethics and contemporary political philosophy: virtue and the human good' 2006 *Twenty First Century Society* 212.

26 Schuyt 'Discussie' 1975 *Rechtsphilosophie en Rechtstheorie. Orgaan van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht* 29.

menslike samelewingsverbande. Vir sover menslike samelewingstrukture 'n pluriforme eiesoortigheid weerspieël, samelewingstrukture op eiesoortige struktuurbeginsels berus en op eiesoortige wyse in die menslike samelewing funksioneer, word 'n wetenskaplike analise van die kwalifiserend-eiesoortige aspekte van samelewingsverbande behoef ten einde tot die unieke aard en funksie van elke samelewingstruktuur deur te dring.<sup>27</sup> In verskillende wetenskaplike tradisies word die gevare van postulering van 'n valse dilemma tussen atomistiese (individualistiese) en holistiese (universalistiese) geregtighedsbenaderings ingesien. Om dié dilemma van atomisme (individualisme) en holisme (universalisme) te oorkom word erken dat die identifisering van die eie aard van onderskeie samelewingsvorme die sluitsteen van 'n a-relativistiese regstaatparadigma behoort te wees. Dié insig is aanwesig by verskillende prominente outeurs in die veld van die publieke geregtigheidsteorie. John Rawls skryf byvoorbeeld dat 'it seems natural to suppose that the distinctive character and autonomy of the various elements of society requires that, within some sphere, they act from their own principles designed to fit their peculiar nature'.<sup>28</sup> Jürgen Habermas verwys na 'citizens within their own private spheres of life'.<sup>29</sup> Hy maak melding van 'differentiated forms of life'.<sup>30</sup> In sy uitgebreide werk oor kommunikatiewe handelinge praat hy eksplisiet van die 'own laws' van 'specific social spheres' wat in die menslike ervaringshorison na vore kom: '... den sogenannten Eingesetzlichkeiten einzelnen sozialer Sphären'.<sup>31</sup> Dieselfde insig onderlê Dooyeweerd se analise van die interne struktuurtypes (of struktuurprinsipes) wat regsosiologies relevant is en 'n komplekse verskeidenheid van maatskaps en gemeenskapsfunksies na vore bring.<sup>32</sup> Die regshistoriese ondersoek na staatsvorme bring aan die lig dat ten spyte van wisselende staatsvorme, die onderliggende struktuurprinsipes van staatlikheid egter onveranderd bly. Die onontbeerlike staatlike struktuurtype is dié van 'n publieke regsverband wat aan die eise van handhawing van 'n ewig en harmonie van regsbelange in die samelewing ter waarborg van publieke geregtigheid moet voldoen. Die historiese vormgewing van dié struktuurtipiese elemente van die staat vertoon 'n wye verskeidenheid staatsvorme waarvan sommige nie in staat was om aan dit wat van Eikema Hommes die 'normatiewe benedengrens' van regstaatlikheid

27 Sien Dooyeweerd *De Wijsbegeerte der Wetsidee III* (1935/1936) 550 oor die individualiteitstrukture synde die tipiese strukture van konkrete dinge, gebeurtenisse, handelinge en samelewingsverhoudinge wat binne alle aspekte van ons ervaringswêreld op tipiese wyse funksioneer en hierdie aspekfunksies tot 'n tipiese struktuureenheid verbind.

28 Rawls *Political Liberalism* (1996) 262.

29 Habermas *The Postcolonial Constellation. Political essays* (2001) 8 & 81.

30 *Idem* 82.

31 Habermas *Theorie des kommunikativen Handelns II* (1995) 437.

32 Dat Dooyeweerd se insigte in dié verband méér aandag verdien, is beklemtoon deur Stellinga *Grondtrekken van het Nederlands Staatsrecht* (1953) 1 & n 3; Couwenburg *De Omstreden Staat* (1974) 37; en Hommes *De grenzen van de rechtsmacht van de staat* (1975) 17 & n 3.

noem, te kon beantwoord nie.<sup>33</sup> Staatsvorme kan op minder of meer geslaagde wyse die struktuurtype van die staat as regstaat tot uitdrukking bring: 'Zo kan in bijvoorbeeld onze tijd de ene concrete staat een hogere realiseringsvorm van de rechtsstaatsidee zijn dan de andere, terwijl nochtans beide concrete staten binnen de grenzen van het normatieve statelijke structuur-principe vallen en dus het predicaat staat verdienen'. Voorts veronderstel dit dat 'een staat op meer of minder talrijke punten van zijn wetgeving en administratie zodanig met de zin-inhoud van de rechtsstaatsidee in strijd kom, dat hij ... beneden de *normatieve benedegrens* zinkt, die in het structuurtype van de staat besloten ligt'.<sup>34</sup> Die gevolg is dat 'n staatsvorm dermate 'n verwronge weergawe van die normatiewe aard van die staat weerspieël dat dit tot 'n terreurorganisasie degenereer en nie die predikaat 'staat' verdien nie, of hoogstens as magstaat tipeer kan word.<sup>35</sup>

Voorts stuit die staat nie alleen op die grense van die interne publiekreg van die staat nie, maar ook op die juridiese organisasievorme van owerheidsgesag, wat aan die struktuurprinsipes van die staat gebonde bly. Derhalwe is die demokrasie byvoorbeeld 'n tipies-staatlike, politieke regeringsvorm, wat tot die terrein van die staat se kernfunksies behoort. Die toepassing van dié politieke beginsels op nie-staatlike samelewingskringe, behels dus 'n onkritiese nivellering van die onderlinge struktuurverskille van samelewingsverbande.<sup>36</sup>

Met verwysing na die Aristoteliëse *polis*-staat en die neerslag daarvan in politokraties-kommunitêre staatsteorieë, word oorweeg tot welke mate dié staats- en regsteorieë aan die drempel-vereistes van regstaatlikheid beantwoord. Die aspekte wat besonderlik aandag verdien is die vraag na die struktuur-eiesoortige elemente van die staat as regsverband: die eis van publieke verbandsgeregtigheid, die regstaatlike versorging van die *res publica*, die prinsipiële aard van materiële regsterreine, die eerbiediging van die pluriformiteit van nie-staatlike regskompetensies en die beskerming van menslike waardigheid as regulatiewe regsbeginnel.

## 2 2 Aristoteles se Staatsteologie en die Publieke Belang

Die idee van die *res* (of *salus*) *publica* behoort aan die struktuurtipiese aard van die staat georiënteer te word ten einde te verhoed dat dit as instrument van staatsabsolutisme gebruik word of ter beliggaming van willekeurige opvattinge van uitwendige staatsdoelwitte degenereer. Die *salus publica*-prinsipe is 'n staatlike integreringsbeginnel wat alle staatsaktiwiteite bind aan die leidende idee van publieke geregtigheid in

33 Hommes *De Wijsgerige Grondslagen van de Rechtsociologie* (1986) 109.

34 *Ibid.*

35 *Idem* 110.

