

Vryheid van spraak en die “etiese aktiwiteit van denke”

Freedom of speech and the “ethical activity of thinking”

KARIN VAN MARLE

Departement Regsgeskiedenis, Regsvergelyking en Regsfilosofie,
Universiteit van Pretoria, Pretoria
Karin.VanMarle@up.ac.za



Karin van Marle

KARIN VAN MARLE is ’n professor in die Departement Regsgeskiedenis, Regsvergelyking en Regsfilosofie, Fakulteit Regte, Universiteit van Pretoria waar sy klasgee in Regsfilosofie en verbandhoudende vakke op voorgraadse en nagraadse vlak. Sy is die sameroeper van ’n LLM program in Reg en Politieke Geregtigheid. Met die skryf van hierdie artikel was sy ’n navorsingsgenoot aan die Stellenbosch Institute for Advanced Study (STIAS). Haar navorsing fokus op kritiese teorie, feministiese teorie en die ontwikkeling van ’n post-apartheid jurisprudence. Jongste publikasies sluit in ’n geredigeerde volume, *Sex, gender, becoming. Post-apartheid reflections* (2005), twee geredigeerde volumes saam met Wessel le Roux as mede-redakteur: *Law, memory and the legacy of apartheid: Ten years after AZAPO v President of South Africa* (2007) en *Post-apartheid fragments. Law, politics & critique* (2007) en ’n artikel ‘The spectacle of post-apartheid constitutionalism’ in die *Griffiths Law Review* (2007).

KARIN VAN MARLE is a professor in the Department of Legal History, Comparative Law and Legal Philosophy, Faculty of Law, University of Pretoria where she teaches Jurisprudence and related subjects on graduate and post-graduate level. She is the convener of a LLM programme in Law and Political Justice. At the time of writing this article she was a research fellow at the Stellenbosch Institute for Advanced Study (STIAS). Her research is focused on critical theory, feminist theory and the development of a post-apartheid jurisprudence. Latest publications include an edited volume, *Sex, gender, becoming. Post-apartheid reflections* (2005), two co-edited volumes with Wessel le Roux, namely *Law, memory and the legacy of apartheid: Ten years after AZAPO v President of South Africa* (2007) and *Post-apartheid fragments. Law, politics & critique* (2007) and an article, “The spectacle of post-apartheid constitutionalism” in the *Griffiths Law Review* (2007).

ABSTRACT

Freedom of speech and the ethical activity of thinking

In this article, following the work of Hannah Arendt, the author argues that thought should be placed at the centre of the reflection on freedom of speech. For Arendt thinking is a necessary condition for the existence of an active political sphere and democratic politics. The absence of thought on the other hand is central to totalitarianism. Arendt, reflecting on the trial of Nazi bureaucrat Adolf Eichman, noted how the absence of any activity of thinking and the rigid following of rules and clichés resulted in evil – what she calls the banality of evil.

The author focuses on the limits of liberal legal approaches to respond adequately to the issue of freedom of expression, mainly because of the absence of thought and the preference for predictable applications of rules and interpretations of rights in these approaches. Firstly, the author exposes the law's preoccupation with fairness, legitimacy, functionalism and economic benefit to the detriment of ethical thought and justice. Thereafter, the author recalls the argument by Wesley Newcombe Hohfeld related to the indeterminacy of rights, as discussed by Joseph Singer. Hohfeld made a radical intervention in traditional liberal legal assumptions by formulating the category of no-right, thereby exposing the situations in which an individual, although she suffered damage, will have no recourse in law. In the context of freedom of speech the category of no-right and the reality of damage without recourse in law can play out in many ways – someone could suffer damage because of speech without recourse to law or someone's right to speech could be infringed without recourse to law. Thirdly, Jacques Derrida's deconstructive notion of justice as aporia is discussed to link up with the urgency of thought and judgement in the face of instrumental rule-following. Finally the author considers the application of Derrida's notion of auto-immunity/self-destruction to the law and particularly to the right to freedom of expression. If the legal right to freedom of speech has the tendency to self-destruct each attempt to protect one kind of speech would always already also have destructed and prevented that same speech.

The author argues that thought should guide the allowance and limitation of freedom of speech and not a predictable application of rules, dogma and jargon. She concludes with reference to an application of Arendt's insistence on the link between the activity of thinking and democratic politics within the context of the politics that surrounded the proposed legislation on same sex marriages, citing in this regard Jaco Barnard's recent work, which persuasively shows how thoughtless behaviour allowed moments of a totalitarian politics.

KEY WORDS: Hannah Arendt, auto-immunity, banality of evil, Jaco Barnard, democratic politics, Jacques Derrida, Wesley Newcombe Hohfeldt, indeterminacy of rights, justice, Njabulo Ndebele, Joseph Singer, same-sex marriage, thought, totalitarianism

TREFWOORDE: Hannah Arendt, banaliteit van boosheid ('banality of evil'), Jaco Barnard, demokratiese politiek, denke, Jacques Derrida, eendersgeslagtelike huwelike, geregtigheid, Wesley Newcombe Hohfeldt, Njabulo Ndebele, onbepaalbaarheid van regte, outo-immuniteit, Joseph Singer, totalitarisme

OPSOMMING

In hierdie artikel argumenteer die skrywer in navolging van Hannah Arendt dat denke sentraal moet wees in besinning oor vryheid van spraak. Denke is vir Arendt onlosmaaklik gekoppel aan 'n aktiewe politieke sfeer en demokratiese politiek. Die afwesigheid van denke daarteenoor staan sentraal tot totalitarisme. Die skrywer fokus op die beperktheid van liberale regsbenaderings om bevredigend vryheid van spraak te hanteer.

