
Gadamer, “inheemse gemeenskappe” en historistiese tekste

Andries Raath
Navorsingsgenoot
Departement Geskiedenis
Universiteit van die Vrystaat
RaathA@ufs.ac.za
&
Larisse Prinsen
Departement Publiekreg
Universiteit van die Vrystaat

Abstract

Gadamer, “indigenous communities” and historicist texts

Hans-Georg Gadamer’s philosophical hermeneutics stimulated debates on a wide range of issues related to the interpretation of texts. Gadamer does not accept the traditional view that interpretation is based on the possibility of unchanging objective meaning of texts. Therefore, authorial intent is not objectively determinable. In the process of finding the author’s intent, the interpreter’s efforts are influenced by his/her own pre-understandings and horizon, and the horizon of the author cannot be faithfully recreated by the interpreter. As conditions change, the meaning of texts, applied to new circumstances, change as well. The author also has the complete horizon (or range) of vision when the text is written – this forms part of the dialogue between the interpreter and the text. Gadamer argues that the interpreter’s horizon is dominated by traditions; because interpreters’ hermeneutic efforts are affected by history, the ways in which the text has previously been understood conditions their understanding.

Gadamer responds to accusations of subjectivism by invoking the notion of the "hermeneutical circle": just as the horizon of a text changes over time, so too the interpreter's viewpoint (horizon) is transformed in the textual encounter. Upon the interpreter's first approach to the text, his/her pre-understandings are projected into it. As the interpreter learns more about the text, his/her initial projections are revised to conform with the integrity of the text as it unfolds. The interpreter's dialogue with the text seeks to establish a common ground that will reveal the sense of the individual parts of the text and integrate them into a coherent whole. Gadamer, therefore, assumes that the text exercises a constraining influence on interpreter's hermeneutic activities. In this article Gadamer's historicist assumptions are considered, and the applications of his hermeneutics to legal texts "contaminated" by historicist assumptions, are questioned. Historicist prejudices are strengthened by legal texts based on similar assumptions, as a result of which William J. Eskridge's critique is supported that Gadamer's hermeneutical theory is unable to transcend its own limitations and/or make the required corrections for accomplishing more nuanced interpretations and applications of the legal texts involved.

The applications of Gadamer's philosophical hermeneutics to historicist legal texts are illustrated with reference to provisions in the text of the Protection, Promotion, Development and Management of Indigenous Knowledge Systems Bill and the possible interpretations of the concept "indigenous knowledge" in the Bill. The Bill defines "indigenous community" as being any recognisable community of people developing from or historically settled in, a geographic area located within the borders of the Republic characterised by social, cultural and economic conditions, which distinguish themselves and are recognised by other groups as a distinct collective. The interpretation and application of the concept "indigenous community" by judges applying Gadamer's philosophical hermeneutics in fictitious futuristic scenarios are considered and these diverse, and even opposing, hermeneutical interpretations of "community" in the fictitious examples, titled UTOPIA 1-3, are all based on legitimate interpretations of Gadamerian hermeneutical theory. It is concluded that Eskridge's criticism of Gadamer's historicist approach as deferring too much on "biased and polluted tradition", thereby preventing Gadamer from transcending the limitations of his historicist hermeneutical stance, is valid. It is also valid in the sense that a Gadamerian hermeneutical approach strengthens the historicist assumptions inherent to the Bill,

and leaves little scope for judges to apply the provisions relating to the concept of “indigenous community” in a normative fashion – an approach not accommodative of the material legal principles impacting upon the relevant hermeneutical issues.

Opsomming

Hans-Georg Gadamer se filosofiese hermeneutiek het debatte oor ’n wye spektrum van kwessies met betrekking tot die interpretasie van wetstekste gestimuleer. Gadamer onderskryf nie die tradisionele benadering ingevolge waarvan interpretasie gebaseer word op die aanvaarding van die onveranderlike objektiewe betekenis van tekste nie. Daarom, vir Gadamer, is die outeursbedoeling nie objektief vasstelbaar nie. By bepaling van die outeur se bedoeling, word die interpreteerder beïnvloed deur sy/haar eie vooronderstellings en bygevolg kan die horison van die outeur nie getrou deur die interpreteerder gerekonstrueer word nie. Veranderde omstandighede het tot gevolg dat die betekenis van tekste, toegepas op nuwe omstandighede, ook verander. In hierdie artikel word die historistiese grondslae van Gadamer se hermeneutiese metode en die konvergensie daarvan met historistiese wetstekste ondersoek. Vir dié doel word moontlike interpretasies van die term “inheemse gemeenskap” in die Wetsontwerp op Inheemse Kennisstelsels aan die hand van fiktiewe futuristiese feitekonstruksies oorweeg, die toepaslikheid van Gadamer se hermeneutiek bepaal en die vraag ondersoek tot welke mate Gadamer se hermeneutiese metode ruimte laat vir korrektiewe interpretasies van gebrekkige wetstekste.

Key words

Gadamer, hermeneutics, indigenous community, indigenous knowledge systems, legal discourses.

Trefwoorde

Gadamer, hermeneutiek, inheemse gemeenskap, inheemse kennisstelsels, regsdiskoerse.

1. Inleiding

Die Duitse filosoof Hans-Georg Gadamer se hermeneutiek het sowel in die Europees-kontinentale as die Anglo-Amerikaanse regsdiskoerse beduidende impak gehad (Lindahl, 2003:769-789; Kaufmann, 1996:11-38; Hermann, 1982:379-410). Gadamerse uitgangspunt dat regsinterpretasie paradigmaties vir die hermeneutiese praktyk as geheel is, het wye belangstelling gaande gemaak en die kernbron van sy filosofiese hermeneutiek, *Wahrheit und Methode*, het vir bykans ses dekades beduidende invloed op die gang van regsdiskoerse oor die begrip en taak van regsinterpretasie uitgeoefen (Lindahl, 2003:770).

Oor die regstoepaslikheid van Gadamer se filosofiese hermeneutiek bestaan verskil van mening. Enersyds bekritiseer William N. Jr. Eskridge Gadamer se historistiese benadering vir sover dit oormatig op gebrekkige tradisie steun. Hy verduidelik: “Gadamer emphasizes the need for critical dialogue, but his emphasis on tradition as the starting point and his pessimism about our ability to find an objective point from which to criticize tradition from outside the tradition, render his theory a potentially conservative one. Although Gadamer correctly asserts that we can never entirely transcend our historical situation and its accompanying traditions, his theory does run the risk of being too deferential to those traditions” (Eskridge, 1990:613). Andersyds aanvaar Fred Dallmayr Gadamer se belangrike bydrae tot diskoerse oor die ekumeniese konteks van verskillende regskulture: “... Gadamerian hermeneutics is not just a parochial ingredient of Continental thought, but an important building stone in the emerging global city and in a dialogically construed cultural ecumenism” (Dallmayr, 1993:508). Dallmayr beskou Gadamer se filosofiese hermeneutiek as ’n belangrike stap “in the ongoing process of hegemonic Westernization and especially for the alternative project of an interactive dialogue – perhaps an agonistic dialogue – among cultures” (Dallmayr, 1993:508). Sowel Eskridge as Dallmayr se taksering van die toepasbaarheid van Gadamer se filosofiese hermeneutiek geskied binne die konteks van eenduidige regskulture wat deur die kontinue ontplooiing van regsbetekenis en regsbegrippe binne relatief eenduidige en stabiele betekenisvelde gekenmerk word. Tereg sou gevra kon word na die waarde en nut van Gadamer se filosofiese hermeneutiek in regstelsels wat aan regskulturele omwentelinge en breuke in die regstradisie onderhewig is, waarvan die regsbegrippe met nuwe inhoud deur die regsprekende gesag bekleed word, nuwe regsfigure deur die wetgewer buite die bestaande regstradisie om orent gebring word en beduidende kulturele fragmentasie die regsorde onderlê. Ter beantwoording van dié vrae word kortliks by die

inhoud van Gadamer se filosofiese hermeneutiek stilgestaan, in breë trekke op die regsbetekenis van “inheemse gemeenskap” gelet en die haalbaarheid van sy filosofiese hermeneutiek in geval van historistiese wetstekste – byvoorbeeld die Wetsontwerp op die Beskerming, Bevordering, Ontwikkeling en bestuur van Inheemse Kennisstelsels¹ van 2016 – oorweeg.

By die kritiese oorweging van die regstoepasbaarheid van Gadamer se filosofiese hermeneutiek word van fiktiewe feitekomplekse gebruik gemaak. Dié futuristiese konstruksies (onderskeidelik beskryf as UTOPIA 1, 2, en 3) berus op die volgende aannames: die betrokke regter(s) het minstens een studiejaar blootstelling aan die module filosofie of regsfilosofie gehad; hulle maak in elke feitekompleks van Gadamer se hermeneutiek gebruik by bepaling van die betekenis van “inheemse gemeenskap” en die San is die enigste etniese groep met ’n bewese inheemse vestigingsgeskiedenis in Suidelike Afrika.