36 Sien Dooyeweerd *De Crisis in de Humanistische Staatsleer in het Licht eener Calvinistische Kosmologie en Kennisleer* (1931) 150-155; Mekkes *Proeve eener critische beschouwing van de ontwikkeling der humanistische rechtsstaattheorien* (1940) 617-618.

die verhouding tussen owerheid en onderdaan. Peter Badura verwoord die noue verband tussen publieke belang en die eise van publieke geregtigheid soos volg: 'Das Gemeinwohl ist, nicht anders wie die Gerechtigkeit, eine Maxime der staatlich zu vermittelnden Rechtsidee'.<sup>37</sup> Dié prinsipe dien ter ewewigtige harmonisering van alle belange vir sover dit met die eise van die staatsgeheel vervleg is en met eerbiediging van die pluriforme eiestandigheid van nie-staatlike samelewingsterreine rekening hou.<sup>38</sup> Die publieke belang vereis dat die beskerming van staatlike publiekreg en burgerlike privaatreë, asook die eerbiediging van nie-staatlike privaatreëtelike verhoudinge wesentlike fasette van die staat se beantwoording aan die normatiewe ladings van die *salus publica* onder leiding van die publieke geregtigheidsidee vorm. Dit is veral die kwesbaarheid van die burgerlike privaatreë wat by die degenerasie van regstaatlikheid en die versinking van staatsvorme onder die drempel vir regstaatlikheid aandag verdien. Die wesentlike belang van die burgerlike reg vir die regstaat word deur Dooyeweerd soos volg vertolk: Degenerasie van dié reg beteken onherroeplik 'n versinking van die moderne samelewing in 'barbaarsheid en despotisme'; die burgerlike reg is 'het juridisch asyl der individuele menselijke persoonlijkheid en de burcht der individuele vrijheid. En het blijft ook onlosmakelijk verbonden met de grondslagen van het rechtsstaat en met diens publiek-rechtelijke verbandssfeer'.<sup>39</sup> Dooyeweerd dui byvoorbeeld spesifiek aan wat die implikasies van Leon Duguit se aanvalle op die burgerlike reg is, soos dit in die strewe na sosialisering van die reg, gestalte gekry het.<sup>40</sup> Tot welke mate beantwoord die Aristoteliese vorm van die *polis*-staat aan die vereistes van regstaatlikheid met besondere verwysing na die burgerlike reg?

Die Aristoteliese geregtigheidsteorie kry beslag binne die konteks van 'n teleologies-bepaalde samelewingsbeskouing: alle menslike assosiasievorme staan in 'n doelmatigheidsverhouding teenoor mekaar, waardeur die laere gemeenskapsvorme as afhanklike komponente op die *polis*-staat as hoogste samelewingsgeheel betrek word.<sup>41</sup> Die hiërargiese opbou van die samelewing waarbinne geregtigheid as deug vergestalt word, word trapsgewys vanaf die *familia* tot die *polis*-staat as hoogste sosiale samelewingsvorm opgebou: die mees basiese samelewingsentiteit is die *familia* waartoe die man as huishoof met vrou, kinders en slawe behoort – 'n entiteit wat benewens die tipiese struktuur van die gesin ook die eerste bousteen van die ekonomiese lewe vorm.<sup>42</sup> Families word in eenhede bekend as dorpsgemeenskappe of sibbes, waarvan in

37 Badura 'Die Tarifautonomie im Spannungsfeld' 1979 *Archiv für öffentliches Recht* 259.

38 Sien Dooyeweerd *A New Critique of Theoretical Thought III* (1969) 446; Dooyeweerd *Verkenningen in de Wijsbegeerte, de Sociologie en de Rechtsgeschiedenis* (1962) 128.

39 Zwart 'De Staatsleer van Herman Dooyeweerd' 1980 *Phil Ref* 132.

40 *Ibid.*

41 Mekkes *supra* n 36 op 59; Pretorius *Die Begrip Openbare Belang en Burgervryheidsbeperking* (LLD proefskrif UFS 1986) 9.

42 Nagle *The Household as the Foundation of Aristotle's Polis* (2006).



vroeë tye die koning die patriarg daarvan was, saamgesnoer. Uit hierdie gemeenskappe is die *polis*-staat opgebou – ’n totaalverband wat die *familia* en dorpsgemeenskappe as dele van die geheel omvat. Sowel die *familia* as die sibbe is diensbaar aan die *polis*:

every state is as we see a sort of partnership, and every partnership is formed with a view to some good... It is therefore evident that, while all partnerships aim at some good, the partnership that is the most supreme of all and includes all the others does so most of all, and aims at the most supreme of all goods; and this is the partnership entitled the state, the political association.<sup>43</sup>

Op die voetspoor van Plato beskou Aristoteles die staat as die volmaakte gemeenskap, die hoogste uitdrukking van menslike assosiasie en die individuele aard van die mens.<sup>44</sup> Die staat is ’n uitdrukking van die redelik-sedelike wesensvorm van die mens en alle wetgewing moet gerig wees op die opvoeding van die burgers tot ’n deugdelike lewe in ’n omvattende sin van die woord.<sup>45</sup> Volgens MacIntyre se universalistiese inkapseling van die individuele belange in die *polis*-belang:

the *polis*, at least the best kind of *polis*, is directed toward achieving all the goods of its citizens, and for human beings the highest good to be achieved, that which in an individual life is for the sake of which all other activity is undertaken, is *theoria*, a certain kind of contemplative understanding. The virtuous activities which enable someone to serve the *polis* well culminate and are perfected in an intellectual achievement which is internal to the activity of thinking.<sup>46</sup>

Bygevolg ontbreek die materiële regsbeginsels wat – soos byvoorbeeld in die Nasionaal-Sosialisme en ander vorme van staatsabsolutisme – die gelykshakeling van mag, orde en reg ter verwesenliking van willekeurige staatsdoelwitte moes verhoed. Kan staatsdoelwitte die rol van materiële staatlike struktuurbeginsels oorneem? Sosiale doelwitte kan nie die materiële regsraad van staatlike regsfunksies bepaal nie, omdat sosiale doelwitte buite die staatsstruktuur lê. Die staatsdoelwit-benadering van Aristoteles het wel belangrike implikasies vir sy siening van die publieke belang.

In die Aristoteliese regs en staatsteorie figureer die staat nie as egte *res publica* nie. Die staat as publiekregtelik entiteit impliseer dat daar benewens die staat se publieke belange ook private regssfere van ’n nie-staatlike aard bestaan. Reeds in sy *Du contrat social* (1762) bespeur Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) die noodsaak daarvan dat elke staatlike regering ’n ‘republikeinse’ inslag behoort te hê.<sup>47</sup> Dit veronderstel dat die staat ’n ‘publieke saak’ is. Die publiekregtelike struktuur van die staat impliseer dus dat elke individuele staat, afgesien van die spesifieke vorm

43 Aristoteles *The Politics* (1921) I 1 1 1-8 (1252a-b).

44 Aristoteles *Ethica Nicomachea* (1925) I ii (1094a-b).

45 Aristoteles *supra* n 43 op I i (1252a). Kyk ook Barker *The Political Thought of Plato and Aristotle* (1955) 102, 111, 133, 207, 324 & 521.

46 MacIntyre *supra* n 16 op 107.

47 Rousseau *Du contrat social* (1762) 259.

wat dit mag aanneem, 'n republikeinse instelling behoort te wees wat op die handhawing van die publieke belang gefokus is.<sup>48</sup> As publiekregtelike entiteit is die staat normatief geroepe om as publieke regsverband onder leiding van 'n publieke geregtigheidsidee te funksioneer. Die geregtigheidsidee wat rigting en koers aan staatlke optrede moet gee is egter by politokratiese kommunitariërs onderhewig aan relativistiese en wisselende kriteria – dit wat MacIntyre noem die eis 'to abide by your own conventions' in die verdeling van die voorregte waarop elke persoon geregtig is.<sup>49</sup> Voorts bepaal die staat dit waarop elkeen geregtig is. Bykomend is geregtigheid slegs van toepassing op vrye en gelyke burgers, terwyl die toekenning van burgerskap uitsluitlik 'n staatlke angeleentheid is.

