

Die dinamika van die hedendaagse oppermagtige grondwet beskou in die lig van voor- en vroeg-moderne opvattinge van regsopbergsag en populêre soewereiniteit

JJ Malan

BA Hons Blur LLB LLD

Professor in die Departement Publiekreg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

The dynamics of the contemporary supreme constitution viewed in light of pre- and early modern views of supremacy of the law and popular sovereignty

Constitutional supremacy – the contemporary refined form of the supremacy of the law – is the foundation upon which present supreme constitutions such as that of the United States of America and South Africa are based. Nevertheless, we find the opposite principle, namely that of popular sovereignty also featuring prominently in these constitutions. According to the doctrine underpinning the supreme constitution, the tension between the two is decisively resolved in favour of the supremacy of the law (and the constitution). However, there is a growing critical literature which questions whether the supremacy principle is actually predominant. It is argued, for example, that the most important changes to supreme constitutions result from dominant forces within the populus, beyond the amendment provisions of these constitutions. This literature underscores the need to revisit the relationship between legal supremacy and popular sovereignty. This article enquires into this question, more specifically with reference to the possible insights that might be gained from certain trends in the pre-modern and early modern thinking regarding the relationship between these two principles. The inquiry shows that the conceptions of legal supremacy and popular sovereignty were unified into one single harmonious constitutional theory. This article describes and explains this erstwhile union. It is concluded that popular sovereignty in the form of communal custom, or more correctly, the customs and practices of the dominant forces within the populus, were the active driving force of pre-modern constitutionalism. This is informative for present constitutional theory as it explains why the dominant forces within the populus so decisively determine the fate of the supreme constitution.

1 INLEIDING

Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika¹ onderskryf die beginsel van grondwetlike oppergesag in beslissende terme. Dienooreenkomstig neem dit ewe beslissend afskeid van sy Brits-geïnspireerde voorganger, parlementêre oppergesag. Dit doen die Grondwet in sy alombekende artikel 2, wat lui: “Hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek; enige regsvoorskrif of optrede

1 Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.” Die Aanhef tot die Grondwet verklaar ook dat die Grondwet die hoogste reg van die land is. Die beginsel kom ook voor in artikel 1(c) waarin die oppergesag van die Grondwet en die heerskappy van die reg as grondliggende beginsels van die Suid-Afrikaanse staat ingesluit word.

Ondanks die onderskrywings van grondwetlike oppergesag waarmee populêre soewereiniteit by implikasie vaarwel moes toeroep, neem die Grondwet nogtans nie volkome van populêre soewereiniteit afskeid nie. Bepalings wat van ’n sterk onderskrywing van populêre soewereiniteit spreek, kom herhaaldelik voor. Die Aanhef waarin konstitusionele oppergesag onderskryf word, bely in dieselfde asem populêre soewereiniteit aangesien die oppergesag van die grondwet juis aan ’n besluit van die mense (deur middel van hulle verteenwoordigers) toegeskryf word. Populêre soewereiniteit weerklink ook elders in die Aanhef waar verklaar word dat die Grondwet die grondslag lê vir ’n demokratiese en oop samelewing waarin regering gegrondves is op die wil van die bevolking.

Grondslaggewende grondwetlike bepalinge in verskeie ander grondwette, wat daarvoor bekend is dat hulle op konstitusionele oppergesag berus, bevat soortgelyke gelyktydige onderskrywings van populêre soewereiniteit. Die wesenlike eienskap van die eerste en toonaangewende moderne grondwet, naamlik dié van die Verenigde State van Amerika, is sy oppergesag. Die grondwet is bo alle reg verhewe en alle (regerings) optrede moet daarmee strook. As tipiese oppermagtige reg is dit, net soos sy Suid-Afrikaanse eweknie, ook moeilik om te wysig.² Nogtans onderskryf die grondwet van die VSA vanuit die staanspoor ook die beginsel van populêre oppergesag aangesien die oorsprong van die grondwet in die woorde van die Aanhef aan die mense van die Verenigde State toegeskryf word, waarsonder die grondwet nie kan bestaan nie en geen legitimiteit het nie. Dit lui: “We the People of the United States . . . do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

Die treffende verskynsel wat hom hier voordo, is dat ofskoon die beginsels van oppergesag van die reg en populêre soewereiniteit (oftewel volksoewereiniteit) die twee polêre teenstanders van die huidige staatsreg en politiek is, ons albei klaarblyklik ewe onontbeerlik vir ’n hedendaagse grondwetlike orde beskou. Ooreenkomstig oortuigings van populêre soewereiniteit verwerp ons vandag regering deur ’n vors of ’n minderheid en dring ons aan dat die *populus* as geheel moet regeer. Vir daardie doel is verteenwoordigende demokrasie deur gereelde “vrye en regverdige” verkiesings gebaseer op algemene volwasse stemreg bykans ’n universele eienskap van die hedendaagse staat. Aan die ander kant, koester ons die gegronde vrees dat die *populus* homself kan te buite gaan, kwesbare minderhede kan verwoes en individuele regte kan skend. Daarom word grondwette telkens tot hoër reg verhef. Die doel daarvan is om die grondwet teen die willekeur van die *populus* te beskut. Gevolglik bevat grondwette bepalinge wat die maklike wysiging probeer verhoed.³

Ondanks die klaarblyklike noodsaak om grondwetlike oppergesag en populêre soewereiniteit saam in grondwette soos die van die VSA en Suid-Afrika te akkommodeer word die spanning tussen die twee volgens ons huidige grondwetlike

2 Artikel V van die grondwet van die VSA.

3 In Suid-Afrika word die aangeleentheid deur a 74 van die Grondwet gereël.

dogmatiek egter telkens in die guns van grondwetlike oppergesag besleg. Juis daarom:

- (a) Geniet die grondwet 'n hoër status as ander reg en dien dit as die maatstaf waaraan alle optrede gemeet word;
- (b) is moderne demokrasie nie die ongebreidelde uitvoering van die wil van die *populus* (of die meerderheid) nie, maar konstitusionele demokrasie, waarvolgens daar aan die besluite van die demokrasies verkose verteenwoordigers uitvoering gegee word slegs vir sover die reg in die algemeen en die grondwet in die besonder dit toelaat;
- (c) het die regbank die gesag om die optrede van die wetgewer en die uitvoerende gesag aan die hand van die grondwet te toets en ongeldig te verklaar; en
- (d) mag die grondwet slegs volgens sy eie streng wysigingsvoorskrifte verander word en is die lotgevalle van die grondwet – sy stabiliteit of verandering van sy betekenis – nie aan die wil van dominante politieke kragte uitgelewer nie.

Is die verhouding tussen grondwetlike oppergesag en populêre soewereiniteit prakties gesproke egter werklik beslissend ten gunste van regs- en grondwetlike oppergesag beslis? Daar is 'n groeiende literatuur wat daarop dui dat dit nie werklik so is nie. Wanneer dit kom by die stabiliteit al dan nie van die grondwet blyk dit verkeerd te wees, voortdurend deur die dominante sosio-politieke kragte verander word. Gevolglik beskik die *populus* nie net oor konstituerende gesag wanneer die grondwet aangeneem (gekonstitueer word) nie. Inteendeel, in weerwil van wat die konstitusie mag bepaal behou die *populus* steeds konstituerende gesag om die grondwet (regstreeks) te verander. Trouens hierdie soort regstreeks, dog gewoonlik versweë veranderinge, betoog Bruce Ackermann, Stephen Griffin, Van der Hoeven en talle ander, is dikwels meer verregaand as die formele wysigings kragtens die grondwet se eie wysigingsbepalings.⁴ Griffin verduidelik met verwysing na die grondwetlike geskiedenis van die VSA dat die belangrikste verandering in die Amerikaanse grondwet langs weë anders as deur artikel V plaasvind.⁵ Die Amerikaanse grondwet verander dus geruisloos in ooreenstemming met veranderde politieke kragte. Die (tersaaklike dele van die) konstitusie pas aan by veranderde omstandighede of verloor bloot sy konstitusionele status en funksie.⁶ Die kardinale punt volgens Griffin is dat die grootste veranderinge van die

Daar bestaan aanduidings dat oppermagtige grondwette wat volgens hulle eie wysigingsbepalings teen regstreeks verandering deur kragte in die *populus* verskans behoort te wees, voortdurend deur die dominante sosio-politieke kragte verander word. Gevolglik beskik die *populus* nie net oor konstituerende gesag wanneer die grondwet aangeneem (gekonstitueer word) nie. Inteendeel, in weerwil van wat die konstitusie mag bepaal behou die *populus* steeds konstituerende gesag om die grondwet (regstreeks) te verander. Trouens hierdie soort regstreeks, dog gewoonlik versweë veranderinge, betoog Bruce Ackermann, Stephen Griffin, Van der Hoeven en talle ander, is dikwels meer verregaand as die formele wysigings kragtens die grondwet se eie wysigingsbepalings.⁴ Griffin verduidelik met verwysing na die grondwetlike geskiedenis van die VSA dat die belangrikste verandering in die Amerikaanse grondwet langs weë anders as deur artikel V plaasvind.⁵ Die Amerikaanse grondwet verander dus geruisloos in ooreenstemming met veranderde politieke kragte. Die (tersaaklike dele van die) konstitusie pas aan by veranderde omstandighede of verloor bloot sy konstitusionele status en funksie.⁶ Die kardinale punt volgens Griffin is dat die grootste veranderinge van die

4 Sien bv Ackermann "Oliver Wendell Holmes Lectures: The living constitution" 2007 *Harvard LR* 1738 ev; Griffin "Constitutionalism in the United States: From theory to politics" in Levinson (red) *Responding to imperfection: The theory and practice of constitutional amendment* (1996); Tushnet *The Constitution of the United States of America – A contextual analysis* (2009) hfst 7; Van der Hoeven *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht* (1958) en hoofstukke van verskeie skrywers in Mcloughlin en Walker (reds) *The paradox of constitutionalism: Constituent power and the constitutional form* (2007).