2. Hans-Georg Gadamer se filosofiese hermeneutiek

2.1 *Metodologie, ontologie en ontsluiting van betekenis*

Gadamer krediteer die Verligtingsidealisme van Georg Friedrich Wilhelm Hegel (1770-1831) en die eksistensiële fenomenologie van Martin Heidegger (1889-1976) met insigte wat die grondslae van die hermeneutiek gelê het. Volgens Gadamer het Immanuel Kant (1724-1804) die bestaan van *apriori*'s wat menslike kennis moontlik maak aan die lig gebring, terwyl Hegel die mens se historiese bewussyn as ervaringshorison ter betekenisontsluiting beklemtoon het (Gadamer, 2006:215). Op sy beurt het Heidegger die mens se eksistensiële bestaan binne die historiese ervaring op die voorgrond gestel (Gadamer, 2006:244). Derhalwe word Hegel en Heidegger deur Gadamer as grondleggers van die filosofiese hermeneutiek uitgesonder.

Teenoor die positivistiese klem op betekenisonthulling van tekste, synde “metodologistiese interpretasie”, plaas Gadamer die klem op die filosofiese hermeneutiek. Eersgenoemde vertrek van die premisse dat betekenis-toekenning deur die mens (as kensubjek) aan die hand van geykte interpretasie-metodes (of selfs deur ’n enkele “goue reël”) van betekenisblootlegging moontlik is. Laasgenoemde daarenteen streef na

1 Die Engelse titel: “Protection, Promotion, Development and Management of Indigenous Knowledge Systems Bill” [B 6-2016], soos aan die Nasionale Vergadering voorgelê deur die Minister van Wetenskap en Tegnologie, tesame met ’n verduidelikende opsomming van die Wetsontwerp soos gepubliseer in GK No. 39910 op 08-04-2016.

onthulling van die betekenisaspekte wat deur eersgenoemde verberg en buite rekening gelaat word (Gadamer, 1975:xvii). Volgens Gadamer is die filosofiese hermeneutiek eerder ontologies as metodologies, en dit belig die fundamentele voorwaardes onderliggend tot die verskynsel van kennis in al die betekenisaspekte daarvan (Linge, 1977:xi). Die universaliteit van die hermeneutiese vraag kom slegs aan die lig wanneer die kensubjek, as interpreteerder van die werklikheid, van die "metodologisme" onderliggend tot die moderne denke vrykom (Gadamer, 1975:518). Die filosofiese hermeneutiek bestaan, volgens Gadamer, uit twee fasette: eerstens, die ontologiese (of strukturele) element van kennis (effektiewe geskiedenis); tweedens, die interpreteerder se benadering tot die ontologiese gegewe (effektief-historiese bewussyn).

2.2 Gadamer en die strukturele *apriori*'s van kennis

Ten einde die positivistiese vooroordeel teen die rol van vooroordeel te oorkom, beskou Gadamer ideologiese predisposisies as voorwaardes vir die onthulling van betekenis eerder as wat dit – volgens die post-Verligtingdenke – die oorblyfsels van onverligtingsmentaliteit is wat onthulling van betekenis in die wiele ry (Gadamer, 1975:257). Gadamer aanvaar die konstitutiewe funksie van twee vooronderstellinge wat betekenisontsluiting moontlik maak: eerstens, die *apriori* van 'n pre-kognitiewe dieptelaag van persoonlike voorkeure, afkeure, ideologiese oortuigings en religieuse vertrekpunte (oftewel lewens- en wêreldbeskouing) waarsonder verwerping van kennis nie moontlik is nie; tweedens, die *apriori* van transkonseptuele kennis wat die grondslag van wetenskaplike denke onderlê. Dié *apriori*'s geld as algemene voorwaardes vir alle betekenisonthulling. Die eerste *apriori* onderliggend tot kennisverwerwing aanvaar die gegewe van *préjugés légitimes*, synde positiewe dryfkragte wat die gang van kennisverwerwing inisieer (Gadamer, 2006:273). Dié dryfkragte tree na vore as tydsgeeste wat uit die sosiale omgewing en nasionale omstandighede van 'n bepaalde epog invloed op wetenskaplike werksaamhede uitoefen (Gadamer, 2006:512).

Benewens die *apriori* van pre-kognitiewe vooroordele, onderskei Gadamer die voorwetenskaplike intuïsie wat kennis moontlik maak en waaroor die hermeneut nie vryelik beskik nie. Tesame met prekognitiewe vooroordele, speel voorwetenskaplike kennis 'n belangrike rol in die proses van kennisverwerwing en vorm dit die vertrekpunt vir kennisontsluiting (Gadamer, 2006:295). Voorwetenskaplike kennis verskil van wetenskaplike kennis vir sover die hermeneut se voorlopige kennis in 'n dissonante verhouding tot die dinge in die werklikheid staan. Bygevolg is die hermeneut in 'n deurlopende proses van toetsing van voorwetenskaplike insigte in die lig

van verworwe kennis betrokke (Gadamer, 2006:270). Die interpretasie van regs- en ander tekste ondergaan dieselfde proses (Gadamer, 2006:270). Gadamer beklemtoon dat die indruk wat linguale tekens op die menslike bewussyn maak, verskil van die voorwetenskaplike taalkennis wat die menslike bewussynsveld binnedring: “The situation is different in philosophy and wherever the pre-scientific knowledge that comes to us from language has a different function than the maximally univocal designation of the data (*Gegebenem*); it is ‘self-giving’ (*selbstgebend*) and brings its own gift (*Selbstgabe*) into the communication” (Gadamer, 2006:566).

Voorwetenskaplike kennis word gevoed deur die pre-kognitiewe *apriori* van vooroordele en ontspring in die diepste setel van die menslike ekheid: “... the whole of life has its center in the heart, which means of common sense grasps countless things all at the same time” (Gadamer, 2006:26). Die proses van kennisontsluiting neem sy vertrekpunt in die *apriori* van predisposisionele vooroordele. Met die oog op ’n inklusiewe hermeneutiese proses, onderskei Gadamer die effektief-historiese bewussyn as teenpool van die subjektiewe element.

Hoewel Gadamer sogenaamde “objektiewe” interpretasie ontken, beteken dit nie dat hy interpretasie beskou as ’n suiwer subjektiewe proses nie – hy wys immers die Cartesiaanse benadering ingevolge waarvan subjektiewe en objektiewe interpretasie as polêre teenoorstaandes beskou word af. Gadamer vermy dié dichotomie deur ’n beroep op “tradisie”. Tradisie is deurslaggewend vir sover dit die vertrekpunt en bygevolg horison van waaruit die hermeneut interpretasie onderneem bepaal, sowel as die vooruitskou van wat ondersoek waardig is en wat as objek van interpretasie geïdentifiseer word (Gadamer, 2006:268). Tradisie is die medium waarin die kensubjek beweeg, wat sy/haar vertrekpunt bepaal en waarin hy/sy bestaan. Om historiese geplaas te wees beteken om onafskeidbaar binne ’n bepaalde horison gesitueer te wees en dat die hede deur die verlede bepaal word. Voorts bepaal die historiese gerigtheid van die hermeneut die grense van sy/haar projeksie en perspektief. Die interpreteerder se verlede maak interpretasie moontlik (deur voorsiening van die noodsaaklike prekognisie) maar bepaal ook die grense van waarneming. Die beheersing van interpretasie (deur tradisie) noem Gadamer “effektiewe geskiedenis”. Tradisie is ’n bepalende faktor en kan nie negeer word nie; dit is werkzaam hetsy die hermeneut daarvan kennis neem al dan nie. Tradisionele hermeneutiese benaderings het die historisiteit van tekste verreken, maar die historisiteit van die kensubjek as interpreteerder negeer. Dié dubbele historisiteit word deur Gadamer beskryf as synde die historiese bepaaldheid van sowel teks as interpreteerder deur die historiese konteks en tradisie. Die aard van die hermeneutiese situasie word dus

beïnvloed deur sowel teks as interpreteerder en hul plek in die geskiedenis. Die dubbele historisiteit van teks en interpreteerder (die interpreteerder se histories-gefundeerde vooroordele van die teks) is belangrik, omdat dit sowel die moontlikheid van verstaan as die raamwerk waarbinne verstaan moontlik is, bepaal.

Die proses van betekenisontsluiting van die dele in terme van die geprojekteerde geheel, en die wysiging van laasgenoemde, beoog 'n "eenheid van sin, 'n interpretasiegang van die geheel na 'n gedetailleerde kennis van die dele en weer terug na die geheel van die teks. Dit is Gadamer se weergawe van die hermeneutiese sirkel. Dié proses is nie 'n ontkenning van die kensubjek se eie horison nie, maar eerder 'n bereidwilligheid van die kensubjek om sy/haar eie vooroordele te waag, sodat by die versmelting van horisonne sommige vooroordele negeer en ander versterk mag word. Die hermeneut kan nie aan dié horison ontsnap nie. Deur konfrontasie met die teks kom die interpreteerder 'n "andersheid" teen wat vooroordele in reliëf bring en dit vir ondersoek blootlê. Soos die vooroordele uitgedaag word, verander die interpreteerder se horison, en so ook die uitkoms van die versmelting van horisonne.