### 2 3 Sedelike Deug en Onderwerping aan Staatlike Wetgewing

Volgens Aristoteles is sedelike volmaaktheid slegs binne die *polis*-staat moontlik en die hoogste vergestaltung van sedelike deug is gehoorsaamheid aan die wette van die *polis*. Geregtigheid in dié vorm (*politokon dikaion*) is 'n omvattende deug: dit omvat alle moraliteit, die staat behartig die omvattende sedelike opvoeding van die burgery en dit eis die gehoorsaming van alle geskrewe en ongeskrewe wette en etiese eise van die staat. Bygevolg beskik algemene geregtigheid nie oor 'n juridies gekwalifiseerde betekenis nie en die reg is slegs 'n middel vir die sedelike opvoeding van die mens. Voorts behels die publieke belang by Aristoteles dat die totale sedelike versorging en ontplooiing van die mens in die hande van die staat gelaat word.<sup>50</sup> Hoewel Aristoteles ruimte laat vir die staat om slegs op homself te neem wat die burgery nie in staat is om ter vervolmaking van sigself te verrig nie, bied dit geen normatiewe begrensingsmaatstaf van die staat se kompetensierrein nie. Hierdie kriterium – wat in die staats en regsfilosofie van Thomas Aquinas (c 1225-1274) geyk geraak het – plaas nie strukturele bevoegdheidsperke aan die staat se sedelike opvoeding van die burgery nie.<sup>51</sup> Dié sogenaamde beginsel van 'subsidiariteit' word byvoorbeeld deur Sandel voorgedhou as vryheidswaarborg vir die regsbelange van individue in die samelewing. Die feit dat die verhouding tussen die individu en die samelewing deur allerlei gedentraliseerde vorme van 'politieke assosiasie' bemiddel word, bevestig reeds die universalistiese oorkoepeling van alle samelewingsbelange deur staatlke politieke strukture. By afwesigheid van materiële struktuurbeginsels wat die materiële kompetensiegrense van staatlke en nie-staatlke optrede bepaal, is Sandel se 'self-government republic' ewe seer die slagoffer van

48 Strauss 'Prinsipiële Besinning oor die Regstaat' in Landman (red) *Christelike Geloof en Politiek* (1998) 96-97.

49 MacIntyre *supra* n 16 op 121.

50 Aristoteles *supra* n 43 op I i (1252a-b). Individue is die materie waaruit die staat opgebou is.

51 Strauss 'The Transition from Greco-Roman and Medieval to Modern Political Theories' 2007 *Politikon* 58.

Aristoteliese staatsoorwoekering.<sup>52</sup> Dieselfde beswaar geld teen Robert Nisbet se beklemtoning van gesinstrukture, kerklike organisasies en plaaslike woonbuurte sonder om die regsosiolegie prinsipes ter bepaling van die onderskeidelike kompetensierreine van elk te bepaal.<sup>53</sup> Derhalwe is subsidiariteit op sigself onvoldoende om aan die eise van die *salus publica* binne die raamwerk van 'n gedifferensieerde regs en staatsosiolegiese orde uitdrukking te gee: 'The principle of subsidiarity operates with the idea of relative autonomy of the various subordinate parts of society, understood as parts of the encompassing nature of the state'.<sup>54</sup>

Omdat Aristoteles nie prinsipiële perke aan die staat se juridiese taakbehartiging plaas nie, vervloei staatlike en nie-staatlike kompetensieperke tot hoër en laer doeleindes wat transpersonaal alle individuele en sosiale belange opeis wat aan die staat se etiese doelwitte ondergeskik gestel word. Die omvattende staatsbelang (in die latere regs en staatsfilosofie geformuleer as *salus rei publica suprema lex*) oorwoeker ander individuele en partikuliere belange:

For even if the good of the community coincides with that of the individual, it is clearly a greater and more perfect thing to achieve and preserve that of a community; for while it is desirable to secure what is good in the case of an individual, to do so in the case of a people or a state is something finer and more sublime.<sup>55</sup>

Met die oog op die verdere bespreking van Aristoteles se geregtigheidsleer en die gebrek aan staatlike kompetensiebeperkings, is die volgende aspekte van deurslaggewende belang: die *polis*-staat se behartiging van die algemene belang stoel op 'n staatsopvatting wat nie oor materiële regsgrense beskik nie; die publieke belang wat deur die *polis*-staat behartig word, sluit in die redelik-sedelike deugdelikeheidsdoelwitte soos deur die staatsowerheid bepaal; die menslike neiging na gemeenskap vind in die *polis*-staat sy doel en beperking; samelewingsvorme naas of buite die *polis*-staat beskik hoogstens oor gedelegeerde kompetensies wat van staatsweë vergun en herneem kan word; alle nie-staatlike lewensvorme verteenwoordig onselfgenoegsame deel-aspekte van die oorkoepelende staatsgemeenskap.<sup>56</sup> Nisbet se standpunt dat die moderne staat 'n noodsaaklike ewel is en plaaslike gemeenskappe as bolwerke van ware vryheid dien, word tereg deur Harold afgewys:

This is false for all the reasons we have seen: Unless we know the character of the small social groups we cannot know whether they are worth preserving. The state could very well be a positive social good if it intervenes against the injustices perpetuated by smaller societies, and true freedom might, on occasion, take the unfortunate form of striving for security rather than local

52 Sandel *Democracy's Discontent* (1998) 27.

53 Nisbet *supra* n 16 op 175.

54 Strauss 'Sphere sovereignty, solidarity and subsidiarity' 2013 *Tydskrif vir Christelike Wetenskap* 93.

55 Aristoteles *supra* n 44 op I ii (1094b).

56 Pretorius *supra* n 41 op 13.

liberty. Nisbet, however, sees freedom one-dimensionally as the absence of state power and the proliferation of local authorities – a surprisingly negative definition from someone who supposedly upholds a positive view of freedom, but the one Nisbet is left with, since he does not get into nitty-gritty discussions of the substantive goods concrete communities pursue.<sup>57</sup>