Eerstens word die bemoeienis van die reg met billikheid, legitimiteit, funksionalisme en ekonomiese wins in plaas van met etiese denke en geregtigheid uitgewys. Daarna word Wesley Newcombe Hohfeld se argument oor die onbepaalbaarheid van regte soos uiteengesit deur Joseph Singer bespreek. Derdens word Jacques Derrida se dekonstruktiewe siening van geregtigheid as aporia voorgehou. Laastens pas die skrywer Derrida se siening van outo-immuniteit/selfvernietiging toe op die reg en spesifiek vryheid van spraak.

Die skrywer voer aan dat denke – en nie resemptatige toepassing van geyskte reëls, dogma of jargon nie – bepalend moet wees in regulering van vryheid van spraak. Sy sluit af met verwysing

na Jaco Barnard se toepassing van Arendt se aandrang op die verband tussen denke en demokratiese politiek op die aanvaarding van wetgewing oor eendersgeslagtelike huwelike in Suid-Afrika, wat oortuigend aantoon hoe gedagtelose optrede totalitêre politiek toelaat.

1. INLEIDING

In 'n skrywe waarin hy krities omgaan met van die werke ter viering van die honderdste herdenking van Hannah Arendt se geboorte in 2005, beroep Jeremy Waldron hom op wat vir hom haar mees navolgenswaardige insig is, naamlik haar oproep tot denke (Waldron 2007: 12). Hy verwys na haar “giftige” kritiek op intellektuele wat vergeet het hoe om te dink. Arendt beskryf 'n opkomende klas intellektuele wie se optrede meer lyk soos dié van burokrate wat blindelings openbare mening volg in plaas daarvan om oor die gebeure van hul tyd na te dink. Waldron beskryf haar insig soos volg:

The paraphernalia of thoughtlessness is legion. Clichés and jargon, stock phrases and analogies, dogmatic adherence to established bodies of theory and ideology, the petrification of ideas – these are all devices designed to relieve the mind of the burden of thought, while maintaining an impression of intellectual cultivation.

(Waldron 2007:12.)

My oogmerk met hierdie artikel is om denke tot fokuspunt te verhef in die vraagstuk oor vryheid van spraak en, meer spesifiek, die reg op vryheid van spraak. 'n Oorweging van vryheid van spraak, en moontlike beperkings daarop, betrek ook, onder andere, opvattinge van demokratiese politiek, geregtigheid en die etiese. Die vryheid om te praat, te skryf, om 'n mening te lug is verweef met die bestaan van 'n demokratiese politiek en die moontlikheid van die publieke sfeer. Opvattinge van geregtigheid en die (on)moontlikheid van etiese optrede teenoor ander staan in noue samehang met die toestaan en beperking van die reg op vryheid van spraak. My uitgangspunt is dat die reg 'n beperkte stelsel is. Ek sal aanvoer dat as gevolg van moderne regsontwikkeling, maar meer akuit as gevolg van die strukturele onbepaalbaarheid en die outo-immuniteit van die reg, tradisionele omgang met en toepassing van die reg sal faal in die konteks van vryheid van spraak. Om hierdie rede steun ek op Hannah Arendt se siening van denke, en meer spesifiek op die belangrike band tussen denke en demokratiese politiek en aktiewe politieke optrede in die publieke sfeer.

Wat die kritiese perspektiewe op die reg betref, gaan ek eerstens die liberale strewe na 'n objektiewe en neutrale regs wetenskap – met ander woorde die opvatting van die reg as 'n stelsel wat waardevrye en finale oplossings kan bied (Berkowitz 2005) – krities bespreek. In hierdie opvatting word reg en geregtigheid van mekaar geskei, met die gevolg dat regs geldigheid geregtigheid as maatstaf vir etiese optrede vervang. Die gevolg van sodanige skeiding is dat denke, oorweging en oordeel moet swig voor die toepassing van 'n resepmatige toets wat doeltreffendheid, ekonomiese wins en openbare opinie moet dien. Tweedens betrek ek 'n ontleding van gevalle waar 'n individu nie aanspraak kan maak op 'n regsremedie of 'n erkende reg nie, selfs al is skade duidelik. Hierdie ontleding ontkrag die klassieke liberale opvatting dat elkeen haar regte vryelik kan uitoefen solank dit nie bots met die regte van 'n ander nie (Singer 1982). Let weer op die afwesigheid van denke en oordeel in liberale regsopvattinge. Dertens roep ek kortliks die nou al bekende siening van Jacques Derrida aangaande regspleging op, naamlik dat oordeel 'n nougesette navolging van bestaande regsreëls en presedente moet behels, maar tegelykertyd ook verder moet strek as navolging (Derrida 1990. Sien ook Cornell 1992). Indien slegs die bestaande reëls nagekom en toegepas word, kom die aktiwiteit van oordeel nie ter sprake nie en behels regspleging bloot 'n instrumentele en funksionele proses. Ek verwys ook kortliks na Derrida se argumente aangaande die outo-immuniteit van demokrasie wat ek toepas op die reg (Derrida 2005). As gevolg daarvan

dat die reg inherent sigself vernietig, sal elke poging om vryheid van denke te beskerm, faal, elke poging om vryheid van spraak te reguleer sal altyd reeds die presiese vryheid inboet. Ek sal aanvoer dat 'n afwesigheid eerder as 'n aanwesigheid van denke sentraal is tot tradisionele opvattinge van en benaderings tot die reg.