2.3 Gadamer en die effektief-historiese bewussyn

Die effektief-historiese bewussyn bring die verskil tussen blote dogmatiese metodologie en hermeneutiese oopheid aan die lig. Die "oopheid" of "geslotenheid" van die hermeneut se wetenskaplike blik op die teks wat voorhande is, word deur die ervaringshorison, oftewel die effektief-historiese bewussyn tot die veld van ondersoek bepaal: "An effective-historical consciousness is not an inescapable given; rather it is a state of mind. It is determined by the way one approaches one's objects of interpretation, and the uses to which they are put. Only when such a consciousness is present can there be said, in Gadamer's terms, to be an attempt to understand. If, however, such a consciousness is absent, interpretation is said to be the application of method" (Sherman, 1988:396).

Tradisie bepaal voorts die grense van wetenskaplike waarneming en die gang van die hermeneutiese proses. Die voorrang wat tradisie bo interpretasie geniet noem Gadamer "effektief-histories". Die hermeneut se horisonne bring 'n voorlopige projeksie van die sin van die teks as geheel mee; die "effektief-historiese" lei tot 'n predisposisionele voorkeur van bepaalde betekenis(se) van die teks. Diepere indringing in die detail van die teks noop die hermeneut om sy/haar predisposisies te wysig, alternatiewe moontlikhede te oorweeg en nuwe betekenisprojeksies te maak. Bygevolg word die voorwetenskaplike

betekenis van die teks aangepas en die hermeneut se ervaringshorison gewysig totdat die horison van die effektiewe geskiedenis met die van die effektief-historiese bewussyn versmelt.

Die effektief-historiese bewussyn omvat vir Gadamer ook die horison van tyd en dié van kultuurvorming (oftewel *Bildung*). Die effektief-historiese bewussyn staan in 'n spanningsverhouding teenoor die strukturele *apriori*'s van kennis – 'n spanningsverhouding wat in die beheersde vorming van sowel betekenis as die oortuigingsprofiel van die hermeneut uitmond, en die dialektiese versoening van historiese bewussyn en linguale betekening vorm 'n nie-spesifieke moment in die proses van betekenisontsluiting van die teks wat voorhande is.

Die rol van die effektief-historiese bewussyn in die ontsluiting van betekenis maak die hermeneutiese gang wesenlik verskillend van die proses van dogmatiese interpretasie. Interpretasie-metodiek ontken die moontlikheid van historisiteit en pluriforme moontlikhede van betekenis, teenoor die hermeneutiese gang wat die pluraliteit van betekenis na vore bring. Metodologiese interpretasie is binne die eng horison van vooroordele vasgevang terwyl die hermeneutiese proses deur die historiese tradisie wat die strukturele element van betekenisontsluiting konfronteer, die hermeneut se lewens- en wêreldsbeskoulike vooroordele transendeer. Taal is die universele medium waardeur dit geskied (Gadamer, 2006:405).

3. Die implikasies van Gadamer se dialektiese hermeneutiek vir die regs wetenskap

3.1 Die historiese as epistemiese sleutel tot die regswerklikheid

Die legitimiteit van Gadamer se filosofiese hermeneutiek vir en die toepaslikheid daarvan ter ontsluiting van betekenis in die regswerklikheid kan slegs beoordeel word deur die “epistemiese-historiese dieptestrukture” van Gadamer se filosofiese hermeneutiek bloot te lê (Visagie, 1988:55). Aanvanklik noem Johan Visagie die blootlegging van sulke dieptestrukture “argeologiese diskoersanalise”, bevattende “Governing Instances” (GIs) wat onontbeerlik is vir kennis van die selfheid en die wyse waarop die werklikheid gestruktureer is (Visagie, 1988:45-71; Strauss, 2009:368). Later beskryf hy dié GIs as “sleutelformules” waar aspekte van die werklikheid, byvoorbeeld ekonomiese verhoudinge of kulturele konteks, 'n betekenisgewende rol ten aansien van ander domeine in die werklikheid speel. Sulke sleutelfaktore beheers 'n bepaalde domein deur die samesnoering, begroning,

strukturering, beklemtoning of omsluiting van die elemente van die betrokke domein (Visagie, 2005:139).

Die historiese by Gadamer is só 'n sleutelfaktor wat die domein van die ahistoriese (insluitend die reg) beheers, regsfigure orden, begrond, struktureer, beklemtoon en omsluit. Ten einde die relativistiese en reduksionistiese effek van die tydstroom wat menslike kennisontsluiting aan bande lê te temper, onderskei Gadamer die linguale (oftewel simboliese betekening) as 'n "gebeurtenis" waarin die hermeneutiek gestalte kry (Gadamer, 2006:172). Op sigself is beide en/of enige van beide egter onvoldoende om die totaliteit van betekenismente in die proses van kennisontsluiting te ontbloot.

3.2 Implikasies van historistiese domein-beheersing van die reg in Gadamer se filosofiese hermeneutiek

Gadamer aanvaar die reg as een van die deelwaarhede van die historiese, wat binne die effektief-historiese fungeer, voortdurende aanpassing behoef en dus aan hermeneutiese betekenisontsluiting onderhewig is (Gadamer, 2006:316). Die betekenis van die reg is sowel in die regsteorie as die regspraktyk dieselfde. Dit is betekenis wat voortdurend verfyning nodig het, welke verfyning deur die hermeneutiek geskied en die toepassing waarvan in individuele gevalle 'n weerspieëling van universele begripsmatigheid is (Gadamer, 2006:34). Die individuele is 'n aspek van die universele historiese bewussyn (Gadamer, 2006:337). Gadamer benader die betekenis van die reg vanuit die Hegeliaanse perspektief van die ontplooiende historiese bewussyn (Gadamer, 2006:223). Die ontsluiting van die betekenis van regstekste staan in die spanningsveld van die regstekste (as objek) en die historiese bewussyn wat deur middel van taal in die oordele van die hermeneut (as subjek) tot ontplooiing kom – soortgelyk as die hermeneutiese proses by verklaring van teologiese tekste (Gadamer, 2006:307).

Die ontsluiting van teksbetekenis is *per se* 'n normatiewe handeling (Gadamer, 2006:309). Die hermeneutiese handeling (as dialektiese gebeure) oorbrug die tydelike afstand wat teks en hermeneut skei deur die vervreemdende betekenis wat die teks ondergaan het aan die lig te bring (Gadamer, 2006:310). Op sigself is die historiese nie aan ekstern-historiese kritiek, beoordeling en wysiging onderworpe nie. Volgens Gadamer moet tradisie telkens die oplossing bied. Verskeie vrae kom by verrekening van historiese gegewens in geval van regterlike regstoepassing na vore: Is tradisie wat die Suid-Afrikaanse reg betref, tot die Suid-Afrikaanse regs konteks beperk?

Sou toesprake deur politici oor die effek van die betrokke wetgewing en die politieke betekenis daarvan deel van die tradisie vorm? Indien wel: wat is die gewig wat dit as momente in die effektief-historiese bewussyn behoort te hê? Wat staan regters te doen wanneer botsende keuses in die tradisie na vore kom? Het die *stare decisis*-reël nog enige rol te speel by regstoepassing en -konkretisering deur regters? Kan taal die historiese transendeer en wat is die rol wat dit by regsforming vervul? Aan enkele van dié vrae sal vervolgens aandag geskenk word.

3.3 Regshistoristiese subjektivering in Gadamer se filosofiese hermeneutiek

Gadamer beklemtoon dat regshermeneutiese betekenisbloomlegging nie alleen 'n teoretiese aktiwiteit is nie, maar ook praktiese regstoepassing behels. Regshermeneutiek behels dus sowel regshistoriese analise as regstoepassing op spesifieke feitekomplekse (Gadamer, 2006:322). Laasgenoemde vereis van die regstoepasser om die veranderende omstandighede met die oog op elke feitlike stand van sake te verreken (Gadamer, 2006:323). Gadamer aanvaar Aristoteles se beroep op *fronesis* as bemiddelingsmetode om die universele betekenis van regstekste in konkrete gevalle tot sy reg te laat kom (Gadamer, 2006:324). Die versmelting van historiese bewussyn en die hermeneut se insidentele toepassing van die regstekes geskied deur die medium van die linguale (Gadamer, 2006:325). Die linguale vind ook sy grond in die effektief-historiese bewussyn (Gadamer, 2006:336). Taal is – saam met gebruike en regsvorme – uitdrukkingsgestaltes van die objektiewe gees wat die menslike ervaring beheers. In dié gestaltes word partikulariteit getransendeer (Gadamer, 2006:229). Voorts is tradisie gemeenskapsbepaald en intuïtief waarneembaar, dit funksioneer as 'n gemeenskapsgees en die universalisering van intuïtief-waargenome indrukke geld slegs relatief tot die kulturele grense van die betrokke gemeenskap.