5 Griffin 38.

6 *Idem* 45.

Amerikaanse grondwet buite-om en strydig met die voorskrifte van artikel V voorgekom het. In weerwil van hierdie grootskaalse veranderings in die Amerikaanse konstitusie (die daadwerklike konstitusie) het die teks van die grondwet onveranderd gebly en getuig dus geensins van die werklike verandering nie.⁷

Die konstitusionele veranderinge geskied dus nie op grond van regsprosedures en versigtig beredeneerde regsargumente nie. Griffin verduidelik: "Instead, the political branches alter the Constitution in the course of ordinary political struggles, often without much attention to what the legal profession would surely claim are independent constitutional values."⁸

Grondwetlike formulerings, betoog Van der Hoeven, is opsigself nie in staat om die gelding van 'n reg of die trefwydte daarvan te bepaal nie. Die grondwetlike reg se gelding en inhoud word nie deur die teenwoordigheid daarvan in die grondwetlike teks bepaal nie.⁹ Die geldigsreik van grondwetlike regte is daarenteen die resultaat van dominante kragte in die politieke bestel.¹⁰ Daarom kan Henderson verklaar: "For it is ultimately 'We the people' and not our beloved Constitution itself, that shall determine the fate of the Constitution."¹¹

Gemeet aan die daadwerklike grondwetlike gebeure, is die grondwet derhalwe nie noodwendig so onomwonde toonaangewend as wat die leerstuk van regsoppergesag leer nie en blyk daar 'n behoefte te wees om die verhouding tussen grondwetlike oppergesag en populêre soewereiniteit te heroorweeg. In die proses word die historiese verhouding tussen die twee denkbeelde ook relevant, nie net vir die historiese waarde daarvan nie, maar ook vir sover dit moontlik vir die huidige reg insiggewend kan wees.

Hierdie bespreking probeer juis om die historiese verhouding tussen populêre soewereiniteit en regsoppergesag uit te pluis. In deel 2 volg 'n inleidende toeligting van populêre soewereiniteit en regsoppergesag wat die spanning tussen die twee in die huidige diskoers verduidelik. In deel 3 volg 'n bespreking van die vroeëre betekenis van die oppergesag van die reg en dan in deel 4 van populêre soewereiniteit meer bepaald van die betekenis wat dit volgens prominente denkstrominge gedurende die Middeleeue en die vroeg-Moderne tydperk gehad het wat soms op tekste van die *Corpus iuris civilis* steun. Die bespreking in dele 3 en 4 bring aan die lig dat die twee beginsels tot met die aanbreek van die moderne territoriale staat in die sestende en sewentiende eeue harmonies saam bestaan het, waarna die tans steeds omtrent onoorbrugbare spanning tussen die twee denkbeelde ontstaan het. In deel 5 word verduidelik wat vanuit ons huidige gesigspunt onverklaarbaar lyk, naamlik hoe dit moontlik was dat die twee denkbeelde eertyds as 'n bykans verenigde geheel kon bestaan. Teen hierdie agtergrond word in deel 6 verduidelik hoe, kragtens hierdie voor-moderne denkbeelde, die reg tot stand gekom het, sy geldigheid verloor het en met nuwe reg vervang is. Deel 7 bevat enkele notas waarin die implikasies van die insigte uit die voorafgaande bespreking vir ons huidige tydsgeewrig oorweeg word.

7 *Idem* 51.

8 *Idem* 56.

9 Van der Hoeven 245.

10 *Idem* 219.

11 Henderson "Cry, the beloved Constitution? Constitutional amendment, the vanished imperative of the constitutional principles and the controlling valued of section 1" 1997 *SALJ* 255.

2 INLEIDENDE TOELIGTING VAN POPULÊRE SOEWEREINITEIT EN REGSOPPERGESAG

Die eerste vereiste vir die bestaan van regsoppergesag (en uiteindelik van grondwetlike oppergesag) is die tref van 'n duidelike onderskeid tussen reg en nie-reg. Die reg moet vervat word in sy eie korpus van regsreëls en beginsels, dit wil sê in sy eie *corpus iuris*. Die *corpus iuris* moet duidelik onderskei en afgebaken wees van die terrein daar buite – die wêreld van die politiek en die sosiale en ekonomiese lewe. Gevoed deur sy eie bronne, voer die *corpus iuris* sy eie lewe vry en onafhanklik van die wispelturige wendings in die magverhoudings van die politiek. Die reg bestaan derhalwe in 'n soewereine korpus. Aangesien die korpus 'n lewende liggaam is, is dit ook groeiend wat beteken dat die reg van binne homself groei en nie van buite-af verander word nie. Dit verander nie; dit ontvou eerder na mate die inherente potensiaal daarvan aktualiseer. Hierdie groei, oftewel aktualisering, word moontlik gemaak deur die gesaghebbende vertolkers van die reg, meer bepaald die juriste wat verdiep in volgehoue toewyding aan en ervaring van die korpus, 'n behoorlike verstaan daarvan aangeleer het en wat op die hoogtepunt van hul loopbane in staat is om die betekenis en implikasies van die reg betroubaar te ontdek en weer te gee.

In ons eietydse denkbild van konstitusionele oppergesag het die hiërargiese element van oppermagtigheid op sy sterkste en uitdruklikste op die voorgrond getree. Die konstitusie as deel van die soewereine reg is nie net onafhanklik van die politieke kragte nie. Dit is daarbo verhewe. Dit regeer oor daardie kragte asook oor die res van die reg wat ook aan die grondwet moet voldoen.

Regsoppergesag en meer bepaald sy hedendaagse verfynde variant, naamlik grondwetlike oppergesag is volgens die huidige ortodoksie die primêre kuur vir die moontlik skadelike werking van populêre soewereiniteit – van dinge soos onbeheerste en onvoorspelbare maguitoefening en van arbitrêre regerings-optrede. Volgens die geykte aannames van ons eietydse beskouings van konstitusionele oppergesag moet alle handeling, meer bepaald die optrede van staatsorgane, sowel as regsvoorskrifte buite die grondwet aan die voorafbepaalde, openbaar afgekondigde, duidelik verstaanbare voorskrifte van die grondwet, wat die status van hoër oftewel fundamentele reg geniet, voldoen. Indien nie, is dit nietig en sonder regsgevolg. Dieselfde geld vir regsvoorskrifte buite die grondwet wat nie aan die maatstawwe van die grondwet voldoen nie.

Volgens die beginsel van konstitusionele oppergesag is die geskrewe grondwet op die toppunt van die regsorde vanwaar dit oor die staat en die gemeenskap heers. Die grondwet is teen verandering deur 'n verkose meerderheid (populêre soewereiniteit) en teen die optrede van politieke ampsbekleërs gevrywaar en geniet sodoende 'n verskanste integriteit. Die oppermagtige grondwet mag ook slegs gewysig word deur die liggame wat in die grondwet aangewys word, wat optree volgens die vereistes soos beskryf in die wysigingsbepalings van die grondwet. Dit beteken dat alle veranderings van die grondwet en die grondwetlike praktyk voorafgegaan moet word deur uitdruklike wysiging van die teks van die grondwet.¹²

12 Soos Griffin 42 dit stel: "Thus rule-of-law constitutionalism insists that every important change in constitutional practice be explicitly marked by an amendment, just as every important change in statutory law is ostensibly marked by new legislation."

Teenoor oppergesag van die reg en konstitusionele oppergesag staan populêre soewereiniteit. Daarvolgens is die populus die outeur van die reg en mag niks in die pad van die populus staan om die reg te maak en te verander nie. Alle politieke gesag word ook aan die populus ontleen. In die moderne staatsreg en die politiek is populêre soewereiniteit in die verkose wetgewer beliggaam wat watter wetgewing dit ook al wil, mag aanneem sonder om deur enige juridiese struikelblokke, meer bepaald 'n korpus van hoër reg vervat in 'n oppermagtige grondwet, aan bande gelê te word. Juridies gesproke is die wetgewer dus vry om te maak soos hy goeddink.¹³

Ofskoon populêre soewereiniteit tans primêr met soewereine wetgewers veenseelwig word, het dit in die verlede ook uitdrukking in monargale stelsels gevind waarin die vors daadwerklik oor politieke gesag beskik het. Daarvolgens het die populus gekontrakteer om die gesag om reg te verorden voorwaardelik aan die vors oor te dra. Die gesag van die populus om self die reg te verorden het egter herleef sodra die vors versuim om kragtens die ooreenkoms op te tree.¹⁴ Daarbenewens was die populus ook geregtig op verset teen die vors indien hy die ooreenkoms verontagsaam.

Die kern van populêre soewereiniteit is dat die reg en die konstitusie, in pas met die wil van die populus (meer realisties die wil van die magtigste komponente binne die populus), deurlopend aan die verander is¹⁵ en dat die populus derhalwe deurlopend sy konstituerende gesag om die grondwet te verander, behou. Gemeenskapsgewoonte as 'n regsbron impliseer dat die populus self regstreeks reg kan "maak" in plaas van onregstreeks deur middel van 'n verkose regskeppende (wetgewende) liggaam. Die populus oefen sy soewereiniteit op 'n regstreekse wyse uit bloot deur nuwe reg te skep deurdat dit erkenbare (nuwe) gewoontes reëlmatig op 'n ander wyse as tevore volg. Deur dit te doen, verander die populus die reg deur sy eie optrede wat die lede van die populus as regsbindend vir daardie optrede beskou, en sonder dat die reg deur 'n wetgewer by wyse van 'n wetgewende handeling verander hoef te word. In dié soort situasie het ons duidelik met die mees ongebreidelde vorm van (anargistiese) direkte demokrasie te doen. Hier is daar in werklikheid nie 'n onderskeid tussen 'n afgebakende korpus van reg in teenstelling met gewoonte (en gemeenskapsreëls) nie. Gevolglik is daar geen nodigheid om (nuwe) gewoonte deur 'n formele regskeppende handeling in reg te transformeer nie aangesien nuwe gewoonte outomaties regsrag verkry. In die taal van HLA Hart is daar derhalwe geen reëls van uitkenning ("rules of recognition") om regsreëls van nie-regstreëls te onderskei nie.¹⁶ Hierdie suiwerste vorme van populêre soewereiniteit geniet om twee redes feitlik geen erkenning wanneer populêre soewereiniteit in die moderne staatsreg oorweeg word nie. Eerstens blyk dit dat wetgewing gewoonte bykans volkome as regsbron vervang het.¹⁷ Tweedens onderskei die moderne, of ten minste die

13 In die moderne staatsreg kom die beginsel die sterkste op die voorgrond in die Engelse stelsel van parlementêre soewereiniteit.