Daarna wend ek my tot Hannah Arendt en haar oproep tot denke as sentraal tot politieke aktiwiteit, tot publieke deelname en tot oordeel (Arendt 1958, 1966 en 1971). Ek verwys ook na haar bemoeienis met etiese verhoudings en morele oordeel. Arendt het in haar refleksie op die Eichman-verhoor Eichman se boosheid (evil) as 'n banaliteit beskryf, maar meer spesifiek die afwesigheid van denke as die banaliteit van boosheid (Arendt 1963). Wat totalitarisme tot gevolg het en in stand hou, is die afwesigheid van denke (Arendt 1966). Vir Arendt is pluraliteit sentraal tot politieke optrede en aktiewe burgerskap (1958, 1966).

Totalitarisme, wat die moontlikheid van ander sienswyses, ander maniere van leef en dink ontken, verwerp pluraliteit en daarmee saam die vermoë om jouself in die posisie van 'n ander te plaas. Dit ontken en maak die vrye spel van die verbeelding onmoontlik. 'n Bepaalde verbod op vryheid van spraak staan natuurlik in die teken van so 'n totalitêre politiek. Maar mens moet ook bedag wees op die moontlikheid dat die toestaan van 'n sekere tipe spraak totalitêre politiek ondersteun.

Ek sluit af met 'n verwysing na laasgenoemde argument waar 'n toepassing van Arendt se sienings aangaande totalitêre politiek, politieke optrede en denke in die konteks van die politieke proses rondom die aanvaarding van die wetgewing op gay-huwelike bespreek word.

My argument ten aansien van vryheid van spraak is eenvoudig. Hoe besin mens oor vryheid van spraak, oor dit wat nie en wat wel gesê, gepubliseer of uitgesaai mag word? Menige regsbenaderings faal om 'n bevredigende antwoord te gee. Regsbenaderings is onvoldoende weens 'n beheptheid met regsgeldigheid en doeltreffendheid wat om die beurt etiese verhoudings reduseer. Dit is ook onvoldoende omdat die reg vanuit die staanspoor nie die skade wat aangerig of ervaar word, erken nie. Wat in ag geneem moet word, is dat die inherente selfvernietiging van die reg dit onmoontlik maak om enige beskerming te verleen sonder om reeds uit te sluit. Besinning oor hierdie onderwerp is dus onlosmaaklik verbind met denke – wat toegelaat moet word moet getrou wees aan die etiese aktiwiteit van denke. Dieselfde geld vir watter beperking ook al daarop gehê word.

2. REG, GERECHTIGHEID EN SELFVERNIETIGING

Gerechtigheid en die etiese aktiwiteit van denke

Roger Berkowitz (2005), in 'n werk waarin hy die opkoms van die moderne regs wetenskap bespreek, toon aan hoe reg volgens die hedendaagse opvatting daarvan niks meer as 'n instrument is om strategiese belange te dien nie (2005:ix). Daarmee saam word gerechtigheid geag niks meer as gehoorsaamheid aan reëls te wees nie. Gerechtigheid vereis nie meer dat 'n individu dink en deur haar denke haar eie beperkinge oorskry en 'n etiese gemeenskap met ander betree nie. Gerechtigheid word eerder beskou as billikheid, as doeltreffendheid, en as legitimiteit. Soos Berkowitz dit stel: “In all its contemporary guises, justice today means something like a fair and efficient balancing of interests in a way that produces legitimate legal outcomes” (2005: x). Om blote reëls na te kom, beteken volgens hierdie siening dat gerechtigheid geskied het. Maar gerechtigheid beteken juis dat mens verder as verby 'n blote nakoming van reëls dink. Dit behels betrokkenheid by 'n etiese projek wat groter is as die self. 'n Individu wat bemoeid is met 'n transendentale opvatting van gerechtigheid sal bereid wees om haar regte prys te gee vir iets groter en meer betekenisvol. Die reg volgens hierdie siening beteken iets anders: “[L]aw is the experience of friendship and

mutual reciprocity that, as Aristotle writes, inspires the acts of grace that unite a plurality into a unity” (2005: xii).

Die skeiding van reg en geregtigheid, reg soos dit is van reg soos dit behoort te wees (natuurreg), word beskryf as positivisme. Positivisme beskryf die siening dat die bron van die reg mensgemaakte wette is – die wil van die wetgewende liggaam eerder as rede dien as regverdiging van die reg. Hierdie regverdiging hou nie verband met iets soos transendentale beginsels of waardes nie, maar ag billikheid, gelykheid en sosiale norme as maatstawwe. Berkowitz (2005: xiv) toon oortuigend aan hoe hierdie siening van die reg en dus ook geregtigheid ’n produk is van die opkoms van die reg as wetenskap. ’n Kritiese refleksie op positivisme en die opvatting van geregtigheid as niks anders as billikheid of legitimiteit nie beteken nie noodwendig ’n terugkeer na die natuurreg nie, of selfs ’n aanvaarding van die nuwe natuurregbenaderings nie. Berkowitz se projek is om die ideaal van geregtigheid weer te verbind met die “etiese aktiwiteit van denke”. Hy steun veral op die etiese dekonstruksie van Jacques Derrida en Drucilla Cornell. Ek volg ook hulle sienings na hieronder. Maar dit is in die werk van Hannah Arendt waar die oproep tot denke die sterkste geformuleer word en waarop ek my argument ten opsigte van vryheid van spraak grond. Ten einde die beperkinge van die hedendaagse positivistiese benadering tot reg en geregtigheid verder te onderskryf, wend ek my tot ’n argument wat alreeds in 1913 deur Wesley Newcomb Hohfeld gemaak is aangaande sekere fundamentele onderskeidings tussen regte.