3.4 Gadamer se Romantiek-hermeneutiese inslag

Gadamer se filosofiese hermeneutiek vertoon verskeie invloede van die Romantiek-historistiese idealisme: analise is ondergeskik aan intuïtiewe historiese kennis (*Bildung*); dit benadruk die esteties-gevoelsmatige eerder as die intellektuele; die historiese geniet voorkeur bo die wetenskaplik-analitiese, en die genetiese is te verkies bo die meganisties-rasionele. Hy krediteer die Romantiek met insigte wat die gesag van tradisie in dié verband na vore gebring het (Gadamer, 2006:281, 283). Dit is primêr die

kontingente (en onvoorspelbare) historiese intuïsie wat betekenis ontsluit en nie die rasideel-analitiese uitleg wat universele betekenis aan die werklikheid toesê nie. Kennisontsluiting geskied dus nie deur middel van logiese wetenskaplike analise nie, maar eerder op grond van die hermeneutiese intuïtiewe verbeelding wat die uitkoms van die interpretasieproses rigtinggewend stuur. By ontstentenis van universele norme wat vir alle tye en plekke geld, word die hermeneutiese proses deur dié meta-historisme gedra.

In die meta-historistiese ideale van die Romantiek word min ruimte vir die individuele gelaat. Die menslike ervaringshorison is nie vir universeel-konstante en uniforme interpretasie vatbaar nie, maar eerder vir die irrasioneel-insidenteel wat in die menslike verbeelding telkens op unieke wyse tot vergestaltung kom en as simbool tot die egte bron van insig in betekenis van die teks gereken word. Die betekenis van handeling en begrippe kan uitsluitlik histories bestudeer word deur dit geneties te benader, die unieke teenoor die uniforme te stel en die universele teenoor die partikuliere te handhaaf vir sover die geniale en unieke deur die kommunale en komunitêre beslag kry – uitvloeiels van Gadamer se kritiek teen individuele outonomie en sy klem op Hegel se strewe na solidariteit in die menslike samelewing. Samevattend beskou: By Gadamer is die sleutelbegrippe wat betekenisdomeine beheers dié van tradisie, gemeenskap en intuïsie. Die vrae is vervolgens: Hoe legitiem is Gadamer se historistiese hermeneutiek vir die regs-wetenskap indien die hermeneutiese veronderstellings met dié van die teks konvergeer? Beskik regters oor die vryheid om die historistiese effek van wetgewing te ondermyn en binne perke te korrigeer? Dié vrae kan slegs beantwoord word indien die historistiese inslag van relevante aspekte van die teks en die uitkoms van Gadamer se hermeneutiese historisme verreken word.

4. Die teoretiese grondslag van die Wetsontwerp op die Beskerming, Bevordering, Ontwikkeling en Bestuur van Inheemse Kennisstelsels (2016) en Gadamer se filosofiese hermeneutiek

4.1 Historistiese aspekte van die Wetsontwerp

’n Hermeneutiese benadering van die Wetsontwerp bring die histories-strukturele inslag daarvan aan die lig. Die Wetsontwerp gaan van die veronderstelling uit dat inheemse gemeenskap nie alleen ’n kultuurkring

is nie, maar tewens dien as voortgaande bewaarder en oordraer van die gemeenskaplike kultuur. Ingevolge die definisies in artikel 1 beteken kultuur- en sosiale identiteit die partikuliere en onderskeidende kenmerke van 'n bepaalde groep of kultuur of van 'n individu vir sover hy/sy deur verbondenheid aan 'n bepaalde groep of kultuur beïnvloed is (GK 2016, No. 39910 [B 6-2016]). Om dus ten volle 'n kultuurwese en -skepper te wees, moet die mens allereers 'n gemeenskapwese wees, daarom bereik die mens sy/haar volle vormverwesening as sosiale wese: sosiaal is die mens die produk van die betrokke kultuurgemeenskap, individueel is hy/sy medeskepper van die gemeenskapkultuur, welke gemeenskapkultuur slegs intuïtief deurgrondbaar is en nie logies-analities te verklaar is nie (GK 2016, No. 39910 [B 6-2016], a 3(h)). Gemeenskap is 'n transpersonale entiteit ingevolge waarvan die individu eers hom-/haarself word deur deelhebbendheid aan die bowe-individuele, bo hom-/haarself uitgaande medium van die kultuur wat 'n groep mense in gemeen het. Die Wetsontwerp stoel voorts op die idee dat alle kultuurverskynsels bloot produkte van historiese verandering is, nie oor vaste prinsipiële betekenis beskik nie en bygevolg van vervlietende waarde en betekenis is.

Deur op te groei in inheemse gemeenskappe word die mens by implikasie met tradisie deurdrenk en sodoende meer volledig mens (GK 2016, No. 39910 [B 6-2016], a 1). Die feit dat die mens deel uitmaak van sosiale strukture beteken nog nie dat die menslike in die mens volledig geword het nie. Deur oordrag van kennis en vaardighede – soos 'n emmer wat by 'n brand van hand tot hand aangegee word – is tradisie wesenlik historiese konservering ingevolge waarvan kultuur van geslag tot geslag voortgedra en deur onderrig aan die nageslag oorgedra word; tradisie is ook tydtransenderend – dit werk deur tot in die hede deur herhaling van die verlede. Omdat die mens steun op wat vroeër geskep is en daardeur bevoordeel word, skyn dit wat hy skep gering te wees en slegs 'n klein aspek te vorm van waaruit die mens verklaar word (GK 2016, No. 39910 [B 6-2016], a 11).² Binne die konteks van die Wetsontwerp is die oorspronklike kultuurskeppinge van individue beperk: die *anthropinon* van kultuurvervolmaking versluier die *anthropinon* van outonome individuele kultuurvorming en laat laasgenoemde slegs tot 'n mindere mate deurskemer. Vervolgens word hermeneuties-historistiese interpretasies van die begrip “inheemse gemeenskap” in die Wetsontwerp aan die hand van enkele futuristiese scenarios ondersoek.

² Ingevolge a 11 word inheemse kennis beskerm omdat dit binne 'n inheemse gemeenskap van geslag na geslag oorgedra is.

4.2 Effektief-historiese hermeneuse en die begrip “inheemse gemeenskap” in die Wetsontwerp op Inheemse Kennisstelsels

Na lang tydperke van openbare konsultasie en parlementêre debat oor die doel van die Wetsontwerp, die betekenis van “inheemse gemeenskap” daarin vervat en die implikasies daarvan op die regte van individuele reghebbendes op geestesprodukte wat ingevolge outeursregwetgewing bestaan, tree die Wetsontwerp uiteindelik in 2094 ongewysig in werking as die Wet op die Beskerming, Bevordering, Ontwikkeling en Bestuur van Inheemse Kennisstelsels 1 van 2094. Die inwerkingtreding val saam met die feesviering ter herdenking van die honderdjarige demokrasie in Suid-Afrika. Tydens ’n perskonferensie ter bekendstelling van die inhoud en effek van die Wet, verklaar die Minister van Kuns, Kultuur, Wetenskap en Tegnologie dat die inwoners van Suid-Afrika op die punt staan om die apartheidserfenis wat die swart mense in die land knel af te werp (“to break the shackles of Apartheid”), dat alle swart mense inheems aan Suid-Afrika is, dat hul kultuurerfenis van kolonialisme gered moet word (“must be liberated from colonialism”) en dat die tyd aangebreek het wat die inheemse mense (“indigenous people”) van die land hul erfenis moet opeis. Dieselfde aand het ene Lamela, ’n opkomende jong politikus en leier van die Ekonomiese Vuurvreters (EVV), op TV-nuus met gebalde vuus uitgeroep dat die ekonomiese verarming van swart mense beëindig moet word, verwysende na artikel 3(e) van die Wet ’n oproep gedoen dat die ekonomiese uitbuiting waaraan die inheemse mense van die land vir eeue onderwerp is beëindig moet word, die rykdom van die land aan sy mense (“the people of the country”) terugbesorg moet word en grond beset moet word.³

Intussen het ’n interessante drama in die Drakensberg – by die grens tussen die Vrystaat en KwaZulu Natal – afgespeel. Reeds vóór inwerkingtreding van die Wet, het die bekende grotsnuffelaar en skilder, Piet Kwas, ’n groep San-skilderye in ’n grot op ’n plaas aan die Vrystaatkant van die berg – deur hom genaamd UTOPIA 1 – ontdek. By aanhoor van Lamela se oproepe en dreigemente om ekonomiese regte met geweld op te eis en landbougrond te beset, is Piet Kwas dermate ontseun en oor die rotstekeninge begaan dat hy die ontdekking van UTOPIA 1 aan die Nasionale Inheemse Kennisstelselskantoor (NIKSO) (opgerig ingevolge a 4 van die Wetsontwerp) rapporteer. Ter beskerming van die kunswerke en met die oog op die groot simboliese waarde (“symbolic effect”) van die ontdekking vir die inheemse mense (“indigenous people”) van Suid-Afrika bring NIKSO ’n hofaansoek ter onteiening van die grot, die inhoud daarvan en die inheemse kennis wat daarin beliggaam is. Die aansoek berus onder andere op artikel 12(4) van

³ Alle verwysings na dié fiktiewe wet is na die bepalings in die Wetsontwerp.