14 Dit was bv die beskouing van Gierke *Political theories of the Middle Ages* (Engelse vertaling deur Maitland 1938) 43 150.

15 Die Engelse common law gee uitdrukking hieraan terwyl die Historiese skool in die regsleer basies dieselfde gedagterigting onderskryf.

16 Sien hieroor Hart *The concept of law* (1961).

17 McIlwain *The High Court of Parliament and its supremacy* (1910) 42 45 65. Sien ook Verloren van Themaat *Staatsreg* (1956) 74 75.

Westerse opvatting oor die reg duidelik tussen 'n outonome regs-korpus ('n *corpus iuris*) teenoor sosiale reëls (gewoonte, moraliteit, godsdiens, ensomeer) en geniet slegs eersgenoemde regs-krag.¹⁸

3 OPPERGESAG VAN DIE REG

Die denkbeeld van regsoppergesag was die grondslag waarop voor-moderne en meer bepaald Middeleeuse Wes-Europese en Engelse politieke en konstitusionele denke berus het. Ofskoon dit vanuit 'n eietydse leefwêreld onvanpas mag voorkom om die denkbeelde van konstitusie, konstitusionalisme en selfs fundamentele reg met 'n voor-moderne konteks te vereenselwig, was hierdie denkbeelde soos die bespreking spoedig sal aandui, integrale elemente van pre-moderne politieke en konstitusionele opvattinge. Denkbeelde van konstitusionalisme (ofskoon nie noodwendig die term nie) het egter 'n lang geskiedenis. Trouens, denkbeelde van konstitusionalisme en van 'n fundamentele reg, met die gepaardgaande beginsels van beperkte regering en die verdeling van politieke gesag tussen die kerk en die ryk, asook tussen 'n verskeidenheid van sekulêre regerings en ampsbekleërs wat kragtens uitgeklaarde reëls en gebruike moes regeer, was deeglik in pre-moderne Wes-Europa gevestig. Dit, saam met die reg (en verpligting) van verset teen regstrydige optrede van politieke maghebbers, wigte en teenwigte in die verhoudings tussen politieke gesaghebbers, kontraktueel veronderstelde wedersydse verpligtinge tussen vors en onderdaan en dergelike reëlins het gesamentlik 'n goed gevestigde korpus van konstitusionele teorie in pre-moderne Wes-Europa uitgemaak.¹⁹ Hierdie versameling van opvattinge wat grotendeels op gemeenskapsgewoonte gebaseer was, was die fundamentele reg van daardie tyd. Dikwels word daar trouens daarna as die antieke grondwet ("ancient constitution") verwys.

Regsoppergesag was binne die kerklike struktuur net so belangrik soos vir die sekulêre gesagstrukture. Die pluralistiese politiek van 'n verskeidenheid van jurisdiksies en magsentra het beduidende beperkings op die gesag van al die gesagsentra geplaas. Die verdeling van gesag tussen die kerk en die sekulêre politieke gesagsentra wat met die pouslike rewolusie van 1075–1122 geformaliseer is, het die gesag van al die instellings in bedwang gehou. Die verdeling of meer korrek, die verspreiding van gesag tussen 'n verskeidenheid van sekulêre konstitusionele ordes (stedelik, feodaal, koninklik, ensomeer)²⁰ het die gesag van elkeen van hierdie ordes beperk asook die gesagsuitoefening deur die kerk sowel as in die kerk in bedwang gehou.²¹ Berman stel dit soos volg: "The very separation of ecclesiastical and secular authority was a constitutional principle of the first magnitude, which permeated the entire system of canon law."²²

18 Vir dié onderskeid, 'n hoeksteen van die Westerse regsorde sien Berman *Law and revolution: The formation of the Western legal tradition* (1983), veral die inleiding en hfste 1 en 2.

19 Berman 213 225 292–294 397 408 487 504 527 530 536 537 wy breedvoerig hieroor uit.

20 Berman bespreek die pluraliteit van regsordes breedvoerig. Die verspreiding van gesag is by Althusius wie se *Politica – Politics, methodology set forth and illustrated with sacred and profane examples* geredigeer en vertaal met 'n inleiding deur Carney *Liberty Fund Indianapolis* (1994) in 1603 verskyn het steeds prominent teenwoordig.

21 Berman 213.

22 *Idem* 214.

Die kerk was 'n monargale struktuur waarbinne funksies en verantwoordelikhede verdeel is, weliswaar nie in dieselfde mate as in huidige grondwetlike ordes nie maar tog voldoende om as 'n teenwig teen absolutisme te dien. Gesag is ook onder regsbeheer uitgeoefen met die gevolg dat die kerklike struktuur 'n konstitusionele eerder as 'n absolutistiese orde was.²³ Die kanonieke reg wat sy oorsprong in die pouslike rewolusie het, het in 'n stelsel ontwikkel wat konstitusionele standaarde vir die kerk as 'n korporasie neergelê het.²⁴

Oor die sekulêre gesagstrukture merk Carlyle op dat die feodalis die reg as so fundamenteel beskou het dat die uitoefening van gesag wat nie daarop gebaseer was nie, heeltemal ondenkbaar was.²⁵ Carlyle haal onder andere die dertiende-eeuse Engelse juris, Henry Bracton (s 1268) aan, wat verklaar het dat waar die reg afwesig is, daar geen vors kan wees nie (“there is no king where will rules and not law”²⁶) en voeg by dat Bracton se onderskrywing van regsoppergesag 'n tipiese weerspieëling van Middeleeuse konstitusionele opvattinge verteenwoordig. Vir die mense van die Middeleeue, sê Carlyle was die idee van arbitrêre uitoefening van politieke gesag eenvoudig ondenkbaar.²⁷ Daar was vir hulle slegs een oppermagtige gesag en dit was nie die vors (hetsy die keiser of die koning nie) maar wel die reg.²⁸ Die beginsel van die oppermagtige reg het tot met die opkoms van die territoriale staat stand gehou. Daar is beswaarlik enige noemenswaardige Middeleeuse politieke of regsdenker wat nie die opvatting onderskryf het nie. Dit is sterk onderskryf deur toonaangewende denkers soos Marsilius van Padua (1275/80–1341) en Willem van Ockham (1285/90–1349) gedurende die veertiende eeu,²⁹ en daarna gedurende die sestiende eeu weer deur byvoorbeeld die Jesuïtiese denker, Juan de Mariana (1536–1624) wat daarvan oortuig was dat daar geen beter vorm van politieke gesag was as 'n monarg wat onder regsbeheer gestaan het nie en daarenteen niks slegter nie as 'n monarg wat van regsbeheer vrygestel was.³⁰ Die Calvinistiese denkers Francois Hotman (1524–1590) en Johannes Althusius (1557–1638) was eweneens oortuigde pleitbesorgers vir regsoppergesag.

Die denke van Althusius, wat ryklik op Klassieke, Middeleeuse en Bybelse bronne steun, is deurweek van oortuigings oor die oppergesag van die reg wanneer hy onder andere redeneer dat die vors die administrateur van die reg is, dat die reg ook oor die vors heers, dat alle magsuitoefening deur die reg afgebaken word wat daarvolgens moet regeer, en dat geen magsuitoefening absoluut en arbitrêr mag wees nie.³¹ In Engeland net soos in Wes Europa, versduidelik Mc Ilwain, was die idee van 'n fundamentele reg onder die gesag waarvan regeer moes word tot met die finale vestiging van Engeland as 'n territoriale staat in die sewentiende eeu ook heeltemal dominant.³² 'n Duideike onderskrywing van

23 *Idem* 213–215.

24 *Idem* 225.

25 Carlyle *A history of medieval political theory in the West* Vol 3: *Political theory from the tenth century to the thirteenth* (1928) 3–38.

26 *Ibid*; sien ook Berman (1983) 292–293.

27 *Ibid* 184.

28 Carlyle Vol 5: *Political theory from the thirteenth century* (1928) 36; Berman 293.

29 *Idem* Vol 6: *Political theory from 1300 to 1600* (1936) 62–63.

30 *Idem* 348–350.

31 Althusius 111–115. Althusius se oortuigings oor regsoppergesag kom dwarsdeur sy werk voor. Vgl verder 120 121 123 128.