Die onbepaalbaarheid van regte

Joseph William Singer (1982:979) steun op die werk van Hohfeld om oortuigend die liberale siening van regte te kritiseer. Hy toon aan hoe Hohfeld radikaal kritiek gelewer het op die liberale ideaal van ’n regstelsel gebaseer op ’n beredeneerde sisteem van regte. Hohfeld het agt basiese regte en hul teenpole geïdentifiseer, naamlik: reg/geen-reg; voorreg/plig; mag/onmag; immuniteit/aanspreeklikheid (1982: 986). Hy het hierdie groep ook verder omskryf in wat hy regs-korrelatiewe genoem het. Regs-korrelatiewe omskryf ’n enkele regsverhouding met die twee partye as uitgangspunt. Sy sentrale doel was om die fundamentele verskil tussen vryhede en regte te verduidelik. Hy het verskil van al sy voorgangers aangaande die omskrywing van regte. Alhoewel hy saamgestem het met die opvatting dat verpligtinge afgelei kan word van regte, was hy dit nie eens dat verpligtinge van blote voorregte of vryhede afgelei kan word nie. Met ander woorde, bloot omdat ’n bepaalde optrede veroorloof word, beteken nie dat ander onder ’n verpligting staan om nie in te meng met die optrede nie.

Hohfeld het aangetoon dat sy voorgangers ’n konseptuele fout begaan het deur aan te voer dat regte afgelei kan word uit voorregte by wyse van deduktiewe logika. Volgens hierdie siening het die verlening van ’n vryheid outomaties verpligtinge op ander geplaas om nie in te meng met die vrye uitoefening van sekere dade nie (1982: 994). Volgens Hohfeld gebeur dit nie outomaties nie en berus dit by die wetgewer om te besluit of daar verpligtinge aan sodanige vryhede gekoppel moet word of nie. Van groter belang is Hohfeld se verwerping van die meta-teorie aangaande individuele optrede. Die klassieke liberale formulering van die uitoefening van vryhede is dat elkeen vryelik kan optree in so verre niemand anders geskaad word nie. Hohfeld argumenteer dat hierdie formulering ’n wanvoorstelling skep – die belang van sy siening is die blootlegging van die realiteit dat die reg wel skade toelaat waarvoor daar geen herstel is nie, geen regsremedie is nie (1982: 994). Hy verwerp dus die siening dat vryhede geregverdig kan word deur die fiksie dat hulle beperk is tot die mate dat hulle nie ander mag skade aanrig nie (“self-regarding” of selfbetragtend is). Vir Hohfeld beteken vryheid juis die vryheid om aan ander skade aan te rig. Singer verduidelik:

By conceptualizing legal liberty in this manner, Hohfeld restated the fundamental contradiction between freedom of action and security: ‘To the extent that the defendants have privileges the plaintiffs have no rights; and conversely, to the extent that the plaintiffs have rights the defendants have no privileges’. (1982: 994)

Hohfeld se doel was tweeledig: eerstens om die klassieke verwarring tussen regte en vryhede op te klaar, en tweedens om die praktyk van konseptualisme as ’n metode van regsberedenering te ondermyn. Die klassieke teorie van “self-regarding”/selfbetragtende optrede was ’n poging om heersende regsreëls te legitimeer en daardeur die bestaan van reëls te verdoesel wat wel toelaat dat sommige mense skade aan ander toedien sonder dat die slagoffer enige regsremedie het. Die formulering van hierdie gevalle, naamlik die kategorie van *damnum absque iniuria*, was ’n teenstelling met die algemene teorie dat daad wat skade aanrig aan ander ongeldig is (1982: 1025). Deur verdoeseling het die klassieke meta-teorie dit as hoogs uitsonderlik in die regstelsel voorgehou. Met verloop van tyd moes dit egter erken word as ’n verskynsel in die regsisteem. Die eindresultaat van die teoretiese opname van *damnum absque iniuria* was ’n aanvaarding van Hohfeld se kategorie van geen-reg (no-right).