die Wet. By ontstentenis van identifisering van die houër van die inheemse kennis in die muurskilderye vervat en vir solank as wat sodanige identifikasie nie moontlik is en aan 'n inheemse gemeenskap toegewys kan word nie, kan NIKSO ingevolge dié bepaling as bewaarnemer (“custodian”) van inheemse kennis fungeer (GK 2016, No. 39910 [B 6-2016], a 12(4)).⁴ 'n Klein Griekwa-nedersetting wat op 'n naasliggende plaas sonder toestemming van die eienaar gevestig het en 'n informele plakkerskamp opgerig het, staan die aansoek op grond van artikel 12(1), saamgelees met die omskrywing van “inheemse gemeenskap” in artikel 1 van die Wet, teen. Ingevolge laasgenoemde bepaling beteken “inheemse gemeenskap” enige herkenbare gemeenskap van mense wat ontwikkel het uit of histories gevestig was in 'n geografiese gebied(e) binne die grense van die Republiek en wat deur sosiale, kulturele en ekonomiese omstandighede gekenmerk word wat verskil van ander segmente van die nasionale gemeenskap, wat hulself identifiseer en deur ander groepe as 'n onderskeibare kollektiewe eenheid erken word (GK 2016, No. 39910 [B 6-2016], a 1).⁵ Dié Griekwa-nedersetting argumenteer dat hoewel hulle nie kan bewys dat hulle van die San afstam nie, hul ingevolge artikel 31 van die Grondwet as gemeenskap kwalifiseer omdat hul van die Khoe afstam en dat hulle vir doeleindes van die Wet as “inheems” beskou kan word vir sover hul identifiseerbaar is, histories binne die landsgrense woonagtig was, vanweë akkulturasie 'n kenmerkende vorm van Afrikaans besig, hul kleredrag kenmerkend van die agttiende-eeuse Afrikanergrensboere is en vanweë hul armoedige omstandighede onderskeibaar van ander segmente van die nasionale gemeenskap (“the nation”) is. Die regter wat die aansoek oorweeg baseer sy bevinding grootliks op die argument dat hoewel NIKSO ingevolge artikel 239 van die Grondwet 'n staatsorgaan is, dié liggaam as staatsorgaan ingevolge paragraaf 3.7 van die gepubliseerde memorandum oor die gemeenskaplike kultuurbesit van die nasie (“nation”) waak, as staatsinstelling oor “intervensieregte” (“walk-in-rights”) beskik en met die oog op die oorspronklike bedoeling van die Wet die mees geskikte entiteit is om die voortbestaan van die skilderye en die inheemse kennis daarin vervat te verseker, hy aan die bepalings van die Grondwet gebonde is en die Griekwa-nedersetting die “inheemse

4 a 12(4) van die Wetsontwerp lui: “In the event that, and for as long as, the holder of indigenous property cannot be identified and designated, NIKSO must act as custodian of that indigenous knowledge, and the ownership of it shall be deemed to vest in NIKSO, which shall have the rights and obligations of a trustee in respect of that indigenous knowledge.”

5 a 1: “‘Indigenous community’ means any recognisable community of people developing from, or historically settled in, a geographic area located within the borders of the Republic characterised by social, cultural and economic conditions which distinguish themselves and are recognised by other groups as a distinct collective.”

gemeenskap” is wat aanspraak op UTOPIA 1 en die inhoud daarvan het. Die regter motiveer sy bevinding met verwysing na Andrew Hutchison se artikel “A customary insurance law” (Hutchison, 2017:30) dat die Griekwa-nedersetting “Afrika-inheems” is en Emeka Polycarp Amechi se navorsing in “Whose knowledge is it anyway? Traditional healers, benefit-sharing agreements and communalism of traditional knowledge of the medicinal uses of plants in South Africa” (Polycarp Amechi, 2017:847-869) te dien effek dat die nedersetting “inheems” is en bygevolg ’n “kommunale gemeenskap” is.

Dieselfde aand los Piet Kwas ’n spreekwoordelike tweede bom. Onderwyl die hofuitspraak hangend was, het hy UTOPIA 1 binnegegaan en na verwydering van rotsafval ’n tweede grot aan die kant van KwaZulu Natal ontdek – genaamd UTOPIA 2 – eweneens geleë op private landbougrond. Die muurskilderye in dié grot beeld ’n groep Khoe-jagters uit wat – volgens alle aanduidings – deur ’n Zulu-impie gewapen met assegaaië en skilde agtervolg word. Die muurskilderye beslaan ongeveer tien lopende meter en eindig waar slegs enkele van die San-jagtersgroep oorleef. Die heersende Zoeloe-koning is dermate met die gehalte van die uitbeeldings opgenome dat hy ’n persverklaring uitreik waarin hy sy volgelinge verseker dat hy nie sal rus voordat die Zoeloenasie hul regmatige aansprake op “inheemse kuns” verwesenlik het nie, dat die skilderye ’n groot bate vir sy mense (“his people”) is en dat hy die hof sal nader om die inheemse kennis in die uitbeeldings vervat aan die Zoeloenasie oor te dra. In daaropvolgende regstappe om die eienaarskap van die Zoeloenasie regtens te bevestig, word die koning se aansoek deur sowel NIKSO as die Griekwa-nedersetting teengestaan. NIKSO baseer sy aansprake op dieselfde argumente as in die UTOPIA 1-saak. Die Griekwa-nedersetting se argument is dat die twee grotte sowel as die kunswerke daarin ’n onverbreeklike eenheid vorm. Namens die koning word betoog dat by die uitleg van regstekste telkens ’n nuwe teks tot stand kom en dat die vorige bevinding oor UTOPIA 1 nie daarop van toepassing is nie. Die verhoorregter bevind dat selfidentifisering die deurslaggewende kriterium is wat vir bepaling van “inheems” geld, dat self-identifikasie ten gunste van die koning uitval en dat die grot in tradisioneel Zoeloegebied geleë is. Voorts beroep sy haar op Sunelle Geyer se belangwekkende artikel in ’n vooraanstaande regsjoernaal ter bevinding dat sy as verhoorregter geroepe is om “tussen die reëls te lees” ter beskerming van nuwe vorme van gemeenskapsgeoriënteerde kategorieë van outeursreg op kunsobjekte en die aansprake van inheemse gemeenskappe dienooreenkomstig te bepaal. Sy haal soos volg uit die artikel aan: “Everything is not quite what it seems, and sometimes one has to read between the lines. Identifying the new objects of copyright protection ... is especially complicated” (Geyer,

2017:45). Daardie aand verklaar die koning dat die Zoeloevolk hul regmatige plek as inheemse gemeenskap in die Suid-Afrikaanse nasie inneem en dat sy mense (“my people”) ten alle koste hul kultuurartefakte sal beskerm.

Terwyl Piet Kwas die middelpunt van internasionale belangstelling vanweë sy ontdekkings is, maak ’n Amerikaanse toeris spottenderwys melding van UTOPIA 3 – ’n gastehuis aan die KwaZulu-kant van die berg – en waarvan Piet Kwas die mure met afbeeldings van San-rotskuns beskilder het. In een van die skilderye bring hy spirituele simboliek van die San aan. Dit blyk dat Piet Kwas en die eienaars van die gastehuis nie die kunswerke openbaar wou maak nie omdat kommer bestaan het dat die Griekwa-nedersetting en/of die Zoeloe-koning aanspraak daarop sou maak. Bykans onmiddellik reageer NIKSO, die Griekwa-nedersetting, die Zoeloe-koning en die Federasie van Afrikaanse Kultuurverenigings met aansprake op die inheemse kennis. Ten spyte van Piet Kwas se argument dat sy kunswerk die laaste stap in die totstandkoming van die kunswerke was en dat hy, met beroep op H.B. Klopper en P. de W. van der Spuy se werk *Intellektuele goedereg* (2008:20-21), ingevolge die heersende Suid-Afrikaanse reg die skepper van die eindproduk is, ken die hof die regte aan die “swart gemeenskap” toe. Met beroep op die Minister se toespraak tydens bekendstelling van die Wet, die beroepe van Lamela op TV-nuus en die spirituele simboliek in die skilderye, verklaar die hof die swart gemeenskap (“black community”) as reghebbende “inheemse gemeenskap”. Volgens die regter is *ubuntu* die grootste gemene deler van die “swart gemeenskap”. Die regter verwys onder andere na P. Tempels se tipering van die Afrika-filosofiese wortels van *ubuntu*. Tempels se identifisering van die historiese wortels van Afrika-filosofie word deur die hof onderskryf: “The Negro African inherits from his ancestors a consciousness of the world according to which the subject and object of observation, the natural and supernatural, the mundane and living, the material and the spiritual, are united in a inseperable oneness. This oneness is comprehended using the gift of emotion.” Voorts steun die hof op J. Broodryk se tipering van *ubuntu* as etnofilosofie en haal laasgenoemde instemmend aan by beskrywing van *ubuntu* as “brotherhood of ethnophilosophy because it represents the collective personhood and collective morality of African people, best described by the Xhosa proverb, *umuntu, ngumuntu ngabantu* or I am a person through other persons” (soos aangehaal in Keevy, 2008:195). Voorts beslis die hof met beroep op Ilze Keevy se werk *African Philosophical values and Constitutionalism: A Feminist Perspective on Ubuntu as a Constitutional Value* (2008:195) dat *ubuntu* etnofilosofies beskou, verteenwoordigend is van hetsy ’n spesifieke Afrika-gemeenskap of tradisionele Afrika-gemeenskappe as geheel.