## 2 4 Die Staat as Omvattende Deugdelikheidsorde

Die Aristoteliese soeke na 'n omvattende gemeenskapsbegrip waarbinne geregtigheid die sedelike deugde van die totaal-gemeenskap moet weerspieël, speel 'n deurslaggewende rol in die politokraties-kommunitêre politieke en regsdenke. Sandel onderskei byvoorbeeld tussen die 'sentimentele' en 'konstitutiewe' opvattinge van gemeenskap. Die sentimentele konsep van gemeenskap beperk die waarde van gemeenskap tot die sentimente van voorafgaande ('antecedently') geïndividualiseerde subjekte, terwyl die konstitutiewe konsep die individu se selfbegrip en identiteit van die gemeenskapsbegrip maak.<sup>58</sup> Tot die mate dat die mens se konstitutiewe selfbegrip 'n groter subjek as slegs die individu alleen betrek, maak dit byvoorbeeld die Aristoteliese polis-staat konstitutief vir die identiteit van die individu.<sup>59</sup> Wat geregtigheid in die konstitutiewe gemeenskap betref, word 'n gemeenskap van 'n bepaalde soort en op 'n bepaalde wyse georden, veronderstel, 'such that community describes its basic structure and not merely the disposition of persons within the structure'. Die geregtigheidsbegrip is van 'n transpersonale aard vir sover dit veronderstel 'not simply an attribute of certain of the participants' plans of life'.<sup>60</sup> Die transpersonale aard van geregtigheid gaan aan die (regs) belange van individue vooraf: 'justice as fairness describes a "basic structure" or framework that is likewise distinguishable from and prior to the sentiments and dispositions of individuals within it'.<sup>61</sup> Volgens MacIntyre beskik slegs burgers wat die deugdelike lewe in die polis ondersteun oor die vereiste rasonale insig in geregtigheid:

the rational justification of the life of virtue within the community of the polis is available only to those who already participates more or less fully in that life. The *Nicomachean Ethics* and the *Politics* should therefore be read as directed to a particular type of audience, that composed of the mature citizens of the polis. They alone will have that kind of experience which will enable them to understand the standards and values implicit in the life of any tolerably well-ordered polis, as Aristotle presents it.<sup>62</sup>

57 Harold 'Robert Nisbet's Visible and Invisible Communities' 2010 *The Catholic Social Science Review* 184.

58 Sandel *supra* n 2 op 161.

59 *Idem* 172.

60 *Idem* 173.

61 *Idem* 174.

62 MacIntyre *supra* n 16 op 110.

Wat word met 'goed geordende polis' bedoel? Dit wat teleologies deur die staatsowerheid nagestreef word en wat die staat in die algemene belang ag.<sup>63</sup> Bygevolg word die redelik-sedelike deugdelikhedsoogmerke van staatsdoelwitte die oortroewende oorwegings, dit bepaal die regsraad van die polis-staat; die polis-staat word van sy status as regsstaat onttoon en staatsdoelwitte neem die plek van grondliggende regsprinsipes in. Geregtigheid word aan die historiese vorm van die polis-staat ondergeskik gestel en a-juridiese staatsdoelwitte word deur middel van die reg as redelik-sedelike eise afgedwing.

Die Aristoteliese polis-staat staan midde in die antitetiese politieke en juridiese spanningsvelde: die trekkragte van rasionalisme en voluntarisme – die polis is 'n natuurlik-rasionele orde wat sy bestemming in die wilsbeslissings van die staatlike regsvormende organe vind; die staatsorde staan in die spanningsveld van regstaat en magstaat – die sintese wat uit hierdie antitese voortkom is die voluntaristiese deugdelikheidsstaat wat die reg transendeer. Die staat vorm dus 'n vermeende grootste geheel in die samelewing wat alle ander lewensvorme as integrale dele omvat en alle samelewingsoptrede as staatsoptrede beskou.<sup>64</sup> Wat is die implikasies van die Aristoteliese skroomvalligheid om konstante struktuurbeginsels te onderskei met die oog op die normatiewe oriëntasie aan sleutel-belangrike fasette van geregtigheid van 'n bowe-tydelike aard in die menslike ervaringshorison? Die antwoord op die vraag hou verband met die Aristoteliese onderskeid tussen distributiewe en kommutatiewe geregtigheid, publieke geregtigheid, die Aristoteliese geregtighedsargument en die regs-kompetensies onderliggend tot die Aristoteliese polis-orde.

### 3 Aristoteles se Besondere Geregtigheidsteorie

#### 3 1 Distributiewe en Kommutatiewe Geregtigheid en die Materiële Kompetensiebepelings van Staatlike Mag

Aristoteles se onderskeid tussen distributiewe (publiekregtelike) geregtigheid en kommutatiewe (privaatregtelike) geregtigheid bied nie die versekering van die afbakening (en beskerming) van 'n regsterrein van individuele regte en die beskerming van die integriteit daarvan nie. Daar is met ander woorde nie voldoende kompetensiebepelings op die materiële staatlike regsterreine wat die integriteit van private regte kan waarborg nie. Die Aristoteliese kommutatiewe geregtighedsbegrip bevat 'n arismetiese gelykheidskriterium ingevolge waarvan inter-individuele regsverhoudinge in die vorm van kontraktuele en deliksverhoudinge op grondslag van gelykheid beoordeel moet word. Dit impliseer egter geensins dat Aristoteles die terreine van die burgerlike en nie-burgerlike privaatreë as eiestandige regsterreine onderskei nie. Daarenteen behels distributiewe geregtigheid die verdeling van eer, ampte en uiteenlopende

63 *Idem* 109.

64 Aristoteles *supra* n 43 op I ii (1253a).

gemeenskapsgoedere op grond van die persoonlike hoedanighede en status van persone in die *polis*. Enersyds is die onderskeid tussen die publiek en privaatregtelike regsverhoudinge in die *polis* nie aan materiële regsgrense gebind nie. Andersyds geniet die onderskeid tussen burgerlike en nie-burgerlike regbelange in die *polis* nie erkenning nie. Sowel publiekregtelike as privaatregtelike belange is aan die eksterne staatsdoelwitte ter sedelike opvoeding van die burgery ondergeskik. Die mate van erkenning wat publiekregtelike en privaatregtelike belange geniet is uitgelewer aan die politieke mag waarop die staatsowerheid beskik om beslag aan die sedelike opvoeding van die onderdane te gee. Sosiale doelwitte kan egter nie die materiële aard van publieke geregtigheidstoebedelings bepaal nie omdat die maatskaplike doel van publiekregtelike norme buite die grense van die reg lê. Wat die status en beskerming van die burgerlike en nie-burgerlike private regssfere in Aristoteles se geregtigheidsteorie betref, is die onderdane uitgelewer aan wisselende staatsdoelwitte en 'n manipuleerbare staatsetos. 'n Tipiese voorbeeld van die ongenuaneerde verrekening van die volle spektrum van regsbelange binne die staatsterritorium vind ons by Aristoteles se klem op burgerskap van die *polis*. Vir Aristoteles druk die status van staatsburgerskap die essensie van menslike waardigheid uit. Persone wat nie oor burgerskap van die *polis* beskik nie, beklee die status van diere of soortgelyke regsobjekte. Voorts is burgerskap 'n manipuleerbare statushebbendheid wat in die hande van die *polis*-owerheid berus. Slawe, vroue, boere en hande-arbeiders beskik byvoorbeeld nie oor burgerskap nie en geniet derhalwe nie die regstatus en beskerming wat aan *polis*-burgers toekom nie. MacIntyre gooi dit oor die boeg van die vermoë ter identifisering en ordening van die deugdelike lewe in die polis: 'The immature are excluded from this audience, because not sufficiently experienced or disciplined in respect of their passions'.<sup>65</sup> Publieke geregtigheid kan nie tot ontplooiing kom sonder versorging van die *salus publica* met verrekening van die regstaatlike eise van die erkenning en handhawing van die pluriformiteit van staatlike en nie-staatlike regskompetensies en die versekering van menslike waardigheid as regulatiewe regsbeginnsel nie.