To the extent others have the legal liberty to act or not to act, the damage they inflict on us violates ‘no [legal] rights’ of ours, and we have no claim on the legal system to protect us from such harms or to provide us with remedies. (1982: 1026)

Die wyer belang van Hohfeld se analise is dat hy aangetoon het dat die teorie waarop regte geskoei is onbepaalbaar is, omdat die regsreëls waarop regte steun gelegitimeer word deur ’n teenstellende reeks beginsels. Die logika waarop reëls berus, is teenstellend en daar is geen meta-teorie wat kan help met keuses nie. Die keuse gaan dus gemaak word op grond van beleidsoorwegings, deur mense in besluitnemingsposisies. Die objektiwiteit van die regsisteem en van regtelike beslissings is hiermee ook ondermyn. Singer dui aan dat Hohfeld se analise gevolg is deur Amerikaanse Realiste in hul kritiek op regsformalisme en regs-konseptualisme (1982: 1054). Die teenstelling tussen vryheid van optrede en regsbeskerming teen daad wat skade kan aanrig is fundamenteel tot die reg as geheel – dit is ’n basiese teenstelling wat telkens wanneer ’n regter ’n besluit moet neem, sal voorkom.

The Hofeldian critique of the classical system demonstrates that legal rights are justified by a fundamentally contradictory political and legal theory. Legal decisions are not determined, compelled, or rationally justified by the inherent logic of rights, since rights encompass the contradictory principles of freedom of action and security. Since every legal decision reverts to the fundamental contradiction, we have no alternative but to decide each case in the light of competing goals and interests. To make these decisions, nothing can aid us except the same moral and political arguments we use in other areas of ethical discourse. It is an illusion to think that legal reasoning is any less political and subjective than the reasoning used by legislators, voters and other political actors. (1982: 1059)

Die reg en ook regsbeslissings berus op die maak van keuses. Singer argumenteer ten gunste van ’n bewustelike maak van keuses sodat die keuses met wysheid geneem kan word en die gevolg van die keuses en die waardes wat dit onderlê, in ag geneem kan word. Hy haal die woorde van Rousseau aan: “You may think you have made the laws govern, but people will do the governing” (1982: 1059). Indien ons dus aanvaar dat die reg nie objektiewe antwoorde bied nie, ook nie op die regulering van vryheid van spraak nie en dat keuses gemaak en oordeel gelewer moet word,

is die waarde van denke voorop. Voor ek Arendt en haar oproep tot denke bespreek, verwys ek kortliks na Jacques Derrida se argument aangaande regterlike oordeel, asook sy siening van outo-immuniteit.

Die (on)moontlikheid van geregtigheid

Drucilla Cornell (1992), in reaksie op die onbepaalbaarheidsargument van kritiese denkers soos Singer hierbo, steun op die dekonstruksie van Jacques Derrida in haar argument vir die moontlikheid van geregtigheid en etiese oordeel binne die regsisteem. Sommige kritiese denkers voer die onbepaalbaarheidsargument tot 'n punt waar geen rasonale (en ook geen etiese) keuses ooit gemaak kan word in die regsisteem nie. Cornell verskil hiervan en formuleer die onbepaalbaarheidsargument as die insig dat die etiese verantwoordelikheid teenoor die ander nooit herlei kan word tot bestaande morele of regsreëls nie. Derrida toon aan dat die reg gedekonstrueer kan word, maar nie geregtigheid nie (1990:945). Hy onderskryf dus die onderskeid tussen reg (dit wat is) en geregtigheid (dit wat behoort te wees). Derrida voer aan dat geregtigheid as aporia funksioneer op drie wyses. Eerstens wanneer 'n regter oordeel, is sy vasgevang in 'n paradoks. 'n Regter moet die reg nougeset volg maar terselfdertyd ook 'n waardeoordeel maak aangaande die reg, met ander woorde, verder gaan as 'n blote toepassing van 'n reël. Tweedens staan geregtigheid in die teken van die onbesluitbare: dit is onmoontlik vir enige iemand om op 'n gegewe oomblik aan te voer dat sy volledig geregtigheid laat geskied het, daar is telkens 'n strewe na geregtigheid. Derdens is daar 'n dringendheid by geregtigheid ter sprake, geregtigheid kan nie wag nie, maar paradoksaal is dit altyd uitgestel.

Vir Cornell open dekonstruksie en Derrida se siening van geregtigheid die moontlikheid vir transformasie van die regsisteem. Die ontbloting van die paradoks van regterlike besluitneming onderskryf die belang van denke. Cornell in navolging van Derrida toon aan hoe reg en geregtigheid nooit as spieëlbeelde van mekaar beskou kan word nie. Berkowitz sluit hierby aan in sy kritiek op teenswoordige opvattinge van geregtigheid as billikheid of legitimiteit.

Derrida (2005) het in een van sy latere werke 'n argument aangaande die inherente selfdestruksie van demokrasie ontwikkel (Sien ook Thomson 2005a en b). Ek het elders hierdie argument toegepas op spesifiek die reg op gelykheid en aangetoon hoe elke poging om die gelykheid van een persoon te beskerm 'n ander se gelykheid sal aantast, of anders gestel, hoe die insluiting van een altyd 'n ander sal uitsluit (Van Marle 2008). Derrida (1997) dui in 'n vroeëre werk op die onmoontlikheid van demokratiese vriendskap – hoe elke daad van vriendskap teenoor een persoon 'n ander as vriend uitsluit. Hy ontwikkel hierdie argument later na wat hy noem die outo-immuniteit van demokrasie – demokrasie is nie slegs in gevaar omdat elke demokratiese verkiesing 'n einde kan bring aan dit wat demokrasie moontlik maak, naamlik 'n plurale en in praktiese terme veelpartystelsel nie, maar as gevolg van demokrasie wat sigself ondermyn. Toegepas op die kwessie van vryheid van spraak en gedagtig aan wat hierbo aangevoer is, kan die reg op vryheid van spraak ook as paradoksaal en uiteindelik selfvernietigend beskryf word. Elke beskerming van een se vryheid van spraak sluit die vryheid van 'n ander uit. Meer nog, 'n sekere uitoefening van vryheid van spraak gaan skade berokken aan 'n ander se vryheid van spraak sonder dat daar enige regsremedie is waarop 'n slagoffer haar kan beroep. Sou mens my aandrang op denke na vore bring en toets aan die hedendaagse benadering om 'n formule of resep te volg ten einde 'n beslissing te vel, sou mens ook kon wys op die inherente selfvernietiging hier – elke poging om die etiese aktiwiteit van denke te beskerm gaan as gevolg van die navolg van 'n resep of formule met 'n negering van denke gepaard. Dus 'n regulering van etiese denke vernietig etiese denke in dieselfde beweging as gevolg daarvan dat die reg inherent sigself vernietig.