5. Kritiese kanttekeninge by Gadamer se regs hermeneutiek

5.1 “Inheemse gemeenskap” as komplekse ruimtelik-geörienteerde sosiologiese grondbegrip

Die regsuitleg van “inheemse gemeenskap” vereis ontsluiting van regsbetekenis van dié komplekse ruimtelik-geörienteerde sosiologiese grondbegrip. Die interpretasies van die begrip “inheemse gemeenskap” deur die onderskeie regters in UTOPIA 1, 2 en 3 is almal legitiem ingevolge Gadamer se filosofies-hermeneutiese benadering tot die teks van die Wetsontwerp. Die uitleg in elk van die regstoepassings is versoenbaar met Gadamer se filosofies-hermeneutiese metodiek en berus op sowel die vertrekpunt van die uitlegger as die betekenis horison waarin die betekenisontsluiting moet plaasvind, hoewel die regter(s) telkens tot verskillende bevindinge kom, uiteenlopende bronne in die effektief-historiese bewussyn identifiseer en dit ter onderskrywing van hul spesifieke historiese vooroordele as gesag aanhaal.

Tereg toon Gadamer aan dat die linguale en kultuurhistoriese betekenis-momente van tekste verreken moet word wanneer regsuitleg plaasvind. Die sleutelvrae vir oorweging is vervolgens na die implikasies van die linguale, kultuurhistoriese en sosiale uitdrukkingsvorme in verband met die regsbetekenis wat deur teksuitleggers en regstoepassers in die begrip “inheemse gemeenskap” geïdentifiseer word – by name die regsvormende kompetensie van regters wat met uitleg van die Wetsontwerp gekonfronteer word. Uitleg van die bepalings van die Wetsontwerp in die regsvormingsproses deur regters vereis regstegniek (oftewel regsmethodiek) by die vormgewing aan die relevante regsbeginsels. Die vorming van die wilsinhoud van die regsvormer geskied aan die hand van regsbeginsels (die materie) wat in ’n bepaalde vorm beslag kry. Dié regsordenende wilsvorming geskied op ’n regtens voorgeskrewe (oftewel geykte) wyse deur middel van taal. Volgens Ernest Forsthooff (1940:8) is die taalaspek voorwaardelik (oftewel konstitutief) vir die reg as ’n aspek van die menslike ervaring. Taal is die fundamentele voorwaarde (filosofies: transendentale kader) vir sowel kultuurhistoriese as die juridiese betekenis momente. Die regsbetekenis vervat in die begrip “inheemse gemeenskap” word gedra deur die sintaktiese formules waarin die regsbetekenis opgesluit is. Die verhoorregter in UTOPIA 2 se verwysing na Sunelle Geyer se opmerking te dien effek dat by bepaling van die betekenis van woorde in regstekste “tussen die reëls” gelees kan word, behoort nie beskou te word as sou die uitlegger die sintaktiese struktuur van die teks kan ignoreer nie. Andersyds beteken dit nie dat die regspreker met

die taalmatige betekenis van woorde mag volstaan nie, maar die juridiese betekenis daarvan moet bepaal. Die betrokke sintaktiese formules sê op sigself niks aangaande die gelding van regsnorme nie, omdat regsbetekenis aan die hand van materiële regsbeginsels by die regstoepassing van regters gestalte kry. Die komplekse begrip “inheemse gemeenskap” is nie as sodanig juridies gekwalifiseer nie, en die regsbetekenis daarvan moet eksplisiet gemaak word op ’n wyse wat gelykvormig is – ’n vereiste wat direk met die beginsel van regsekerheid in verband staan.

5.2 Regshermeneutiek en regsbeginsels

Gadamer wys tereg daarop dat die wetstek nie die ordegewende regswil van die wetgewer is nie, maar slegs die kenbron daarvan uitmaak. Ondanks die feit dat die teks dieselfde bly, verander die ordenende regswil in die dinamiese regsformingsproses (en bygevolg ook regterlike uitsprake) as kenbronne van die juridiese wilsverklarings. Die uitdrukking in woorde of tekens is dus *conditio sine qua non* en nie *conditio per quam* van die juridiese wilsverklarings nie. Die woorde van die regstek bring sowel wat tegniese regsterme as dié van algemene spraakgebruik betref, regsbetekenis na vore wat deur die regstoepasser vasgestel moet word. Regsbetekenisontthulling geskied egter nie op grond van taalreëls nie, maar ingevolge regsbeginsels wat juridiese uitleg bepaal. Die beginsel van regsekerheid vereis byvoorbeeld dat die regstoepasser aan die duidelike en ondubbelsinnige bewoording van regsnorme – as draers van regsbetekenis – uitdrukking sal gee. Waar die regsvorm, soos dit in die bewoording van regsnorme gestalte kry, nie deur regstoepassers eerbiedig word nie, kom regsekerheid in die gedrang. In die fiktiewe feitekomplekse (UTOPIA 1, 2 en 3) kry die begrip “inheemse gemeenskap” byvoorbeeld telkens ’n ander vorm soos dit figureer by elk van die UTOPIA-feitekonstruksies, synde telkens ’n unieke regstek wat in die historiese ervaring opdoem.

Woorde wat met die eerste oogopslag vir Jan Alleman duidelik mag wees sou by regsinterpretasie problematies wees. Die begrip “inheemse gemeenskap” in die Wetsontwerp vervat, is byvoorbeeld ’n term wat vir regsdoeleindes véél meer om die lyf het as wat lesers van dié begrip in byvoorbeeld ’n koerant mag vermoed. In sulke gevalle moet woorde in die lig van tipiese regsbeginsels, waaraan dit uitdrukking gee en waarvan regsbetekenis afhanklik is, geïnterpreteer word. Omdat die juridiese vormgewing in die bewoording van die regsnorm die materiële regsbeginsels veronderstel waaraan in die regsnorm positiewe gestalte gegee is, beteken dit by implikasie dat die sogenaamde grammatikale element deur die teleologiese element aangevul moet word. Na mate die tydsafstand tussen wetgewing en toepassing groter

word, neem die rol van dié materiële regsbeginself toe. Dit kan wees dat die materiële regsbeginself, waaraan die wet gestalte gee, groter aksent as die ontstaansvorm daarvan geniet. Bygevolg kan die strekking of ratio (die materiële regsbeginself), toegespits op nuwe regsverhoudings, min of meer los van die bedoeling van die wetgewer, geld solank as wat dit met die bewoording van die voorskrif versoenbaar is.

Regshistoriese uitleg sal uiteraard meer op die beginself-moment in die regsnorm betrokke wees. In teenstelling met die wetshistoriese uitleg, waarby die ordenende regswil van die wetgewer as ontstaansvorm sentraal staan, gaan dit hier meer om die ontwikkeling van die regsbeginself deur verskillende wyses van regsforming heen. As sodanig is die geskiedenis van die positiewe regsteks hier van belang – ’n insig van Gadamer dat die inslag van die sogenaamde *Begriffsjurisprudenz* te veel klem op die logiese denkwette van die interpreteerder lê en nie genoeg aandag aan die historiese gee nie. In dieselfde asem moet beklemtoon word dat regsinterpretasie nie van die tipiese strukture van die verskillende regsterreine van die maatskaps- en gemeenskapskarakter in die regsverkeer losgemaak kan word nie. Voorts identifiseer regs simboliek en -betekenis die betrokke regsobjekte, regspersoonlikhede is onderhewig aan simboliese identifikasie (naamgewing), regsobjekte word in die regsverkeer met juridiese betekenis geïdentifiseer en word individueel benoem. Die Wetsontwerp gaan onder andere mank aan voldoende identifisering van die regsobjekte waarop inheemse gemeenskappe aanspraak het. Voorts is die regsobjekte wat oor regsbelange en geïndividualiseerde aansprake in die regsverkeer beskik, onvoldoende verreken vir sover alle "oerregte" op inheemse kennis (in welke vorm ookal) tot gemeenskapsaansprake beperk word tensy die betrokke gemeenskap(pe) toestemming tot gebruik daarvan gee.