### 3 2 Publieke Geregtigheid as Uitdelende Geregtigheid

Is Aristoteles se geometriese gelykheidsmaatstaf voldoende om publieke geregtigheid in die staat te bewerkstellig? Die antwoord op dié vraag vereis 'n bespreking van die kriteria waarvolgens gelyke en ongelyke behandeling in die staat bepaal word en die waardes aan die hand waarvan die verdeling van ampte, eerbewyse en publieke goedere moet geskied. Aristoteles se bespreking van hierdie aspekte is vervat in sy *Politica* boek III saamgelees met die relevante opmerkings in boek V van sy *Ethica Nicomacheia*: Uitdelende geregtigheid (Bgu) impliseer vir Aristoteles sowel 'n deug ('political good') as 'n vorm van gelykheid.<sup>66</sup>

65 MacIntyre *supra* n 16 op 110.

66 Raath *Die Juridies Wysgerige Grondslae van Vryheid en Gelykheid. Die Grieks-Romeisne Aanloop* (MA verhandeling UFS 1983) 210.

Gelykheid dui op die wyse van verdeling van ampte, eerbewyse en goedere deur die staatlike owerheid aan die onderdane binne die *polis*.<sup>67</sup> Meer spesifiek behels die wyse van verdeling dat daardie onderdane wat gelykwaardig geag word gelyke ampte, eerbewyse en materiële voordele behoort te ontvang, terwyl diegene wat ongelijk is, ongelyke dele behoort te kry. Dié maatstaf is doelmatig bepaal vir sover sommige onderdane aanspraak maak op gelyke behandeling, terwyl 'n ander groep die basis vir regverdige verdeling in die ongelyke behandeling van ongelykes vind.<sup>68</sup> Volgens Aristoteles is hierdie meningsverskil toe te skryf aan die menslike sug na eie gewin (*pleonexia*) en die feit dat elke individu regter in sy eie saak wil wees. Die subjektiewe menings van die onderskeie groepe kan egter geen basis vir Bgu wees nie: die vrye burgers redeneer immers dat hul gelyk is vir sover hulle 'n gelyke vryheid deelagtig is; daarteenoor is die welgestelde burgers van oordeel dat rykdom bepalend is vir die vraag of persone gelyk is al dan nie. In sy *Politica* formuleer Aristoteles die gelykheidsprobleem onderliggend tot Bgu soos volg: 'But there still remains a question: equality or inequality of what?'.<sup>69</sup> Derhalwe moet Aristoteles alle relevante faktore identifiseer wat vir die beantwoording van die gelykheidsvraag in die *polis* relevant is.<sup>70</sup> Aristoteles gebruik die metafoor van die fluitspeler om aan te dui welke kriteria relevant (en irrelevant) met die oog op verdeling van 'n musikinstrument sal wees. Omdat goeie afstamming geen bydrae tot uitmuntende fluitspel lewer nie, behoort die beste fluit aan die beste fluitspeler gegee te word.<sup>71</sup> Selfs adellike afkoms kan nie kompenseer vir minderwaardige fluitspel nie;<sup>72</sup> net so min as wat atletiekprestasies deur politieke eerbewyse beloon kan word. Die voorbeelde van sowel fluitspel as atletiekprestasies resorteer egter buite die domein van publiekregtelike verdelings. Hoe sou die kriteria vir verdeling op die méér komplekse terrein van publieke geregtigheid daar uitsien? Die kriteria wat Aristoteles in dié verband identifiseer sien soos volg daaruit:

- (a) Geregtigheid behels die gelyke behandeling van gelykes en ongelyke behandeling van ongelykes.
- (b) Die waardeskaal waarvolgens verdeling behoort te geskied, behoort te onderskei tussen twee kategorieë van waardes:
- (i) Waardes wat noodsaaklik is vir die *bestaan* van die *polis*: afkoms (O), rykdom (M) en vryheid (Y), sodat O, M en Y by publiekregtelik verdelings in aanmerking geneem moet word in plaas van atletiese vermoëns en fluitsspel.
- (ii) Waardes (of eienskappe) wat noodsaaklik is vir die *voortbestaan* van die *polis*: één daarvan is politieke deugdelikheid (PD).<sup>73</sup>

67 Van der Vyver 'Die Regsleer van Aristoteles' 1962 *Koers* 224.

68 Raath *supra* n 66 op 214 n 297.

69 *Idem* 215; Aristoteles *supra* n 43 op III ix-xi (1281a-1282b).

70 Aristoteles *supra* n 43 op III vii (1279b).

71 Raath *supra* n 66 op 215-216.

72 Aristoteles *supra* n 43 op III xi-xii (1282b-1283a).

73 Aristoteles *supra* n 44 op V iii (1131a-b).

Teenoor fluitspel is M 'n essensiële (konstitutiewe) politieke waarde, terwyl PD op sy beurt 'n bydrae tot goeie regering van die *polis* lewer. Hoewel fluitspel nie met M uitruilbaar is nie, is sowel M as PD relevante politieke waardes in die *polis* en dus wel uitruilbaar. Die kriteria vir meriete (*axia*) met die oog op publiekregtelike toebedelings sluit dus sowel die waardes van (b)(i) as (b)(ii) in – sowel noodsaaklike politieke waardes as voldoende politieke waardes is vir juridiese verdelings relevant. Dit behels voorts dat uiteenlopende politieke voortreflikhede vergelykbaar (uitruilbaar) is. Die vraag word nou verplaas na die vraag oor hoe 'n bepaalde hoeveelheid van M of Y met 'n sekere kwantum van PD vergelyk kan word. Aristoteles se standpunt behels dat indien Bgu 'n 'gelykheid van verhoudinge' ten grondslag het, en indien so 'n geometriese gelykheid nie verwesenlik kan word tensy die verskillende waardes (wat bydrae tot gemeenskaplike welvaart) vergelykbaar is nie, dan sou die standpunt van die onvergelykbaarheid van die verskillend kategorieë waardes lei tot die ontkenning van die gelykheidssubstraat onderliggend tot Bgu. Deur die twee groepe waardes van die onderskeie belangegroepes in die staat met mekaar te vergelyk, tref Aristoteles 'n kompromie tussen die botsende belangegroepes in die staat vorme van voortreflikheid verteenwoordig, by publiekregtelike toebedelings deur Aristoteles verreken word en die diverse belange (heterogeniteit) in die *polis* vir regsdoeleindes verreken word om politieke harmonie te bewerkstellig. Hoewel die rykes benewens hul rykdom ook vry en deugdelik mag wees en die polities-deugdelikes ook oor M en Y mag beskik, is die geometriese gelykheid van Bgu veronderstel om politieke harmonie in die staat te bewerkstellig. Die oogmerk van Aristoteles se Bgu-maatstaf is die behoud van orde in die *polis* – om die onderskeie aansprake op O, M, Y en PD tot politieke harmonie te bring.<sup>74</sup> Ter behoud van die *polis* word sowel O, M, Y en PD vereis hoewel dié 'voortreflikhede' tot verskillende kategorieë behoort. Al hierdie voortreflikhede word egter in 'n bepaalde verhouding vereis. Voorts vereis die pragmatiek van die politieke lewe dat op die tyd en plekgebonde voortreflikhede wat vir *polis*-burgers relevant (en belangrik) is gelet moet word wanneer staatlike ampte, eerbewyse en publieke goedere verdeel word.