3. DENKE, NATALITEIT EN DIE ETIESE VERHOUDING

Hannah Arendt in die inleiding tot *The life of the mind/Thinking* (1971) verduidelik hoe sy na aanleiding van Adolf Eichman se verhoor vir wandade gepleeg in Nazi-Duitsland tot 'n ander insig gekom het ten opsigte van boosheid. In teenstelling met die opvatting dat boosheid gegrond is, onder andere, in die demoniese, aangevoer is deur 'n swakheid, of deur haat, is sy gekonfronteer met wat sy beskryf as “a manifest shallowness in the doer that made it impossible to trace the uncontested deeds to any deeper level of roots or motives” (1971:4). Sy bespeur geen teken van ideologiese oortuigings of spesifieke bose motiverings nie. Eichman se optrede kan eerder beskryf word as onnadenkendheid (thoughtlessness). Arendt beskryf hoe Eichman letterlik sonder woorde was in gevalle waar hy nie op clichés of konvensionele standaardantwoorde kon steun nie. Haar belangstelling in hoe hierdie onnadenkende optrede ook voorkom in die alledaagse lewe is veral opmerklik.

Sy argumenteer dat die navolging van clichés en standaardantwoorde ons “beskerm” teen realiteit, en spesifiek teen die oproep tot denke. Haar ondersoek behels die vraag of die aktiwiteit van denke op sigself, met ander woorde uitsluitend van enige oorweging van die onmiddellike gevolg of inhoud van denke, een van die voorwaardes is wat mense sal weerhou van verkeerde optrede (1971: 5). Dit is belangrik om op te merk dat Arendt denke van die kennis en toepassing van goeie maniere en morele kodes ook van begrip onderskei (1971: 5).

Die besinning oor denke lei natuurlikerwys tot die vraag: Wat is dit om te dink? Arendt verwys na haar werk oor politieke optrede, *The human condition* (1958), en spesifiek na die kwessie dat sekere filosofie denke met die kontemplatiewe lewe verbind en dit sodoende sterk van die aktiewe lewe onderskei. Die kontemplatiewe lewe word beskryf as een van stilte, een van passiwiteit. Arendt toon aan hoe denke met die opkoms van die moderne era uiteindelik as 'n vorm van georganiseerde kennis omskryf is (1971:7). Haar bemoeienis is dit wat Cicero toeskryf aan Cato, naamlik dat “never is a man more active than when he does nothing, never is he less alone than when he is by himself” (1971: 7-8). Die vraag wat vir Arendt hieruit voortspruit, is: Waarmee is ons besig as ons niks anders doen as om te dink nie, waar is ons as ons alhoewel saam met ander, saam met niemand anders as onself is nie? (1971: 8). Arendt is bewus van die problematiek wat met sulke vrae gepaard gaan.

Volgens 'n sekere siening is hierdie vrae metafisies of filosofies van aard, vrae wat oënskynlik geen praktiese belang het nie. Vir Arendt is die positivistiese of neo-positivistiese aanslag wat hierdie vrae as betekenisloos en sonder waarde beskou nie die werklike rede tot kommer nie. Veel belangriker is die gevolg dat wanneer die wêreld van denke tot 'n einde kom die wêreld van verskyning daarmee saam ook tot 'n einde kom. Arendt verwys na Nietzsche:

We have abolished the true world. What has remained? The apparent one perhaps? Oh no! With the true world we have also abolished the apparent one (1971:11).

En ook na Heidegger:

The elimination of the suprasensory also eliminates the merely sensory and thereby the difference between them (1971: 11).

Vir Arendt verval ons hele verwysingsraamwerk wanneer die fyn balans verlore gaan wat rus tussen die wêreld van denke en die wêreld van verskyning met die gevolg dat niks meer sin maak nie. Alhoewel dit op sigself van historiese belang is, is die bemoeienis hier met Arendt se vraag na denke.