32 McIlwain 42–100.

regsoppergesag was byvoorbeeld prominent teenwoordig in die regs- en politieke beskouings van die invloedryke Engelse denkers, Sir Thomas Smith (1542–1577) en Richard Hooker (1553–1600) en by die vermaarde “Middelleeuer”³³ Edward Coke (1552–1634) gedurende die beroemde konstitusionele stryd met James I in Engeland aan die begin van die sewentiende eeu.³⁴ Coke se opvatting dat vorstelike handeling aan regterlike hersiening onderworpe was en op grond van die reg nietig verklaar kon word, was gebaseer op die oortuiging dat die Engelse gemenerereg oppermagtig was. Hy het die oortuigings in 1613 in *Bonham's case* geartikuleer toe hy verklaar het:

“It appears in our books, that in many cases the common law will control acts of Parliament, and sometimes will adjudge them as utterly void: for when an act of Parliament was against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such acts to be void.”³⁵

In pas met gekykte Middelleeuse konstitusionele oortuigings het Coke die gemenerereg as fundamenteel beskou. Dié fundamentele reg was van antieke oorsprong. Trouens gedurende die tweede deel van die sestiende eeu het Franse konstitusionele denkers dikwels na die antieke konstitusie verwys. In die sewentiende eeu, veral gedurende die Engelse konstitusionele stryd, het Engelse konstitusionele denkers hulle ook op die antieke konstitusie beroep. Die regsprekende funksie was in hierdie stadium nog nie duidelik van die wetgewende funksie onderskeibaar nie.³⁶ Wetgewing as ’n doelbewuste regskeppende handeling soos ons dit vandag ken, het baie selde voorgekom³⁷ en die parlement wat vandag volkome met die begrip wetgewer vereenselwig word, was nie werklik ’n regskepper nie maar ’n regspreker, dit wil sê eerder ’n judisiële liggaam wat beslis het wat die gemeenregtelike regsposisie inderdaad was eerder as om nuwe reg by wyse van wetgewing te skep.³⁸ Voordat die parlement werklik ’n wetgewer geword het, het dit deur regspraak oor die integriteit van die (fundamentele) gemenerereg gewaak en oor die gesag beskik om “wetgewing” (wat veral met handeling van die vors verbind is) wat nie met die gemenerereg gestrook het nie nietig te verklaar.³⁹ Die vors se onderworpenheid aan die soewereine gemenerereg is trouens die maatstaf waarvolgens onderskei is tussen die ware koning in teenstelling met die (*arbitrêre*) tiran wat juis weer nie aan die reg onderworpe was nie. Die onderskeid tussen die koning en die tiran het sentraal in die Middelleeuse politieke denke gestaan.⁴⁰ In ooreenstemming hiermee was die idee van ’n absolute monarg wat die bron van die reg was en bo die reg verhewe was

33 Middelleeuser aangesien sy beskouings sterk gebaseer was op die soewereiniteit van die fundamentele reg wat as maatstaf vir alle handeling moes dien. Sien hieroor Plucknett “Bonham's case and judicial review” 1926–1927 *Harvard LR* 40 50, Mullet “Coke and the American Revolution” 1932 *Economica* 460–461 467.

34 Sien hieroor Plucknett 30–70; Corwin “The higher law background of American constitutional law” 1928–1929 *Harvard LR* 363–409; Corwin “The establishment of judicial review” 1910–1911 *Michigan LR* 102–125; Mackay “Parliamentary sovereignty and the supremacy of the law” 1924 *Michigan LR* 214–247.

35 Aangehaal deur Sabine 452 uit die Coke Reports Pt VIII, 118a.

36 McIlwain 109–256.

37 McIlwain 42 45 65. Wetgewing se voorkoms was “timid and sporadic” sê McIlwain 62.

38 McIlwain 51 70 86 94 ev die bespreking 109–256. Vir Edward Coke, rapporteer McIlwain 94, was die parlement en die koning se funksie dié van *ius dicere* en nie *ius dare* nie.

39 Plucknett 50.

40 Carlyle Vol 3: 115–116 184; sien ook vir ’n algemene bespreking Berman.

heeltemal vreemd aan die Middeleeuse politieke tradisie.⁴¹ Carlyle verwerp daarom die idee dat Middeleeuse opvattinge onverskillig teenoor die gesag van die reg gestaan het en dat die vors na willekeur onbepaalde mag oor sy onderdane kon uitoefen⁴² en verklaar:

“The truth is that the characteristic defect of the medieval system was not that it left too much liberty for arbitrary and capricious action, but that it tended to fix both rights and obligations to such an extent that it ran the risk first of rendering government unworkable, and secondly, of rendering the movement and growth of life impossible.”⁴³

Slegs enkele gevalle van absolutistiese aansprake het onder die invloed van bepaalde vertolkings van enkele tekste in die *Corpus iuris civilis* voorgekom.⁴⁴ Eers gedurende die sestiende eeu met die verskyning van die territoriale staat het absolutisme regsoppergesag en oortuigings oor die antieke fundamentele reg opsy geskuif. Dit het veral gebeur vanweë die opgang van die teorie van die goddelike reg van konings, wat gedurende die voorafgaande eeue slegs geringe ondersteuning geniet het.⁴⁵ Gedurende die sestiende eeu is absolutistiese teorieë, binne die konteks van die verrysende territoriale staat, verwoord deur mense soos L'Hôpital, Jean Bodin,⁴⁶ Thomas Bilson, Adam Blackwood, James I, Pierre de Belloy, William Barclay, Albericus Gentilis en James Cowell.⁴⁷

Die denkkeeld van regsoppergesag was ook in 'n ander wesenlike element van Middeleeuse konstitusionele denke beliggaam naamlik die kontraktueel veronderstelde verhouding tussen die vors en sy vasalle. Daarvolgens was die vasalle (en alle onderdane in die algemeen) trou aan die vors verskuldig met dien verstande dat die vors reg en geregtigheid in stand sal hou. Indien die vors die ooreenkoms verontagsaam, arbitrêr optree, en dus 'n tiran word, het die onderdane die reg gehad om uit die ooreenkoms te onttrek en kon hulle hulself

41 *Idem* Vol 5 85.

42 *Idem* Vol 3 30.

43 *Idem* 31.

44 Baldus (1327–1400) het verklaar dat die vors die reg behoort te gehoorsaam al is hy nie *ex necessitate* gebind nie (C 6 82–83). De Castro en De Mayno, met beroep op Baldus weerspieël die neiging om op grond van Romeinsregtelike tekste absolute regskeppende gesag in die keiser te setel. Die teks dat die keiser nie aan die reg gebonde was nie (*princeps legibus solutus est*) is D 1 3 3 1, en dat wat die keiser behaag het, regsrag geniet het (*quid principi placuit, legis habet vigorem*) (D 1 4), 'n standpunt wat aan Ulpianus toegeskryf word.

45 Hierdie standpunt is vir die eerste maal uitdruklik deur Gregorius die Grote gestel. Ondanks sy enorme gesag is daar egter kwalik enige verdere spoor van 'n standpunt met daardie strekking (Carlyle Vol 6 185). Die enigste skrywer van belang gedurende die 14de eeu wat die standpunt blyk te huldig was Wycliffe. Dit was egter grootliks vreemd aan die politieke denke van die 15de eeu en dit lyk of dit net die Spaanse Cortes van Olmedo was wat dit in 1445 in toestande van uiterste maatskaplike wanorde onderskryf het (Carlyle Vol 6 186). Die standpunt is ook deur Aeneas Sylvius in 'n verhandeling van 1446 gestel (Carlyle Vol 6 187). Volgens die leerstuk was die vors as die boodskapper van God op aarde die absolute heerser en mag hy nie weerstaan word nie selfs al was hy 'n tiran. Hierdie leerstuk verwerp dus die geïkone Middeleeuse siening waarvolgens tussen die ware vors en die tiran onderskei is. Sien ook Figgis *The theory of the divine right of kings* (1896).

46 Bodin was die belangrikste onder hierdie teoretici. Sien oor Bodin se standpunt Shepard “Sovereignty at the crossroads: A study on Bodin” 1930 *Political Science Q* 34 en Lewis “Jean Bodin’s logic of sovereignty” 1968 *Political Studies* 202 ev.

47 Carlyle Vol 6 430–460.

regmatig teen hom verset.⁴⁸ Die reg (en trouens die plig) van verset teen die vors wat buite die reg optree, is eerste in 1159 breedvoerig deur John van Salisbury uiteengesit. Dit is kort daarna in 1221 ook in die Sakserspieël (*Sachsenspiegel/Saxon mirror*) vervat: “A man must resist his king and his judge if he does wrong, and must hinder him in every wrong, even if he be his relative or feudal lord. And he does not thereby break his fealty.”⁴⁹

Berman haal uit die reg van Aragon uit dieselfde tyd aan wat lui dat “subjects will obey the king only as long as he performs his duties, ‘and if not, not’”.⁵⁰

Die graad van verset waarop die onderdane geregtig was, is bepaal deur die erns van die vors se regsbreuk. In uiterse gevalle het dit die reg om die vors omver te werp ingesluit.⁵¹ Regmatige afsetting het ook op die pous betrekking gehad wat in voorgeskrewe omstandighede ook ontslaan kon word.⁵² Die kontraktuele element van die fundamentele reg was tot in die sestende eeu in swang.⁵³ Die denkbeeld van die kontrak het nie beteken dat daar geglo is dat daar op die een of ander stadium in die geskiedenis daadwerklik ’n kontrak gesluit is waardeur die politieke gemeenskap vir die eerste maal in die lewe geroep is nie. Dit beskryf eerder die daadwerklike toestand van die Middeleeuse *civitas* (staat).⁵⁴ Dit is konkreet beliggaam in die tradisionele metodes waarvolgens die vors verkies is asook in die koning se kroningseed. In hierdie eedsverklaring het die koning hom daartoe verbind om die reg, met inbegrip van die (antieke) gewoontes van die populus te gehoorsaam.⁵⁵ Die populus het weer gehoorsaamheid aan die koning gesweer. Hierdie onderneming was egter die een sy van ’n *quid pro quo* want die eed tot gehoorsaamheid was in die veronderstelling dat die koning die reg in stand sou hou.⁵⁶ Die denkbeeld van die *quid pro quo* het aanvanklik ook die imperiale vredestatute (*Landfrieden*) onderlê wat vanaf die begin van die twaalfde eeu aangeneem is.⁵⁷ Die kontraktuele denkbeeld wat so

48 Berman 294 haal die laaste woorde van die Hongaarse Bul van 1222 aan, wat lui: “We also ordain that if We or any of Our Successors shall at any time contravene the terms of this statute, the bishops and the higher and lower nobles of Our realm, one and all, both present and future, shall by virtue thereof have the uncontrolled right in perpetuity of resistance both by word and by deed without thereby incurring any charge of treason.” Sien verder hieroor Carlyle Vol 3 21 39–40 58–59 113 130 168; Vol 5 112; Vol 6 396 410; Ullmann *Medieval political thought* (1965) 147.

49 Berman 293.

50 *Ibid.* Oor die posisie in Aragon sien Keane *The life and death of democracy* (2009) 179.

51 Berman 282 407.

52 *Idem* 214 292.