Die maatstawwe waaraan publieke geregtigheid moet voldoen, het nie betrekking op die juridiese struktuurprinsipes van staatwees as sodanig nie. Die onderskeie kategorieë van maatstawwe word uit die terrein van politieke konflik na die terrein van die reg verplant. Daarom verwys Sandel deurgaans na Aristoteles se geregtighedsmodel as 'political conceptions of justice'<sup>75</sup> en volgens MacIntyre 'failure (of justice) in one is failure in the other' samelewingsvorme.<sup>76</sup> Die vorm wat geregtigheid in die staat aanneem, is formalisties en kontingent; dit is afhanklik van die

74 Sien Raath *supra* n 66 op 218.

75 Sandel *supra* n 52 op 20 & 22.

76 MacIntyre 'Politics, Philosophy and the Common Good' in Knight (red) *The MacIntyre Reader* (1998) 31.



aard van politieke oorwegings wat op 'n gegewe moment in 'n bepaalde staatsvorm relevant mag wees. Voorts beteken dit dat 'minderheidsgroepe' wat oor een of méér van die genoemde kategorieë 'voortreflikhede' beskik, aan die oorwoekerende 'voortreflikheid' van meerderheidsgroepe uitgelewer is. Dit kan byvoorbeeld gebeur dat 'n minderheidsgroep vir politieke doeleindes oor so min 'voortreflikheid' beskik dat by verdeling van beperkte hoeveelhede publieke goedere, hul geen aanspraak op voordele (of bykans geen voordele) sou hê nie. Wiskundige berekenings om politieke konflik te besweer bied nog geen kriteria wat die staatstruktuur aan bowe-tydelike prinsipes met universele gelding bind nie.<sup>77</sup> Voorts kan die geometriese uitruilbaarheid van kriteria van pragmatiese aard ernstige gevolge vir die menswaardigheid van bepaalde groepe in die staatslewe hê. Die mees ingrypende implikasies van wetgewing met die oog op bevordering van 'n deugdelikhedsideologie, die oorwoekering van herkoms teenoor persoonlike vryheid, die pragmatiese integrasie van hierdie 'voortreflikhede' op grond van relevante politieke oorwegings en die afdwinging daarvan deur die reg blyk uit die Nazi-wetgewing wat hier onder kortliks aan die orde gestel word – tasbare implikasies vir regsordes wat die weg van die Aristoteliese *polis*-staat bewandel. Daarbenewens moet in aanmerking geneem word dat slegs *polis*-burgers toegang tot Bgu geniet en dat vreemdelinge, slawe en ander kategorieë van nie-burgers nie toegang tot Bgu had nie. Die groteske regs en politieke implikasies daarvan word verhoog na mate die Aristoteliese Bgu-maatstawwe as vorme van 'beloning' vir die 'voortreflikhede' van die staatlike burgery beskou word. Michael Sandel verklaar byvoorbeeld onomwonde dat geregtigheid nie vir alle persone binne die staatsdomein geld nie, maar as beloning 'verdien' moet word.<sup>78</sup> Dit impliseer dat nie-burgers en kategorieë van minderheidsgroepe volgens die mening van die staat oor onvoldoende 'voortreflikheid' mag beskik om beloon te word. Die hoofrede waarom politokratiese kommunitariërs 'n geslote oog op die implikasies van Aristoteles se Bgu-maatstawwe nahou, spruit waarskynlik uit die buite-konteks metaforiese toepassing van die meriete van die fluitspeler op die terrein van publieke geregtigheid, sonder verrekening van die volle lading van Aristoteles se Bgu-argument in sy politieke en etiese hoofwerke.

77 De Graaff *Lot en Daad, Geluk en Rede in het Griekse Denken* (1957) 74-75: 'Zaken kunnen wiskundig worden gedefinieerd, maar niet personen. Met alle waardering, die het modern rechtsleven voor de subtiele determinaties op juridisch gebied van Aristoteles moge hebben, moet worden vastgesteld, dat hij het wezen der rechtvaardigheid voorbijziet... De rechtvaardigheid moet haar fundamentele in een andere, hogere orde leggen, zal zij de beperkingen, die Aristoteles haar oplegde, te boven komen'.

78 Sandel *supra* n 5 179 & 186-188.

### 3 3 Geregtigheid en die Pluriformiteit van Regskompetensies in die Aristoteliese *Polis*-orde

#### 3 3 1 *Gelykheid, Vryheid en die Burgerlike Privaatreg*

In die Aristoteliese regsteorie word regstatus en die regsposisie van onderdane in 'n individuele en sosiale hoedanigheid volgens 'n biopolities-sedelike maatstaf bepaal. Die biopolitiese onderbou van sy religious-etiese denke het in twintigste eeuse absolutistiese benaderings tot menslike waardigheid na vore gekom en sy meegaande publieke geregtigheidsbegrip is aangegryp om growwe publieke onreg te legitimeer en menslike waardigheid in terme van biopolitiese doelwitte te relativeer. Dié implikasies het veral in die twintigste eeuse Nasionaal-Sosialistiese staatsdenke tot ontluiking gekom:

This Aristotelian idea of the state was the philosophical expression of the ancient Greek popular conviction. ... It was very much like the idea of the totalitarian state as recently taken up by Fascism and National-Socialism, although here the idea is no longer based on a so-called "metaphysical" order of reason, but is oriented irrationally to the community feeling of the people.<sup>79</sup>

Waarom tref Dooyeweerd 'n noue verband tussen die Aristoteliese *polis*-staat en Nasionaal-Sosialistiese magstaatpraktyke en wat is die implikasies daarvan vir menslike waardigheid?

In die Aristoteliese *polis* beskik slawe, vroue, boere en hande-arbeiders vir politieke en geregtigheidsdoeleindes oor mindere waarde en belang. Tesame met die gebrek aan erkenning van regte wat teenoor die *polis*-staat afdwingbaar is, die eksklusiewe beskouing van burgerskap en die gebrek aan staatlke kompetensiebepelings, is van sowel menseregte as die klassieke grondregte in die Aristoteliese regsteorie geen sprake nie.<sup>80</sup> Voorts maak Aristoteles nie voorsiening vir die beskerming van die individu as staatsdoel nie. Die universele sedelike belange van die staatsorde fruiik die effektiewe beskerming van die individu teen staatsoptrede.<sup>81</sup> Die Aristoteliese *polis*-staat gaan eerstens mank aan 'n ontslote en verfynde juridiese integreringsnorm met die oog op die versorging van 'n openbare regsorde wat beantwoord aan die eise van publieke verbandsgeregtigheid. Dit impliseer dat die staat oor die normatiewe taak ter handhawing van ewewig en harmonie in die veelheid van regsbelange in ooreenstemming met die staat as publieke regsentiteit behoort te beskik. Die staat se versorging van die *salus publica* (publieke welsyn) ontleen sy tipiese aard aan die staat se regstaatlike inslag. Kommunitêre regsteorieë ontleen egter hul staats en regsgrondslae aan die Aristoteliese biopolitiese *polis*-orde. Bygevolg ontbreek die staatlke verbandsregtelike kwalifikasie in hul regsfilosofiese teorieë. 'n Belangrike implikasie van dié gebrek aan