Die betekenis van regsfeite en hul regsgevolge kan slegs aan die hand van regsnorme binne tipiese regsterreine van maatskaps- en gemeenskapskarakter vasgestel word. Die regsbetekenis van regsfeite is dus van die juridiese verkeersnorme binne die betrokke regsverhoudinge afhanklik. Die feit dat ’n sosiale entiteit deur kultuurhistoriese vorming tot stand gekom het en/of dat dit in populêre omgangstaal ’n "gemeenskapskarakter" dra, is nie voldoende om die regstatus, -funksies en -handelinge daarvan tot uitdrukking te bring nie. Ten einde as *regsentiteit* te fungeer moet ’n sosiale kring se juridies-strukturele eiensortigheid bepaal word. Institusionele organisasies wat byvoorbeeld oor regte en verpligtinge beskik, wat ongeag die wisseling van die lede daarvan bestaan, oor interne gesagsverhoudinge beskik en ’n eie institusionele regsorde het, is regtens wesenlik verskillend van sosiale entiteite waar dié eienskappe afwesig is. Vir sover toekenning

van regsobjektiwiteit willekeurig aan sosiale entiteite wat nie oor hierdie eienskappe beskik nie, toegeken word, moet dit as synde in stryd met die materiële regsbeginnsel beskou word en kom die regsordenende effek daarvan in gedrang. In die kultuurhistoriese ontwikkeling het die rol en funksie van sodanige entiteite vanuit regsprinsipiële hoek betrag, belangrike implikasies. Enersyds is die regspositivistiese klem op die regsvorm wat die wetgewer aan die regs aansprake van 'n sosiale entiteit gee, nie deurslaggewend vir die toekenning van regsobjektiwiteit nie; andersyds geld regsbeginnsels nie as *per se* geldende regsnorme wat sonder regspositivering die regselewe beheers nie. Vir sover die wetgewer in die Wetsontwerp regspersoonlikheid aan inheemse gemeenskappe toeken, ontstaan die vraag welke gemeenskapsvorme daarvoor sou kwalifiseer. Dit beteken dus dat die teksuitlegger aan die hand van regsbeginnsels die tersake gemeenskappe wat op regsobjektiwiteit aanspraak kan maak moet identifiseer. By identifisering van die regte van inheemse gemeenskappe kan slegs gemeenskappe wat daaraan voldoen met reghebbendheid op geestesgoedere van immateriële aard gekrediteer word (Raath, 2017:208-209). Vervolgens is die vraag of regspersone oor immateriële goedereregte kan beskik en indien wel, tot welke mate sodanige regte regtens beskermbaar is. Vir sover regspersone nie oor die vermoë beskik om as outeurs, ontwerpers en uitvindere te kwalifiseer nie, kan met die gevolgtrekking volstaan word dat die toekenning van sodanige geïmpliseerde regte in die Wetsontwerp eerder regsverwarring as regsordening tot gevolg het. In die lig van die voorgaande sou die Griekwa-nedersetting in UTOPIA 1 nie vir regspersoonlikheid kwalifiseer nie omdat dit nie oor 'n duursame aard beskik en/of deur gesagsverhoudinge van bo- en onderskikking gekenmerk word nie. Eweneens sou die Zoeloevolk in UTOPIA 2 nie as regspersoon betekenbaar wees nie, omdat dit die gesagsrelasies wat vir regspersoonlikheid deurslaggewend is ontbeert. Die argument wat ten gunste van die bestaan van die “swart gemeenskap” – synde 'n regs-gemeenskap wat met die swart lede van die bevolking saamval – aangevoer is, gaan mank aan dieselfde gebrek.

Gadamer se filosofiese hermeneutiek versluier die insig dat die juridiese ontstaansvorme op materiële regsbeginnsels berus wat die inhoud van die regstekse bepaal, universeel geld maar tog nie oor *per se* geldende regskrag beskik nie. As sodanig kan die teksuitlegger en regsvormer nie willekeurig beslag gee aan die inhoud van begrippe soos “gemeenskap” nie. Voorts kan regsvormers nie elke wetstek as 'n “nuwe” en unieke teks los van die regsbeginnselgrondslag waarop dit berus hanteer en op willekeurige wyse met regsbetekenis beklee nie. In hierdie opsig stuit die regsuitleg op die kultuurhistoriese beginnsels wat in die reg meesprek, wat die regsmag

waaroor regsformers beskik, bepaal en wat op die kultuurhistoriese beginsels wat deur die reg veronderstel word, berus. Die bevindinge van die hof oor die betekenis van “inheemse gemeenskap” in Utopia 1, 2 en 3 – hoewel vir regshistoristiese doeleindes legitiem – gee aanleiding tot gebrekkige regterlike regsforming, verreken buite-juridiese politieke oorwegings (soos dié van die betrokke minister en Lamela) en vergroot die effek wat historistiese domeinbeheersing ten aansien van regsbetekenis kan hê.

Die regsnorme waaraan regsformers beslag gee is afhanklik van die kultuurhistoriese ontplooiing en -inslag van elke betrokke samelewing. Die regsforme in gedifferensieerde tegniese hoogs ontwikkelde samelewings is byvoorbeeld nie te vergelyk met byvoorbeeld die oud-Germaanse volksregte wat in die indertydse ongedifferensieerde volksverbande tot vergestaltung gekom het nie. Derhalwe is die regsgegeskiedenis ingebed in die algemene kultuurontplooiing van ’n betrokke samelewing en die differensierende en individualiserende gang van ’n gemeenskap se kultuurlewe – ’n verskynsel wat voortspruit uit die feit dat die regsaspek nie self ’n historiese verskynsel is nie, maar dat die positiewe regsforme wel oor ’n geskiedenis beskik. Indien die reg ’n produk van die louter historiese ontwikkeling van ’n sosiale entiteit (byvoorbeeld ’n volksgemeenskap) is, sou dit nie as *reg* te onderskei wees van verskynsels soos taal, sedes en geskiedenis nie. Slegs formele kriteria sou ter onderskeiding in aanmerking geneem kon word; kriteria wat op hul beurt uit die histories-veranderlike vormgewing opkom. Die reg sou bygevolg slegs ’n toevallige produk van historiese ontwikkeling wees ingevolge waarvan vaste regstrukture en -norme nie sou bestaan nie. Die konstruksie van effektiewe geskiedenis (wat op *apriori*-aannames berus) en dié van effektief-historiese bewussyn verkry ’n toevallige en wisselende karakter en bygevolg beskik selfs Gadamer se *apriori*-postulerings in dié verband oor kontingente betekenis. Dit beteken onder andere dat die agterliggende idee van die effektief-historiese bewussyn sêlf in die historiese opgelos word. Die aangewese wyse om dié teenstrydigheid te verhoed is om die historiese as een van die vele betekenisaspekte van die menslike ervaringshorison te erken, dit in onverbreeklike samehang met al die ander ahistoriese aspekte te beskou en die integriteit van die regs werklikheid binne die eenheid en verskeidenheid van die menslike ervaringshorison te verreken.

6. Gevolgtrekking

In die Wetsontwerp ly die integriteit van die reg onder die domeinoorheersing van historiese ontwikkeling en die oorwoekering van tradisie. Die tradisie word telkens as hede gerekonstrueer met gevolglike verlies van 'n regsgeïndividualiseerde en -individualiserende uitsig op die regsnorme, subjektiewe regte en regsbelange wat by ontplooiing van immateriële goed in die vorm van regte op kennis ter sprake mag kom. In geval van die Wetsontwerp word die debat oor regsaktivisme opnuut relevant. Die historistiese formulerings van die Wetsontwerp verteenwoordig 'n reaksionêre terugryp op 'n ongedifferensieerde tradisie en bring veranderinge in die geldende reg wat nie deur nuwe regsbehoefte geregverdig kan word nie, met regsekerheid in stryd verkeer, dit laat onsekerheid oor die aansprake van regssubjekte wat daarmee rekening moet hou en tas die gelykwaardigheidsbeginsel wat maatskaps- en gemeenskapsverhoudinge in die regsverkeer onderlê grondig aan. Tesame met die toekenning van regssubjektiwiteit (en regspersoonlikheid) aan willekeurig geselekteerde sosiale entiteite, en die beperkinge waaraan Gadamer se hermeneutiek onderhewig is, word tot die slotsom geraak dat sy standpunt dat die regshermeneutiek vir die hele terrein van filosofiese hermeneutiek paradigmatis is, nie geslaagd is nie.

In gevalle waar historisties-ingelede regstekste ter sprake is, vergroot die moontlikhede van sosiale universalisme, tradisionalisme en negering van die regsbeginsels wat deur die sintaktiese formulerings van die teks gedra word in Gadamer se filosofiese hermeneutiek. Ten einde die verskraling (en/of aantasting) van individuele regte op byvoorbeeld immateriële goedere te verhoed, dat ongedifferensieerde sosiale entiteite wat in die kultuurhistoriese ontwikkelingsgang verdwyn en in vergange historiese epogge deur meer gedifferensieerde entiteite vervang is, te laat herleef en met "oerregte" op immateriële goed te beklee, behoort regters groter verantwoordelikheid vir herstel van regsintegriteit en beskerming van alle reghebbendes in die gedifferensieerde regslewe van die huidige (en toekomstige) tyd op hul skouers te neem.

Is dit moontlik vir regters (as uitleggers en toepassers van regstekste) om historistiese tekste (soos die Wetsontwerp op Inheemse Kennisstelsels) deur middel van regstrukturele uitlegmetodes te "korregeer"? Beskik regters byvoorbeeld oor die vryheid om by toepassing van die bepalinge in die Wetsontwerp die historistiese struikelblokke wat die teks oplewer te oorkom?