53 Die standpunt is so laat as 1579 in die *Vidiciae contra tyrannos* gestel asook in die *Sachsenspiegel* in die 13de eeu en in die *Assizes van Jerusalem* ’n eeu tevore. (Carlyle Vol 6 410). Die kontraktheorie wat daarna deur teoretici soos Hobbes en John Locke verwoord is, was radikaal verskillend. By hulle het dit die grondslag vir die territoriale staat gevorm ipv die veronderstelling waarop die pre-moderne *civitas* berus het.

54 Carlyle Vol 3 168. Die woord *civitas* ipv *staat* is meer gepas. *Staat* is die term wat met die moderne territoriale staat verbind word wat eers in die werk van mense soos Hobbes gebruiklik geraak het. Sien ivm die ontwikkeling van die konsep *staat* Skinner “State” in Ball *et al* (reds) *Political innovation and conceptual change* (1989) 90–131.

55 Sabine 207–208; Artz *The mind of the Middle Ages: An historical survey* (1980) 278; Joubert “Die gebondenheid van die soewereine wetgewer aan die reg” 1942 *THRHR* 7 38.

56 Carlyle Vol 3 33 39 168. Regsoewereiniteit is ook prominent in die Noorse regsgekrifte asook in die *Sachsenspiegel* waar die koning by sy verkiesing moes sweer om die reg in stand te hou. Sien Carlyle Vol 3 39–40.

57 Berman 494 ev.

heg met die idee van regsoppergesag verweef was, was terselfdertyd die grondslag vir populêre soewereiniteit, wat terug herlei kan word na Middeleeuse Romeins-regtelike juriste se vertolkings van bepaalde tekste van die *Corpus iuris*. Volgens hierdie vertolkings berus politieke gesag ten slotte onvevreembaar by die by die *populus*. Die gesag wat die keiser volgens hierdie vertolkings gehad het, is *voorwaardelik* deur die *populus* aan hom oorgedra en hy was gebonde aan die voorwaardes wat met die oordrag gepaard gegaan het.⁵⁸ Hierdie kontraktuele regsfiguur het ook in die Magna Carta van 1215 en veel later met die Declaration of Rights in 1688 tot uitdrukking gekom. In laasgenoemde geval is James II se ontseteling aan sy verbrekking van die konstitusionele kompak wat hy met sy onderdane gehad het, gewyt.

4 POPULÊRE SOEWEREINITEIT

Heel onbegryplik vanuit 'n eietydse konstitusionele sienswyse, het daar volgens Middeleeuse opvattinge van konstitusionalisme geen antagonisme tussen die denkkeelde van populêre soewereiniteit en regsoppergesag geheers nie. Intendeel, die denkkeelde van regsoppergesag en populêre soewereiniteit was in een harmoniese geheel saamgeweef. Hulle is in een asem onderskryf. Daarom verklaar Carlyle dat die fundamentele beginsel – die tweeledige beginsel – van die Middeleeuse *civitas* in die oppergesag van die *reg* of *gewoonte van die gemeenskap* oor al sy lede bestaan het.⁵⁹ Dit was die geval vanaf die vroeë Middeleeue tot met die vestiging van die territoriale staat in die sewentiende eeu. Buite die Romeinse tradisie is populêre soewereiniteit volgens Tacitus deur Germaanse stamme beoefen.⁶⁰ Die tweeledige beginsels van regsoppergesag en populêre soewereiniteit was veel later gedurende die sestiende eeu weer sterk gepropageer. Op daardie stadium was dit egter niks nuuts nie maar eerder 'n herbevestiging en herformulering van die versweë konstitusionele opvattinge van die Middeleeue.⁶¹ Hierdie eenheid gaan egter baie verder terug en kan na verskeie tekste in die *Corpus iuris civilis* herlei word, waarvan sommige herhaaldelik hervertolk en druk deur Middeleeuse en Renaissance Romeinsregtelike juriste bespreek is.

Onder die Glossatore gedurende die twaalfde eeu en daarna is regsoppergesag en populêre soewereiniteit deurlopend onderskryf.⁶² Die gemeenskap is as die finale bron van politieke gesag en vir die *reg* beskou. Vorstelike gesag is aan die *populus* ontleen en was aan die voorwaardes wat die gemeenskap opgelê het onderworpe. Sodoende was die *populus* bo die vors (en die keiser) verheewe.⁶³

58 Gierke 40; Joubert 19–22. Die *populus* het steeds soewereiniteit (*imperium*) behou en kon te eniger tyd die *reg* om self te regeer weer benut. Volgens sekere Middeleeuse Romeins-regtelike juriste het die *populus* soewerein gebly. Dit het bloot die *usus* van die soewereiniteit aan die *imperator* oorgedra. Indien hy sy ooreenkoms met die *populus* verbreek het, het die *causa* vir die *usus* verval waarna die *populus* opnuut daarop geregtig was om self weer die uitoefening van soewereiniteit op te neem. Sien Gierke 54–56 asook Pennington “Law, legislative authority and theories of government 1150–1300” in Burns (red) *The Cambridge history of medieval political thought* (1988) 432.

59 Carlyle Vol 3 11 13.

60 Tacitus *The Agricola and the Germania* (1970) 107.

61 Carlyle Vol 6 414.

62 Gierke 45–46.

63 Carlyle Vol 6 344–348; Gierke 43 ev; Skinner *The foundations of modern political thought* Vol I (1978) 61–64.

Gedurende die eerste helfte van die veertiende eeu het Marsilius van Padua populêre soewereiniteit onderskryf en verklaar die *populus* oftewel die *universitas civium* (die geheel van die burgers) of ten minste die *valencior pars* daarvan die bron van die reg was. Die *populus* het hy verklaar moes die vors wees.⁶⁴ Volgens Bartolus de Saxoferrato (1313–1357), wat wyd beskou word as die mees vooraanstaande Romeinsregtelike juris van sy tyd, was politieke gesag “in which the whole jurisdiction of the city remains in the hands of the people as a whole” die beste vorm van regering.⁶⁵ Sowel Marsilius as Bartolus was afkeurend teen outokratiese regering in die Italiaanse stadstate van hulle tyd en het volgehou dat die doelwitte van vryheid en openbare orde beter deur populêre regering verwesenlik kon word.⁶⁶ Met sy onderskrywing van populêre soewereiniteit het Marsilius nie ’n nuwe of rewolusionêre denkbeeld bepleit nie, maar bloot onomwonde die geëkte oortuiging van die Middeleeue bevestig – iets wat trouens alreeds duidelik in die twaalfde eeu in die Assizes van Jerusalem beoefen en in die dertiende eeu in die denkbeelde van Bracton bevestig is.⁶⁷ Nicolas van Cusa (1401–1464), ’n toonaangewende denker van die veertiende eeu het populêre soewereiniteit opnuut onderskryf toe hy geredeneer het dat regskeppende bevoegdheid berus het by diegene wat deur sodanige reg gebind word. Die vors was weliswaar in die geval van twyfel gemagtig om die reg in die breë belang van die *populus* (“public good”) en ter wille van die verwesenliking van geregtigheid te vertolk maar kon nie die reg ongedaan maak anders as in raadpleging met die tersaaklike verteenwoordigende instellings nie.⁶⁸ John Fortesque (1390–1479) het ’n gevestigde Engelse tradisie voortgesit toe hy geredeneer het dat reg en regering op lang gevestigde gewoontes en gebruike van die gemeenskap berus het.⁶⁹ Populêre soewereiniteit is gedurende die sestiende eeu met hernude ywer voorgestaan.⁷⁰ Die prominente (Jesuïtiese) juris, Francisco Suarez (1548–1617) het aangevoer dat die gesag om reg te maak nie by die vors nie maar by die gemeenskap berus het. Dit is so omdat almal van nature vry gebore is en niemand van nature heerskappy oor enigiemand anders voer nie. ’n Ander Jesuïtiese juris, Juan de Mariana, het op sy beurt geredeneer dat die gesag van die vors aan die gemeenskap ontleen word.⁷¹ Toe vorstelike absolutisme teen die agtergrond van die opkoms van die territoriale staat bepleit is, is dit eweneens sterk deur argumente ten gunste van populêre soewereiniteit teengestaan. Die Calvinistiese juris, Althusius, het Jean Bodin se pleidooie vir vorstelike absolutisme verwerp en geredeneer dat *majestas* (soewereiniteit) by die geheel van die politieke gemeenskap berus het en nie aan ’n enkele persoon oorgedra kon word nie.⁷² Hierdie oortuiging was tipies van onder andere die Calvinistiese *party* in Frankryk gedurende die sestiende eeu. Die oortuiging was dat die koning deur die gewoonteregtelike regte van sy onderdane gebind was dat wetgewing strydig;

64 Gierke 46–47 51 Carlyle Vol 5 9.

65 Skinner Vol I 62.

66 *Idem* Vol I 65.

67 Carlyle Vol 6 9 43.

68 *Idem* Vol 6 136 137; Gierke 47–48. Sien hieroor Berman 420 421.

69 Sien Pocock *The Machiavellian moment: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition* (1975) 9–30; Joubert 38.

70 Carlyle Vol 6 344–363.

71 *Idem* Vol 6 348–350.