79 Dooyeweerd *The Christian Idea of the State* (1978) 8-9.

80 Sien Van der Vyver *supra* n 67 op 224-260.

81 Pretorius *supra* n 41 op 12.

juridiese onderskeiding is die afwesigheid van burgerlik-privaatregtelike belange wat – soos hierbo aangetoon – neweskikkende regsverhoudinge tussen individue orden, afgesien van die a-juridiese vorme waarvolgens nie-staatlike samelewingstrukture funksioneer. Die burgerlike privaatreë as keersy van sowel die nie-burgerlike privaatreë as die publieke verbandsreë van die staat vereis die beskerming van die juridiese persoonlikheidswaarde van regssubjekte ongeag taalverskille, rasverskille, geloofsverskille, ekonomiese verskille en so meer. Dooyeweerd beskryf die grondliggende aard van burgerlike privaatreë in die volgende terme: ‘Civil private law, in its nature, constitutes the juridical asylum of the human personality, the stronghold of individual freedom and as such it is destined to provide a beneficial counter balance against the excessive pressure of communal demands within legal life’.<sup>82</sup> Die burgerlike privaatreë behoort dus regsvoorsiening te maak vir elkeen wat op die staat se territorium aanwesig is ongeag die sosiaal-gedifferensieerde veelheid van verbintenisse wat individue mag hê, en die regulering van individuele optrede wat op grondslag van vryheid en gelykheid naas en teenoor mekaar te staan kom.<sup>83</sup>

### 3 3 2 Die Organismiese Staat en Menslike Waardigheid

Die staat as ‘natuurlike’ verband en ‘organiese’ gemeenskap figureer prominent in politokratiese kommunitarisme.<sup>84</sup> Die ongedifferensieerde organiese polis-orde laat nie ruimte vir ’n ontslote uitsig op burgerlike vryheid en gelykheid volgens die eise van publieke geregtigheid nie, menslike waardigheid geniet nie die juridiese beskerming wat die staat as publieke regshandhawer veronderstel is om aan alle ingesetenes te bied nie en laat ruimte vir staatlike ingrepe vir biologiese en godsdienstige redes in die interne kompetensiesfere van nie-staatlike samelewingsinstellings: volgens Aristoteles se redelik-sedelike religieuse maatstawwe bepaal die staat die posisie van mense in die samelewing;<sup>85</sup> mans is verhewe bo vroue;<sup>86</sup> vroue beskik oor in bepaalde opsigte dieselfde status as slawe;<sup>87</sup> die staat beskik oor die kompetensie van gedwonge aborsie waar staatsgoedgekeurde geboortes oorskry word en misvormde kinders moet gedood word;<sup>88</sup> fundamentele grondreëte geniet geen erkenning in die polis-staat nie<sup>89</sup> ‘barbare’ en slawe beskik nie oor betekenisvolle vryheid nie;<sup>90</sup> landbouers beskik oor dieselfde status as slawe;<sup>91</sup> onderwys is gerig op die verwesenliking van politieke

82 Strauss *supra* n 48 op 107.

83 *Idem* 110.

84 Sien b.v. Nisbet *Social Change and History* (1969) 8-9; Goosen *supra* n 3 op 11 & 67.

85 Barker *supra* n 45 op 428.

86 Aristoteles *Historia Animalium (Hist Anim)* (1910) 9.608b7; Aristoteles *De Partibus Animalium* (1911) 2.648a14.

87 Aristoteles *Hist Anim* 9.1.608a22-24.

88 Aristoteles *supra* n 3 op VII 16 xvi (1334b-1336a).

89 Rushdoony *The Institutes of Biblical Law III* (1999) 155.

90 Douma *Natuurrecht – een Betrouwbare Gids?* (1978) 14.

91 Barker *supra* n 45 op 410.

oogmerke en alle onderwys word deur die staat beheer;<sup>92</sup> die staat bepaal die status en posisie van mense in die staatshuishouding;<sup>93</sup> die huwelikslewe is onderhewig aan regulering van owerheidsweë ten einde bioties aanvaarbare nakomelinge te verwek,<sup>94</sup> vir welke doeleindes toesighouers aangestel moet word om as 'inspekteurs van kinders' op te tree;<sup>95</sup> sommige mense is van nature bestem om aan andere onderworpe te wees<sup>96</sup> en die staatsgodsdien moet ter wille van die voortbestaan van die staat gehandhaaf word.

Is die politokraties-kommunitêre strewe na gemeenskap voldoende waarborg vir 'n regverdigde staatsorde? Nee. Omdat die modale integriteit van die reg en die regsosiologiese onderbou van politokratiese kommunitarisme aan materiële struktuurprinsipes mank gaan en diensbaarheid van die reg aan buite-juridiese oorwegings wesenlike gevare is. Die materiële regstaatlike gebreke van politokratiese kommunitarisme is analoog aan dié van die Nasionaal-Sosialistiese regime in die twintigste eeu. Verwringing van die reg en instrumentalistiese aanwending van ongenormeerde mag in die gedaante van reg, volgens die Aristoteliese geregtighedsdenke, is geen hersenskimme nie. Die groteske implikasies van eksterne staatsdoelwitte wat op grond van hoër sedelike motiewe in die staatsorde beslag kry, het navolging in totalitêre staatsordes – waarskynlik vir Aristoteles onvoorsiens – gehad. Regsstandaarde is onderhewig gestel aan eksterne staatsoogmerke. In Hans Frank se *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung* (1935) is dit juis die vertolking wat aan Aristoteles se beskouing van die mens as 'politieke dier' (*zoon politokon*) geheg word:

Man vergasz, dasz schon Aristoteles den menschen als ein "Zoon politicon" bezeugnet hatten das heiszt als ein Wesen, das nicht in seiner Vereinzelung allein denkbar ist, sondern das erst dann entfaltbar und erklärbar ist, wenn man es, in den Rahmen des Gemeinschaft hineingestellt, betrachtet und erklärt.<sup>97</sup>

Tydens die Nasionaal-Sosialistiese regime in Duitsland is wetgewing – deels met beroep op Aristoteles se regsfilosofie – aanvaar en deur regsteoretici uit dié kringe regverdig. Met 'n beroep op Aristoteles se minderwaardige beeld van vroue, verklaar Alfred Rosenberg – 'n vooraanstaande denker ter ondersteuning van dié indertydse regime – oor die minderwaardige karakter van vroue: 'Das Weibchen ist Weib kraft einer gewissen Fähigkeitslosigkeit'. Hy vervolg:

Die Fähigkeitslosigkeit ist die Folge des auf das Pflanzenhafte und auf das Subjektive gerichteten Wesens. Es fehlt der Frau aller Rassen und Zeiten die

92 *Idem* 423.

93 Kyk b.v. Aristoteles *supra* n 43 op I ii-I vi (1252b-1255a).

94 Barker *supra* n 45 op 426.

95 *Idem* 431.

96 Douma *supra* n 90 op 36.

97 Frank *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung* (1935) 18.

Gewalt einer sowohl intuitiven als geistigen Zusammenschau: überall da, wo ein mythische weltgestaltung, ein groszes Epos oder Drama, eine dem Kosmos nachforschende wissenschaftliche Hypothese in der Weltgeschichte auftaucht, steht ein Mann als Schöpfer dahinter ... und ein männlicher Geist ist es überall, der gegen das Chaos eine Weltordnung gebiert.<sup>98</sup>

In die regspraktyk het die *Gesetz zur erhütung erbkranken Nachwuchses* (van 14 Julie 1933) het vir sterilisasie van misdadigers voorsiening gemaak ten einde 'ungesunden und unheilbar kranken kindern' te verhoed; die *Gesetz gegen Missbräuche bei der Eheschliessung und Annahme an Kinder Staat* (van 23 November 1933) het bepaal dat huwelike nietig verklaar kon word indien dit nie met die oog op die belang van die gemeenskap gesluit is nie, maar vir persoonlike voordeel; die *Gesetz zur Verminderung der Arbeitslosigkeit* (van 1 Junie 1933) het finansiële ondersteuning van bioties 'gesonde' egpare gemagtig, en die *Gesetz über den Ausbau der Standesämpter zu Zippenämptern* het bepaal dat die bloedsuiverheid van elke sibbe met die oog op versekering van die 'wichtigsten erbgenehmheitlichen Feststellung' ... bepaal moes word.<sup>99</sup>