Denke vir Arendt behels meer as om dit aan te wend as 'n instrument om kennis op te doen en om dinge mee te doen. Sy steun op Kant se onderskeid tussen rede en intellek (*Vernunft* en *Verstand*) (1971: 13-14). Sy staan krities teenoor Kant wat nie genoeg aandag geskenk het aan die aktiwiteit van denke nie, maar gevolg volgens die kriteria van sekerheid en empiriese bewyse vereis het (1971: 15). Die nodigheid vir denke aldus Arendt word gedryf deur die soeke na betekenis en nie die soeke na waarheid nie. Betekenis en waarheid is nie dieselfde nie (1971: 15). Die dwingende behoefte aan denke moet nie verwar word met die versugting na kennis nie. Arendt staan krities teenoor navolgers van Kant wat weier om sy onderskeid tussen rede se bemoeienis met betekenis, dit wat verby kennis is ("the unknowable") en intellek se bemoeienis met waarheid te erken. Die belang hiervan vir die ondersoek na vryheid van spraak is dat die besinning aangaande die toelaatbaarheid al dan nie van spraak, nie aan enige stel reëls of regulasies gekoppel kan word om sodoende aan die aktiwiteit van denke te ontsnap nie.

Dit is van belang om ook Arendt se siening aangaande "common sense" te betrek. Deborah Nelson, in 'n bespreking van die vriendskap tussen Hannah Arendt en die skrywer Mary McCarthy (2006), lig die belang van "common sense" vir Arendt uit. In 'n tyd waarin mense genoep was tot solidariteit en groepsidentiteit staan Arendt en McCarthy uit omrede hulle alleenheid ("solitude") en ongebondenheid ("detachment") nagejaag het. Beide vroue se respons tot lyding was om agterdochtig te wees jeens enige diskoers wat die realiteit versag. Hulle beskou intimiteit, empatie en solidariteit as verskynsels wat ten doel het om die harde werklikheid sagter te maak. Ter aansluiting tot haar bemoeienis met wêreldskap ("wordliness") was dit vir Arendt belangrik om pyn juis as iets alledaags en gewoon te beskou. 'n Publieke sfeer waar mense aan mekaar kon verskyn (en sodoende pluraliteit vestig), maar ook blootgestel is aan die idee van 'n gedeelde wêreld ('n plek van relatiewe stabiliteit wat die publieke sfeer en politieke optrede onderskei van die natuur) was vir Arendt sentraal tot gelyke burgerskap. "Common sense" was vir Arendt deel van mense se verbintenis met die wêreld. Dit was egter nie "self-evident and natural truths" nie, maar deel van die mens se aktiewe en komplekse verbintenis tot die wêreld (2006: 89-90). Soos reeds gesien hierbo het Arendt nie logika, of kennis verbind met denke en verder met "common sense" nie. Arendt se verbintenis tot denke was dus ook 'n verbintenis tot 'n etiese verhouding met ander en 'n etiese respons op aktuele kwessies.

4. DENKE, VRYHEID VAN SPRAAK EN TOTALITÊRE POLITIEK

Jaco Barnard, in 'n kritiese bespreking van die politieke optrede rondom wetgewing wat gay-huwelike wettig, steun op Hannah Arendt se siening van totalitarisme (2007:500). Vir Arendt kom totalitarisme neer op die uitsluiting van die wêreld, op 'n isolasie wat 'n eensaamheid tot gevolg het ("loneliness") wat onderskei moet word van alleenheid ("solitude") (2007:504). Totalitarisme beteken nie slegs 'n totale opheffing en negering van politieke deelname in die publieke sfeer nie, maar dring ook die private sfeer binne. Ek het reeds hierbo na Arendt se werk *The human condition* verwys waarin sy besin oor die politieke lewe. Sentraal tot die politieke lewe vir Arendt is die verskynsel van pluraliteit (1958:7). Pluraliteit, omdat dit menslikheid as 'n multidimensionele verskynsel erken, sal totalitarisme kan verhoed omdat dit die gedagte onderskryf dat verskillende soorte mense die wêreld bewoon. Die kiem van totalitarisme is die isolering van mense. Barnard lig die redes uit waarom vir Arendt pluraliteit fundamenteel tot menslike lewe is, naamlik omdat dit waarde gee aan ondervinding van realiteit; maar, meer belangrik, omdat dit ons in staat stel om te dink (Barnard 2007: 511; Arendt 1966:476). Barnard verwys vervolgens na gevalle waar die grondwetlike hof in uitsprake rondom die beskerming van die vryheid van godsdiens, maar ook in ander uitsprake die belang van pluraliteit vir die transformasie van die Suid-Afrikaanse

samelewing bevestig het (2007:511). Hy verwys spesifiek na die *National Coalition for Gay and Lesbian Equality* saak waar pluraliteit met die grondwetlike beskerming van gelykheid gekoppel is (Barnard 2007: 512). (Sien ook Van Marle 1999).

In die *Fourie*-saak, die saak waarin die grondwetlike hof moes besin oor die uitbreiding van die huwelik na gay verhoudings, het die hof uitdruklik erken dat dit 'n kwessie is wat gelykheid, waardigheid en pluraliteit raak (Barnard 2007: 514).

Van primêre belang vir my argument aangaande vryheid van spraak is dat Barnard ook steun op Arendt se onderskrywing van denke in die konteks van die politieke optrede rondom die wettiging van gay huwelike. Hy wys uit hoe godsdiensgroepe wat die wetgewing teëgestaan het hulself skuldig gemaak het aan Arendt se omskrywing van onnadenkendheid: “the heedless recklessness or hopeless confusion or complacent repetition of ‘truths’ that have become trivial and empty” (Arendt 1958: 5; sien ook Barnard 2007:523).