Die antwoord is in beginsel bevestigend: Deur die struktuur van die reg wat in die sintaktiese formulerings van die teks vervat is in die proses van dinamiese regsvoorming aan die hand van materiële regsbeginnels bloot te lê, die historistiese inslag met 'n materiële regstruktuur te vervang en laasgenoemde as 'n wesentliche betekenis-komponent van die ervaringshorison van die teksuitlegger te verreken. Die *Gegenstandrelasie* (spanningsverhouding) waarin die interpreteerder teenoor die teks staan, ondersteun in beginsel sowel die bestaan van predisposisies as die selfstandigheid van die teks wat in die uitlegproses verreken moet word. Op grond van die eiestandigheid van die regservaring en die regsintegriteit onderliggend tot die uitlegproses, beklemtoon die juridiese struktuurperspektief dat die taak van teksuitleggers van regstekste nie primêr sosiaal, histories of kultureel van aard is nie, maar om ewewigtig die eenheid en verskeidenheid van regsbeginnels wat grondlegend of regulatief vir die uitlegproses is, by regsvoorming in aanmerking te neem. Voorts veronderstel dié benadering dat die regsraad van inheemse gemeenskappe – hoewel dit sintakties deur die taal van die teks gedra word – op regsmetodologiese wyse ontsluit moet word. Die beroep op uitsprake van politici as bronne ter ondersteuning van regsuitleg is van die grootste sondebokke in dié verband. Verskeie belangrike implikasies vloei uit die klem op regsintegriteit voort: "Gemeenskap" (in die komplekse ruimtelik-histories-georiënteerde sosiologiese begrip "inheemse gemeenskap") moet aan die prinsipiële vereistes vir gemeenskappe voldoen. Regtens beoordeel is gemeenskapsverhoudinge duursame samelewingsverhoudinge, waarin die lede tot 'n interne sosiale eenheid verbonde is, ongeag die graad van intensiteit van die gemeenskapsband wat dit saambind en vergesel van interne gesags- en ondergeskikheidsverhoudinge (Hommes, 1972:407). Die regsbelange wat in gemeenskapsverhoudinge opgesluit is, veronderstel die korrelerende maatskapsverhoudinge en regsbelange van die individuele lede van sodanige gemeenskappe en die regsgelykwaardigheid van beide tipes verhoudinge. Bygevolg gee historistiese beklemtoninge meer gemaklik aanleiding tot willekeurig gekonsipieerde kategorieë kommunale "oerregte" wat individuele regte oortroef. Oorbeklemtoning van gemeenskapsbelange het sosiale universalisme tot gevolg; daarenteen het oormatige klem op die maatskapsverhoudinge tussen individuele lede van sodanige gemeenskappe sosiologiese individualisme tot gevolg; beide ontbeer die insig dat beide tipes verhoudinge korrelaat is en die een nie die ander histories voorafgaan nie.

Tweedens, is die aard van die regspraak waarvoor sosiale entiteite beskik afhanklik van die struktuur van sodanige gemeenskappe. In inter-individuele maatskapsverhoudinge kom geen eiestandige sosiale entiteit met regspraak in die vorm van regte na vore nie. Ten einde oor

subjektiewe regte te beskik, moet sosiale entiteite aan die regsvereistes vir regsobjektiwiteit voldoen: dit moet naamlik oor 'n eiestandige institusionele organisasie beskik, onafhanklik van die lede daarvan bestaan en gesagverhoudinge tussen die beheerstruktuur van sodanige entiteit en die lede vertoon (Pienaar, 1999:53). Die enigste entiteit wat aan die kenmerke van gemeenskap én die ruimtelik-kultuurhistoriese vereistes voldoen, is waarskynlik stamgemeenskappe wat in dié verband aan die regselewe kan deel hê. Vir doeleindes van die aansprake waarvoor sodanige gemeenskappe ingevolge die Wetsontwerp beskik, behels dit dat gemeenskappe wat oor die genoemde regte ingevolge die Wetsontwerp beskik, binne die Republiek ontstaan het. Sodanige gemeenskappe sou beperk wees tot dié wat op historiese gronde kan aandui dat dit van die San-mense van Suid-Afrika afstam. Sodanige beperkte uitleg is des te meer gewens ten einde die regte waarvoor individue met betrekking tot immateriële goedere – by name outeursreg – beskik, so min moontlik te beperk.

Derdens, sou die aansprake van sosiale entiteite van San-afstamming en wat oor die regsvereistes hierbo genoem beskik, slegs geld ten aansien van geestesprodukte wat in tasbare vorm die lig gesien het en wat deur lede van sodanige gemeenskappe tot stand gekom het. Laasgenoemde byvoeging is belangrik omdat regspersone – uit aard van die struktuur daarvan – nie aan outeursregprodukte in die vorm van geestesgoedere wat tasbaar tot stand kom, uitdrukking kan gee nie (Klopper & Van der Spuy, 2008:21).

Vierdens, behoort regsuitleggers en -toepassers die bepalinge van die Wetsontwerp sodanig te vertolk dat universalistiese sosiale entiteite wat die spektrum van sosiale en individuele regsbelange van die lede van sodanige gemeenskappe koloniseer, nie met beroepe op die tradisie herleef nie. Bygevolg behoort die wye spektrum van regsbeginsels wat in die ervaringshorison van deelhebbers aan die regsverkeer in aanmerking geneem te word en regterlike regsforming aan die hand daarvan te geskied.

Vyfdens, behoort 'n wetgewer wat sensitief teenoor die dinamiese werklikheid van regsontwikkeling staan, die gedifferensieerde aard van eietydse samelewings en die spektrum van regsbelange wat ter sprake is, te erken en dit te handhaaf en wetgewing wat die gebreke van die Wetsontwerp vertoon, hoort nie op die wetboek nie. In geval waar regters met historistiese tekste van dié aard gekonfronteer word, het sodanige regsprekers ter wille van die pluriforme regsbelangebehartiging in die samelewing die verantwoordelikheid om die wetgewer daarop te wys – aspekte waarvoor Gadamer se historistiese hermeneutiek nie voorsiening maak nie.

Bibliografie

- DALLMAYR, F. 1993. Self and Other: Gadamer and the Hermeneutics of Difference. *Yale Journal of Law and the Hermeneutics* 5:507-529.
- ESKRIDGE, W.N. 1990. Gadamer/Statutory Interpretation. *Columbia Law Review* 90:609-681.
- FORSTHOFF, E. 1940. *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*. Halle-Saale: Niemeyer.
- GADAMER, H.-G. 1975. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- GADAMER, H.-G. 2006. *Truth and Method*. Tweede hersiene uitgawe. Hersiene vertaling deur J. Weinsheimer & D.G. Marshall. Londen: Continuum.
- GEYER, S. 2017. Copyright in traditional works: Unravelling the Intellectual Property Laws Amendment Act of 2013. *South African Mercantile Law Journal* 29:43-65.
- HERMANN, D.H. 1982. Phenomenology, Structuralism, Hermeneutics, and Legal Study: Applications of Contemporary Continental Thought to Legal Phenomena. *University of Miami Law Review* 1982:379-410.
- HOMMES, H.J. van Eikema. 1972. *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap*. Deventer: Kluwer.
- HUTCHISON, A. 2017. *South African Mercantile Law Journal* 29: 17-42.
- KAUFMANN, A. 1996. Conception Hermenéutica Del Método Jurídico. *Persona & Derecho* (1996):11-38.
- KEEVY, I. 2008. African Philosophical Values and Constitutionalism: A Feminist Perspective on Ubuntu as a Constitutional Value. LL.D.-proefskrif, Universiteit van die Vrystaat.
- KLOPPER, H.B. & VAN DER SPUY, P. de W. 2008. *Intellektuele Goederereg*. Pretoria: Vir die outeurs.
- LINDAHL, L. 2003. Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation. *Cardozo Law Review*, 24:769-789;
- LINGE, D.E. 1977. Introduction, Hans-Georg Gadamer, *Philosophical Hermeneutics*. Vertaal deur David E. Linge. Berkely/Los Angeles/Londen: University of California Press.
- PIENAAR, G. 1999. *Legal Subjectivity and the Juristic Person*. Potchefstroom: PU vir CHO.

POLYCARP AMECHI, E. 2017. Whose knowledge is it anyway? Traditional healers, benefit-sharing agreements and the communalism of traditional knowledge of the medicinal use of plants in South Africa. *South African Law Journal*, 134:847-869.

RAATH, A.W.G. 2017. Regsosiologiese pluriformiteit, kulturele erfenisreg en die Wet op Nasionale Erfenisbronne 25 van 1999. *Tydskrif vir Regswetenskap*, 42(2):183-214.

REGERINGSKENNISGEWING No. 39910. 2016. Protection, Promotion, Development and Management of Indigenous Knowledge Systems Bill. Pretoria; Staatsdrukker.

SHERMAN, B. 1988. Hermeneutics in law. *Modern Law Review*, 51:386-402.

STRAUSS, D.F.M. 2009. *Philosophy. Discipline of the Disciplines*. Grand Rapids, MI: Paideia Press.

VISAGIE, P.J. 1988. Methods and levels of archeological discourse analysis – with special reference to J. Derrida. *Interim* (9):45-71.

VISAGIE, P.J. 2005. Applying some philosophical tools to the theme of relativity and relativism. *Acta Academica, Supplementum* (2):134-158.