72 Althusius se opposisie teen absolutisme vind uitdrukking in sy teenstand teen Bodin (94 95 97 104 119 120 121 123 128 176) en Barclay (93 109–114 201).

met gemeenskapsgewoontes nie aangeneem mag word nie en tewens met die heersende gewoontes van die land (*the prevailing customs of the country*) moes strook.⁷³ Daar was ook sterk teenstand teen die absolutistiese vertolking van Romeinsregtelike denkbeelde wat op daardie stadium begin veld wen het, wat as vreemd in die destydse Frankryk beskou is. Teenoor hierdie Romeinsgeïnspireerde absolutistiese denkbeelde is die bestudering en onderskrywing van die reg en gewoonte van die land bepleit.⁷⁴ Hotman het hom beroep op die antieke Franse konstitusie wat gebaseer was op gemeenskapsgewoontes wat van oudsher bestaan het.⁷⁵ Populêre soewereiniteit is sterk bepleit in die anti-absolutistiese Protestantse geskrif, die *Vidiciae contra tyrannos* (1579). Hierin is geredeneer dat ofskoon 'n private persoon hom nie teen die vors kon verset nie,⁷⁶ die volk as geheel soos verteenwoordig deur hulle aangewese ampsbeksleërs dit wel kon doen. Indien die vors sy konstitusionele kompak met die *universitas* verbreek en sodoende 'n tiran geword het, was hulle daarop geregtig om hom te weerstaan en te bestraf. Volgens die *Vidiciae* was individue aan die vors onderhorig; daarenteen was die volk as geheel, soos verteenwoordig deur sy ampsbeksleërs, bokant die vors verhewe.⁷⁷ Hierdie opvatting was 'n betuiging van 'n lang gevestigde eienskap van populêre soewereiniteit wat ook by Calvyn voor-gekom het.⁷⁸ Althusuis het baie waarde geheg aan die rol van die openbare ampsbeksleërs oftefel van magistrate as konstitusionele instrument ter afdwing van beperkte regering, verdeling van gesag en 'n krag teen vorstelike magsmisbruik. Oppergesag het by die gemeenskap berus waaruit die koning sy gekwalifiseerde gesag ontleen het. Die gemeenskap behoort ampsbeksleërs aan te wys wat onder andere die regte van die gemeenskap teen skending deur 'n aanmatigende vors moes verdedig.⁷⁹

5 VERENIGING VAN DIE TWEE DENKBEELDE

Hoe kan die eertydse harmonie tussen hierdie konstitusionele oppergesag en populêre soewereiniteit verklaar word in die lig daarvan dat hulle volgens hedendaagse konstitusionele doktrine in 'n onoplosbare spanning verkeer? Die antwoord is dat die onderskeid tussen positiewe reg vervat in 'n onderskeibare *corpus iuris* teenoor gemeenskapsgewoontes en -gebruike aan die ander kant, destyds nog baie vaag was indien dit hoegenaamd bestaan het. Die moontlikheid van 'n onderskeid, laat staan nog van konflik tussen die fundamentele reg (die konstitusie), met gemeenskapsgewoontes en -gebruike was derhalwe bykans ondenkbaar. Die reg en die konstitusie het nie buite die gebruike en gewoontes

73 Skinner Vol II 261–262 271.

74 Skinner Vol II 270.

75 *Idem* 310.

76 Althusuis verduidelik in ooreenstemming met sy opvatting oor volksoewereiniteit dat die vors aan die volk as geheel onderworpe is en individue weer aan die vors.

77 Sabine 378–384; Carlyle Vol 6 409–410.

78 Hulle was die adellikes (in Sparta die *ephors* en in Rome *tribunes*.) Hulle is later in die Middeleeuse koninkryke in die state-generaal saamgetrek (Carlyle Vol 6 406–407). Die konsep van adellikes oftefel hoof-vassale wat die gesag het om seker te verseker dat die vors nie arbitrêr optree nie, kom ook later in die feodale reg tot uitdrukking (*idem* 408).

79 Althusuis behandel die magistrate, waarna hy as die *ephors* (maar wat afhangende van die historiese konteks ook as patrisiërs, oudstes, prinse, die voorste burgers van die gemeenskap, die instandhouders van die ooreenkoms tussen die vors en die *populus* ens, verwys (100) en behandel die soorte *ephors* en hulle verpligtinge oa op 99–109 116–119.

van die *populus* bestaan van waar dit van bo af as 'n maatstaf daarvoor en 'n korrektyf daarop gefunksioneer het nie. Intendeel, die fundamentele reg is deurlopend deur en in ooreenstemming met die gewoontes en gebruike van die *populus* gekonstitueer. Die reg het aan die *populus behoort*. Die reg met inbegrip van die fundamentele reg was 'n integrale eienskap van die daadwerklike lewenswyse van die gemeenskap.⁸⁰ Wanneer die gebruike oor die wyse waarop die gemeenskap sigself ingerig het verander het, het dit terselfdertyd 'n verandering van die (fundamentele) reg meegebring. Dit was die geval omdat die reg regstreeks aan die gemeenskapsgewoontes en gebruike ontleen en deurlopend daardeur gekonstitueer is. Wanneer die gewoontes en gebruike stagnant was, het die (fundamentele) reg ook onveranderd gebly, en wanneer dit onseker, onstabiel en omstrede was, was die reg eweneens onseker, onstabiel en omstrede. Hierdie gewoontes en gebruike was die enigste bron van die fundamentele reg. Dit het as regsbron vir die konstitusionele reëlings van die regsordes van Middeleeuse Wes-Europa met inbegrip van die feodale reg, stedelike reg, vroeë vorstelike reg (die reg van die rudimentêre territoriale state) en selfs van die konstitusionele reëlings van die kerk kragtens die kanonieke reg belangrik gebly.⁸¹ Die fundamentele reg het deurlopend in die daadwerklike gebruike en gewoontes bestaan. Gevolglik was die reg tegelyk ook 'n betroubare beskrywing van die daadwerklike lewenswyse van die gemeenskap waarin dit gegeld het.

Aangesien die reg met inbegrip van die (ongeskrewe) konstitusie primêr uit die gewoontes en gebruike van die gemeenskap bestaan het, is dit nie bewustelik en berekend deur 'n regskeppende, grondwetgewende persoon of liggaam geskep of gewysig nie. Daar was ook nie 'n transformerende (wetgewende) handeling nodig om gewoonte formeel in reg te omskep nie, aangesien gewoonte sodra dit behoorlik vasgestel is, outomaties die status van bindende reg verkry het. Dienooreenkomstig was die Middeleeuse regsodes soos die Sakserspieël ook nie wetgewende instrumente nie maar eerder kompendiums van gewoonte,⁸² wat op die instemming van die gemeenskap gebaseer was. Die reg was derhalwe nie manifestasies van uitdruklike regskeppende handeling van die vors of 'n wetgewende liggaam nie, maar eerder iets wat as integrale deel van die daaglikse lewe van die gemeenskap beskou is.⁸³ Dit is presies om hierdie rede dat die oppergesag van die reg en die oppergesag van die gemeenskap (populêre soewereiniteit) albei gelyktydig as wesenlik een en dieselfde enigste bron van politieke gesag onderskryf kon word.⁸⁴

Die eenheid van regs- en populêre oppergesag is moontlik gemaak vanweë die afwesigheid van die denkbeeld van oppergesag soos dit in die hedendaagse grondwetlike doktrine aangetref word. Volgens hierdie doktrine het elke politieke gemeenskap 'n finale regsbesag wat gevestig op die kruin van die regsorde van daardie gemeenskap, aan geen ander reg onderworpe is nie. In stelsels van parlementêre oppergesag voer die verkose wetgewer oppergesag. In 'n stelsel van

80 Carlyle Vol 3 41 45–46 183–4; Sabine 200–203; Berman 77.

81 Daar is talle verwysings na die belang van gewoontereg in hierdie stelsels in Berman byvoorbeeld 274–275 310 321 328 373 378 516–517.

82 Carlyle Vol 3 41; Vol 6 507.

83 Carlyle Vol 3 45 46 93.

84 Om dus te verklaar dat die reg oppermagtig was, was dieselfde as om te sê dat die *populus* soewerein was aangesien die reg 'n wesenlike aspek van die *populus* was. Sien Joubert 33.

konstitusionele oppergesag is oppergesag gevestig in die verhewe gedeelte van die *corpus iuris*, naamlik wat in die plegtige jargon van ons huidige konstitusionele diskoers dikwels die verskanste (“entrenched/enshrined”) oppermagtige grondwet genoem word. Vanuit sy oppermagtige posisie bepaal die grondwet die verloop van die politieke gebeure. Ofskoon hierdie konstitusie daarop aanspraak mag maak om beskrywende waarde te hê naamlik dat dit die daadwerklike leefwyse van die gemeenskap waarin (en waaroor) dit bestaan weergee, is dit (veel eerder) bloot norm-formulerend. Daarmee bedoel ek dat dit die norme formuleer op grond waarvan die politieke gemeenskap regeer *behoort te word* maar nie noodwendig beskryf wat die daadwerklike toedrag van sake behels nie. Dit streef daarna om ’n samelewing ooreenkomstig sy eie (norm)-formulerings te skep en te bestuur. Die daadwerklike (publieke) lewe van die gemeenskap kan nou met daardie formulerings ooreenstem, maar aan die ander kant kan dit ook, selfs beduidend, van normformulerings van die vermeende oppermagtige grondwet verskil.⁸⁵ Die hedendaagse vermeende oppermagtige konstitusie vervat in die normformulerings van die vermeende oppermagtige grondwet is fundamenteel verskillend van sy pre-moderne voorganger. Die destydse fundamentele reg (konstitusie) is deurlopend deur die (veranderende) toonaangewende gewoontes en sosiale en politieke kragte gekonstitueer en herkonstitueer. Derhalwe het dit die daadwerklike toestand van die samelewing waarvoor daardie konstitusie bestaan het beskryf. Trouens, die toestand van die samelewing en die konstitusie was inderwaarheid een en dieselfde ding. Die huidige oppermagtige konstitusie beskik nie noodwendig oor beskrywende kwaliteite nie. Dit kan, wanneer dit die bestaande konsensus in ’n samelewing getrou weerspieël en reëlmatig vrywillig nagekom word, ’n onakkurate voorstelling van die daadwerklike publieke lewe – die daadwerklike konstitusie – van die gemeenskap uitmaak. Aan die ander kant, kan dit egter beduidend daarvan verskil.