### 3 3 3 Bemiddelende Groepe en die Valse Dilemma

Is dit moontlik om die 'territoriale staat' as publieke regshandhawer uit te skakel? Tereg verklaar Harold dat 'n regssosiologiese ondersoek na die strukturele voorwaardes vir handhawing van 'n publieke regsorde nie die staat as regsenteit wat publieke geregtigheid moet verseker, kan ontbeer nie:

take away the state and you are left with mediating institutions which no longer mediate anything to anyone. They then become the new state, the new final authority which on principle must be destroyed for freedom to arise. In the end there would be no logical stopping point at which the condemnation of authority would cease.<sup>100</sup>

Die opvatting van sommige kommunitariërs dat bemiddelende groepe wat onderling in kompetisie tot mekaar staan, die beste waarborg teen magmsmisbruik is, is slegs moontlik indien 'n meganisme (die staat) bestaan om konflik te verhoed. Die valse dilemma waarop Nisbet en andere se regssosiologiese standpunte berus, lê opgesluit in die keuse wat hul tussen plaaslike gemeenskappe en die staat as regshandhawer afdwing: 'In its general form, this is a false conclusion, because it can never be a question of giving precedence to one of the terms of the relation or of choosing between alternatives'.<sup>101</sup>

98 Rosenberg *Der Mythos des 20. Jahrhunderts* (1936) 483.

99 Frank *supra* n 97 op 16.

100 Harold *supra* n 57 op 209.

101 *Idem* 185.

## 4 Konklusie

Beantwoord die Aristoteliese geregtighedsmodel aan die drempelgrens van regstaatlike geregtigheid? Immanent-krities beoordeel, skuil 'n wesenlike teenstrydigheid in politokratiese kommunitarisme. Enersyds word betoog vir die uitskakeling van die staat, in die plek waarvan 'n verskeidenheid van 'tuistelike gemeenskappe' moet tree; andersyds word van subsidiariteit as staatlike delegasienorm melding gemaak en die beginsel van 'korreksie' deur die staat as politieke owerheid vir onreg wat deur (en binne) tuistelike gemeenskappe gepleeg word. In die lig van Harold se opmerkings is die vraag of die weerstand van kommunitariërs teen die staat as sodanig nie misplaas is nie. Behoort die kritiek nie teen die *totalitêre onregstaat* as sodanig te wees nie? Voorts sinspeel Harold daarop dat 'n normatief sterk geregtighedsbenadering 'n belangrike troef teen sentralisering van staatlike mag is. Die vraag is nou tot welke mate 'n materiële geregtighedsparadigma by politokratiese kommunitariërs aanwesig is en binne die praktiese regslewe gestalte ter die versorging van die publieke belang kan kry.

Politokratiese kommunitarisme bly in gebreke om die juridies-relevante fasette van Aristoteliese biopolitiese deugdelikheid as politieke integreringsnorm aan te dui. Voorts is deug geen *begin*-sel aan die hand waarvan die regsorde integraal saamgesnoer behoort word nie. Deug is hoogstens 'n *end*-sel oftewel 'n aksiale oordeel wat gefel word na aanleiding van die vraag of 'n bepaalde handeling in ooreenstemming met die sinsinhoud van die sedelike is. Die Christen sal die vraag byvoorbeeld met verwysing na die sentrale liefdesgebod beantwoord, die Nasionaal-Sosialis met verwysing na die biopolitiese sug na Ariese meerderwaardigheid en die Aristoteliaan deur 'n biopolitiese-organiese gemeenskapsnorm aan te lê. Regstaatlik behoort die staat egter op die terrein van die sedelike met uiterste terughoudendheid op te tree omdat 'n egte regstaat sigself nie met die vermeende onsedelike gedrag van die onderdane *as sodanig* behoort te bemoei nie. Sedelike opvoeding en bekamping van onsedelikheid lê nie primêr op die terrein van die staat se juridiese kompetensies nie omdat dit nie primêr tot die struktureise van die staat behoort nie en dit die persoonlike verantwoordelikheid van staatsonderdane geweld aandoen. Die staat *as regstaat* mag nie as sedemeester op die sedelike lewe van sy onderdane toesig hou nie. Die staat behoort aan die eise van regstaatlike belangebehartiging ter versekering van publieke geregtigheid in die publieke belang op te tree. *As regshandhawer* is die regstaat slegs *marginiaal* met die sedelike lewe van sy onderdane gemoed, naamlik slegs wanneer en vir sover die publieke regsorde in gedrang kom.

Bo en behalwe hierdie strukturele eis aan die regstaat, vereis regstaatlike geregtigheid dat die pluriforme *konstitutiewe regsbeginnels* onderliggend aan die regstaat gehandhaaf word wat vir die onderlinge regsgebiede onmisbaar is. Dit sluit in die burgerregtelike beginsels van

vryheid en gelykheid, die staatlike verteenwoordigingsbeginsel enso-  
meer. Die hiërargiese samelewingsorde wat die kompetensiegebied van  
politokratiese kommunitarisme uitmaak, maak nie vir die verrekening  
van hierdie beginsels voorsiening nie. Die ontkenning van vryheid en  
gelykheid as materiële burgerlik-privaatregtelike ordeningsbeginsels  
reduseer die terrein van die burgerlike privaatreë tot dié van die domein  
van owerheidsbemoëing en outoritarisme.

Die versorging van die publieke belang geskied voorts sonder  
verrekening van die pluriforme verskeidenheid van eiesoortige same-  
lewingssterreine wat struktureel elk oor nie-burgerlike privaatreëtelike  
kompetensies beskik. Elke nie-staatlike samelewingsverband ontvang  
'subsidiêr' gedelegeerde kompetensies wat voorts deur 'korreksie'  
volgens staatspolitieke doelwitte ingeklee kan word.<sup>102</sup>

Publieke verbandsgeregtigheid vereis dat die staat om *regstaat* te  
wees, aan al die materieël-strukturele eise van die staat as regsentiteit ter  
versorging van die publieke belang moet beantwoord. Die verwatering  
van regstaatlikheid in die politokraties-kommunitêre benadering bring  
meteen die idee van publieke verbandsgeregtigheid in gedrang, dit sny  
die menswaardige behandeling van onderdane by die wortel af en  
bevorder politieke bevoordeling as primêre staatsdoelwit. Bygevolg bly  
politokratiese kommunitarisme in gebreke om menswaardigheid as  
regulatiewe norm beslag te gee. Waarskynlik is die belangrikste les wat  
uit politokraties-kommunitêre diskoerse geleer kan word, dat bloot  
formele beroepe op 'deugdelikheid' en 'gemeenskap' by verre nie  
voldoende is om aan die eise van publieke verbandsgeregtigheid te  
voldoen nie. Vir sover politokratiese kommunitarisme van die  
grondliggende vereistes van publieke verbandsgeregtigheid afwyk  
beantwoord dit nie aan die normatiewe drempel wat vir die bestaan van  
'n regstaat vereis word nie.

---

102 Spesifiek Malan *supra* n 3 op 285 se idee van 'korreksie'.