In navolging van Arendt, beskou Barnard die optrede van hierdie groepe as onnadenkend en dus as 'n voorbeeld van totalitêre politiek. Hul optrede voldoen aan die omvattende omskrywing van onnadenkende optrede: Hulle was “heedlesly reckless” in hul verklaring dat gay pare nie kinders kan grootmaak nie aangesien hulle nie ag daarop geslaan het dat die grondwetlike hof hierdie argument reeds in 2001 verwerp het in die *Du Toit*-saak waarin beslis is dat gay pare kinders mag aanneem nie.

Die adjunk-minister van Justisie se aanvaarding dat 'n burgerlike verhouding dieselfde as 'n huwelik is, word deur Barnard as 'n teken van hopelose verwarring beskryf. Dieselfde verwarring het geblyk uit die argument van die African Christian Democratic Party dat homoseksuele verhoudings “un-African is”:

The latter argument was obviously hopelessly confused about the extent of colonial imposition and its concomitant introduction of Western concepts (such as homosexuality) into the subaltern psyche. The smallest extension of (reflective) thought would have not only realized this but would also have been conscious of the many same-sex practices that exist in Africa today. (2007:524)

Die duidelikste illustrasie van onnadenkendheid in hierdie politiek was egter die onkritiese herhaling van stereotiperende (on)waarhede, onder andere dat die huwelik inherent slegs 'n verbintenis tussen 'n man en 'n vrou kan wees; dat die huwelik 'n godsdienstige konsep is wat deur God ingestel is; dat homoseksualiteit onnatuurlik is; dat homoseksualiteit 'n sielkundige afwyking is (2007:525). Barnard sluit sy artikel af deur te verwys na die noue verband tussen onnadenkendheid en totalitêre politiek (2007:525).

5. TEN SLOTTE

Ek argumenteer in hierdie skrywe vir 'n benadering tot vryheid van spraak wat denke sentraal ag. Die reg as sisteem en dus ook die regsbeskerming van vryheid van spraak en regte wat daarmee verband hou, soos onder andere vryheid en sekuriteit van die persoon, gelykheid en waardigheid, is myns insiens gebaseer op 'n resepmatigheid wat denke ontmoedig. In navolging van Hannah Arendt onderskryf ek die belang van pluraliteit en die belang van denke vir die skep en behoud van 'n demokratiese politiek wat aktiewe burgerskap toelaat.

Njabulo Ndebele in die boek, *The cry of Winnie Mandela* roep ook die belang van denke op spesifiek in die konteks van die uitleef van vryheid:

Become a woman with her thoughts. A woman who observes ... Hold on to your options and your freedom to choose between them. (Ndebele 2003:81)

Sien ook Ndebele (2007:122-126 en 245-250) waar hy 'n beroep doen op die media om kennis, wysheid en denke te aanvaar as rigtingaanwysers. Vryheid beteken juis om nie in 'n spesifieke gegewe of voorspelbaarheid te verval nie.

Sou ek in die slotparagraaf van hierdie skrywe 'n drie-stap toets formuleer ten einde vryheid van spraak of die vryheid van denke te beskerm, sou my argument ook staan in die teken van resemptigheid, selfvernietiging en outo-immuniteit. Ek onderskryf Ndebele:

To have an angle of approach rather than a plan. That will do. An approach enables you to imagine yourself in a situation without its details. That should be enough. Otherwise details can chew away at your options. (2003: 82)

BIBLIOGRAFIE

- Arendt, H. 1958. *The human condition*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Arendt, H. 1963. *Eichman in Jerusalem. A report on the banality of evil*. New York: Penguin Books.
- Arendt, H. 1966. *The origins of totalitarianism*. New York: Harcourt, Brace & World.
- Arendt, H. 1971. *The life of the mind*. San Diego: Harcourt Inc
- Barnard-Naude, J. 2007. Totalitarianism, (same-sex) marriage and democratic politics in post-apartheid South Africa. *South African Journal in Human Rights* 22(3): 500-525.
- Berkowitz, R. 2005. *The gift of science*. Cambridge: Harvard University Press.
- Cornell, D. 1992. *The philosophy of the limit*. New York: Routledge.
- Derrida, J. 1990. Force of law: The mystical foundations of authority. *Cardozo Law Review* 11: 919-1045.
- Derrida, J. 1997. *The politics of friendship*. London: Verso.
- Derrida, J. 2005. *Rogues. Two essays on reason*. Stanford: Stanford University Press.
- Ndebele, N. 2003. *The cry of Winnie Mandela*. Claremont: David Philip.
- Ndebele, N. 2007. *Fine lines from the box. Further thoughts about our country*. Roggebaai: Umuzi.
- Nelson, D. 2006. The virtue of heartlessness: Mary McCarthy, Hannah Arendt and the anesthetics of empathy. *American Literary History* 18(1): 86-101.
- Singer, J. 1982. The legal rights debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld. *Wisconsin Law Review* 1-65.
- Thomson, A. 2005a. *Deconstruction and democracy*. London: Continuum.
- Thomson, A. 2005b. What's to become of "democracy to come"? *Postmodern culture* 15,1.
- Van Marle, K. 1999. *Towards an ethical interpretation of equality*. Unpublished LLD thesis, Unisa.
- Van Marle, K. 2008. In Hunter (ed) *Rethinking equality projects in law: Feminist perspectives*. London: Hart.
- Waldron, J. 2007. What would Hannah say. *The New York Review of Books*, 54(4): 10-12.