Die fundamentele reg van Middeleeuse konstitusionalisme het uit gemeenskapsgewoonte bestaan sowel as die verpligtinge voortspruitend uit die ooreenkomste (“compacts”) wat die regering (gewoonlik die vors in konsultasie met sy raad⁸⁶) as die *populus* moes nakom. Aangesien die reg en gewoonte basies dieselfde ding was, het die vors se kroningeed derhalwe gelyktydig op albei betrekking gehad.⁸⁷ Die belofte om die reg te gehoorsaam was tegelyk die onderneming om trou aan die gemeenskapsgewoontes te wees. Ongehoorsaamheid aan die fundamentele reg was inderwaarheid ’n versuim om ooreenkomstig gevestigde

85 Die onderskeid tussen die daadwerklike norme teenoor die (blote normformulerings), oftewel die feitlike en die ideële bestanddele van die reg, word insiggend deur Robert Alexy in “The nature of legal philosophy” 2004 *Ratio Juris* 156–166 en “On the concept and the nature of law” 2008 *Ratio Juris* 281–299 verduidelik.

86 Sien hieroor met betrekking tot die Germaanse stamme Tacitus 10–12; en oor nie-outokratiese regering in Middeleeuse Wes-Europa Carlyle Vol 3 67–69 148 154; Vol 5 83). Carlyle verwerp die opvatting as sou regering in die Middeleeue *arbitrèr* en *absolutisties* was as as ’n “vulgar impression”: “The truth is that the characteristic defect of the system of the medieval system was not that it left too much liberty for arbitrary and capricious action, but that it tended to fix both rights and obligations to such an extent that it ran the risk first of rendering government unworkable, and secondly, of rendering the movement and growth of life impossible” (Vol 3 31).

87 Edward II van England het in 1307 by sy kroning gesweer dat hy hom nie net by die reg en gewoonte soos toegepas deur sy voorgangers sou hou nie, maar ook by die reg en gewoontes wat die volk verkies: Carlyle Vol 6 4; Verloren van Themaat 82.

gewoonte op te tree. Dienooreenkomstig was die *causa* van die reg van verset teen die regering, die vors se verontagsaming van die reg, naamlik die reg wat uit gevestigde gemeenskapsgewoonte bestaan het.⁸⁸

6 SAMEHANGENDE WERKING VAN POPULÊRE SOEWEREINITEIT EN REGOPPERGESAG

Aangesien die daadwerklike gemeenskapspraktyke en gewoontes bepalend vir die reg (en die konstitusie) was, was juis hierdie sosiale en politieke kragte toonaangewend. Oppergesag het daarenteen nie gesetel in abstrakte normatiewe formuleringe nie en derhalwe het sodanige formuleringe ook nie die reg en die konstitusie daargestel nie. Die implikasies hiervan is veelbeduidend.

In die eerste plek kon nie gesê word dat die reg uitsluitlik uit normatiewe formuleringe bestaan nie, ongeag hoe plegtig die formuleringe of hoe hoog die aansprake daarvan op bindendheid ook al was. Ten einde reg daar te stel, moes hierdie normformuleringe bevestig word met reëlmatige ooreenstemmende gedrag. Indien nie, is hierdie abstrakte formuleringe beoordeel vanuit die oogpunt van die positiewe reg, niks meer as *blote* formuleringe maar nie daadwerklike bindende reg nie.

Tweedens kon die bestaande reg deur reëlmatige afwykende gedrag ongedaan gemaak word totdat slegs die *blote* formuleringe, ontdoen van bevestigende ooreenstemmende gedrag oorbly. Wat dan oorbly, was nie meer reg nie maar alleen die *blote* formuleringe, dit wil sê, bloot die ideële kant van die reg maar sonder die noodsaaklike feitlike sy daarvan. Vir sover as wat afwykende praktyke nog nie reëlmatig is nie, heers daar, positiefregtelik beskou, 'n regs-vakuum want op hulle eie is sowel die (ou) *blote* formuleringe (sonder ooreenstemmende gedrag) as onreëlmatige nuwe gedrag onvoldoende om reg te konstitueer. Sodra die afwykende gedrag egter reëlmatig raak en as bindend beskou word (dit wil sê sodra ooreenstemmende *opinio iuris* intree), kom nuwe (vervangende) reg tot stand. 'n Formulering wat die nuwe praktyk as reg verklaar kan later volg. Sodanige formulering was egter nie 'n voorwaarde vir die nuwe reg om tot stand te kom nie. Dit was nie konstituerend nie maar bloot verklarend. Dit het bloot erkenning verleen aan die feit dat nuwe reg alreeds bestaan.

Gratianus,⁸⁹ die Camaldolese monnik vanuit die twaalfde eeu en grondlegger van die kanonieke reg⁹⁰ en die outeur van die *Concordantia discordantium canonum*, wat die grondslag vir die *Corpus iuris canonici* was, het die tipies Middeleeuse (feodale) beginsel soos volg aan die begin van die *Concordantia* neergelê: "Laws are established through promulgation and validated when they are approved by the acceptance of the people."⁹¹ Gevolglik was *blote* afkondiging van "reg" onvoldoende om daadwerklik reg daarvan te maak. Naas die afkondiging moes daar ook bevestigende goedkeurende optrede wees waardeur

88 Carlyle Vol 3 59 146 168; Vol 5 114.

89 Johannes Gratianus was die beroemdste Kanonitiese juris (Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1983) 181). Daar word gerapporteer dat hy 'n medestigter van die Glossatore-skool in Bologna gedurende die 12de eeu was. Sien hieroor De Vos *Regsgeskiedenis* (1992) 77; Copleston *A history of medieval philosophy* (1975) 86; sien oor Gratianus verder Berman 143 145.

90 Berman 187.

91 Pennington 424; Carlyle Vol 3 48; Vol 5 82.

diegene op wie die afkondiging betrekking gehad het, dit daadwerklik aanvaar het. Die Glossatore juris, Azo (s 1220) het 'n soortgelyke standpunt gehuldig. Hy het onder andere verklaar dat (afwykende) gewoonte wat na die afkondiging van 'n geskrewe regsreël ontstaan het sodanige reg ongedaan kon maak. Hy het geredeneer dat gewoontes die (positiewe) reg (law) maak (tot stand bring), die reg interpreteer (vertolk) en ongedaan maak.⁹² Veel later het dieselfde mening weer weerklink toe die Romeinsregtelike juris, Francois Doauren (1509–1559) met uitdruklike verwysing na Gratianus verklaar dat regsreëls deur goedkeurende gewoonte bevestig word.⁹³

Hierdie opvatting oor die geldigheid en die verandering van die reg word herlei na verskeie tekste in die Justiniaanse Kode wat sedert die herlewing van die bestudering van die Romeinse reg gedurende die twaalfde eeu in Bologna gereeld deur Middeleeuse geleerdes gedebatteer is. Die gepaste beginpunt in die *Corpus iuris* is klaarblyklik *Digesta* 1 3 32 waarin die volgende standpunt van die Romeinse juris, Julianus, gerapporteer word:

“Age-entrusted custom is not undeservedly cherished as having almost statutory force, and this is to be the kind of law which is said to be established by use and wont. For given that statutes themselves are binding upon us for no other reason than that they have been accepted by the judgment of the populace, certainly it is fitting that what the populace has approved without any writing shall be binding upon everyone. What does it matter whether the populace declares its will by voting or by the very substance of its actions? Accordingly, it is absolutely right to accept the point that statutes may be replaced not only by vote of the legislature but also by the silent agreement of everyone expressed through desuetude.”⁹⁴

Die Glossator, Odofredus (s 1265) wat hierop kommentaar gelewer het, was van mening dat die Romeinse populus steeds self reg kon maak en dat hulle gewoontes derhalwe ook steeds wetgewende reg ongedaan kon maak.⁹⁵ Hiermee verbandhoudend en is die insigte van Thomas van Aquinas (1225–1274) in *Treatise on law* wat deel is van sy *magnum opus*, *Summa theologiae*. Thomas redeneer dat gewoonte reg geskep, vertolk en afgeskaf het.⁹⁶ Hy redeneer dat reg wesenlik op twee wyses geskep en verander (afgeskaf) kon word, naamlik deur woorde en deur daade. In die eerste geval word die reg deur die aangewese politieke gesag by wyse van geformuleerde woorde gepromulgeer. In die tweede geval kon die reg deur diegene op wie dit betrekking gehad het uitgeleef (*lived*) word, deurdat hulle konstant op 'n bepaalde wyse opgetree het. Thomas redeneer dienoooreenkomstig soos volg in *Summa theologiae* 1 2 97 3:

“Now all law proceeds from the reason and will of the lawgiver. Now just as human reason and will, in practical matters, may be made manifest by speech, so it might be made known by deeds: since seemingly a man chooses as good that which he carries into execution. But it is evident that by human speech, law can be both

92 Pennington 425.

93 Carlyle Vol 6 305.

94 I 1 2 11 (Thomas *The Institutes of Justinian: Text, translation and commentary* (1975) 6): “Now, natural laws which are followed by all nations alike, deriving from divine providence, remains always constant and immutable: but those which each state establishes for itself are liable to frequent change whether by the tacit consent of the people or by subsequent legislation.”

95 Carlyle Vol 5 49.

96 Van Drunen *Law and custom: The thought of Thomas Aquinas and the future of the common law* (2003) 37 ev; sien ook Carlyle Vol 5 47.

changed and expounded, in so far as it manifests the interior movement and thought of human reason. Wherefore by actions also, especially if they be repeated, so as to make a custom, law can be changed and expounded; and also something can be established which obtains force of law, in so far as by repeated external actions, the inward movement of the will, and concepts of reason are most effectively declared, for when a thing is done again and again, it seems to proceed from a deliberate judgment of reason. Accordingly, custom has the force of law, abolishes law and is the interpreter of law."⁹⁷

Meer bepaald met betrekking tot die verandering van gepromulgeerde geskewe reg by wyse van konstante reëlmattige optrede verklaar Thomas soos volg:

"Wherefore it is sometimes possible to act beside the law; namely, in a case where the law fails, yet the act will not be evil. And when such cases are multiplied, by reason of some change in man, the custom shows that the law is no longer useful: just as it might be declared by the verbal promulgation of a law to the contrary."⁹⁸

Sodanige gewoontelike ("customary") gedrag strydig met die amptelik afgekondigde geskewe reg, is nie onregmatig nie. Intendeel kan dit eerder daarop dui dat die bestaande reg nie meer gepas is nie. Gevolglik word daar nie geredeneer dat (afwykende) nuwe gewoonte gemeet aan die maatstaf van die gepromulgeerde geskewe reg onregmatig en dus ongeldig is nie maar eerder dat die gewoonte nuwe reg meebring wat die geskewe reg vervang.⁹⁹ Die soort verskynsel kom bykans onopgemerk voor aangesien dit anders as regs wysiging deur geskewe afkondiging nie uitdruklik geartikuleer word nie. Dit doen egter nie afbreuk aan die feit dat dit dieselfde (regs)gevolge meebring as afgekondigde veranderings by wyse van tekstuele wysigings aan die geskewe formulerings nie.

Thomas was ook van mening dat gewoonte die maatstaf moes wees vir die aanneming van alle reg en dat gewoonte derhalwe die grense vir die geldigheid van reg afgebaken het. Dit is juis in hierdie konteks dat gewoontereg wat as maatstaf vir wetgewende reg gedien het klaarblyklik 'n konstitusionele karakter aangeneem en dus as fundamentele reg gedien het. Dit het gedien vir wat in 'n latere periode (sien 4 *supra*), veral in die sestiende-eeuse Frankryk en in sewentiende-eeuse Engeland na verwys is as die antieke konstitusie ("ancient constitution"), wat as 'n argument teen vorstelike absolutisme ingespan is.

Soortgelyke insigte het in die eeue na Thomas aanhoudend voorgekom. Nicolas Vigelius (1529–1600) het in 1568 in kommentaar op die *Codex* en meer bepaald met verwysing onder andere na *Digesta* 1 3 32 verklaar dat reg nie alleen deur die wil van die wetgewer nie, maar ook met die versweë toestemming van die *populus* afgeskaf word. Vigelius het ook verklaar dat afwykende gewoonte wat op gekrewe reg volg, voorkeur bo sodanige geskewe reg geniet.¹⁰⁰

Jacques Cujas (1522–1590), die groot Franse Romeinsregtelike juris uit die Humanistesekool, het kommentaar gelewer op Modestinus se stelling in *Digesta* 1 3 40,¹⁰¹ dat *ius* wat deur instemming gemaak word aan *lex* gelyk is aangesien dit die opdrag van die *populus* weergee. Op die vraag wat *lex* is, antwoord Cujas

97 Aangehaal deur Van Drunen 37–38.

98 Van Drunen 39, aangehaal vanuit dieselfde gedeelte in die *Summa theologiae*.

99 Van Drunen 40.

100 Carlyle Vol 6 306–307.

101 *D* 1 3 40 lui: "Accordingly, every rule of law is either made by agreement or established by necessity or built upon custom."

dat dit 'n ooreenkoms van die gemenebes of die gemeenskaplike instemming van die geheel van die populus is.¹⁰² Derhalwe het ooreenkomste van die populus gevolg deur ooreenstemmende gedrag dieselfde regsrag as wetgewing. Vir Cujas was die beslissende maatstaf vir die bestaan van die reg ook dat dit by wyse van daadwerklike optrede tot uitdrukking kom. Geen "reg" was bindend tensy dit in gewoonte neerslag gevind het nie. Gewoonte was beslissend vir reg, en geskrewe reg het mense nie gebind nie tensy hulle geoordeel het dat dit bindend op hulle was en hulle derhalwe goedkeuring daaraan verleen het.¹⁰³ In kommentaar op Papinianus se beroemde definisie van *lex* in *Digesta* 1 3 1, het Cujas verklaar dat wette om geen ander rede bindend was nie as dat dit deur die populus aanvaar en deur gewoonte goedgekeur is.¹⁰⁴

Hierdie opvatting weerklink ook in die Romeins-Hollandse tradisie byvoorbeeld in Johannes Voet (1647–1713) se *Commentarius ad Pandectas*. Voet redeneer met verwysing na tersaaklike Romeinsregtelike tekste dat dit onwys is om veranderings van die reg by wyse van verbiedende regsreëls te probeer verhoed. Voet beskou dit bowendien as onmoontlik vir regsreëls om (spontane) verandering van die reg by wyse van gewoonte te stuit. Hieroor verklaar Voet:

"It flows as just as much from what we have said that an earlier law may not be abrogated only by a later law, but also by custom. It made no difference whether the people declared its wish by vote or by its very acts and doings. It has therefore very rightly been recognised that laws might be done away with or changed not only by the vote of the lawgiving power but also through disuse with the silent consent of everybody. It follows that this cannot be prevented by the clause not infrequently found, especially in municipal laws – 'Custom to the contrary notwithstanding'. These words must be taken as applying merely to past customs, and not to others to be brought in later ... Thus it would clearly be incongruous to want to secure by a law that it should not be reshaped for the better whether by new laws or new customs such as right reason might recommend."¹⁰⁵

7 SLOTOPMERKINGS

Aan die begin van die bespreking is uitgewys dat die twee antagonistiese beginsels van grondwetlike oppergesag en populêre soewereiniteit in eietydse oppermagtige grondwette vervat word en dat die spanning tussen die twee ooreenkomstig die huidige grondwetlike dogmatiek beslissend ten gunste van die oppergesag van die (geskrewe) grondwet gereël word. Die vraag is toe gevra of grondwetlike oppergesag inderdaad so seëvierend is.

7 1 Met verwysing na bepaalde strominge in pre-moderne regs- en konstitusionele denke het hierdie bespreking lig gewerp op hoe daar gelyktydig ewe veel waarde aan die oppergesag van die reg en populêre oppergesag verleen is. Aangesien die reg in 'n pre-moderne opset hoofsaaklik aan gemeenskaps-gewoonte ontleen is, behoort dit myns insiens duidelik te wees dat gemeenskaps-gewoonte inderdaad die beslissende krag was wat die lotgevalle – die totstand-koming, betekenis en vervanging – van die reg bepaal het. By behoorlike

102 Carlyle Vol 6 312.

103 *Idem* 314.

104 *Ibid.* By D 1 3 1 se omskrywing van statuut is inbegryp "a communal covenant of the state". Die omskrywing lui: "A statute is a communal directive, a resolution of the wise men, a forcible reaction to offences committed either voluntarily or in ignorance or a communal covenant of the state."

105 Voet *Commentary on the Pandects* (1829) vertaal met verduidelikende aantekeninge deur Gane (1955) 1 III 37.

nadenke is die gelyke belangrikheid wat hierdie pre-moderne opvattinge aan oppergesag van die reg en populêre oppergesag toegeskryf het, onoortuigend want indien die reg deur gemeenskapsgewoonte bepaal is, volg dit logies dat die populus – en dus populêre oppergesag – die werklike toonaangewende krag was. Die rede waarom die oppergesag van die reg as van gelyke belang met populêre oppergesag beskou kon word, is dat dit so heg met populêre oppergesag vereenselwig is dat dit inderwaarheid volkome in die denkbeeld van populêre oppergesag opgeneem is.

7 2 Daar kan terselfdertyd ook nie sondermeer verklaar word dat die populus as geheel oppergesag geniet het nie. Die destydse populus, net soos die huidige, was ook nie volledig monolities nie. Dit sou myns insiens meer realisties wees om te aanvaar dat gewoonte en reg wisselende magsverhoudings weerspieël het en dat hierdie magsverhoudings die eintlike krag was wat die lotgevalle van die reg in daardie gemeenskappe bepaal het. In die mate dat oppergesag ’n werkbare denkbeeld is, is dit derhalwe eerder wisselende magsentra wat “oppergesag” geniet eerder as dat daar daadwerklike populêre oppergesag was.

7 3 Die belangrikste insig voortspruitend uit die voorafgaande bespreking is dat gewoonte regsreëls regstreeks opsy kon skuif en met nuwe reg in die vorm van gewoonte kon vervang (en dat dit inderdaad ook gebeur het.) Die geskrewe afgekondigde reg kon nie sy eie stabiliteit en voortgesette gesag as geldende reg verskans deur regsreëls wat voorgee om te (kan) verhoed dat vervangende gewoonte met hierdie afgekondigde reg wegdoen en dan self die status van nuwe (vervangende) reg verwerf nie.

Hierdie insig lyk strydig met ons hedendaagse leerstuk van konstitusionele oppergesag. Daar bestaan myns insiens egter nie werklik ’n teenstrydigheid nie, want die insigte voortspruitend uit die bespreking enersyds, en die leerstuk van oppergesag van die reg en die grondwet andersyds, funksioneer elkeen op sy eie vlak en vervul elkeen sy eie doel. Die leerstuk is ideëel van aard en lê norme neer waaraan voldoen moet word. Synde ’n normatiewe leerstuk eerder as ’n beskrywende teorie kan dit nie beskryf nie en behoort dit ook nie voor te gee om in staat te wees om te kan beskryf nie. Die insigte voortspruitend uit die bespreking van die eertydse verhouding tussen die denkbearde van regsoppergesag en populêre soewereiniteit neem ons op ’n ander weg. Dit werp myns insiens juis lig op die daadwerklike dinamika van die reg en van die grondwet in samehang met die dominante kragte in die populus. Dit bring aan die lig waarom ons hedendaagse oppermagtige grondwette steeds nie sonder die erkenning van populêre soewereiniteit kan klaarkom nie en in die finale instansie daardeur gekondisioneer word. Net soos populêre soewereiniteit kragtens die voor-moderne opvattinge ten slotte toonaangewend was, blyk dit in weerwil van die huidige beginsel van grondwetlike oppergesag steeds deurslaggewend te wees. Dit is juis daarom dat regstreekse veranderinge van die konstitusie vanweë dominante kragte in die populus soos in deel 1 aangedui, dikwels meer wesenlik is as die formele wysigings kragtens die grondwet se eie wysigingsbepalings en waarom Henderson kon opmerk dat die populus (“We the people”) in plaas van ons geliefde Grondwet (“our beloved Constitution”) die lotgevalle van die Grondwet bepaal.